

Université de Neuchâtel

Faculté de droit

**Le partage vertical des compétences en tant que
garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit
suisse et en droit américain**

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Anne Benoit

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. Pascal Mahon, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse

Prof. Daniel Thürer, Faculté de droit de l'Université de Zurich, rapporteur

Prof. Michel Hottelier, Faculté de droit de l'Université de Genève, rapporteur

Soutenue le 21 avril 2008 à Neuchâtel

Mots clés

Fédéralisme ; autonomie des Etats fédérés ; partage des compétences ; juridiction constitutionnelle ; primauté du droit fédéral ; subsidiarité
Federalism ; state autonomy ; division of powers ; judicial review ; supremacy clause ; subsidiarity

Résumé

L'Etat fédéral américain et l'Etat fédéral suisse sont nés, à quelques soixante ans d'intervalle, dans des circonstances similaires. Il en est résulté, dans leurs Constitutions, des dispositions relativement proches en ce qui concerne les relations entre l'Etat central et les Etats fédérés, et en particulier la répartition des compétences entre ces deux catégories d'entités.

L'existence de compétences législatives appartenant en propre aux Etats fédérés constitue l'une des caractéristiques essentielles de l'Etat fédéral, et une condition nécessaire à la garantie de l'autonomie des Etats fédérés. L'existence de ces compétences découle, avant tout, du partage vertical des compétences opéré par la Constitution fédérale. Cependant, ce partage ne suffit pas, à lui seul, à assurer l'autonomie des Etats fédérés. D'autres règles ou principes constitutionnels, écrits ou non écrits, sont nécessaires.

La thèse passe ainsi successivement en revue les règles constitutionnelles en vigueur en Suisse et aux Etats-Unis concernant le partage vertical des compétences, en matière législative ainsi qu'en matière de mise en œuvre, les régimes spéciaux que constituent la clause d'urgence et le partage des compétences en matière d'affaires étrangères, la manière de résoudre les conflits de compétences de même que les conflits entre le droit fédéral et le droit étatique, ainsi que les diverses autres règles et principes, tels que la subsidiarité, qui limitent l'Etat central dans l'exercice de ses compétences et peuvent ainsi influencer sur l'autonomie des Etats fédérés. Une dernière partie est consacrée au rôle joué par la juridiction constitutionnelle en tant que gardienne du fédéralisme, particulièrement aux mécanismes judiciaires permettant de mettre en œuvre ce partage et d'en assurer le respect.

Sur la plupart des points, on constate, malgré des différences structurelles, une convergence entre le droit suisse et le droit américain. Ainsi en va-t-il du mécanisme de répartition des compétences, qui repose sur un système semblable d'énumération des compétences de l'Etat central et de compétence générale et subsidiaire des Etats fédérés ; on observe également des tendances convergentes en matière de conflits de lois : lorsque l'Etat fédéral et les Etats fédérés ont tous les deux légiféré dans un domaine, la jurisprudence admet de moins en moins facilement l'existence d'un conflit et son corollaire, l'application du principe de primauté du droit fédéral. Une similitude existe aussi au sujet du pouvoir du juge constitutionnel de sanctionner le législateur fédéral pour violation du partage des compétences : alors qu'en Suisse, les lois fédérales sont protégées par une immunité prévue dans la Constitution, aux Etats-Unis, les juges constitutionnels se sont eux-mêmes censurés et ont ainsi conféré aux lois fédérales une immunité de droit.

Quelques différences se dégagent néanmoins. La principale a trait à la conception de la répartition des compétences en matière de mise en œuvre : alors qu'en Suisse, le *fédéralisme d'exécution*, selon lequel la mise en œuvre du droit fédéral doit en règle générale être déléguée aux cantons, part du présupposé qu'une telle délégation influe positivement l'autonomie des Etats fédérés, c'est la conception inverse qui prévaut aux Etats-Unis, où jurisprudence et doctrine considèrent généralement que la mise en œuvre du droit fédéral par les Etats fédérés porte atteinte à l'autonomie de ces derniers.

En fin de compte, l'étude comparative effectuée permet de parvenir à la conclusion que toute l'horlogerie juridique destinée à régler le fédéralisme et, plus spécifiquement, à préserver l'autonomie des Etats fédérés, ne saurait fonctionner correctement sans la bonne volonté de toutes les parties concernées.

IMPRIMATUR POUR LA THESE

Le partage vertical des compétences en tant que garant de
l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit
américain

Anne BENOIT

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Piermarco Zen-Ruffinen (président)
- M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
- M. Daniel Thürer (rapporteur externe, Université de
Zürich)
- M. Michel Hottelier (rapporteur externe, Université de
Genève)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 21 avril 2008

Piermarco Zen-Ruffinen
Doyen

Table des matières	
Table des matières	I
Bibliographie	VII
Liste des abréviations	XIX
Introduction	1
I. Exposé de la problématique	1
1. Le point de vue américain sur le rôle de la juridiction constitutionnelle en tant que gardienne du fédéralisme	1
2. Définition du fédéralisme et répartition verticale des compétences	3
II. Buts de la thèse	5
1. En général.....	5
2. Limites de la thèse.....	6
III. Justification de l’approche comparative	7
A. Analogies quant aux fondements	8
B. Analogies et différences structurelles.....	9
C. Différence d’échelle	11
IV. Synthèse et plan de la thèse	11
Titre I.....	13
Principes et règles régissant le partage vertical des compétences	13
Chapitre 1	13
Principe d’attribution.....	13
§1 En Suisse : articles 3 et 42 de la Constitution	13
§2 Aux Etats-Unis : le X ^e Amendement.....	17
Chapitre 2	21
Détermination de la ligne de partage.....	21
§1 Dispositions attributives de compétences dans la Constitution suisse .	21
I. Attributions expresses.....	21
1. Classification selon l’objet	22
2. Classification selon l’extension.....	24
3. Typologie des compétences fédérales selon leur effet sur les attributions des cantons	28
A. Compétences exclusives	28
B. Compétences concurrentes	30
C. Compétences parallèles	32
D. Typologie utilisée dans la Constitution de 1999	33
4. Compétence signifie-t-elle obligation d’agir ?.....	36
II. Interprétation des normes attributives de compétences	39

III. Compétences implicites	42
IV. Attributions constitutionnelles de compétences aux cantons.....	44
§2 Dispositions attributives de compétences dans la Constitution des Etats-Unis.....	47
I. Attributions expresses.....	47
1. En général.....	47
2. Typologie des compétences fédérales selon leur effet sur les compétences des Etats fédérés	49
II. Interprétation des normes attributives de compétences	53
III. Compétences implicites	58
IV. Attributions constitutionnelles de compétences aux Etats.....	61
§3 Synthèse	62
Chapitre 3.....	64
Partage des compétences exécutives	64
§1 Généralités.....	64
§2 Partage des compétences de mise en œuvre en Suisse.....	65
I. Article 46 de la Constitution.....	66
1. Principe	66
2. Caractère obligatoire et justiciabilité.....	69
II. Délégations aux cantons figurant dans la Constitution ou dans des lois fédérales.....	71
1. Délégations expresses	71
2. Cas particulier : compétences fédérales limitées aux principes ...	76
§3 Partage des compétences de mise en œuvre aux Etats-Unis	77
§4 Synthèse	81
Chapitre 4.....	82
Dérogations au principe des compétences limitées et énumérées de l'Etat central.....	82
§1 Traités internationaux.....	83
I. Traités internationaux et système suisse de répartition des compétences.....	83
II. Traités internationaux et système américain de répartition des compétences.....	86
§2 La clause d'urgence en droit suisse.....	90
§3 Législation d'urgence et « war powers » aux Etats-Unis	93
§4 Synthèse	97
Titre II.....	98
Règles de conflit.....	98
Chapitre 1.....	98

Primauté du droit fédéral.....	98
§1 Notion.....	98
I. En Suisse.....	98
II. Aux Etats-Unis.....	102
III. Synthèse.....	106
§2 Application.....	106
I. En Suisse.....	106
1. Définition du conflit de normes.....	107
2. Violation du partage des compétences n'entraînant pas un conflit de normes.....	109
3. Conflit de normes ne reposant pas sur une violation du partage des compétences.....	112
II. Aux Etats-Unis.....	126
1. Primauté du droit fédéral comme règle de conflit de normes.....	126
2. Primauté du droit fédéral et « preemption ».....	128
III. Synthèse.....	141
Chapitre 2.....	143
Autres principes limitant l'exercice des compétences des Etats fédérés.....	143
§1 En Suisse : principe de fidélité confédérale.....	143
§2 Aux Etats-Unis.....	148
§3 Synthèse.....	149
Titre III.....	150
Protection de l'autonomie des Etats fédérés.....	150
Chapitre 1.....	150
Limites aux compétences de l'Etat central.....	150
§1 La problématique des limites intrinsèques et extrinsèques aux Etats-Unis.....	151
I. Clause du commerce inter-étatique.....	151
1. Avant 1937 : limites essentiellement intrinsèques.....	152
2. Après 1937 : de l'absence de limites aux limites extrinsèques ..	153
3. Situation actuelle : retour des limites intrinsèques puis extrinsèques.....	156
II. « Conditional spending ».....	160
§2 En Suisse.....	168
I. Limites intrinsèques.....	168
II. Limites à l'exercice des compétences fédérales.....	169
§3 Synthèse.....	172
Chapitre 2.....	174
Mise en œuvre du droit fédéral par les Etats fédérés.....	174

Table des matières

§1	En Suisse	174
§2	Aux Etats Unis	176
	I. Interdiction de contraindre les Etats à mettre en oeuvre le droit fédéral: les arrêts <i>New York</i> et <i>Printz</i>	176
	II. Mesure dans laquelle une mise en œuvre du droit fédéral par les Etats est autorisée	180
	III. Conséquences pour l'autonomie des Etats	183
§3	Synthèse	185
Chapitre 3	186
Le principe de subsidiarité	186
§1	En Suisse	186
	I. Les consécration constitutionnelles	186
	II. Portée	189
	III. Principe de subsidiarité comme limite à l'exercice des compétences fédérales	193
	IV. Justiciabilité	195
	V. Synthèse	196
§2	Existence d'un principe de subsidiarité aux Etats-Unis ?	197
	I. En tant que limite à l'attribution de compétences à l'Union.....	197
	II. En tant que limite à l'exercice des compétences de l'Union	199
§3	Synthèse	200
Titre IV	201
Contrôle judiciaire	201
Chapitre 1	202
Contrôle des normes par les Cours suprêmes	202
§1	Type de contrôle.....	202
	I. En Suisse.....	202
	II. Aux Etats-Unis.....	205
§2	L'immunité des lois fédérales	205
	I. En Suisse : immunité juridique	205
	1. Principe	205
	2. Tempéraments	213
	II. Aux Etats-Unis : immunité de fait des lois fédérales.....	218
	III. Synthèse	223
§3	Voies de droit	224
	I. En Suisse.....	224
	1. Contrôle abstrait sur une norme cantonale	225
	2. Contrôle abstrait sur une norme fédérale	226
	3. Contrôle concret sur une norme cantonale	227

4. Contrôle concret sur une norme fédérale	228
II. Aux Etats-Unis.....	229
1. Juridiction originaire (procédure par voie d'action).....	229
2. Juridiction sur recours	230
§4 Griefs.....	231
I. En Suisse.....	231
1. Lorsque la norme attaquée est une norme cantonale.....	232
2. Lorsque la norme attaquée est une norme fédérale	234
II. Aux Etats-Unis.....	235
§5 Qualité pour agir et pour défendre	236
I. En Suisse.....	236
1. Qualité pour agir.....	236
A. Particuliers	236
B. Autorités et collectivités publiques	238
2. Qualité pour défendre.....	242
II. Aux Etats-Unis.....	242
1. Qualité pour recourir	242
A. Particuliers	244
B. Collectivités publiques et autorités.....	246
2. Qualité pour défendre : l'immunité juridictionnelle des Etats ...	248
A. Principe	248
B. Tempéraments	250
C. Immunité juridictionnelle de l'Union.....	252
§6 Synthèse	253
Chapitre 2	255
Examen par les tribunaux : les moyens d'éviter les conflits	255
§1 En droit suisse : l'interprétation conforme	255
§2 En droit américain	258
I. Principe de l'évitement des problèmes constitutionnels	258
II. Invalidation « abstraite » : renvoi	260
III. Exigences de texte clair (« clear statement »).....	261
§3 Synthèse	265
Chapitre 3	266
Effet du jugement : Conséquence juridique de l'application du principe de la primauté du droit fédéral	266
§1 En droit suisse	266
I. Norme cantonale contraire au droit fédéral.....	266
1. Principes	266
2. Contrôle abstrait des normes	269

Table des matières

3. Contrôle concret des normes	272
II. Droit fédéral contraire au partage des compétences	274
§2 En droit américain	275
I. Principes.....	275
II. Invalidation « concrète » et « abstraite »	277
III. Invalidation partielle	284
IV. Effet rétroactif.....	286
§3 Synthèse	286
Conclusion	289

Bibliographie

(Etat de la doctrine et de la jurisprudence : 1^{er} décembre 2007)

Droit suisse

1. Messages du Conseil fédéral et projets législatifs

Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Projet de Constitution et Rapport de 1977, tirés à part (Projet 1977 / Rapport 1977).

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1ss (existe en tiré à part) (Message 1996).

Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001 4000ss (Message LTF).

Message concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), du 14 novembre 2001, FF 2002 2155ss (Message RPT).

Rapport sur les dispositions proposées par le groupe de travail « Loi sur le Tribunal fédéral » le 16 mars 2004, disponible sur internet à l'adresse de l'office fédéral de la justice, www.ofj.admin.ch/f/index.html (dernière consultation: 23.03.2007) (Rapport groupe de travail LTF).

2. Ouvrages de doctrine

AEMISEGGER HEINZ, *Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten*, in : EHRENZELLER B./SCHWEIZER R.J. (édit.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis*, St-Gall 2006, p. 103ss.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *La Constitution, son contenu, son usage*, in : RDS/ZSR 1991, NF 110/II, p. 9ss (Usage).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales*, in : *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Schriftenreihe Schweizerischer Anwaltsverband, Band 3, Zurich 1988, p. 13ss (Contrôle).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999*, in : BOLLE P.-H. (édit.), *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle / Genève/ Munich 2000, p. 3ss (Mélanges Schüpbach).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967-1982 (Traité).

-
- AUBERT J.-F./MAHON P., *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich / Bâle / Genève 2003 (Petit commentaire).
- AUBERT J.-F./THÜRER D./MÜLLER J.-P. (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001.
- AUER ANDREAS, *L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du TF*, in : AJP/PJA 1992, p. 559ss (Effet).
- AUER ANDREAS, *Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF 40 (1991/92), p. 111ss.
- AUER ANDREAS, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1983 (Juridiction).
- AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse, volume I : L'Etat – volume II : Les droits fondamentaux*, 2^e éd., Berne 2006 (Vol. I, Vol. II).
- BELLANGER FRANÇOIS, *Le recours en matière de droit public*, in: BELLANGER F./TANQUEREL T. (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève / Zurich / Bâle 2006, p. 43ss.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Die Al-Qaïda-Verordnung*, in : ius.full, 1/02, p. 22ss (Al-Qaïda).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007 (Kommentar BV).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der „vollzugsföderalistischen“ Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996 (Theorie und Praxis).
- BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3^e éd., Berne 1931.
- BUSS PETER, *Das Dringlichkeitsrecht im Bund : eine Untersuchung über den dringlichen Bundesbeschluss nach BV 89bis und die Dringlichkeitspraxis der Bundesversammlung während der Jahre 1960-1980*, thèse, Bâle 1983.
- DOMINICE CHRISTIAN, *Fédéralisme coopératif*, in: RDS 1969 II p. 743ss.
- DUBEY BERNARD, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Genève / Bâle / Munich 2002.

EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG).

EPINEY ASTRID, *Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz ?*, in: Rapports suisses présentés au 14^e Congrès international de droit comparé, Zurich 1994, p. 9ss.

FLEINER F./GIACOMETTI Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2^e éd., Zurich 1965.

FLEINER THOMAS, *Einleitung: Föderalismus und Totalrevision*, in: FLEINER T./FORSTER P./MISIC A./THALMANN U. (édit.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse: fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'Etat: BV – CF 2000*, Fribourg / Bâle / Genève (etc.) 2000, p. 1ss.

FLEINER T./MISIC A., *Föderalismus als Ordnungsprinzip*, in: AUBERT J.-F./THÜRER D./MÜLLER J.-P. (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 429ss.

FORSTER PETER, *Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien*, in: FLEINER T./FORSTER P./MISIC A./THALMANN U. (édit.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse: fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'Etat: BV – CF 2000*, Fribourg / Bâle / Genève (etc.) 2000, p. 131ss.

GERBER PHILIPPE, *La nature cassatoire du recours de droit public*, thèse, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1997.

GREBER ANTON, *Die strukturellen Grundlagen des Schweizerischen Bundesstaates*, in: FLEINER T./FORSTER P./MISIC A./THALMANN U. (édit.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse: fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'Etat: BV – CF 2000*, Fribourg / Bâle / Genève (etc.) 2000, p. 7ss.

GRISEL ETIENNE, *Art. 89bis*, in: AUBERT J.-F. et al. (édit.), *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1986-1995 (Art. 89bis Cst.).

GRISEL ETIENNE, *Initiative et référendum populaires – Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3^e éd., Berne 2004 (Initiative).

-
- HÄFELIN ULRICH, *Der kooperative Föderalismus in der Schweiz*, in: RDS/ZSR 1969 II p. 549ss.
- HÄFELIN U./HALLER W., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht: die neue Bundesverfassung*, 6^e éd., Zurich 2005.
- HÄFELIN U./MÜLLER G./UHLMANN F., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich 2006.
- HALLER WALTER, *Art. 113*, in: AUBERT J.-F. et al. (édit.), *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1986-1995 (Art. 113 Cst.).
- HÄNER ISABELLE, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich 2000.
- HANGARTNER YVO, *Art. 3 der Bundesverfassung*, in: RUCH A. et al. (édit.), *Das Recht in Raum und Zeit*, Festschrift Martin Lendi, Zurich 1998, p. 155ss (FS Lendi).
- HANGARTNER YVO, *Art. 139, al. 3 Cst.*, in: EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 139, al. 3).
- HANGARTNER YVO, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Berne 1974 (Kompetenzverteilung).
- HANGARTNER YVO, *Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts*, in: HALLER W. et al. (édit.), *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zurich 1989, p. 111ss (Verfassungsmässige Rechte).
- HERZOG RUTH, *Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege*, thèse, Berne 1995.
- HOTTELIER MICHEL, *Le Bill of rights et son application aux Etats américains: étude de droit constitutionnel des Etats-Unis, avec des éléments comparatifs de droit suisse*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1995 (Bill of Rights).
- HOTTELIER MICHEL, *Le nouveau fédéralisme judiciaire aux Etats-Unis: un modèle pour la Suisse ?*, in: ZEN-RUFFINEN P. / AUER A. (édit.), *De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, p. 509ss.
- HUBER HANS, *Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen*, thèse, Berne 1926.
- HUGI YAR THOMAS, *Direktprozesse*, in: GEISER T./MÜNCH P. (édit.), *Prozessieren vor Bundesgericht*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1998, p. 243ss.

- IMBODEN MAX, *Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes „Bundesrecht bricht kantonales Recht“*, in: IMBODEN M., Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Bâle 1971, p. 127ss.
- JAAG TOBIAS, *Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung*, in: AUBERT J.-F./THÜRER D./MÜLLER J.-P. (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 473ss.
- KÄLIN WALTER, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2^e éd, Berne 1994 (Staatsrechtliche Beschwerde).
- KÄLIN WALTER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: AUBERT J.-F./THÜRER D./MÜLLER J.-P. (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 1167ss (Verfassungsgerichtsbarkeit).
- KELLER MARTIN, *Aufgabenverteilung und Aufgabencoordination im Landschaftsschutz*, thèse, Diessenhofen 1977.
- KNAPP BLAISE, *Art. 46 Cst.*, in: EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 46).
- KNAPP BLAISE, *Le fédéralisme*, in: RDS/ZSR 103 (1984) II p. 275ss (Fédéralisme).
- KNAPP BLAISE, *La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons*, in: AUBERT J.-F./THÜRER D./MÜLLER J.-P. (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 457ss (Répartition).
- KNAPP BLAISE, *Le recours de droit public – facteur d’unification des droits cantonaux et d’émiettement du droit fédéral*, in: RDS/ZSR 1975 II p. 207ss (Recours de droit public).
- KOLLER HEINRICH, *Subsidiarität als Verfassungsprinzip*, in: EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Mélanges Yvo Hangartner, St Gall 1998, p. 675ss.
- KÖLZ ALFRED, *Bundestreue als Verfassungsprinzip ?*, in: ZBl 81/1980, p. 145ss (Bundestreue).
- KÖLZ ALFRED, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne 1992 (Verfassungsgeschichte).
- KÖLZ ALFRED, *Vollzug des Bundesverwaltungsrechts und Behördenbeschwerde*, in: ZBl 1975 p. 367ss (Vollzug).

-
- KÖLZ A./HÄNER I., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1998.
- MAHON PASCAL, *Réclamation de droit public et recours de droit administratif – A propos de subsidiarité(s)*, in : BOVAY B./NGUYEN M.S. (édit.), *Mélanges Pierre Moor*, Berne 2005, p. 415ss.
- MOOR PIERRE, *Droit administratif, Vol II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 2^e éd., Berne 2002 (Vol. II).
- MOOR PIERRE, *La qualité pour agir des autorités et collectivités dans les recours de droit public et de droit administratif*, in : HALDY J. et al. (édit.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999 (Qualité pour agir).
- PFISTERER THOMAS, *Art. 54, al. 3 Cst.*, in: EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 54, al. 3).
- RICHLI PAUL, *Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips*, in: RDS/ZSR 2007 I p. 47ss.
- RUCH ALEXANDER, *Art. 49 Cst.*, in: EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 49).
- SÄGESSER THOMAS (édit.), *Die Bundesbehörden : Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht*, Berne 2000.
- SALADIN PETER, *Art. 3*, in: AUBERT J.-F. et al. (édit.), *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1986-1995 (Art. 3 Cst.).
- SALADIN PETER, *Art. 2 disp. trans.*, in: AUBERT J.-F. et al. (édit.), *Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1986-1995 (Art. 2 disp.trans.).
- SALADIN PETER, *Bund und Kantone – Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, in: RDS/ZSR 1984 II p. 431ss (Bund und Kantone).
- SCHIESSER FRIDOLIN, *Die akzessorische Prüfung*, thèse, Zurich 1984.
- SCHINDLER DIETRICH, *Art. 8 Cst.*, in: AUBERT J.-F. et al. (édit.), *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1986-1995.
- SCHINDLER DIETRICH, *Differenzierter Föderalismus*, in : HALLER W. et al. (édit.), *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zürich 1989, p. 371ss (Föderalismus).

- SCHWEIZER RAINER, *Art. 3 BV*, in : EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 3).
- SCHWEIZER RAINER, *Art. 42 BV*, in : EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 42).
- SCHWEIZER RAINER, *Die neue Bundesverfassung*, in: PJA 1999 p. 666ss.
- SEILER H./VON WERDT N./GÜNGERICH A., *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Berne 2007 (Kommentar BGG).
- STEIMEN URS, *Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone gemäss Art. 46 Abs. 1 und 2 der neuen Bundesverfassung*, in : GÄCHTER T./BERTSCHI M. (édit.), *Neue Akzente in der « nachgeführten » Bundesverfassung*, Zurich 2000, p. 161ss.
- SUTTER-SOMM KARIN, *Art. 165 Cst*, in: EHRENZELLER B. et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich [etc.] 2002 (Commentaire SG ad art. 165).
- THALMANN URS, *Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung*, in: FLEINER T./FORSTER P./MISIC A./THALMANN U. (édit.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse: fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'Etat: BV – CF 2000*, Fribourg / Bâle / Genève (etc.) 2000, p. 149ss.
- THÜRER DANIEL, *Bund und Gemeinde*, Berlin etc., 1986.
- TSCHANNEN PIERRE, *Die Auslegung der neuen BV*, in : ZIMMERLI U. (édit.), *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, p. 223ss (Auslegung).
- TSCHANNEN PIERRE, *Eidgenössisches Organisationsrecht*, Berne 1997 (Organisationsrecht).
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Berne 2007 (Staatsrecht).
- VOYAME JOSEPH, *Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons*, in: G. MÜLLER et al. (édit.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1982, p. 121ss.
- WIDMER PETER, *Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht*, thèse, Zurich 1966.

WILDHABER LUZIUS, *Bundesstaatliche Kompetenzausscheidung*, in: RICKLIN A. et al. (édit.), *Manuel suisse de politique étrangère/Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Berne / Stuttgart 1975, p. 237ss.

WILI HANS-URS, *Volksrechte und Föderalismus im internationalen Vergleich*, in: *LeGes (Législation d'aujourd'hui)*, numéro spécial 1, Berne 1997, p. 1ss.

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, *La qualité pour recourir des tiers dans la gestion de l'espace*, in: TANQUEREL T./BELLANGER F. (édit.), *Journée de droit administratif 2003 : Les tiers dans la procédure administrative*, Genève / Zurich / Bâle 2004, p. 167ss.

ZIMMERLI ULRICH, *Bund – Kantone – Gemeinden*, in: ZIMMERLI U. (édit.), *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, p. 35ss.

ZIMMERMANN ROBERT, *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses*, thèse, Lausanne 1987.

Droit des Etats-Unis d'Amérique

ANNAHEIM JÖRG, *Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat*, thèse, Berlin 1992.

AUER ANDREAS, *The Supreme Law of the Land, Eléments de droit constitutionnel des Etats-Unis*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1990.

BAKER LYNN A., *Conditional Federal Spending and States' Rights*, 574 *Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* (2001), p. 104ss (States' rights).

BAKER LYNN A., *Conditional Federal Spending after Lopez*, 95 *Colum. L. Rev.* (1995), p. 1911ss (Lopez).

BERMANN GEORGE A., *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 94 *Colum. L. Rev.* 331 (1994).

BUCK S./RIENZI M. L., *Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitutional Challenges to Uninterpreted State Statutes*, 2002 *Utah L. Rev.* 381.

CAMINKER EVAN H., *State Sovereignty and Subordinacy: May Congress Commandeer State Officers to Implement Federal Law?*, 95 *Colum. L. Rev.* 1001, 1995.

CHOPER JESSE, *Judicial Review and the National Political Process: a Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago / London 1980.

- CLARK BRADFORD R., *The Supremacy Clause as a Constraint on Federal Power*, 71 Geo. Wash. L. Rev. 91 (2003).
- DINH VIET D., *Reassessing the Law of Preemption*, 88 Geo. L.J. 2085 (2000).
- DORF MICHAEL C., *Facial Challenges to State and Federal Statutes*, 46 Stan. L. Rev. 235 (1994).
- ENGDahl DAVID E., *Constitutional Federalism in a Nutshell*, 2^e éd., St Paul 1987.
- FALLON RICHARD H., *As-applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 Harv. L. Rev. 1321 (2000).
- FALLON R.H./ MELTZER D.J./ SHAPIRO D.L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, 5^e éd., New York 2003.
- FARBER DANIEL A., *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 Ohio St. L.J. 1085 (1989).
- FLEINER-GERSTER THOMAS, *Federalism, Decentralization, and Rights*, in : HENKIN L./ROSENTHAL A. J. (édit.), *Constitutionalism and Rights – The Influence of the United States Constitution Abroad*, New York 1989, p. 19ss.
- FRANKLIN DAVID L., *Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause*, 92 Iowa Law Review (2006), p. 43ss.
- GARDBAUM STEPHEN A., *The Nature of Preemption*, 79 Cornell L. Rev. 767 (1994).
- GERSHENGORN ARA B., *Private Party Standing to Raise Tenth Amendment Commandeering Challenges*, 100 Colum. L. Rev. 1065ss, 2000.
- HAMM RICHARD F., *Shaping the Eighteenth Amendment*, Chapel Hill / London 1995.
- HAY PETER, *Law of the United States*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 2002.
- HEIBERG JAMES, *Tenth Amendment*, in: PALMER KRIS E. (édit.), *Constitutional Amendments, 1789 to the present*, Detroit 2000.
- JACKSON Vicki C., *Federalism and the Uses and Limits of Law: Printz and Principle ?*, 111 Harv. L. Rev. 2180 (1998).
- KELLY A. H./HARBISON W. A./BELZ H., *The American Constitution: its Origins and Development*, 7^e éd., New York 1991.
- KRAMER LARRY, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, 100 Colum. L. Rev. 215 (2000).
- KURLAND P. B./LERNER R. (édit.), *The Founder's Constitution, Volume Five : Amendments I-XII*, 2^e éd., Indianapolis 2000.

-
- LENAERTS KOENRAAD, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles 1988.
- LAWRENCE MICHAEL A., *Toward a More Coherent Dormant Commerce Clause : a Proposed Unitary Framework*, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 395 (1998).
- LOCKHART W./KAMISAR Y./CHOPER J./SCHIFFRIN S., *Constitutional Law, Cases-Comments-Questions*, 7^e éd., St Paul 1991.
- MERRILL THOMAS W., *Rescuing Federalism after Raich: the Case for Clear Statement Rules*, 9 Lewis & Clark L. Rev. 823 (2005).
- MERSKI R. M./DUNN D. J., *Legal Research Illustrated*, 8^e éd., New York 2002.
- METZGER GILLIAN E., *Facial Challenges and Federalism*, 105 Colum. L. Rev. 874 (2005).
- NELSON CALEB, *Preemption*, 86 Va. L. Rev. 225.
- Note: Clear Statement Rules, Federalism, and Congressional Regulation of States*, 107 Harv. L. Rev. 1959 (1994) (Note).
- NOWAK J./ROTUNDA R., *Constitutional Law*, 7^e éd., St Paul 2004 (Manuel).
- PALMER KRIS E. (édit.), *Constitutional Amendments, 1789 to the present*, Detroit 2000.
- ROTUNDA R./NOWAK J., *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, 3^e éd., St. Paul 1999 (Vol. 1 à 7).
- RUBIN E. L./FEELEY M., *Federalism: some Notes on a National Neurosis*, 41 UCLA L. Rev. 903 (1994).
- SHUMSKY MICHAEL D., *Severability, Inseverability, and the Rule of Law*, Harvard Journal of Legislation, Vol. 41 (2003), p. 1ss.
- SOMIN ILYA, *A False Dawn for Federalism: Clear Statement Rules after Gonzales v. Raich*, non encore publié mais disponible sur le Social Science Research Network, <http://ssrn.com> (dernière consultation: 23 mars 2007).
- STONE G. R./SEIDMAN L. M./SUNSTEIN C. R./TUSHNET M. V., *Constitutional Law*, 5^e éd., New York 2005.
- TRIBE LAURENCE H., *American Constitutional Law*, 3^e éd., New York 2000.
- TSCHÄNI HANSPETER, *Der gliedstaatliche Kompetenzbereich in der Aufgabenverteilung des amerikanischen Bundesstaates*, thèse, Berne / Francfort-sur-le Main 1982.
- VAUSE W. GARY, *The Subsidiarity Principle in European Union Law – American Federalism Compared*, 27 Case W. Res. J. Int'l L. 61 (1995).

VERMEULE ADRIAN, *Saving Constructions*, 85 Geo. L. J. 1945 (1997).

WECHSLER HERBERT, *The Political Safeguards of Federalism : The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 Colum. L. Rev. 543 (1954).

WEINFELD ABRAHAM C., *What did the Framers of the Federal Constitution Mean by « Agreements or Compacts » ?*, 3 U. Chi. L. Rev. 456 (1936).

WIENER FREDERICK B., *The Militia Clause of the Constitution*, 54 Harv. L. Rev. 181 (1940).

Liste des abréviations

(Les abréviations en allemand ou en anglais sont indiquées en italique)

aCst	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874 (= <i>aBV</i>)
al.	alinéa
<i>Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.</i>	<i>The Annals of The American Academy of Political and Social Science</i>
art.	article
Ass.féd.	Assemblée fédérale
ATF*	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
<i>AtG</i>	<i>Bundesgesetz vom 23. Dezember 1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie</i> (= LEA; loi sur l'énergie atomique)
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale CN : Conseil national CE : Conseil des Etats
<i>BV</i>	<i>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999</i>
c.	contre
<i>Case W. Res. J. Int'l L.</i>	<i>Case Western Reserve Journal of International Law</i>
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
cl.	clause
CN	Conseil national
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
cons.	considérant
<i>Cornell L. Rev.</i>	<i>Cornell Law Review</i>
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)

Cst. U.S.	Constitution des Etats-Unis d'Amérique
disp. fin.	disposition(s) finale(s)
disp. trans.	disposition(s) transitoire(s)
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	et alii
etc.	et caetera
et cons.	et consorts
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
<i>FS</i>	<i>Festschrift</i>
<i>Geo. L.J.</i>	<i>Georgetown Law Journal</i>
<i>Geo. Wash. L. Rev.</i>	<i>George Washington Law Review</i>
<i>GG</i>	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, du 23 mai 1949</i>
<i>Harv. J. L. & Pub. Pol'y</i>	<i>Harvard Journal of Law and Public Policy</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
JT	Journal des tribunaux
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
let.	lettre
<i>Lewis & Clark L. Rev.</i>	<i>Lewis & Clark Law Review</i>
LF	loi fédérale
LFo	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0 ; <i>Waldgesetz = WaG</i>)
LOGA	Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
LParl	Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, RS 171.10)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LTAf	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)

LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTPF	Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (RS 173.71)
n°	numéro ou numéro marginal (= note marginale)
<i>Ohio St. L.J.</i>	<i>Ohio State Law Journal</i>
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire ; RS 173.110)
op. cit.	opus citatum
p.	page(s)
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
<i>Pub. L.</i>	<i>Public Law</i>
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPT	Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons
RS	Recueil systématique des lois fédérales
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>Stat.</i>	<i>United States Statutes at Large</i>
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TPF	Tribunal pénal fédéral
th.	Thèse
<i>UCLA L. Rev.</i>	<i>University of California, Los Angeles, Law Review</i>
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
UE	Union européenne
<i>U.S.*</i>	<i>United States Reports</i>
<i>U.S.C</i>	<i>United States Code</i>
<i>Utah L. Rev.</i>	<i>Utah Law Review</i>
v.	versus
<i>Va. L. Rev.</i>	<i>Virginia Law Review</i>
vol.	volume
ZBl	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>

***Manière de citer la jurisprudence :**

- Arrêts du Tribunal fédéral suisse

Exemple : ATF 122 I 70, *Michael Lenz*

Les références citées correspondent à la publication dans le recueil officiel (ATF). Elles comprennent l'indication du volume (ex. : 122), de la partie (ex. : I) et de la première page de l'arrêt (ex. : 70), ainsi que, pour les arrêts cités plusieurs fois dans ce travail, l'indication de la partie recourante (ex. : Michael Lenz) et, si nécessaire pour identifier clairement l'arrêt, d'un mot-clé définissant le thème principal.

- Arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis

Exemple : *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976)

Les références citées correspondent à la publication dans la collection officielle des arrêts de la Cour Suprême (*United States Reports*). Elles comprennent l'indication du recourant principal (ex. : National League of Cities) et de l'intimé principal (ex. : Usery), du volume concerné (ex. : 426), de la collection concernée (ex. : U.S.), de la première page de l'arrêt (ex. : 833) et, enfin, de l'année lors de laquelle l'arrêt a été rendu (ex. : 1976).

Introduction

1. *Propos liminaires.* – Le débat à propos du fédéralisme, d’une actualité toujours renouvelée, se développe à l’heure actuelle dans deux directions opposées, à la fois paradoxales et révélatrices. On assiste d’une part, dans les Etats fédéraux traditionnels, à une remise en question du fédéralisme : celui-ci est-il toujours nécessaire, ou même utile, à l’heure où la mondialisation tend à affaiblir le rôle des gouvernements à l’échelle nationale ? Le fédéralisme existe-t-il véritablement encore dans ces Etats, ou ne s’agit-il plus que d’une ancienne boîte vidée de son contenu ? On constate d’autre part, dans les pays traditionnellement organisés selon un système centralisé comme le Royaume-Uni, l’Espagne ou l’Italie, une tendance à la décentralisation, autrement dit à un glissement en direction du fédéralisme. La construction européenne, qui correspond à la création, par voie d’« agrégation », d’une structure supranationale évoluant en direction du fédéralisme, participe de cette même tendance favorable aux systèmes fédéraux.

Dans le contexte de ces deux tendances paradoxales – « mort » du fédéralisme d’un côté, naissance de structures décentralisées ou fédéralistes de l’autre –, il est intéressant de se pencher sur le cas de deux Etats fédéraux « traditionnels », la Suisse et les Etats-Unis, afin d’y étudier, dans le détail, comment un pan important et incontournable du fédéralisme, le système de partage des compétences, y a été conçu, comment il a évolué et comment il fonctionne. Cette étude permettra de se faire une idée, certes partielle, de la réalité du fédéralisme dans ces deux pays et, peut-être, d’en tirer des enseignements pouvant être généralisés à toute structure d’inspiration fédéraliste.

I. Exposé de la problématique

1. Le point de vue américain sur le rôle de la juridiction constitutionnelle en tant que gardienne du fédéralisme

2. *Point de départ : la remise en cause du rôle de la juridiction constitutionnelle dans la défense du fédéralisme.* – Au point de départ de la présente étude se trouve la réflexion menée aux Etats-Unis à propos du fonctionnement du fédéralisme américain et de la place occupée par l’autonomie des Etats fédérés

dans ce contexte. Présente tout au long de l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis, cette réflexion s'est, au début de la seconde moitié du XXe siècle, principalement concentrée sur le rôle joué par la Cour Suprême en tant que garante du fédéralisme et protectrice de l'autonomie des Etats. Un article de HERBERT WECHSLER, paru en 1954, a été l'élément déclencheur de cette discussion : l'auteur, tout comme d'autres après lui, y a en effet défendu la thèse selon laquelle il n'appartient pas à la Cour Suprême, autrement dit à la juridiction constitutionnelle, d'assurer la défense de l'autonomie étatique et le respect de la répartition constitutionnelle des compétences entre l'Union et les Etats fédérés. Ce rôle incombe uniquement au processus politique d'élaboration des lois fédérales, au cours duquel les Etats ont la possibilité, garantie par la composition et l'organisation même des autorités politiques, de faire entendre leur voix et, partant, de défendre leurs prérogatives.

3. *La position de la Cour Suprême américaine.* – Cette manière de voir a profondément marqué toute la réflexion juridique menée à propos du fédéralisme aux Etats-Unis. La Cour Suprême américaine n'a pas échappé à cette influence. Confrontée d'une part à un accroissement sans précédent de l'activité et des domaines d'intervention de l'Etat central depuis les années trente, accroissement auquel elle avait elle-même, à l'époque, fini par donner sa bénédiction, et d'autre part à la thèse défendue par WECHSLER et ses successeurs, elle a dû choisir sa position. Depuis le début des années soixante-dix jusqu'à nos jours, son attitude a oscillé entre passivité et activisme, entre déférence pour les décisions du législateur et volonté de s'opposer, d'une manière ou d'une autre, à la réduction croissante de l'autonomie des Etats.

Deux arrêts fondamentaux rendus par la Cour Suprême en matière de fédéralisme illustrent ce va-et-vient entre deux attitudes opposées.

Dans *National League of Cities v. Usery*, rendu en 1976, la Cour Suprême, adoptant une position volontariste qui tranchait avec sa retenue précédente, a jugé que l'autonomie des Etats fédérés (*State sovereignty*) constituait une limite aux compétences de l'Union, que cette limite était justiciable et qu'il incombait donc aux tribunaux d'en assurer le respect.

Moins de dix ans plus tard, dans *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985), la Cour Suprême revenait sur la jurisprudence *National League of Cities* et déclarait, en parfaite conformité avec les thèses de WECHSLER, qu'il n'appartenait pas à une autorité judiciaire, dotée d'une légitimité démocratique limitée, de décider de la répartition des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés, en d'autres termes du type de

fédéralisme souhaitable aux Etats-Unis. Cette tâche devait au contraire incomber aux instances politiques, et en premier lieu au Congrès, doté non seulement d'une légitimité démocratique supérieure, mais également d'une légitimité fédéraliste, puisqu'une Chambre entière de ce Congrès – le Sénat – est constituée de représentants des Etats. L'arrêt *Garcia* a donc marqué le retrait presque complet de la Cour Suprême du terrain du fédéralisme. La portée fondamentale de cette décision ne peut échapper à un juriste provenant d'un autre Etat fédéral, tel que la Suisse, puisqu'elle ne signifiait rien moins que le refus de la plus haute instance juridictionnelle du plus ancien système fédéral au monde d'assurer le respect de la répartition constitutionnelle des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés.

2. Définition du fédéralisme et répartition verticale des compétences

4. *L'importance de la répartition verticale des compétences pour la définition du fédéralisme.* – L'existence d'une répartition verticale des compétences entre Etat central et Etats fédérés, ainsi que la somme des compétences échoyant aux Etats fédérés, représente une composante fondamentale d'une structure fédérale. S'il n'existe pas de définition claire et universelle du fédéralisme, la doctrine s'accorde au moins sur un certain nombre de caractéristiques communes aux Etats fédéraux, qui distinguent ceux-ci d'un Etat unitaire décentralisé. Parmi celles-ci, l'existence d'une répartition des compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés figure en bonne place¹. En effet, l'existence de compétences propres des Etats fédérés, dans l'exercice – ou le non-exercice – desquelles ceux-ci peuvent exprimer leurs propres choix politiques et sociétaux, permet de les distinguer d'une collectivité territoriale faisant partie d'un Etat unitaire².

¹ DUBEY, p. 7 ; WILI, p. 65 ; DOMINICÉ, p. 751s. On ajoutera que l'existence d'une répartition verticale des compétences est non seulement un élément de la définition du fédéralisme, mais aussi l'une des justifications de ce système, puisqu'elle permet, en divisant le pouvoir entre deux niveaux de gouvernements, d'éviter une trop grande accumulation aux mains d'un seul. Cet argument a notamment été utilisé aux Etats-Unis, lors du débat sur la ratification de la Constitution de 1787. Voir notamment le FEDERALIST PAPER n° 51, rédigé par MADISON : « *In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people* ». Voir également FLEINER-GERSTER, p. 25.

² Pour le droit suisse, voir SCHWEIZER, *Art. 3 Commentaire SG*, §7, et SALADIN, *Art. 3 Cst.*, § 55-66. Pour le droit américain, voir TRIBE, p. 910.

Cependant, pour que l'Etat considéré mérite effectivement le qualificatif de « fédéral », il faut encore que les compétences laissées aux Etats fédérés atteignent une certaine importance quantitative ou qualitative³. Le seuil minimal exact que ces compétences étatiques doivent atteindre est cependant très difficile à fixer, tant en théorie qu'en pratique.

En d'autres termes, la « souveraineté » des Etats fédérés, à laquelle se réfèrent souvent la doctrine et la jurisprudence américaines, et à laquelle se référerait également l'art. 3 de l'ancienne Constitution suisse, dépend, dans une large mesure, des compétences appartenant aux Etats fédérés. Dès lors, le type de fédéralisme existant dans un Etat donné dépend, à son tour, de la manière dont sont réparties les compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés.

5. *Facteurs déterminants.* – Le type de partage vertical des compétences existant dans un Etat fédéral donné dépend, essentiellement, de deux facteurs : d'une part, des dispositions constitutionnelles opérant ce partage et, d'autre part, de la mise en œuvre de ces dispositions constitutionnelles. Or, celle-ci incombe généralement aux tribunaux, plus précisément à la juridiction constitutionnelle : « ...la résolution des conflits engendrés par cette répartition est l'une des grandes affaires de la juridiction constitutionnelle »⁴. Ces deux facteurs sont au cœur de la réflexion menée aux Etats-Unis, présentée ci-dessus. La remise en cause du rôle de la Cour Suprême en tant que garante du fédéralisme s'est en effet souvent accompagnée d'une réflexion critique sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles garantissant le partage vertical des compétences.
6. *Précisions terminologiques.* – La signification exacte du concept de « compétence », de même que celle des notions proches de « tâches » et de « pouvoirs », fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales⁵. Pour les besoins du présent travail, nous retiendrons que « compétence » signifie généralement « droit d'agir » ; les termes de « pouvoirs » et « tâches » seront considérés comme recouvrant la même notion que « compétence ». Les précisions utiles seront apportées dans la partie principale de ce travail.

De même, nous utiliserons les notions de « partage » des compétences et de « répartition » des compétences comme des synonymes⁶.

³ DUBEY, p. 15 ; WILI, p. 65.

⁴ AUER, *Juridiction*, p. 40.

⁵ Pour un aperçu des discussions, voir DUBEY, p. 24 et les réf. citées.

⁶ Pour une utilisation différenciée de ces notions, voir DUBEY, p. 23s.

Enfin, lorsque nous nous référons à la notion de « répartition des compétences », nous pensons avant tout aux compétences législatives, ainsi qu'aux compétences exécutives impliquant l'adoption de règles générales et abstraites. En revanche, nous n'aborderons pas, dans ce travail, la répartition des compétences purement exécutives, ainsi que des compétences judiciaires.

7. *Problématiques traitées.* – Le présent travail sera donc centré autour de deux problématiques. D'une part, celle de la nature et de l'effet des dispositions constitutionnelles régissant le partage des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés. D'autre part, celle du rôle et la place de la juridiction constitutionnelle dans la mise en œuvre de ces dispositions.

La première problématique se pose dans tous les Etats organisés selon une structure fédérale, y compris en Suisse et aux Etats-Unis. Dans ce dernier pays, certaines voix doctrinales sont même allées jusqu'à remettre en cause l'existence du fédéralisme⁷. Cependant, même au plus fort de sa politique de déférence face au Congrès, la Cour Suprême n'a jamais mis en cause le fait que la Constitution fédérale, au moins à l'origine, était celle d'un Etat fédéral qui, en tant que telle, imposait certaines limites à l'étendue des compétences de l'Etat central.

La seconde problématique est présente tant dans le système américain que dans le système fédéral suisse. En effet, s'il est vrai que la compétence des tribunaux, en particulier du Tribunal fédéral, d'assurer le respect des dispositions constitutionnelles régissant la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, n'a jamais été sérieusement mise en question, le principe de l'immunité des lois fédérales représente néanmoins une sérieuse lacune dans la juridiction constitutionnelle en Suisse.

II. Buts de la thèse

1. *En général*

8. *Objectifs.* – Le propos de cette recherche est de présenter, de manière comparée, l'ensemble des principes et règles fondamentales présidant à la répartition des compétences entre Etat central et Etats fédérés dans chacun des deux ordres

⁷ RUBIN/FEELEY, p. 908: « *In fact, federalism is America's neurosis. [...] we have been trying to extricate ourselves from federalism for at least the last 130 years. [...] on grounds of political morality, it has been exactly the right thing to do.* ».

juridiques étudiés, ainsi que la concrétisation apportée par les tribunaux au partage vertical des compétences. L'objectif est de favoriser une meilleure compréhension des mécanismes de répartition des compétences dans les deux ordres juridiques considérés, en mettant en évidence les points communs et les différences dans le fonctionnement des deux systèmes, ainsi que de comprendre pourquoi, malgré des différences structurelles importantes, il est possible d'observer de nombreuses convergences dans la résolution des difficultés concrètes. En fin de compte, ce travail devrait fournir quelques éléments de réponse à la question de savoir quelle physionomie revêt actuellement le fédéralisme en Suisse et aux Etats-Unis, ainsi que donner quelques indications sur la manière dont ces deux pays ont réagi ou tentent de réagir au phénomène de l'accroissement incessant des pouvoirs de l'Etat central au détriment des Etats fédérés.

2. Limites de la thèse

9. *Thèmes non traités.* – Il est entendu que l'analyse des règles juridiques régissant la répartition verticale des compétences ne dit pas tout, et de loin, sur la réalité du fédéralisme telle qu'elle est pratiquée dans un pays. Pour cela, il faudrait encore examiner le fonctionnement du processus politique ainsi que les pratiques non juridiques.

Ainsi, nous n'examinerons pas les mécanismes, formels ou informels, qui permettent aux Etats fédérés de faire entendre leurs voix au cours du processus législatif, renonçant ainsi à nous prononcer sur la validité de la thèse de WECHSLER, déjà mentionnée, selon laquelle ces mécanismes (*the political safeguards of federalism*) sont aptes à assurer la défense de l'autonomie des Etats. De même, nous ne nous risquerons pas à jauger la nature profonde des rapports informels entre Etat central et Etats fédérés, en particulier le respect et l'esprit de collaboration dont ces deux catégories d'entités peuvent faire preuve sans qu'aucune règle juridique ne les y contraigne. Enfin, nous n'aborderons pas l'autonomie organisationnelle ou financière des Etats fédérés, ni la répartition des compétences judiciaires et purement exécutives, sauf dans la mesure nécessaire au traitement du thème principal.

La question des droits fondamentaux et de leurs incidences en matière de fédéralisme ne sera pas non plus abordée, afin de limiter l'extension de ce

travail⁸. Cette problématique est particulièrement présente aux Etats-Unis, où la question de l'opposabilité du *Bill of Rights* aux Etats a fait l'objet d'une jurisprudence extensive.

S'agissant du rôle des tribunaux, nous n'entrerons pas dans les détails des diverses procédures permettant de saisir un tribunal d'un cas de violation du partage vertical des compétences.

Enfin, nous ne traiterons pas non plus des relations entre l'Etat central et les communes, même si celles-ci sont devenues dans la pratique, à l'instar des villes, des éléments incontournables du fonctionnement des Etats fédéraux. Nous avons en effet voulu nous limiter aux pièces originales du puzzle fédéraliste, autrement dit l'Etat central et les Etats fédérés⁹.

10. *Absence de l'aspect « quantitatif »*. – Puisqu'il s'agit, essentiellement, d'examiner les mécanismes régissant la répartition des compétences et sa mise en œuvre, l'aspect « quantitatif » du partage des compétences restera largement absent de la présente étude. Autrement dit, l'objectif n'est pas ici de faire la somme des compétences dont sont dotés les Etats fédérés en Suisse et aux Etats-Unis.

Le présent travail ne fournira donc qu'un aspect de la réalité, mais un aspect très important, étant donné le caractère fondamental des règles constitutionnelles régissant le partage vertical des compétences. L'analyse du cadre juridique donné par celles-ci, si elle ne permet pas d'embrasser l'ensemble des relations complexes entre l'Etat central et les Etats fédérés, fournit néanmoins des indications déterminantes quant à la physionomie du système fédéral étudié¹⁰.

III. Justification de l'approche comparative

11. *En général*. – La comparaison entre les deux systèmes choisis est particulièrement riche d'enseignements à tirer, étant donné d'une part leur relative ancienneté, et d'autre part leurs similarités du point de vue de leurs fondements et de leur structure de départ. Avant de passer à l'analyse comparative des deux ordres juridiques s'agissant de leurs mécanismes de

⁸ Sur cette problématique, voir HOTTELIER, *Bill of Rights*, p. 1ss, et *Fédéralisme judiciaire*, p. 509ss.

⁹ A ce sujet, voir THÜRER, p. 1s.

¹⁰ AUBERT, *Traité*, n° 602. Egalement DOMINICE, p. 752.

répartition des compétences, il est utile de fixer le contexte de cette étude en mettant en évidence, à titre préliminaire, leurs analogies fondamentales et structurelles.

A. Analogies quant aux fondements

12. *Résultat de l'agrégation d'Etats indépendants.* – Tant l'Etat fédéral américain, né en 1787, que l'Etat fédéral suisse, né en 1848, sont le résultat de l'agrégation d'Etats auparavant indépendants et souverains. Le processus de création des deux Etats fédéraux est ainsi passé par des étapes étonnamment similaires, que l'on peut résumer, de manière très simplificatrice, en trois étapes principales.

Au cours de la première étape, qui fut très longue en Suisse et très courte aux Etats-Unis, les entités qui constitueront plus tard l'Etat fédéral avaient elles-mêmes le statut d'Etats indépendants et souverains. Ensuite, lors de la deuxième étape, ces Etats ont formé une Confédération d'Etats en se liant par un traité international. Aux Etats-Unis, il s'agissait des Articles de la Confédération, conclus en 1777. En Suisse, il s'agissait du Pacte fédéral, conclu en 1815. Lors de la troisième étape, cette construction confédérale a cédé la place à un Etat fédéral créé par l'adoption puis la ratification, par les Etats concernés, de la Constitution fédérale du nouvel Etat. Aux Etats-Unis, la Constitution fédérale a été adoptée à Philadelphie en 1787, et le processus de ratification par les Etats s'est achevé en 1790. En Suisse, la première Constitution fédérale a été adoptée en 1848 et est entrée en vigueur la même année.

13. *Transition de la confédération d'Etats à l'Etat fédéral.* – Aux Etats-Unis comme en Suisse, le passage d'une structure confédérale à une structure fédérale a constitué une rupture avec l'ordre juridique précédent, qui n'a pu s'accomplir qu'au prix de la violation des règles régissant la révision du traité liant les Etats confédérés, et de la contrainte exercée à l'encontre d'une minorité d'Etats récalcitrants. Aux Etats-Unis en effet, les délégués des Etats qui se sont rassemblés, au printemps 1787 à Philadelphie, n'avaient pour mandat que de réviser les Articles de la Confédération. Conformément aux règles du droit international public, cette révision aurait ensuite dû être acceptée à l'unanimité. Dès lors, lorsque les délégués ont décidé, à la majorité, de remplacer les Articles de la Confédération par un acte entièrement nouveau, destiné à devenir la Constitution d'un Etat fédéral, et ont au surplus doté ce texte d'une clause prévoyant qu'il entrerait en vigueur lorsque neuf Etats – et non treize comme l'aurait voulu la règle de l'unanimité – l'auraient ratifié, ils ont agi en toute illégalité. Toutefois, cette entorse à la règle de l'unanimité se révéla d'une

redoutable efficacité : alors que deux Etats – la Caroline du Nord et Rhode Island – avaient, dans un premier temps, refusé de ratifier le nouveau texte constitutionnel, ils se ravisèrent finalement lorsqu’il devint clair qu’ils seraient les seuls à rester en dehors de l’Union, tous les autres Etats ayant donné leur ratification. Ces deux Etats revotèrent donc et acceptèrent la Constitution, respectivement en 1789 et 1790¹¹.

En Suisse, les événements se sont déroulés de manière plus ou moins similaire. Là également, lorsque les représentants des cantons votèrent à la Diète fédérale de 1848, le remplacement du Pacte fédéral de 1815 par une Constitution créant un Etat fédéral, le résultat ne fut pas unanime : trois cantons et demi votèrent contre le nouveau texte, et quatre cantons et deux demi-cantons s’abstinrent. Or, quand bien même le Pacte fédéral ne contenait pas de disposition relative à sa révision, il était admis que l’unanimité était requise en principe. Les cantons favorables à la Constitution réussirent cependant à contourner l’obstacle que représentait l’exigence de l’unanimité des cantons lors de la ratification en prévoyant, dans une disposition transitoire ajoutée à la Constitution, que la Diète fédérale elle-même aurait la compétence de décider, au terme du processus de ratification, si la Constitution avait rencontré un soutien suffisamment large pour entrer en vigueur. Cette décision pourrait être prise par un vote à la majorité. Ce procédé, qui constituait une violation de la règle de l’unanimité, se révéla aussi efficace que celui utilisé par les fédéralistes américains. Alors même que six cantons et demi avaient refusé de ratifier le nouveau texte, la Diète fédérale constata, le 12 septembre 1848, qu’une large majorité de la population avait accepté la nouvelle Constitution et que celle-ci pouvait donc entrer en vigueur. Six cantons et demi se virent donc imposer un texte qu’ils avaient refusé¹².

B. Analogies et différences structurelles

14. *Analogies.* – Créés dans des circonstances semblables, les deux Etats présentent également, du point de vue de leur structure constitutionnelle, et en particulier des dispositions concernant le fédéralisme, de nombreux points communs.

¹¹ Dans tous les Etats, l’organe compétent pour décider de la ratification était non pas le peuple directement, mais une convention spéciale, élue par le peuple selon les mêmes règles que le Parlement étatique. Sur le processus de ratification, voir KELLY et al., p. 110s.

¹² Sur le processus d’adoption et de ratification de la Constitution fédérale de 1848, voir AUBERT, *Traité*, n° 61ss, et KÖLZ, *Verfassungsgeschichte*, p. 543ss et 611ss.

Ceux-ci résultent sans doute en grande partie du fait qu'au moment de la création, en 1848, de l'Etat fédéral suisse, le seul modèle disponible était celui des Etats-Unis¹³.

On trouve ainsi, dans la Constitution des deux Etats, des dispositions analogues concernant le système de répartition des compétences, le catalogue des compétences fédérales et la primauté du droit fédéral. Nous reviendrons en détail sur ces dispositions dans la partie principale de ce travail.

De même, la représentation des Etats fédérés dans les institutions de l'Etat central est assurée, dans les deux systèmes, par l'existence d'une seconde Chambre du Parlement fédéral, au sein de laquelle chaque Etat fédéré est représenté par un nombre égal de députés. Il s'agit, aux Etats-Unis, du Sénat et, en Suisse, du Conseil des Etats. Ces Chambres des Etats, présentes dans les deux pays dès les débuts de l'Etat fédéral, ont perduré jusqu'à l'heure actuelle sans que leur existence soit sérieusement remise en cause, malgré leur caractère moins démocratique que les Chambres basses.

Au surplus, les deux Etats fédéraux considérés présentaient, à leurs débuts, un visage très semblable du point de vue des compétences de l'Etat central. Celui-ci était doté d'un nombre très limité de compétences, destinées principalement à assurer la libre circulation des marchandises sur son territoire.

15. *Différences.* – Toutefois, en dépit de ces analogies, les deux systèmes présentent également, dans leur structure de départ, des différences fondamentales qui ont conditionné de manière très importante le développement subséquent. Parmi ces différences structurelles de base, quelques-unes ont particulièrement influencé le développement du fédéralisme dans les deux pays.

La première et, à notre avis, la plus significative, est le mode de révision de la Constitution. En effet, alors que la Constitution suisse peut être modifiée relativement facilement, ainsi qu'en atteste le rythme des révisions constitutionnelles depuis 1874, lesquelles se sont déroulées à la fréquence d'un peu plus d'une par année, la Constitution des Etats-Unis ne se révisait que très difficilement. Ainsi, de 1790 à nos jours, la Constitution des Etats-Unis n'a fait l'objet que de vingt-sept amendements, dont les dix premiers ont été adoptés en bloc par le Congrès et les Etats dans les toutes premières années d'existence de l'Etat fédéral américain.

¹³ De ce point de vue, la comparaison entre les deux pays sera effectuée « à l'envers » dans ce travail, puisque les dispositions ou règles suisses y seront, systématiquement ou presque, étudiées en premier lieu, et leurs correspondantes américaines en second lieu.

L'évolution des règles constitutionnelles sur le partage vertical des compétences a donc eu lieu, en Suisse, par l'entremise de révisions constitutionnelles, votées par le peuple et les cantons. En revanche, aux Etats-Unis, cette évolution n'a pas pu avoir lieu par ce biais. Il a donc fallu trouver un autre moyen de procéder aux adaptations nécessaires du droit constitutionnel, et c'est à la Cour Suprême qu'a incombé ce rôle. Cette différence structurelle a eu une influence fondamentale sur l'évolution de la répartition des compétences et du fédéralisme dans les deux pays. Il en découle, au surplus, que la Cour Suprême joue un rôle très différent de celui du Tribunal fédéral dans le contexte du fédéralisme : alors que les juges constitutionnels suisses n'ont généralement eu qu'à procéder aux réglages de détail de la répartition des compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés, la Cour Suprême a souvent constitué une force de blocage ou, au contraire, d'accélération, dans les grandes modifications dans la répartition verticale des compétences.

C. Différence d'échelle

16. *David et Goliath*. – Enfin, une étude comparative des fédéralismes en Suisse et aux Etats-Unis ne saurait être entamée sans rappeler préalablement une réalité démographique et socio-juridique : la différence d'échelle entre les deux pays et les deux systèmes de gouvernement. Avec sa population de quelque sept millions, la Suisse compte autant d'habitants qu'un Etat américain moyen, alors que la puissance économique et démographique des plus grands Etats américains correspond à ceux des pays européens les plus importants. Par ailleurs, les Etats américains demeurent, en dépit du poids toujours croissant du gouvernement de Washington, des centres de pouvoir dont les compétences propres vont parfois bien au-delà de ce que peuvent faire les cantons suisses. Cet aspect « quantitatif » du fédéralisme aux Etats-Unis et en Suisse devra être gardé en mémoire tout au long de ce travail.

IV. Synthèse et plan de la thèse

17. *Contenu*. – La présente thèse sera donc consacrée à l'analyse comparative des règles régissant le partage vertical des compétences en Suisse et aux Etats-Unis, et, partant, de la protection ainsi accordée à l'autonomie des Etats fédérés. Pour ce faire, nous allons présenter les principales règles constitutionnelles régissant

le partage vertical des compétences, à savoir celles sur le mode de répartition des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés (titre I), et celles destinées à régler les conflits surgissant en cas de violation de ce partage des compétences (titre II). La troisième partie de ce travail sera consacrée aux principes et règles destinées à protéger l'autonomie des Etats fédérés en général, et leurs compétences en particulier (titre III). Enfin, nous étudierons la mise en œuvre par les tribunaux des règles et principes présentés dans les parties précédentes (titre IV).

Titre I
***Principes et règles régissant le partage vertical
des compétences***

Chapitre 1

Principe d’attribution

18. *Règle générale régissant la répartition des compétences en Suisse et aux Etats-Unis.* – Puisque tout Etat fédéral doit – nécessairement – procéder à un partage des compétences entre les Etats fédérés et l’Etat central, et que ce partage doit – nécessairement – être opéré par la Constitution fédérale, les Constitutions suisse et américaine ne font pas exception à la règle et contiennent toutes deux une règle décrivant le principe général selon lequel les compétences seront réparties.

§1 En Suisse : articles 3 et 42 de la Constitution

19. *Origine.* – Le « mode d’emploi » du partage des compétences en Suisse est fourni par les art. 3 et 42, al. 1 Cst.

L’art. 3 Cst. dispose que

« Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n’est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ».

Il reprend, presque mot à mot, l'art. 3 des Constitutions fédérales précédentes, de 1874 et de 1848¹⁴. En dépit des risques d'incertitude engendrés par l'utilisation d'un langage en partie suranné, le constituant de 1999 a ainsi entendu marquer son attachement à la tradition et à la continuité du système de partage des compétences tel qu'il existe en Suisse depuis 1848. Le Conseil fédéral, dans son projet de Constitution de 1996, avait offert une version modernisée et complétée de l'art. 3 Cst., mais, suite à une proposition émanant des rangs du Conseil des Etats, l'Assemblée fédérale a préféré revenir à l'ancien texte¹⁵. Les notions de « souveraineté » ou de « droits » utilisées à l'art. 3 Cst. ont donné lieu à des discussions doctrinales sur lesquelles nous ne nous arrêterons pas¹⁶. Des travaux préparatoires, nous retiendrons simplement que la volonté du constituant n'était pas de modifier le système existant avant la révision totale de 1999. Le sens attribué à l'art. 3 Cst. n'a donc pas changé par rapport à l'ancienne Constitution de 1874¹⁷.

20. *Principe du partage.* – Selon la deuxième partie de l'art. 3 Cst., qui se rapporte plus spécialement au partage des compétences entre cantons et Confédération, les cantons « *exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ».

Si l'on remplace le mot « droit » par celui de « compétence », on trouve formulé le principe général régissant le partage vertical des compétences : les cantons

¹⁴ Art. 3 de la Constitution de 1874, qui reprenait à l'identique la teneur de l'art. 3 de la Constitution de 1848 : « *Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral* ».

¹⁵ L'art. 3 du projet du CF avait la teneur suivante :

« ¹ Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale.

² La Confédération remplit les tâches que la constitution fédérale lui attribue.

³ Les cantons participent au processus de décision au niveau fédéral et à la mise en œuvre du droit fédéral ».

Sur l'historique de l'art. 3 Cst., voir BO CN 1998 (tiré à part), p. 134s. et 408, et BO CE 1998 (tiré à part), p. 25 et 152, ainsi que, notamment, AUBERT, *Petit commentaire ad art. 3 Cst.*, n° 1s. et 11 ; GREBER, p. 20 ; HANGARTNER, *FS Lendi*, p. 167 ; THALMANN, p. 150, et SCHWEIZER, *Commentaire SG ad art. 3*, n° 3s. et 8.

¹⁶ Sur la discussion à propos de la notion de « souveraineté », voir AUBERT, *Petit commentaire ad art. 3 Cst.*, n° 4ss ; KNAPP, *Répartition*, n° 3ss ; HANGARTNER, *FS Lendi*, p. 155s., et SCHWEIZER, *Commentaire SG ad art. 3 Cst.*, n° 8. Sur la notion de « droits », voir SCHWEIZER, *Commentaire SG ad art. 3 Cst.*, n° 9.

¹⁷ THALMANN, p. 150, et KNAPP, *Répartition*, n° 12.

possèdent une compétence générale et subsidiaire, alors que la Confédération n'a que les compétences qui lui sont attribuées. Ces compétences doivent lui être attribuées par la Constitution, mentionnée plus haut dans l'art. 3, et donc par le constituant.

21. *Suite.* – Le système de répartition des compétences choisi par le constituant suisse est donc celui de l'énumération exhaustive, dans la Constitution, des compétences de l'Etat central, assortie d'une clause générale et subsidiaire en faveur des cantons¹⁸. Ce principe du partage des compétences est réitéré à l'art. 42, al. 1 Cst., quoique exprimé cette fois du point de vue de la Confédération¹⁹ :

« La Confédération accomplit les tâches que lui réserve la Constitution »²⁰.

On y retrouve, exprimée en toutes lettres, l'idée que la Confédération n'a que les compétences qui lui sont attribuées par la Constitution fédérale et, en filigrane, celle que les cantons sont compétents pour le reste²¹.

22. *Partage exhaustif et sans lacunes.* – Le partage des compétences entre cantons et Confédération instauré par la règle générale statuée aux art. 3 et 42, al. 1 Cst. est généralement qualifié d'exhaustif et sans lacunes²².
23. *Exhaustif.* – Par le jeu de la clause générale et subsidiaire en faveur des cantons, tous les domaines d'activité de l'Etat sont appréhendés, même ceux qui n'existent pas encore et n'apparaîtront que dans quelques décennies, au gré de l'évolution sociale ou technique. En effet, on ne peut imaginer une seule compétence qui ne soit pas attribuée à l'une ou l'autre des entités constitutives de l'Etat fédéral : si elle ne figure pas dans les compétences attribuées expressément ou implicitement à la Confédération, elle appartient nécessairement aux cantons²³.

¹⁸ Voir, parmi d'autres, SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 Cst., n° 10; HÄFELIN/HALLER, n° 1049s.; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. I*, n° 977, et SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 76.

¹⁹ Voir, parmi d'autres, AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 1.

²⁰ L'art. 42, al. 1 reprend le contenu de ce qui était l'al. 2 du projet du CF.

²¹ Pas plus que l'art. 3 Cst., l'art. 42, al. 1 Cst. n'utilise la notion de compétence. Il fait référence aux « tâches » de la Confédération. Sur ce problème terminologique, voir KNAPP, *Répartition*, n° 7 et note 2.

²² HÄFELIN/HALLER, n° 1057; DUBEY, p. 55ss.

²³ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 1; DUBEY, p. 55ss.; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 76ss et 121; WIDMER, p. 3.

24. *Sans lacunes.* – Cette exhaustivité a pour conséquence immédiate l’absence de lacunes du système général de répartition des compétences. Puisque toute compétence possible et imaginable est appréhendée, il n’existe pas de compétence « sans maître », qui n’appartiendrait ni aux cantons, ni à la Confédération²⁴.
25. *Limitations.* – Le caractère exhaustif et sans lacunes du partage opéré par les art. 3 et 42, al. 1 Cst. ne doit cependant pas être compris dans le sens où la règle générale exprimée dans ces dispositions résoudrait à elle seule toute la question de l’étendue des compétences des entités constitutives de l’Etat fédéral. D’autres normes, constitutionnelles ou légales, sont également déterminantes s’agissant de la répartition matérielle des compétences, comme nous le verrons plus bas²⁵.
26. *Partage alternatif ?* – Dans sa conception, le système de partage des compétences prévu par la règle générale des art. 3 et 42, al. 1 Cst. est également alternatif. En effet, si l’on considère dans l’abstrait le partage ainsi opéré – toutes les compétences qui ne sont pas attribuées à la Confédération reviennent aux cantons –, une même compétence ne peut appartenir à l’une *et* aux autres, mais seulement à l’une *ou* aux autres. Comme l’exprime MAX IMBODEN, il serait en effet inconcevable que le système général de partage des compétences soit conçu de telle sorte que les ordres juridiques des cantons et de la Confédération entrent en collision parce qu’une même compétence peut légitimement être revendiquée par l’une et par les autres²⁶. Le fonctionnement de l’ordre juridique suisse serait alors gravement remis en cause. Ce raisonnement est admis comme valable, au moins dans l’abstrait, par la grande majorité des auteurs²⁷.
27. *Suite.* – Le caractère alternatif du partage est souvent considéré comme découlant de l’absence de lacunes de ce dernier. Cette affirmation doit toutefois être nuancée.

Il est vrai que la première conséquence découlant du caractère exhaustif et sans lacunes du partage des compétences est que si une compétence n’appartient pas à l’une des collectivités concernées, elle appartient forcément à l’autre, puisqu’il n’y a pas de compétence sans titulaire. Cela ne signifie toutefois pas encore

²⁴ SALADIN, *Art. 3 Cst.* n° 76ss; KELLER, p. 36.

²⁵ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 121ss.

²⁶ IMBODEN, p. 131.

²⁷ Voir notamment TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 322 ; KELLER, p. 33ss et les réf. citées ; AUBERT, *Traité*, n° 633 ; FLEINER/GIACOMETTI, 69s.

qu'il est exclu qu'une compétence puisse appartenir aux deux. Le caractère exhaustif et sans lacunes du partage n'implique donc pas nécessairement que ce partage soit alternatif.

Le caractère alternatif du partage doit donc être considéré comme un principe séparé, lequel, s'il est admis, exclut qu'une compétence puisse appartenir à la fois à la Confédération et aux cantons. Dans ce cas, une entité qui exerce une compétence appartenant à l'autre violerait nécessairement le partage des compétences puisque la compétence correspondante ne pourrait lui appartenir. Comme nous le verrons dans la suite de ce travail, la situation n'est cependant pas toujours aussi claire.

28. *Questions non réglées par la règle générale de partage.* – Les art. 3 et 42, al. 1 Cst. posent donc la règle générale régissant le partage vertical des compétences en Suisse : compétences d'attribution pour la Confédération et clause générale et subsidiaire en faveur des cantons. Ces dispositions ne disent pas encore quelles sont les compétences de la Confédération, mais seulement qu'il faut chercher ces dernières dans la Constitution elle-même, plus exactement dans les normes matérielles attributives de compétences contenues dans le texte constitutionnel.

§2 *Aux Etats-Unis : le X^e Amendement*

29. *La teneur du X^e Amendement.* – Dans la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, la règle générale de partage des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés est statuée au X^e Amendement. Celui-ci prévoit que :

« Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux Etats-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux Etats, sont conservés par les Etats respectivement ou par le peuple »²⁸.

²⁸ « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the States respectively, or to the people* ».

La traduction française de ce texte, comme toute celles qui suivront, est tirée du texte français de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, disponible sur le site internet suivant : <http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constfr.htm> (dernière consultation: 28 mars 2007).

Le texte de cette disposition est donc relativement proche de celui de l’art. 3 de la Constitution suisse.

30. *Principe du partage.* – Le X^e Amendement affirme ainsi le principe général selon lequel l’Etat central ne possède que les compétences qui lui sont attribuées par la Constitution, le reste revenant en principe aux Etats. Autrement dit, pour reprendre l’expression anglaise, le gouvernement fédéral ne possède que des compétences limitées et énumérées – “*the federal government is one of [limited and] enumerated powers*” –, alors que les Etats bénéficient d’une attribution générale et illimitée de compétences²⁹. La règle générale de partage des compétences est dès lors la même qu’en Suisse.

31. *Partage exhaustif et sans lacunes. Restrictions.* – Il en découle que le partage vertical des compétences opéré par la Constitution des Etats-Unis est, comme en Suisse, en principe exhaustif et sans lacunes.

Son caractère exhaustif est cependant nuancé par la restriction contenue dans le texte du X^e Amendement, lequel fait référence aux compétences « *refusées par elle [la Constitution] aux Etats* ». Ces compétences figurent en particulier à l’art. I, section 10. La plupart de ces restrictions ont pour effet de rendre exclusive une compétence appartenant au Congrès, comme nous le verrons plus bas. D’autres empêchent les Etats d’exercer leurs compétences d’une certaine manière. Dans ce cas, le pouvoir refusé aux Etats ne passe pas au Congrès pour autant ; simplement, il n’appartient alors à personne.

32. *Origines.* – Le X^e Amendement ne figurait pas dans le texte original de la Constitution adopté par la Convention de Philadelphie en 1787. Il a fait, au contraire, partie du premier « paquet » de dix amendements, le *Bill of Rights*, adopté deux ans plus tard par le premier Congrès et ratifié par les Etats en 1791³⁰.

Le texte de la Constitution des Etats-Unis, tel qu’adopté en 1787, faisait en effet l’économie d’une disposition statuant le principe général du partage des compétences. Il se bornait à énumérer, à son art. I, spécialement à la section 8 de cet article, les compétences revenant au Congrès, autrement dit à l’Etat central. Mais il n’existait pas de disposition prévoyant explicitement que les

²⁹ ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 1*, p. 337.

³⁰ Le *Bill of Rights* a été rapidement adopté par le premier Congrès afin, d’une part, de tenir les promesses faites durant la féroce campagne de ratification de la Constitution par les Etats, et, d’autre part, de combler les lacunes les plus apparentes du texte original.

pouvoirs de l'Etat central étaient limités à ceux énumérés et que le reste revenait aux Etats.

Or, les intentions des participants à la Convention de Philadelphie en adoptant cette formulation n'étaient pas tout à fait claires, même pour les contemporains³¹. En particulier, la question de savoir si l'Etat central devrait s'en tenir strictement aux pouvoirs énumérés, ou si ceux-ci exprimaient en réalité une faculté plus large du gouvernement national, était mal résolue.

33. *Suite.* – Dès lors, dans le camp des opposants à la Constitution – les *Anti-Fédéralistes* –, la crainte que l'Etat central n'use de ses pouvoirs, spécialement des clauses vagues comme la *necessary and proper clause* (art. I, section 8, clause 18) et la *welfare clause* (art. I, section 8, clause 1), pour oblitérer, *de facto*, toutes les compétences des Etats fédérés, était bien présente et a été exprimée lors des débats relatifs à la ratification de la Constitution par les Etats³².

Aussi, dans plusieurs Etats, des propositions d'amendements ont-elles été émises au sein des conventions de ratification, tendant à fixer explicitement dans le texte constitutionnel que les pouvoirs du centre étaient strictement limités et que tout ce qui n'était pas délégué au Congrès par la Constitution revenait aux Etats³³. Certaines de ces propositions étaient inspirées de la formulation de l'art. II des anciens Articles de la Confédération – en vigueur lorsque les Etats-Unis n'étaient qu'une confédération d'Etats –, lequel précisait

³¹ ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 1*, p. 338s. Ces auteurs soulignent en particulier le fait que les délégués à la Convention de Philadelphie avaient, par deux fois, voté en faveur d'une proposition émanant des délégués de Virginie, selon laquelle le Congrès aurait la compétence de légiférer chaque fois que les Etats, considérés séparément, seraient incapables d'agir ou que l'harmonie des Etats-Unis pourrait être troublée par l'exercice des pouvoirs législatifs étatiques. La formulation de l'art. I, § 8, telle qu'on la connaît aujourd'hui, a ensuite été proposée par le *Committee on Detail* et acceptée sans commentaire par le plénum, si bien que les intentions exactes des délégués en adoptant cette formulation demeurent quelque peu obscures.

³² HEIBERG, p. 223ss.

³³ Ainsi, la Convention de ratification de Caroline du Nord avait adopté la proposition d'amendement suivante : « *Each state in the Union shall respectively retain every power, jurisdiction or right, which is not by this Constitution delegated to the Congress of the United States [...] ; nor shall the said Congress [...] exercise any act of authority [...] but such as can be justified under some power particularly given in this Constitution ; but the said Constitution shall be considered at all times a solemn instrument, defining the extent of their authority, and the limits of which they cannot rightfully in any instance exceed* ». Source: KURLAND/LERNER, p. 403.

que les Etats conservaient tous les pouvoirs non explicitement délégués à l'autorité centrale³⁴.

De leur côté, les partisans de la Constitution – les *Fédéralistes* – jugeaient l'adoption d'un tel amendement inutile puisque, dans le texte arrêté en 1787, les pouvoirs du centre étaient déjà limités alors que ceux des Etats étaient illimités³⁵. James Madison, chef de file des *Fédéralistes*, a cependant finalement considéré que l'introduction d'une disposition fixant explicitement ce principe ne pouvait être dommageable³⁶, si bien qu'il a proposé au premier Congrès l'adoption, à la fin du *Bill of Rights*, du X^e Amendement dans sa teneur actuelle.

34. *Rejet de l'exigence d'une énumération expresse.* – On notera que le premier Congrès a, dans ce contexte, rejeté une proposition de rédaction du X^e Amendement dans laquelle il aurait été précisé que l'Etat central ne possède que les compétences *expressément* déléguées par la Constitution. Ce rejet s'explique par l'acceptation, par une majorité de délégués, que l'existence de compétences implicites de l'Etat central devait être admise, afin de donner à celui-ci les moyens de mettre en œuvre les compétences énumérées³⁷.
35. *Principe des pouvoirs énumérés.* – Finalement, l'adoption du X^e Amendement a donc eu pour effet d'ancrer explicitement dans la Constitution des Etats-Unis la doctrine des pouvoirs fédéraux énumérés, assortie d'une clause d'attribution générale et subsidiaire en faveur des Etats³⁸. De même que les art. 3 et 42 Cst. dans le cas de la Suisse, le X^e Amendement ne dit cependant pas encore quelles sont les compétences attribuées par la Constitution à l'Etat central.

³⁴ Voir notamment la proposition d'amendement émise lors de la Convention de ratification de l'Etat de Virginie, décrite dans HEIBERG, p. 224. La teneur de l'art. II des Articles de la Confédération était la suivante: « *Each State retains its sovereignty, freedom, and independance, and every power, jurisdiction, and right which is not by this confederation expressly delegated to the United States in Congress assembled* ».

³⁵ HEIBERG, p. 223s. Ainsi, dans le *Federalist No. 45*, James Madison écrivait que « *the powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined* ».

³⁶ Selon James Madison, cité dans HEIBERG, p. 225, « *[...] they may be deemed unnecessary ; but ther can be no harm in making such a declaration [...]* ».

³⁷ HEIBERG, p. 225 ; KELLY et al., p. 119. La proposition d'ajouter l'adverbe « *expressly* » a été défaite par 32 voix contre 17.

³⁸ TRIBE, p. 795.

Chapitre 2

Détermination de la ligne de partage

36. *Catalogue et règles non écrites.* – La question de savoir quelles compétences sont attribuées à l'Etat central est résolue, dans les deux systèmes considérés, par un catalogue d'attributions expresses de compétences figurant dans la Constitution, ainsi que par un certain nombre de règles non écrites.

En principe, les compétences incombant à l'Etat central sont consacrées explicitement dans le texte constitutionnel. Ces attributions expresses, ainsi que les différentes manières de classer celles-ci, sont décrites au §1, chiffres I et IV pour la Suisse, et au §2, chiffres I et IV pour les Etats-Unis.

Toutefois, jurisprudence et doctrine reconnaissent, dans les deux systèmes, l'existence de compétences implicites. Celles-ci seront traitées au §1, chiffre III pour la Suisse, et au §2, chiffre III en ce qui concerne les Etats-Unis. Enfin, pour chacun des deux pays, quelques paragraphes seront consacrés à l'interprétation des dispositions attributives de compétences (§1, chiffre II et §2, chiffre II).

§1 Dispositions attributives de compétences dans la Constitution suisse

I. Attributions expresses

37. *Localisation dans le texte constitutionnel.* – Depuis la mise à jour de la Constitution fédérale, en 1999, la plupart des normes attribuant des compétences à la Confédération sont rassemblées dans les chapitres 2, intitulé « *Compétences* », et 3 (« *régime des finances* ») du titre 3 de la Constitution, où elles sont rangées par grands domaines de l'activité humaine (par exemple : travaux publics et transports, économie ou formation, recherche et culture). Il n'est cependant pas exclu que l'on puisse trouver des attributions de compétences ailleurs dans la Constitution, notamment dans le titre 2, chapitre 2, consacré à la nationalité, aux droits de cité et aux droits politiques, ainsi que

dans le titre 5 sur les autorités fédérales³⁹. En revanche, la doctrine admet qu'on ne peut déduire aucune compétence du préambule de la Constitution, ni de l'art. 2 Cst., qui traite du but de la Confédération suisse et vise à la fois l'Etat central et les cantons⁴⁰.

38. *Caractéristiques générales.* – Les attributions expresses de compétences contenues aux chapitres 2 et 3 du titre 3 de la Constitution sont rangées en différentes sections correspondant à divers grands thèmes de réglementation. Cette systématique constitue le fruit des efforts d'organisation et de systématisation déployés lors de la mise à jour de la Constitution fédérale en 1999⁴¹. Les règles attributives de compétences prennent la forme de clauses particulières, dans lesquelles la Confédération est déclarée compétente pour régler tel ou tel domaine, ou pour atteindre tel ou tel objectif.

Mis à part ces traits généraux communs, les règles attributives de compétences figurant dans la Constitution ne présentent guère d'unité. Elles diffèrent notamment quant à leur formulation, leur portée et leurs effets juridiques. On peut ainsi établir, selon le critère considéré, différentes classifications de ces clauses.

1. Classification selon l'objet

39. *En général.* – Etudier l'objet d'une compétence revient à se demander ce qui, matériellement, est attribué à la Confédération. A lire le chapitre 2 du titre 3 de la Constitution, on constate rapidement que les compétences attribuées à la Confédération n'ont pas toutes des objets de même nature.
40. *Typologie.* – On trouve en doctrine différentes manières de distinguer les compétences en fonction de leur objet. La classification la plus répandue est celle proposée par HANGARTNER, reprise depuis lors dans plusieurs ouvrages de

³⁹ Par exemple, l'art. 185 Cst., qui fonde la compétence du CF pour la préservation de la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, suppose une compétence de la Confédération dans ce domaine. Voir à ce sujet BIAGGINI, *Al-Qaïda*, p. 25, et ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, cons. 4.

⁴⁰ Voir, parmi d'autres, HÄFELIN/HALLER, n° 1076s. Pour l'ancienne Constitution, voir déjà SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 133.

⁴¹ Par rapport à l'ancien texte, dans lequel les règles de compétence étaient présentées sans ordre particulier, en fonction du hasard des révisions partielles, la nouvelle Constitution a donc nettement gagné en clarté.

référence⁴². HANGARTNER distingue les modes d'attribution suivants : par domaine matériel ou domaine d'activité (*Sachgebiet*), comme la pêche et la chasse (art. 79 Cst.) ou l'énergie nucléaire (art. 90 Cst.) ; par critère d'ordre (*Ordnungskriterium*) ou domaine juridique, cette catégorie comprenant essentiellement les compétences en matière de droit civil et de droit pénal (art. 122, al. 1 et 123, al. 1 Cst.) et celles en matière de procédure pénale et de procédure civile (art. 122, al. 1 et 123, al. 1 Cst.)⁴³ ; par problèmes transversaux, comme la protection de l'environnement (art. 74 Cst.) ou les relations extérieures (art. 54 Cst.) ; par fonction étatique, c'est-à-dire la fonction législative, la fonction exécutive ou la fonction judiciaire ; et, enfin, par programmes étatiques, lorsque la disposition attributive de compétences commence par articuler un objectif, une obligation pour la Confédération de tenir compte de tel ou tel problème, par exemple à l'art. 116, al. 1 (protection de la famille).

41. *Énumération des moyens d'action du législateur.* – De nombreuses attributions de compétences sont en outre accompagnées d'une énumération plus ou moins longue des moyens à disposition du législateur pour exercer la tâche en question. Des exemples particulièrement symptomatiques se trouvent dans les dispositions constitutionnelles sur les assurances sociales, en particulier à l'art. 113 Cst., consacré à la prévoyance professionnelle, lequel détermine de manière assez précise la façon dont la compétence devra être mise en œuvre par le législateur. On évoquera également l'art. 119 Cst., sur la procréation médicalement assistée et le génie génétique, qui contient lui aussi un catalogue long et précis de principes à respecter.
42. *Diversité des critères d'attribution.* – Ainsi qu'il ressort de cette classification, de même que d'autres classifications proposées en doctrine, les différentes attributions de compétences en faveur de la Confédération ne fonctionnent pas toutes sur la base de critères d'attribution de même nature. Au contraire, plusieurs types de critères se superposent ou se combinent dans la plupart des dispositions. Ainsi, la compétence fédérale en matière de droit civil (art. 122

⁴² HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 92ss. Dans le même sens: SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 n° 13, et SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 186ss. Des classifications un peu différentes sont notamment proposées par AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 995ss ; HÄFELIN/HALLER, n° 1078ss ; DUBEY, p. 64ss, et AUBERT, *Usage*, p. 93ss.

⁴³ Dans leur teneur issue de la réforme de la justice et entrée en vigueur le 1^{er} avril 2003 pour l'art. 123, al. 1, et le 1^{er} janvier 2007 pour l'art. 122, al. 1. Le statut de ces attributions de compétence est cependant très controversé en doctrine. Pour un résumé de la discussion, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 1^{ère} éd. (2000), *Vol. I*, n° 969.

Cst.) est transversale par nature puisque pratiquement tous les domaines de l'activité humaine peuvent être réglés sous l'angle du droit civil. Pour sa part, l'art. 74 Cst. combine deux critères d'attribution, puisqu'il a pour objet d'une part un problème transversal, la protection de l'environnement, et d'autre part une fonction étatique, la compétence de légiférer, à l'exclusion de celle d'édicter des dispositions d'exécution.

43. *Conséquences.* – La conséquence pratique indirecte de cette complexité dans les critères d'attribution des compétences fédérales est que, suivant la façon dont est formulée l'attribution de compétences, la délimitation par rapport aux compétences cantonales sera plus ou moins aisée. Ainsi, il est sans doute assez facile de déterminer où s'arrête la compétence fédérale en matière de métrologie. En revanche, il est plus difficile de déterminer jusqu'où s'étend celle en matière de protection de l'environnement : inclut-elle également les prescriptions en matière d'isolation des bâtiments, en dépit du fait que les règles en matière de constructions sont en principe du ressort des cantons ? Nous reviendrons plus bas sur cette difficulté.

Cet exemple démontre également que, puisque les critères de rattachement des compétences fédérales revêtent des natures différentes, il en découle inmanquablement des chevauchements ou des interférences entre les différentes sphères de compétences de la Confédération, mais également entre les sphères de compétences fédérale et cantonales.

2. Classification selon l'extension

44. *En général.* – Les attributions de compétences à la Confédération se distinguent également en fonction de leur extension. Soit un domaine de compétence est attribué entièrement, « en bloc », à la Confédération, soit il ne l'est que partiellement, le reste devant incomber aux cantons. On distingue ainsi les attributions globales de compétences et les attributions partielles.
45. *Compétences globales.* – Lorsque la compétence est globale (*umfassend*), la Confédération a potentiellement la faculté, voire l'obligation, de régler tous les aspects du domaine concerné, en d'autres termes d'édicter une réglementation exhaustive ne laissant plus de place pour le droit cantonal⁴⁴. Ce type de compétence fait donc référence à une faculté de la Confédération d'adopter une

⁴⁴ Voir à ce sujet, parmi d'autres, HÄFELIN/HALLER, n° 1084s.

réglementation exhaustive. Il n'est pas encore dit que la Confédération en fera usage.

Le Tribunal fédéral fait parfois référence à cette notion dans sa jurisprudence⁴⁵. C'est ainsi qu'il a décrit la compétence de la Confédération en matière de navigation aérienne (art. 87 Cst. et art. 37ter aCst.) comme une compétence globale mais non exclusive⁴⁶.

46. *Compétences partielles.* – Au contraire des compétences globales, susceptibles de couvrir l'intégralité du domaine concerné, les compétences partielles ne permettent à la Confédération de régler qu'une partie de celui-ci.

Cette limitation peut être quantitative, dans le sens où la Confédération ne peut régler qu'une portion déterminée d'un domaine d'activité humaine. La doctrine parle dans ce cas de compétence fragmentaire⁴⁷. L'exemple le plus souvent cité de compétence fragmentaire est celle que possède la Confédération en matière de protection de la santé (art. 118 Cst.)⁴⁸. La protection de la santé constitue le thème global de réglementation, et la Confédération n'a que la compétence de régler les domaines particuliers décrits à l'art. 118, al. 2, c'est-à-dire par exemple l'utilisation des denrées alimentaires ou des agents thérapeutiques (let. a), la lutte contre les maladies transmissibles, très répandues ou particulièrement dangereuses (let. b) ou encore la protection contre les rayons ionisants⁴⁹. La réglementation des autres aspects de la protection de la santé incombe aux cantons⁵⁰.

⁴⁵ L'utilisation de la notion de compétence globale (*umfassend*) par le TF prête parfois à confusion dans le sens où il lui arrive d'employer ce terme pour décrire des compétences exclusives (*ausschliesslich*). Sur cette incertitude terminologique, voir plus loin, au chapitre consacré aux compétences exclusives (n° 52).

⁴⁶ ATF 119 Ib 222, *WWF Suisse*, cons. 2a ; ATF 122 I 70, *Michael Lenz*, cons. 2.

⁴⁷ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 181.

⁴⁸ Voir notamment SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 Cst., n° 13 ; HÄFELIN/HALLER, n° 1086 ; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 181.

⁴⁹ La formulation utilisée à l'art. 118, al. 1 Cst. (« *Dans les limites de ses compétences, la Confédération...* », suivie à l'alinéa 2 d'une énumération des compétences que possède effectivement la Confédération) est indicative d'une compétence fragmentaire. Elle se retrouve à quelques autres endroits de la Constitution (art. 76, eaux ; art. 89, politique énergétique).

⁵⁰ Dans un ATF 128 I 295, *Association suisse des annonceurs*, cons. 3d.bb, relatif à l'art. 118 Cst., le Tribunal fédéral a repris à son compte la notion de compétence fragmentaire développée par la doctrine.

La limitation imposée à la compétence fédérale peut également être qualitative, dans le sens où la Confédération n'a que la compétence d'édicter un certain type de réglementation (de principe, de droit civil, de droit pénal). L'exemple le plus typique est la compétence fédérale limitée aux principes.

47. *Compétences limitées aux principes.* – Cette catégorie de compétences se réfère aux cas dans lesquels la Constitution octroie à la Confédération la compétence de « fixer les principes... », par exemple aux art. 75 (aménagement du territoire), 76, al. 2 (protection des eaux), 77, al. 2 (forêts), 79 (pêche et chasse), 88, al. 1 (chemins pédestres), 89, al. 2 (utilisation des énergies renouvelables) et 129, al. 3 (harmonisation fiscale)⁵¹.

Dans ces domaines, la Confédération n'a donc que la compétence d'édicter une réglementation de principe (aussi appelée législation-cadre). Ce procédé permet de pourvoir à l'harmonisation nécessaire dans un domaine particulier, tout en laissant aux cantons un degré substantiel d'autonomie dans la réglementation des détails. Toute la question est de savoir, dans un tel cas, jusqu'où le législateur fédéral peut aller. Indubitablement, la réglementation fédérale ne peut pas être exhaustive. Elle doit rester en-deçà de cette limite.

48. *Etendue des compétences limitées aux principes.* – On admet que la limitation de sa compétence aux principes n'empêche pas la Confédération d'édicter des dispositions directement applicables aux particuliers⁵². Pour le reste, le contenu exact de la notion de « principes » reste flou. Il est cependant largement admis qu'elle confère au législateur la compétence d'édicter une réglementation de détail pour certains problèmes bien déterminés, particulièrement importants ou pour lesquels une unification du droit est particulièrement nécessaire⁵³. Il

⁵¹ Dans l'ancienne Constitution, la formulation « *La Confédération exerce la haute-surveillance sur...* » indiquait aussi une compétence limitée aux principes. Avec la mise à jour, la terminologie a été unifiée, la formule «... *fixe les principes...* » étant utilisée presque partout où existe une compétence limitée aux principes. On trouve parfois une formulation différente, comme à l'art. 38, al. 2 Cst. (naturalisations), selon lequel la Confédération « *édicte des dispositions minimales...* ». La formule « *exerce la haute surveillance sur...* » se retrouve, dans le texte actuel, à l'art. 82, al. 2 Cst. (routes nationales). Toutefois, il ne s'agit pas là d'une compétence de légiférer, mais d'une compétence administrative. A ce sujet, voir le *Message 1996*, p. 263 ad art. 66, al. 2 du projet, et HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 180s.

⁵² SALADIN, *Art. 3*, n° 192 *in fine* ; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 179.

⁵³ SALADIN, *Art. 3*, n° 198, ainsi que ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.3 et les réf. citées. Voir cependant AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42, n° 10, pour qui cette interprétation est « *un peu large* ».

appartient ainsi au législateur fédéral d'abord de déterminer les limites que la Constitution fixe à sa compétence. Son appréciation ne pourra ensuite guère être remise en cause, notamment par le Tribunal fédéral, du fait de l'immunité des lois fédérales, sur laquelle nous reviendrons encore⁵⁴.

Il est vrai que, comme nous le verrons plus loin, l'immunité des lois fédérales ne fait que prescrire l'application des lois fédérales ; elle n'exclut pas que le Tribunal fédéral examine leur conformité à la Constitution. S'agissant de l'exercice d'une compétence limitée aux principes, les exemples d'un tel examen sont cependant rares⁵⁵. Par ailleurs, si l'utilisation excessive de la notion de « principe » résultait non pas d'une loi fédérale, mais d'une ordonnance, le Tribunal fédéral pourrait alors, théoriquement, intervenir pour imposer le respect du partage des compétences.

49. *Compétences d'encouragement.* – Certains auteurs incluent encore dans la typologie des compétences selon leur intensité les compétences d'encouragement, en vertu desquelles la Confédération ne peut intervenir dans un domaine que dans un but de soutien ou d'encouragement⁵⁶. Ce type de compétence existe par exemple aux art. 64 Cst. (recherche scientifique), 68 Cst. (sport), 70, al. 3, 4 et 5 Cst. (langues), 71 Cst. (cinéma), 77, al. 3 (forêts), etc. Toutefois, cette catégorie peut aussi très bien se ranger dans les compétences classées selon leur objet.

⁵⁴ L'ATF 106 Ib 57 fournit une illustration de cette absence de contrôle : le Tribunal fédéral y expose que, en matière de police des forêts, la Confédération dispose d'une compétence limitée aux principes ; que, sur cette base, elle a édicté la loi sur les forêts, dont les art. 33ss contiennent une réglementation exhaustive sur le partage et l'aliénation des forêts publiques ; que, dès lors, l'art. 41, al. 2 de la loi cantonale grisonne sur les forêts n'est pas applicable. Le Tribunal fédéral explique ensuite que, compte tenu de l'immunité des lois fédérales, il n'a pas à examiner la question de savoir si le législateur fédéral est bien resté dans le cadre de sa compétence limitée aux principes en édictant les art. 33ss de la LFo : « *Ob der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass der Art. 33ff. FPolG noch im Rahmen seiner auf Grundsatzbestimmungen beschränkten Gesetzgebungskompetenz geblieben ist, hat das Bundesgericht gemäss Art. 113/3 BV nicht zu untersuchen* » (cons. 2).

⁵⁵ Voir cependant l'ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.3, dans lequel le Tribunal fédéral procède à un bref examen de l'usage qu'a fait le législateur de sa compétence en matière d'aménagement du territoire, et parvient à la conclusion que le législateur fédéral n'est pas sorti du cadre constitutionnel.

⁵⁶ Voir notamment SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 Cst., n° 13, et HÄFELIN/HALLER, n° 1090.

3. Typologie des compétences fédérales selon leur effet sur les attributions des cantons

50. *En général.* – La typologie des compétences fédérales la plus couramment mise en évidence et utilisée par la doctrine et la jurisprudence se fonde sur le critère de l'effet d'une attribution constitutionnelle de compétence à la Confédération sur les compétences des cantons.

Selon cette classification, on distingue les compétences exclusives (aussi appelées à effet dérogatoire originaire ou immédiat), les compétences concurrentes (ou à effet dérogatoire subséquent ou différé) et les compétences parallèles.

A. Compétences exclusives

51. *Notion.* – Une compétence est exclusive lorsque, dès le moment où elle est attribuée à la Confédération, toute compétence cantonale dans le même domaine est exclue. En d'autres termes, dès l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle attributive de compétences à la Confédération, toute réglementation cantonale existant dans le domaine en question perd sa validité, et une éventuelle réglementation cantonale adoptée ultérieurement serait d'emblée invalide⁵⁷.
52. *Incertitudes terminologiques.* – Les compétences exclusives sont, typiquement, également globales. En d'autres termes, dès l'entrée en vigueur de la disposition attributive de compétences, l'ensemble du domaine visé est confié à la Confédération. Or, si une compétence exclusive est généralement globale, une compétence globale n'est pas forcément exclusive. Au contraire, elle sera même souvent concurrente. Si la doctrine dominante présente une convergence de vues à propos de la définition des compétences exclusives, on rencontre parfois, notamment dans certains arrêts du Tribunal fédéral, une certaine incertitude terminologique⁵⁸. Celle-ci concerne en particulier la distinction entre compétence exclusive et compétence globale, le qualificatif d'« exclusive »

⁵⁷ Sur la nature exacte de l'effet juridique, voir plus loin, ad n° 481ss.

⁵⁸ Cette incertitude terminologique est peut être due à la terminologie différente utilisée par FLEINER/GIACOMETTI, p. 86, lesquels qualifiaient d'exclusives à la fois les compétences avec effet dérogatoire originaire, et celles avec effet dérogatoire subséquent, pourvu que la compétence conférée à la Confédération permette à celle-ci de légiférer de manière exhaustive. La notion de compétence exclusive était dès lors utilisée en lieu et place de celle de compétence globale.

étant parfois utilisé pour décrire une compétence non limitée horizontalement ou verticalement, autrement dit une compétence globale au sens défini plus haut⁵⁹.

Ainsi, le Tribunal fédéral a, dans plusieurs arrêts, qualifié d'« exclusive » la compétence de la Confédération en matière de droit civil⁶⁰. Or il ne fait guère de doute que la compétence fédérale en matière de droit civil constitue bien une compétence concurrente au sens défini plus bas, dès lors que les codes civils cantonaux n'ont pas perdu leur validité en 1898, lors de l'entrée en vigueur de l'art. 64 aCst., mais bien le 1^{er} janvier 1912, à l'entrée en vigueur du code civil fédéral.

Dans le domaine de l'énergie atomique également, la formulation de certains arrêts témoigne de l'incertitude terminologique qui a régné à un moment donné dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. La Haute Cour avait en effet, dans un premier temps, qualifié la compétence fédérale en matière d'énergie atomique, fondée sur l'art 24quinquies aCst. (désormais art. 90 Cst.), d'« exclusive » (*ausschliesslich*)⁶¹, avant d'adopter, dans des arrêts ultérieurs, la terminologie de « compétence globale » (*umfassende Kompetenz*)⁶².

⁵⁹ DUBEY, p. 152ss ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 202.

⁶⁰ ATF 85 I 17, cons. 9: « *Es handelt sich hiebei [art. 64 aCst] um eine ausschliessliche Zuständigkeit umfassender Art* ». On trouve la même formule dans ATF 113 Ia 309, cons. 3b. En revanche, dans l'ATF 108 Ib 392, *Schweizerische Eidgenossenschaft (droit de cité)*, cons. 2b, le TF décrit la compétence fédérale en matière de droit civil en des termes correspondant à la définition de la compétence concurrente, sans toutefois utiliser ce qualificatif. Dans l'ATF 119 Ia 59, le TF revient à l'utilisation du qualificatif d'« exclusive », en précisant que la compétence fédérale en matière de droit civil est une « *compétence exclusive de nature globale ([...] eine ausschliessliche Zuständigkeit umfassender Art)* » (ATF 119 Ia 59, cons. 2b).

⁶¹ ATF 99 Ia 247, *NAGRA*, cons. 5b : « [...], *dass die Kompetenz des Bundes auf dem Gebiet der Atomenergie eine ausschliessliche ist und die Kantone in dem vom AtG geregelten Bereich nicht mehr legisfieren dürfen* ». ATF 103 Ia 329, *Canton de Genève (Verbois)*, cons. 3b : « [...] *la compétence de la Confédération en matière d'énergie atomique est exclusive et [que] les cantons ne peuvent plus légiférer dans le domaine réglé par la loi fédérale* ».

⁶² ATF 111 Ia 303, *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, cons. 5a: « *Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass dem Bund gestützt auf art. 24quinquies BV eine umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet der Atomenergie zusteht* ». Même formule dans ATF 111 Ib 102, *NAGRA*, cons. 5a. Dans l'ATF 119 Ia 390, *NAGRA*, également en matière d'énergie atomique, le TF ne qualifie pas la compétence fédérale fondée sur l'art. 24quinquies Cst.

53. *Situation actuelle.* – L'utilisation un peu incertaine des qualificatifs d'« exclusive » ou de « globale » par le Tribunal fédéral paraît désormais révolue. Les juges de Lausanne ont en effet rendu une série d'arrêts, tous en matière de navigation aérienne, dans lesquels la notion de « compétence globale » est non seulement utilisée mais également explicitée en des termes qui correspondent tout à fait aux définitions proposées par la doctrine majoritaire. Ainsi, selon ces arrêts, la compétence fédérale en matière de navigation aérienne, fondée sur l'art. 37ter aCst. (art. 87 Cst.), est une compétence globale, qui permet à la Confédération de légiférer sur le trafic aérien dans tous ses aspects et ainsi d'exclure complètement les cantons⁶³. Il ne s'agit pas d'une compétence exclusive, mais bien d'une compétence concurrente, dotée d'un effet dérogatoire subséquent⁶⁴.

B. Compétences concurrentes

54. *Notion.* – Les compétences fédérales concurrentes, quant à elles, n'ont pas pour effet de faire disparaître les compétences cantonales correspondantes dès leur attribution à la Confédération. L'éviction du droit cantonal se produit à un stade ultérieur, au moment où la Confédération fait usage de sa compétence, c'est-à-dire légifère dans le domaine qui lui a été attribué. Les compétences concurrentes permettent ainsi d'éviter des lacunes dans la réglementation, en particulier de se retrouver face à un vide juridique en attendant que la Confédération légifère. Même alors, les règles cantonales existantes ou futures ne perdent leur validité que dans la mesure où la Confédération a usé de sa compétence. Si elle n'a réglé qu'une fraction du domaine concerné, les cantons

⁶³ ATF 117 Ib 399, cons. 1b.aa : « Art. 37ter BV erklärt die Gesetzgebung über die Luftschiffahrt zur Bundessache. Diese umfassende Kompetenz erlaubt, die Luftfahrt in allen ihren Erscheinungsformen zum Gegenstand der Bundesgesetzgebung zu machen und die Kantone vollständig dann auszuschliessen. Der Bund kann die Materie nach allen Seiten regeln [...] ».

⁶⁴ ATF 122 I 70, *Michael Lenz*, cons. 2b. Voir également, avec la même formulation, ATF 119 Ib 222, *WWF Suisse*, cons. 2a. Dans des arrêts relativement récents, le Tribunal fédéral a qualifié de globale (« *umfassend* ») la compétence fédérale en matière de denrées alimentaires, agents thérapeutiques, stupéfiants, organismes, etc. (art. 118, al. 2, let. a Cst.), en matière de protection de l'environnement (art. 24septies aCst., art. 74 Cst.) et en matière de droit des étrangers (art. 121 Cst.). Voir, pour la protection de la santé, l'ATF 128 I 295, *Association suisse des annonceurs*, cons. 3d.bb ; pour la protection de l'environnement, l'ATF 121 I 334, cons. 4a ; pour le droit des étrangers, l'ATF 127 II 49, cons. 3a.

demeurent compétents pour le solde, quand bien même la compétence pour le domaine entier a été attribuée à la Confédération. Tel sera le cas si la compétence (concurrente) fédérale est globale. La compétence résiduelle des cantons est alors en sursis : elle subsiste tant et aussi longtemps que la Confédération n'a pas réglé l'ensemble du domaine de manière exhaustive. Après quoi, les cantons ne peuvent en principe plus légiférer dans le domaine en question.

Dès lors, la constatation du caractère concurrent d'une compétence fédérale ne dit encore rien au sujet de la validité du droit cantonal dans le même domaine. Celle-ci dépendra du caractère exhaustif ou non de la législation édictée par la Confédération, lequel se détermine par la voie de l'interprétation légale.

55. *Cas dans lesquels le droit cantonal n'est pas évincé.* – L'affirmation selon laquelle le droit cantonal est évincé lorsque la Confédération a légiféré dans un domaine particulier doit cependant être un peu nuancée. D'une part, la législation cantonale peut subsister lorsqu'elle touche le domaine concerné « par la bande », autrement dit est applicable au domaine concerné tout en visant, à titre principal, un autre objet. Il s'agit là du principe du cumul de compétences, sur lequel nous reviendrons plus bas. On peut y ajouter un cas proche, celui dans lequel la législation cantonale poursuit un autre but que le droit (public) fédéral⁶⁵. D'autre part, deux arrêts récents du Tribunal fédéral témoignent, semble-t-il, d'une ouverture supplémentaire en faveur de l'action des cantons, même en cas de législation fédérale exhaustive, et même lorsque le canton poursuit des buts également recherchés par les règles fédérales. Ils reconnaissent en effet aux cantons, dans de tels cas, la possibilité d'agir dans le domaine en question non pas directement, en prenant des mesures législatives ou d'exécution, ce qui équivaldrait à une violation du partage des compétences, mais indirectement, par des mesures de nature politique en particulier : « [...] même si, en raison du caractère exhaustif de la législation fédérale, le canton ne peut plus légiférer dans une matière, il n'est pas toujours privé de toute possibilité d'action »⁶⁶. Toutefois, cette hypothèse ne concerne apparemment

⁶⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1058, et les arrêts cités.

⁶⁶ ZBI 96/1995 p. 457, arrêt 1P.574/1993, cons. 6 (TF). Cet arrêt concerne une initiative populaire dans le canton de Bâle-Ville, enjoignant aux autorités cantonales de mettre en œuvre tous les moyens juridiques et politiques à leur disposition pour réduire le trafic aérien généré par l'aéroport de Bâle-Mulhouse, pour des motifs de sécurité du trafic aérien et de protection contre le bruit. Le TF parvient à la conclusion que la Confédération a une compétence globale en matière de navigation aérienne, qu'elle a utilisé celle-ci exhaustivement et qu'il n'y a donc plus de place pour des prescriptions

pas les compétences législatives (ou exécutives) des cantons. Elle ne touche donc pas au partage vertical des compétences tel qu'il nous intéresse ici.

56. *Suite.* – Si la compétence fédérale concurrente n'est que fragmentaire ou limitée aux principes⁶⁷, les compétences « résiduelles » des cantons ne sont plus en sursis, mais sont au contraire appelées à subsister de manière permanente – à tout le moins tant que l'attribution constitutionnelle de compétence à la Confédération n'est pas modifiée. La Constitution elle-même leur réserve, à l'intérieur du domaine général concerné, un champ minimal de compétence dans lequel la Confédération ne peut pas s'introduire.

C. Compétences parallèles

57. *Notion.* – Dans le cas des compétences parallèles, enfin, l'attribution d'un domaine à la Confédération n'a aucun effet d'éviction sur les compétences correspondantes des cantons, pas plus que n'en aura l'exercice de la compétence fédérale. Pour un même thème global de réglementation, les règles cantonales et les règles fédérales pourront donc coexister, sans que l'existence ou la validité des unes n'ait d'incidence sur l'existence ou la validité des autres. L'exercice effectif de sa compétence par l'un des deux niveaux de pouvoir ne doit pas restreindre ni porter atteinte à la faculté de l'autre d'exercer sa propre compétence⁶⁸.
58. *Exemples.* – Les exemples les plus souvent cités de compétences parallèles sont les subventions et les impôts ; en effet, une même activité peut être subventionnée ou taxée à la fois par les cantons et par la Confédération sans que cela ne soulève de difficultés particulières⁶⁹. A titre d'exemples concrets dans la

cantonales dans le même domaine. Que s'il est par conséquent interdit au canton d'agir directement, par exemple en légiférant, dans le sens des buts poursuivis par l'initiative, il peut cependant le faire de manière indirecte, par exemple en utilisant ses représentants au conseil d'administration de l'aéroport. Voir également ATF 128 I 295, *Association suisse des annonceurs*, cons. 3b : dans cet arrêt, traitant d'une interdiction de la publicité pour l'alcool et le tabac par voie d'affiches dans le canton de Genève, le TF n'a pas l'occasion d'appliquer sa « *jurisprudence récente* » puisqu'il parvient à la conclusion que la législation fédérale en matière de publicité pour le tabac et l'alcool n'est pas exhaustive.

⁶⁷ Les compétences concurrentes limitées aux principes sont souvent traitées comme une catégorie particulière par la doctrine.

⁶⁸ DUBEY, p. 283.

⁶⁹ KNAPP, *Fédéralisme*, p. 318s.

Constitution actuelle, on peut citer l'aide aux universités (art. 63a, al. 2 Cst.) ou la sécurité intérieure et extérieure⁷⁰. Dans ce dernier cas, la Confédération est compétente pour sa propre sécurité, et les cantons le sont pour la leur⁷¹.

D. Typologie utilisée dans la Constitution de 1999

59. *Traditionnelle absence de typologie dans la Constitution.* – La typologie des compétences fédérales en fonction de l'effet sur les attributions cantonales, exposée ci-dessus, est utilisée par la doctrine depuis plusieurs décennies⁷². Le Tribunal fédéral y a également recours⁷³. En revanche, les termes de « compétence concurrente », « exclusive » ou « parallèle » n'ont jamais trouvé place dans le texte constitutionnel, que ce soit celui de 1874 ou celui de 1999.

60. *Tentative de classification dans la Constitution de 1999.* – Le constituant de 1999 s'est cependant efforcé, dans la mesure du possible, de différencier les diverses catégories de compétences en fonction de leur effet sur le droit cantonal, en utilisant des formulations particulières à chaque type.

Selon le message de 1996, les compétences concurrentes sont ainsi indiquées par les formulations suivantes : « *La Confédération règle...* », « *La Confédération édicte des dispositions...* » ou « *La Confédération peut édicter des dispositions...* »⁷⁴.

Les formules du type « *... relève de la compétence de la Confédération* » désignent quant à elles « *les compétences globales, parfois exclusives, qui jouissent d'une force dérogatoire originelle* »⁷⁵. On voit ressurgir dans cette formulation le problème de la confusion entre compétences globales et compétences exclusives, déjà soulevé auparavant à propos de certains arrêts du Tribunal fédéral. L'on trouve en effet, parmi les attributions de compétences utilisant ces formulations, à la fois des domaines considérés traditionnellement par la doctrine comme relevant de la compétence exclusive de la Confédération,

⁷⁰ ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, cons. 6.

⁷¹ Pour d'autres exemples et une classification plus fine, voir DUBEY, p. 287ss.

⁷² AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 7 ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 202 et les références citées.

⁷³ Voir notamment ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, cons. 5 (compétences parallèles), et ATF 105 Ia 234, cons. 12b, 122 I 70, *Michael Lenz*, cons. 2b, ainsi que 125 I 227, cons. 5c, pour les compétences concurrentes.

⁷⁴ Message 1996, p. 229s.

⁷⁵ Message 1996, p. 230. En allemand : « *Für umfassende, in einigen Fällen ausschliessliche, ursprünglich derogierende Kompetenzen* » (Botschaft 1996, p. 228).

et des domaines pour lesquels la compétence fédérale doit plutôt être qualifiée de concurrente à l'origine, mais dans lesquels la Confédération a édicté une réglementation exhaustive, comme par exemple en matière d'énergie atomique (art. 90 Cst.)⁷⁶.

Ainsi, l'art. 123, al. 1 Cst. prévoit que « *La législation en matière de [...] procédure pénale relève de la compétence de la Confédération* ». Il s'agit là de la formule supposée indiquer une compétence « globale jouissant d'une force dérogatoire originelle ». Toutefois, les codes de procédure pénale cantonaux n'ont pas perdu leur validité le 1^{er} avril 2003, date de l'entrée en vigueur de la disposition : il en serait résulté un vide juridique intolérable. La compétence fédérale est donc clairement concurrente, du moins à l'origine. Les codes cantonaux ne perdront leur validité qu'à l'entrée en vigueur du code de procédure pénale fédéral unifié. A ce moment là, la réglementation fédérale régira exclusivement tout le domaine de la procédure pénale. Sauf renvoi exprès du droit fédéral, il n'y aura plus de place pour des règles cantonales en la matière. Dans cette mesure, la compétence fédérale sera alors « exclusive », dans le sens où elle exclura toute réglementation cantonale dans le même domaine.

61. *Divergences par rapport à la typologie classique.* – Dès lors, il apparaît que la typologie des compétences utilisée dans le texte constitutionnel ne correspond pas tout à fait aux catégories traditionnelles de compétences distinguées par la doctrine majoritaire, à savoir les compétences exclusives et les compétences concurrentes. La distinction opérée dans la Constitution concerne plutôt, d'une part, les compétences concurrentes, qui n'ont pas pour effet, ni à l'origine, ni à l'heure actuelle, d'évincer totalement le droit cantonal, même si un tel effet reste potentiellement possible ; et, d'autre part, les compétences « exclusives », qui ont pour effet, soit de manière originnaire, soit parce que la Confédération a effectivement édicté une réglementation exhaustive, d'évincer totalement le droit cantonal.

⁷⁶ Pour ces formulations, le projet du Conseil fédéral n'a pas été modifié par le constituant. Il s'agit des dispositions suivantes de la Constitution : art. 54, al. 1 (affaires étrangères), 58, al. 3 et 60, al. 1 Cst. (armée), 61, al. 1 (protection civile), 87 (transports), 90 (énergie atomique), 91, al. 2 (transport par conduites), 92, al. 1 (poste et télécommunications), 93, al. 1 (radio et télévision), 99, al. 1 (monnaie), 105 (alcool), 106, al. 1 (jeux de hasard), 121, al. 1 (séjour et établissement des étrangers), 122, al. 1 (droit civil et procédure civile), 123 (droit pénal et procédure pénale), 125 (météorologie) et 133 (droits de douane).

On peut dès lors comprendre que la terminologie « uniforme » utilisée dans la Constitution de 1999 (« *relève de la compétence de la Confédération* » ou « *relève de la Confédération* ») recouvre les compétences « exclusives » au moment de son entrée en vigueur, c'est-à-dire les domaines dans lesquels la Confédération possède une compétence globale qu'elle a pleinement utilisée. Cela correspond à la plupart des domaines concernés, mais il existe des exceptions, comme la compétence en matière de procédure pénale : la Confédération n'a en effet encore édicté aucune réglementation dans ce domaine.

62. *Suite.* – Cette catégorisation repose sans doute sur la proximité, du point de vue de l'effet final produit sur le droit cantonal, entre compétences exclusives et compétences concurrentes globales, et met en évidence la nature un peu artificielle, à l'heure actuelle, de la typologie « classique » des compétences, du fait en particulier du caractère obsolète de la catégorie « compétences exclusives »⁷⁷. La classification utilisée par la Constitution de 1999 est proche de celle proposée par BLAISE KNAPP, lequel distingue d'une part les compétences exclusives ou potentiellement exclusives, qui comprennent à la fois les compétences « exclusives » au sens de la définition traditionnelle, et les compétences qui confèrent à la Confédération le devoir ou le pouvoir « *de légiférer en épuisant complètement la matière [...]* », et, d'autre part, les compétences imbriquées, qui comprennent tous les domaines dans lesquels les législations cantonales et fédérales, pour une raison ou une autre, cohabitent de manière permanente – sous réserve d'une modification de la Constitution⁷⁸.

La Constitution fédérale de 1999 ne propose en revanche pas de formulation unifiée pour désigner les compétences parallèles.

63. *Questions à résoudre par voie d'interprétation.* – Malgré les efforts de clarification terminologique entrepris lors de la mise à jour de la Constitution, des incertitudes demeurent. L'effet de l'existence d'une compétence fédérale sur le droit cantonal devra donc toujours être déterminé par voie d'interprétation. La doctrine s'accorde à dire que la très grande majorité des compétences de la Confédération sont concurrentes. La catégorie des compétences exclusives, utilisée surtout aux débuts de l'Etat fédéral, garde une valeur d'indication historique mais a perdu de sa portée pratique puisque la Confédération a légiféré (exhaustivement) dans tous les domaines concernés. Lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet d'une compétence fédérale sur les

⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 1^{ère} éd. (2000), *Vol I*, n° 983.

⁷⁸ KNAPP, *Répartition*, p. 460ss.

compétences cantonales dans le même domaine, la question se posera donc le plus souvent dans les termes suivants : s'agit-il d'une compétence fédérale concurrente ou parallèle ? Si elle est concurrente, est-elle globale ou partielle ? Enfin, si la compétence est globale, la Confédération l'a-t-elle épuisée ? De la réponse à ces questions dépendra le statut d'une réglementation cantonale concurrente.

64. *Détermination effective du partage.* – Par ailleurs, il résulte de la dominance des compétences concurrentes que l'examen des dispositions constitutionnelles attributives de compétences à la Confédération ne suffit pas à obtenir une photographie de la réalité du partage des compétences entre cantons et Confédération à un moment donné. Un examen attentif de la législation fédérale s'impose également.

En effet, les attributions matérielles de compétences à la Confédération figurant dans la Constitution ne représentent finalement qu'une compétence potentielle : la Confédération se voit conférer le pouvoir, voire l'obligation, d'agir dans tel ou tel domaine, mais rien n'indique encore qu'elle l'a fait, ni dans quelle mesure. Comme la plupart des compétences appartenant à la Confédération sont concurrentes, la question de savoir si et jusqu'à quel point la Confédération a légiféré, c'est-à-dire fait usage de sa compétence, est déterminante pour l'état effectif du partage des compétences entre cantons et Confédération. Un examen de toute la législation fédérale (lois fédérales et ordonnances) édictée sur la base d'une attribution de compétence sera nécessaire pour la détermination de la ligne de partage. Le tracé exact de celle-ci dépend donc essentiellement du degré d'exhaustivité de la législation fédérale dans le domaine considéré. La Confédération peut en effet décider de rester en-deçà de ce que la Constitution lui permet de faire. Un exemple typique de cette situation a pendant longtemps existé en matière d'allocations familiales (art. 116, al. 2 Cst.) : pendant plus de soixante ans, la Confédération, potentiellement compétente pour régler le régime des allocations familiales en Suisse, ne l'avait fait que pour le domaine restreint de l'agriculture, les autres secteurs d'activités étant laissés aux cantons. Cette situation a été modifiée par l'adoption de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (LAFam), qui prévoit un régime partiellement unifié pour les allocations familiales quel que soit le domaine d'activité.

4. Compétence signifie-t-elle obligation d'agir ?

65. *Utilisation de différentes formules.* – Les normes attributives de compétences de la Constitution utilisent des formulations différentes en ce qui concerne la

liberté du législateur de décider d'agir ou de ne pas agir dans un certain domaine. Ainsi, certaines dispositions utilisent une formule potestative : « *La Confédération peut...* » (légiférer, prendre une mesure, etc.)⁷⁹, alors que d'autres en restent à une formulation « neutre », du type « ... *relève de la compétence de la Confédération* », voire plus impérative, comme « *La Confédération légifère...* ». En revanche, on ne trouve aucune disposition prévoyant que « *La Confédération doit...* ». Faut-il en déduire que la Confédération a toujours le choix d'agir ou pas, ou lui incombe-t-il malgré tout dans certains cas, voire dans tous, une obligation de légiférer ? Si l'on penche pour la première possibilité, cela reviendrait à vider de son sens l'utilisation de la formule potestative, puisque la formule neutre entraînerait les mêmes conséquences.

66. *Portée de la formule potestative.* – Sous l'empire de l'ancienne Constitution, une relative incertitude régnait quant à la portée à attribuer aux formules potestatives⁸⁰. L'avis prépondérant était cependant qu'en cas de clause potestative, la Confédération était au moins tenue d'examiner périodiquement si une réglementation unifiée s'avérait nécessaire⁸¹. En présence d'une formule neutre, l'existence ou non d'une obligation à charge de la Confédération devait se dégager par voie d'interprétation.

Cette solution continue d'être acceptée après la mise à jour de la Constitution⁸². Elle est même, dans une certaine mesure, renforcée par le nouvel article 42, al. 1 Cst., que certains auteurs interprètent comme une obligation imposée à la Confédération d'exercer effectivement les tâches qui lui sont confiées⁸³. Cependant, étant donné que l'utilisation de la formule potestative a été maintenue dans certaines dispositions, une interprétation aussi absolue reviendrait à vider de son sens la distinction opérée entre formule potestative et formules impérative ou neutre. Or cette distinction a été maintenue à dessein par le constituant, si bien que l'on est en droit de considérer que l'utilisation de

⁷⁹ Voir par exemple les art. 65, al. 2 (« *elle peut légiférer...* »), 68, al. 3, 95, al. 1, 98, al. 2, 104, al. 3, let. f, 108, al. 3, 109, al. 2, etc. (idem), 69, al. 2 et 71, al. 1 (« *la Confédération peut promouvoir...* »), 81 (« *La Confédération peut ... réaliser des travaux publics* »), ainsi que 85 et 86 (« *La Confédération peut prélever...* »), etc.

⁸⁰ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 83ss.

⁸¹ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 83ss, et les références citées en note 91.

⁸² Voir notamment SCHWEIZER, *Commentaire SG ad art. 3 Cst.*, n° 25, et ad 42 Cst., n° 6 ; THALMANN, p. 158.

⁸³ KNAPP, *Répartition*, n° 8ss. Plus nuancés, SCHWEIZER, *Commentaire SG ad art. 42 Cst.*, n° 6, et THALMANN, p. 158.

formules potestatives n'est pas le fruit du hasard, comme certains ont pu le penser sous le régime de l'ancien droit. Dans son message de 1996, le Conseil fédéral exposait que le sens de la distinction opérée entre formule potestative et formule impérative consiste dans la plus grande latitude d'action offerte à la Confédération par une clause potestative, étant entendu que, « *lorsque l'intérêt public l'exige, la Confédération doit agir, même en présence d'une simple clause d'habilitation* »⁸⁴.

Cependant, même si l'on considère qu'une obligation d'agir incombe parfois, ou même en général, à la Confédération, celle-ci sera en principe dépourvue de sanction judiciaire. En effet, de même que l'action du législateur fédéral ne peut être sanctionnée par les autorités judiciaires à cause de l'immunité des lois fédérales, l'inaction de ce même législateur (à qui l'on reproche de ne pas avoir édicté de loi fédérale alors qu'il aurait dû le faire) ne le peut pas non plus⁸⁵.

67. *Situation des cantons.* – A l'inverse de la Confédération, les cantons ne sont, en règle générale, pas tenus à une obligation d'agir dans le cadre de leurs compétences. Ce principe est affirmé clairement à l'art. 43 Cst., lequel dispose que les cantons sont libres de définir quelles tâches ils entendent assumer dans le cadre de leurs compétences⁸⁶.

Cette affirmation doit toutefois être relativisée puisque les cantons ne sont, justement, pas entièrement libres dans la manière dont ils mettent en œuvre leurs compétences. D'une part, ils n'ont pas toujours le choix d'assumer ou non telle ou telle tâche, car la Constitution elle-même leur confère certains mandats, comme nous le verrons encore. D'autre part, le droit fédéral en général, et le droit constitutionnel en particulier, contiennent de nombreuses exigences matérielles auxquelles les cantons doivent se conformer lorsqu'ils exercent leurs compétences : respect des droits fondamentaux, du droit fédéral matériel, etc.⁸⁷.

Les cantons peuvent donc parfois être tenus à une obligation d'agir. Une telle obligation pourra résulter en premier lieu de la Constitution fédérale, soit par le biais d'un mandat conféré aux cantons, soit parce que l'inactivité du canton

⁸⁴ Message 1996, p. 230.

⁸⁵ Sur le caractère néanmoins juridique de l'obligation à charge de la Confédération, voir SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 83ss. Pour cet auteur, une réclamation de droit public (actuellement : action de droit public) des cantons pour « inaction » de la Confédération devrait cependant être possible, à des conditions (très) restrictives, c'est-à-dire pour autant qu'une action « intérimaire » des cantons soit impossible ou non exigible.

⁸⁶ KNAPP, *Répartition*, n° 8ss ; JAAG, n° 22.

⁸⁷ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 43 Cst., n° 1ss.

porte atteinte à un droit constitutionnel des citoyens. En second lieu, elle pourra se fonder sur la législation fédérale. Lorsqu'une telle obligation existe, l'inactivité du canton devrait pouvoir faire l'objet d'un recours et être sanctionnée par une autorité judiciaire.

II. Interprétation des normes attributives de compétences

68. *En général.* – Pour connaître l'extension (globale ou fragmentaire) d'une compétence attribuée à la Confédération, pour déterminer si celle-ci possède une compétence implicite ou pour savoir jusqu'où s'étend le champ d'application d'une compétence fédérale, les normes attributives de compétences de la Constitution doivent être interprétées. Elles doivent l'être en premier lieu par le législateur, qui les concrétise, mais également, en second lieu, par les autorités chargées de contrôler le respect du partage vertical des compétences, au moment où une contestation surgit.

69. *Méthodes d'interprétation.* – La doctrine et la jurisprudence constitutionnelles actuelles présentent, à propos de l'interprétation des normes constitutionnelles attributives de compétences, des avis largement convergents. Selon ceux-ci, les attributions de compétences ne doivent faire l'objet ni d'une interprétation extensive ni d'une interprétation restrictive, mais doivent au contraire se voir appliquer les méthodes usuelles d'interprétation, applicables également à l'interprétation des lois, à savoir les méthodes littérale, systématique, historique et téléologique⁸⁸.

Généralement, le Tribunal fédéral revendique ce pluralisme méthodologique et met à contribution l'ensemble de ces sources d'interprétation⁸⁹. Il n'applique ni une présomption en faveur des cantons comme le préconisaient certains représentants de la doctrine plus ancienne⁹⁰, ni une présomption en faveur de la Confédération.

⁸⁸ Voir notamment SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 Cst., n° 10 ; HÄFELIN/HALLER, n° 1064 ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 4 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 989s. ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 124 et 126.

⁸⁹ Voir notamment ATF 116 Ia 359, cons. 5c, ainsi que AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 990.

⁹⁰ Voir les références citées par HÄFELIN/HALLER, n° 1075.

Nous ne nous arrêterons pas ici sur les spécificités propres à l'interprétation de la Constitution mise à jour⁹¹.

70. *Principe : interprétation non extensive.* – En dépit du refus affiché d'appliquer une présomption en faveur des cantons, il semble toutefois que le Tribunal fédéral ait adopté, depuis quelques décennies, « *une attitude générale de retenue quant à l'interprétation des dispositions attributives de compétences [...]* »⁹², en vertu de laquelle ces dispositions constitutionnelles ne doivent en principe pas faire l'objet d'une lecture extensive. Aux yeux du Tribunal fédéral, la justification d'une telle retenue réside dans le fait que, s'agissant des normes attributives de compétences, l'adaptation aux changements de circonstances doit avoir lieu par le biais des révisions constitutionnelles, et non par voie d'interprétation. Cette appréciation se fonde notamment sur l'argument que les « *règles organiques de la Constitution* », c'est-à-dire les dispositions « *reflétant la volonté du constituant quant à la structure et au fonctionnement de l'Etat* », sont, par nature, plus rigides que les garanties des droits fondamentaux, puisqu'elles « *définissent un ordre qui n'a guère besoin d'être concrétisé* ». Dès lors, toujours selon le Tribunal fédéral, pour ce type de dispositions, « *il faut s'en tenir aux représentations du constituant au moment où la règle a été édictée et à la pratique subséquente des autorités chargées de son application* »⁹³.

Ce principe pourrait être contrebalancé, dans une certaine mesure, par un autre principe développé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon lequel plus la disposition constitutionnelle à interpréter est récente, plus la volonté du constituant constitue un élément important ; à l'inverse, plus la disposition en cause est ancienne, moins la volonté du constituant de l'époque ne sera déterminante⁹⁴.

On relèvera par ailleurs que le Tribunal fédéral aura toujours tendance à interpréter la norme constitutionnelle fédérale de manière à éviter les conflits

⁹¹ Pour une analyse approfondie, voir notamment THALMANN, p. 157ss, et TSCHANNEN, *Auslegung*, p. 223ss.

⁹² DUBEY, p. 430.

⁹³ Sur tout ce paragraphe, voir ATF 115 Ia 127, cons. 3a. On relèvera cependant que cet arrêt ne concernait pas une attribution de compétence à la Confédération, mais l'art. 12 aCst., qui prévoyait l'interdiction, pour les membres des autorités fédérales, de recevoir des avantages de la part d'un gouvernement étranger. Voir également ATF 112 Ia 208, cons. 2a, concernant une disposition constitutionnelle cantonale sur l'initiative populaire.

⁹⁴ Voir notamment ATF 117 II 523, cons. 1d.

avec le droit cantonal, ce qui impliquera généralement qu'une interprétation trop extensive sera écartée⁹⁵. Dans le contexte particulier d'un tel conflit, l'interprétation des dispositions en cause fait l'objet de règles particulières, notamment celle de l'interprétation du droit cantonal conforme au droit fédéral, sur laquelle nous reviendrons plus bas.

71. *Exceptions.* – Il est cependant arrivé à quelques reprises, en particulier aux alentours de la fin du XIX^e siècle, que le Tribunal fédéral procède à une interprétation extensive d'une disposition attributive de compétences, en appliquant notamment la méthode téléologique. L'exemple le plus fameux datant de cette époque est celui de la compétence fédérale en matière de « *postes et télégraphes* », interprétée comme englobant également les téléphones⁹⁶.

Quelques occurrences d'interprétation extensive d'une attribution de compétence se sont également produites au cours du XX^e siècle. Ainsi, le législateur fédéral a fondé sa compétence de légiférer en matière de stupéfiants sur une interprétation extensive de la disposition constitutionnelle chargeant la Confédération de lutter contre les maladies dangereuses⁹⁷. De son côté, le Tribunal fédéral a longtemps considéré que la compétence de la Confédération en matière culturelle trouvait une base suffisante dans une série d'attributions explicites de compétences (notamment la protection de la nature et du paysage, et celle des biens culturels), quand bien même aucune d'entre elles ne faisait expressément référence à la culture⁹⁸. Dans ces exemples, qui ne sont pas exhaustifs, l'interprétation extensive de dispositions attributives de compétences a débouché sur la reconnaissance de compétences implicites de la Confédération.

En dépit de ces cas particuliers, le principe général demeure en Suisse que les dispositions constitutionnelles attributives de compétences doivent être interprétées selon les mêmes méthodes que les lois, et qu'il appartient à la procédure de révision constitutionnelle, et non à l'interprétation, de pourvoir à l'adaptation nécessaire ou désirable du droit constitutionnel. En principe, dès lors, la Confédération ne peut légiférer que si elle peut se prévaloir d'une attribution de compétence expresse et relativement claire⁹⁹.

⁹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1056, ainsi que DUBEY, p. 430.

⁹⁶ Pour d'autres exemples, voir DUBEY, p. 430s.

⁹⁷ AUBERT, *Traité*, n° 630.

⁹⁸ Pour d'autres exemples, voir DUBEY, p. 431s.

⁹⁹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, n° 987.

III. Compétences implicites

72. *Reconnaissance de l'existence de compétences implicites.* – A côté des compétences fédérales expresses ou explicites (*ausdrücklich*), qui ressortent d'une interprétation littérale ou grammaticale des normes constitutionnelles attributives de compétences¹⁰⁰, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent l'existence de compétences implicites ou tacites (*stillschweigend*). Il s'agit de compétences qui ne figurent pas expressément dans le texte constitutionnel mais que l'on peut déduire, par interprétation, de celui-ci. L'existence de ces compétences est reconnue depuis 1848, le constituant de l'époque ayant, à l'instar de son homologue américain, renoncé à dessein à faire figurer l'adverbe « explicitement » au regard du principe de l'attribution de compétences à la Confédération¹⁰¹. Cette conception a été confirmée lors de l'adoption de la mise à jour de 1999. En effet, le Conseil national avait, dans un premier temps, voulu introduire le qualificatif « explicitement » (*ausdrücklich*) dans le texte de l'art. 3, mais cette version a été abandonnée par la suite¹⁰². La formulation actuelle des art. 3 et 42, al. 1 Cst. permet donc, tout comme celle de l'ancien art. 3 de la Constitution de 1874, d'admettre l'existence de compétences implicites.
73. *Typologie.* – La classification des compétences implicites connue en Suisse s'inspire largement de celle développée aux Etats-Unis. Traditionnellement, la doctrine helvétique distingue les compétences implicites proprement dites, en allemand *stillschweigende Bundeskompetenzen kraft Sachzusammenhangs*, et les compétences inhérentes ou « par la nature des choses » (*kraft Natur der Sache*)¹⁰³.
74. *Compétences implicites proprement dites.* – La première catégorie concerne les compétences qui résultent de l'application des méthodes usuelles d'interprétation aux dispositions attributives de compétence. Ces compétences possèdent un lien de connexité étroite avec une compétence expresse, soit parce qu'elles constituent une condition nécessaire à son exercice, soit parce qu'elles sont le moyen nécessaire pour parvenir au but fixé par la compétence explicite.

¹⁰⁰ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 74.

¹⁰¹ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 73.

¹⁰² BO CN 1998 (tiré à part), p. 134 s. et p. 408. Voir à ce sujet AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42, n° 5 note 3.

¹⁰³ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 73ss. Egaleme nt, parmi d'autres, SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 Cst, n° 12 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 986ss ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 125ss.

Elles peuvent aussi se déduire à l'aide de l'adage « qui peut le plus peut le moins »¹⁰⁴.

75. *Exemples.* – A titre d'exemple, les auteurs mentionnaient souvent, sous le régime de l'ancienne Constitution, la compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères, implicitement contenue à l'art. 8 aCst., lequel attribuait à la Confédération le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix ainsi que le droit de conclure des traités avec les Etats étrangers¹⁰⁵. Cette illustration n'est cependant plus d'actualité, la compétence de la Confédération en matière d'affaires étrangères figurant désormais expressément à l'art. 54, al. 1 Cst. Un autre exemple traditionnel était celui de l'ancien art. 36 de la Constitution de 1874, qui attribuait à la Confédération la compétence en matière de postes et de télégraphes, de laquelle on déduisait la compétence fédérale de régler les autres formes de communication à distance comme le téléphone, la radio et la télévision¹⁰⁶. Mais, une fois encore, cet exemple n'est plus entièrement valable depuis l'adoption, en 1984, d'un article spécifique consacré à la radio et à la télévision (art. 55bis aCst), et surtout depuis que la mise à jour de 1999 a étendu expressément la compétence de la Confédération aux télécommunications en général (art. 92 Cst.). Dès lors, à l'heure actuelle, il n'existe plus guère d'exemples de compétence implicite proprement dite.
76. *Compétences implicites inhérentes.* – La seconde catégorie, les compétences inhérentes, regroupe les compétences qui incombent à la Confédération de par la simple existence de l'Etat fédéral. Ce sont des compétences qui, « par la nature des choses », ou plutôt du fait de la décision fondamentale en faveur d'un Etat fédéral, ne pourraient pas être assumées par les cantons¹⁰⁷. Un exemple classique est le droit pour la Confédération de définir ses armoiries. Un autre est

¹⁰⁴ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 75s., et DUBEY, p. 94s.

¹⁰⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 991 ; DUBEY, p. 97 ; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 76 ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 138, classe cependant cette compétence dans la catégorie des compétences inhérentes.

¹⁰⁶ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 77, et DUBEY, p. 96s.

¹⁰⁷ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 78ss, et SCHWEIZER, *Commentaire SG ad art. 3 Cst.*, n° 12. Voir également KNAPP, *Fédéralisme*, p. 333ss, qui va plus loin dans cette direction en admettant que la Confédération devrait avoir le pouvoir de légiférer, même en l'absence de règle de compétence expresse, pour certaines tâches techniques dans le cadre desquelles les frontières cantonales sont franchies à tout moment.

fourni par la compétence de la Confédération de pourvoir à sa propre sécurité intérieure¹⁰⁸.

77. *Compétences « coutumières » ?* – Certains auteurs admettent par ailleurs que certaines compétences de la Confédération sont issues du droit coutumier, national ou international¹⁰⁹. L'exemple traditionnel était celui de la compétence « coutumière » de la Confédération, parallèle à celle des cantons, en matière d'encouragement de la culture. Cependant, l'existence de telles compétences coutumières est hautement controversée en doctrine, dans la mesure où cela revient à admettre la validité d'une source extra-constitutionnelle pour les attributions de compétences à la Confédération¹¹⁰.

78. *Conséquences de la mise à jour de 1999.* – La plupart des exemples de compétences implicites cités ont perdu leur actualité depuis la mise à jour de la Constitution fédérale, en 1999. En effet, l'un des objectifs principaux de cette mise à jour était justement de mettre par écrit ce qui, auparavant, faisait partie du droit constitutionnel non écrit. Dès lors, beaucoup de compétences implicites reconnues sous l'ancien droit ont maintenant été incorporées dans le texte de la Constitution.

Ainsi, les affaires étrangères sont désormais expressément dévolues à la Confédération (art. 54 Cst.). La sécurité intérieure figure à l'art. 57 Cst. La compétence en matière de télécommunications au sens large est désormais inscrite à l'art. 92 Cst. Enfin, l'art. 69, al. 2 Cst. confirme la faculté de la Confédération de promouvoir la culture.

Les compétences tacites de la Confédération ont donc vu, pour le moment en tout cas, leur nombre singulièrement réduit. Il en reste pourtant quelques-unes, comme la faculté de choisir les armoiries de la Confédération et celle de fixer le siège des autorités fédérales¹¹¹.

IV. Attributions constitutionnelles de compétences aux cantons

¹⁰⁸ Sur les armoiries, voir par exemple HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 81. Sur la sécurité intérieure, voir ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, et les références citées.

¹⁰⁹ SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 3 Cst., n° 12; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 993s., et SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 148.

¹¹⁰ Pour une vue d'ensemble de la controverse, voir DUBEY, p. 100s.

¹¹¹ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 5, et HÄFELIN/HALLER, n° 1068.

79. *En général.* – La Constitution fédérale contient, nous l’avons dit, une liste d’attributions de compétences en faveur de la Confédération. Compte tenu du système général de répartition des compétences instauré par les art. 3 et 42 Cst. – compétences d’attribution pour la Confédération et compétence générale et subsidiaire pour les cantons –, le texte constitutionnel ne devrait contenir aucune attribution de compétence en faveur des cantons, puisque ceux-ci ont, par définition, toutes les compétences que la Constitution ne délègue pas à la Confédération. Dans ces conditions, une attribution constitutionnelle de compétence aux cantons apparaît de prime abord soit inutile, puisqu’elle ne pourra porter que sur une compétence que le canton possède déjà en vertu de l’art. 3 Cst., soit à tout le moins étrangère au système général.

Pourtant, les cantons sont souvent mentionnés dans les dispositions constitutionnelles relatives au partage des compétences, figurant plus spécialement au chapitre 2 du titre 3¹¹². Ces références aux cantons revêtent, suivant les cas, une signification et une portée différentes. On distingue les réserves cantonales proprement dites et les réserves cantonales improprement dites.

80. *Réserves improprement dites.* – On parle de réserve du droit cantonal improprement dite lorsque la Constitution « attribue » aux cantons une compétence que ceux-ci possèdent déjà en vertu de leur compétence générale et subsidiaire, autrement dit lorsqu’il s’agit d’une compétence que la Constitution n’attribue pas à la Confédération. De telles « attributions » de compétences aux cantons apparaissent, de prime abord, comme superflues, puisqu’elles ne changent rien à la répartition des compétences préexistante. La doctrine leur attribue une valeur pédagogique ou déclarative¹¹³. Ainsi, l’art. 72, al. 1 Cst. prévoit que « la réglementation des rapports entre l’Eglise et l’Etat est du ressort des cantons ». Ce domaine n’étant pas attribué par la Constitution à la Confédération, il aurait incombé aux cantons même sans la disposition considérée, en vertu de leur compétence générale et subsidiaire.

Ce type de réserves en faveur du droit cantonal, quand bien même elles ne sont que déclaratives, a néanmoins souvent pour fonction de prévenir une interprétation trop large d’une compétence ponctuelle attribuée à la

¹¹² Voir notamment les art. 39, al. 1 et 4, 56, al. 1, 57, 58, al. 3 (sera abrogé par la RPT), 60, al. 2 (idem), 62, al. 1 et 2, 67, al. 1, 69, al. 1, 70, al. 2, 72, al. 1 et 2, 73, 74, al. 3, 75, al. 1 et 3, 76, al. 4, 78, al. 1, 80, al. 3, 83, al. 2, 89, al. 1 et 4, 94, al. 1 à 4, 97, al. 3, 106, al. 4, 111, al. 4, 122, al. 3, 123, al. 3 et 124 de la Constitution.

¹¹³ Voir notamment THALMANN, p. 152 ; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 121s.

Confédération dans un domaine qui continue d'appartenir, pour l'essentiel, aux cantons¹¹⁴.

Le rappel de l'existence de la compétence générale des cantons dans le domaine en cause peut également servir d'argument politique, afin de rendre plus « acceptable », en particulier aux yeux du peuple et des cantons appelés à se prononcer en référendum obligatoire, l'attribution d'une compétence (ponctuelle) nouvelle à la Confédération¹¹⁵. Ces mentions ont été maintenues lors de la mise à jour de la Constitution, comme notamment aux articles 78 Cst., concernant la protection de la nature et du patrimoine, et 69 Cst., concernant la culture¹¹⁶.

La mention (purement déclarative) d'une compétence cantonale dans le texte constitutionnel peut encore s'expliquer par la volonté du constituant d'assortir cette compétence d'un mandat particulier. En d'autres termes, il s'agit d'orienter l'action des cantons, fondée sur une compétence originaire, dans une direction déterminée par le constituant fédéral. On trouve un exemple d'un tel procédé à l'article 62, al. 2 Cst. L'art. 62 rappelle, à son alinéa premier, que l'instruction publique est du ressort des cantons ; l'alinéa 2 précise de quelle manière les cantons doivent exercer cette compétence : ils doivent prévoir un enseignement de base obligatoire, gratuit, suffisant et ouvert à tous¹¹⁷. De tels mandats n'attribuent cependant en eux-mêmes aucune compétence.

81. *Réserves proprement dites.* – Au contraire des réserves cantonales improprement dites, qui ne fondent pas de nouvelles compétences cantonales, les réserves cantonales proprement dites ont pour effet de conférer aux cantons une compétence qui, sans cela, incomberait à la Confédération. On rencontre principalement cette figure dans les cas où la Constitution attribue à la Confédération une compétence générale ou globale dans un certain domaine, dont elle extrait un point particulier pour le laisser à la réglementation des cantons¹¹⁸.

¹¹⁴ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 12.

¹¹⁵ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 121.

¹¹⁶ Voir notamment le Message 1996, p. 256 ad art. 62 projet (protection de la nature et du patrimoine). Pour d'autres exemples, voir encore les art. 62, al. 1, 106, al. 4, 122, al. 2 et 123, al. 3 Cst.

¹¹⁷ Voir également les art. 70, al. 2 et 75, al. 1 Cst.

¹¹⁸ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 122s. Voir également, sur le cas de la compétence cantonale transférée à la Confédération puis restituée aux cantons, AUBERT, *Traité*, n° 643s.

Dans de tels cas, la disposition constitutionnelle réservant la compétence cantonale sur tel ou tel point fonde véritablement une compétence cantonale qui, sans elle, n'existerait pas puisqu'elle se trouverait englobée dans la compétence fédérale plus générale. Ainsi, l'art. 89, al. 3 Cst. attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de consommation d'énergie ; l'alinéa 4 de la même disposition précise cependant que les cantons sont compétents s'agissant de la consommation d'énergie dans les bâtiments¹¹⁹.

§2 *Dispositions attributives de compétences dans la Constitution des Etats-Unis*

82. Aux Etats-Unis, le catalogue des compétences explicites est bien moins long et détaillé qu'en Suisse. L'interprétation constitutionnelle et la reconnaissance de compétences implicites ont donc pris une importance inversement proportionnelle.

I. Attributions expresses

1. En général

83. *L'art. I, section 8.* – Au contraire des attributions de compétences à la Confédération dans la Constitution suisse, qui occupent un chapitre entier comprenant plus de soixante-dix articles, auxquels s'ajoutent quelques autres dispositions situées ailleurs dans le texte, l'énumération des compétences de l'Etat central contenue dans la Constitution des Etats-Unis est extraordinairement brève. L'art. I section 8, qui constitue le siège de la plupart de ces attributions de compétences, compte en tout et pour tout dix-huit clauses, déléguant chacune une compétence ou tâche particulière au Congrès, autrement dit à l'Etat central. Ces compétences ne sont pas toutes de nature législative. Parmi les attributions les plus importantes, on peut citer le droit de lever et percevoir des taxes et impôts (cl. 1), celui de « *réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers Etats et avec les tribus indiennes* » (cl.

¹¹⁹ On peut éventuellement classer dans cette catégorie l'art. 106, al. 4 Cst., qui précise que les jeux d'adresse ne sont pas compris dans la compétence fédérale relative aux jeux de hasard. Il s'agit plutôt là d'une réserve improprement dite.

3), celui de battre monnaie (cl. 5), de constituer des tribunaux inférieurs à la Cour Suprême (cl. 9) ou de déclarer la guerre (cl. 11)¹²⁰.

84. *Attributions de compétences figurant dans d'autres dispositions constitutionnelles.* – L'art. I, section 8, ne constitue pas l'unique source d'autorité pour le gouvernement fédéral. D'autres dispositions constitutionnelles attribuent, directement ou indirectement, des compétences au Congrès et, par extension, à l'Etat central¹²¹. Tel est le cas notamment de l'art. II Cst. U.S., lequel régit les pouvoirs du Président et dont découle, en particulier, la compétence de l'Union de conclure des traités internationaux ; de l'art. III Cst. U.S., lequel confère au Congrès le pouvoir de fixer la peine encourue en cas de trahison, et dont découle également le pouvoir du Congrès d'adopter des règles concernant la juridiction de la Cour Suprême ; de l'art. IV, section 1, lequel attribue au Congrès la compétence de prescrire la manière dont les documents officiels établis par un Etat doivent être reconnus par les autres Etats ; de l'art. IV, section 3, lequel confère au Congrès l'autorité d'admettre de nouveaux Etats dans l'Union, ainsi que le pouvoir de disposer et de régler le territoire ou toute autre propriété appartenant aux Etats-Unis. Par ailleurs, plusieurs amendements, notamment les XIII^e, XIV^e et XV^e Amendements, contiennent une clause conférant au Congrès la compétence d'adopter la législation nécessaire pour donner effet à l'amendement en cause.
85. *Absence de typologie selon l'objet ou l'extension.* – Compte tenu du nombre réduit d'attributions de compétences à l'Etat central contenues dans la

¹²⁰ Les autres attributions de compétences à l'Etat central sont, en substance, les suivantes : le droit de faire des emprunts (cl. 2), d'établir une règle uniforme de naturalisation et des lois uniformes au sujet des faillites (cl. 4), d'assurer la répression de la contrefaçon des effets et de la monnaie (cl. 6), d'établir des bureaux et des routes de postes (cl. 7), de régler les droits d'auteurs et brevets (cl. 8), de définir et punir la piraterie et autres crimes commis en haute mer (cl. 10), de lever et d'entretenir des armées (cl. 12), de créer et d'entretenir une marine de guerre (cl. 13), d'établir des règlements pour le commandement et la discipline des forces de terre et de mer (cl. 14), de pourvoir à la mobilisation de la milice pour assurer l'exécution des lois de l'Union, réprimer les insurrections et repousser les invasions (cl. 15), de pourvoir à l'organisation, l'armement et la discipline de la milice (cl. 16), d'exercer le droit exclusif de législation, en toute matière, sur le district abritant le siège du gouvernement des Etats-Unis (cl. 17), et, enfin, de « *faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des Etats-Unis [...]* » (cl. 18).

¹²¹ A ce sujet, voir notamment TRIBE, p. 796s, et ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 1*, p. 349s.

Constitution américaine, la doctrine d'outre-Atlantique s'est peu attardée sur les classifications pouvant être établies parmi ces attributions en fonction de leur objet ou de leur extension.

En revanche, l'effet de ces attributions de compétences sur les pouvoirs des Etats a fait l'objet d'une attention soutenue, tant en doctrine que dans la jurisprudence de la Cour Suprême.

2. Typologie des compétences fédérales selon leur effet sur les compétences des Etats fédérés

86. *Absence de classification dans le texte constitutionnel.* – Le texte de l'art. I, section 8, Cst. U.S. ne contient aucune indication quant à l'effet des attributions de compétences au Congrès sur les compétences correspondantes des Etats. En particulier, il ne précise pas si la compétence des Etats de légiférer dans un domaine attribué au Congrès disparaît dès l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle ou si elle ne prend fin qu'au moment où le Congrès a effectivement légiféré dans le domaine concerné.

87. *Compétences exclusives déduites de l'art. I, section 10.* – L'art. I, section 10, en revanche, contient une liste des pouvoirs refusés aux Etats, et indique ainsi clairement quelles compétences le constituant entendait attribuer exclusivement à l'Union, les Etats étant écartés d'emblée.

Ainsi, en interdisant spécifiquement aux Etats d'être partie à un traité, une alliance, ou une Confédération, ainsi que de conclure des accords ou des pactes avec un autre Etat ou une puissance étrangère ; en les empêchant également d'accorder des lettres de marque ou de représailles, ainsi que de battre ou d'émettre de la monnaie, l'art. I, section 10, a pour effet de rendre exclusives les compétences de l'Union de conclure des traités (art. II, section 2, clause 2), de battre monnaie (art. I, section 8, clause 5) et enfin d'accorder des lettres de marque et de représailles¹²².

88. *Autres compétences.* – S'agissant des compétences qui ne sont pas refusées explicitement aux Etats par l'art. I, section 10, leur caractère exclusif ou concurrent doit être déduit par voie d'interprétation. La jurisprudence de la Cour Suprême consacrée à la *commerce clause* (art. I, section 8, clause 3) est particulièrement illustrative de ce phénomène.

¹²² NELSON, p. 225 et note 1. Voir également STONE et al., p. 169.

89. *Cas particulier : commerce clause.* – L’art. I, section 8, clause 3 Cst. U.S. attribue au Congrès le pouvoir de « *réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes* »¹²³. Cette disposition, et son interprétation large par la Cour Suprême, ont joué un rôle majeur dans le développement des compétences de l’Etat central, comme nous le verrons encore.

L’une des premières questions à s’être posée au sujet de cette attribution de compétence au Congrès est celle de son caractère exclusif ou concurrent. Autrement dit, il s’agissait de savoir si et dans quelle mesure les Etats pouvaient encore légiférer en matière de commerce en l’absence d’une réglementation fédérale, en particulier si les Etats pouvaient prendre des mesures restreignant le commerce inter-étatique. Cette question était particulièrement cruciale aux débuts de l’Etat fédéral, à considérer que l’une des principales raisons ayant mené à l’adoption de la Constitution de 1787 était justement la volonté de mettre fin à la féroce guerre commerciale que se livraient les Etats sous le régime des Articles de la Confédération, lorsque les Etats-Unis n’étaient encore qu’une confédération d’Etats souverains, et d’instaurer un marché commun¹²⁴.

90. *Gibbons. v. Ogden.* – La question de la nature exclusive ou concurrente de la compétence de l’Union en matière de commerce inter-étatique s’est présentée devant la Cour Suprême en 1824, dans l’affaire *Gibbons v. Ogden*¹²⁵, concernant la constitutionnalité d’un monopole institué par l’Etat de New-York pour l’exploitation de navires à vapeur, ayant pour effet de restreindre le commerce entre Etats par voie navigable. Dans cet arrêt, l’opinion majoritaire, rédigée par le *Chief Justice* John Marshall, a évoqué l’idée que la *commerce clause* pourrait conférer à l’Etat central une compétence exclusive¹²⁶. Toutefois, la question a finalement été laissée ouverte, la législation new-yorkaise étant invalide pour une autre raison. La décision dans *Gibbons* reconnaissait par ailleurs également que les Etats étaient en principe compétents pour légiférer en application de leur pouvoir général de police, même s’il en résultait une restriction au commerce inter-étatique.

91. *Articulation de la doctrine de la « dormant commerce clause ».* – L’idée évoquée dans *Gibbons* était donc que l’art. I, section 8, clause 3, constituait non

¹²³ Le texte anglais est le suivant : « *To regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes* ».

¹²⁴ ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 1*, p. 413, et *Vol. 2*, p. 133.

¹²⁵ 22 U.S. 1.

¹²⁶ Selon les termes utilisés par John Marshall dans *Gibbons* « *There is great force in this argument, and the court is not satisfied that it has been refuted* » (22 U.S. 1, 209).

seulement une attribution de compétence à l'Etat central, mais contenait également, implicitement, une restriction de la compétence des Etats en matière de commerce inter-étatique, même en l'absence de réglementation fédérale. Toute la difficulté était cependant de déterminer jusqu'où allait cette restriction. Après quelques décennies de tâtonnements, la jurisprudence de la Cour Suprême s'est finalement fixée, dans *Cooley v. Board of Wardens* (1852)¹²⁷, sur la doctrine dite de l'« exclusivité sélective », selon laquelle la compétence fédérale en matière de commerce inter-étatique est exclusive lorsque l'objet de la législation nécessite une uniformisation au niveau national ; elle est concurrente si, au contraire, le sujet de la réglementation est d'essence locale, mais entre néanmoins dans le champ d'application de la compétence fédérale. Dans le premier cas, les Etats ne sont pas autorisés à légiférer, même en cas d'inaction du Congrès ; dans le second cas, les Etats peuvent adopter des réglementations en matière commerciale, pour autant que et dans la mesure où le Congrès ne l'a pas fait¹²⁸.

Depuis lors, cette jurisprudence a évolué¹²⁹. A l'heure actuelle, le standard adopté par la Cour varie selon les domaines, mais correspond dans l'ensemble à une pesée entre l'intérêt de l'Etat concerné à mettre en œuvre la réglementation étatique en cause et la restriction au commerce inter-étatique découlant de cette réglementation. Si le poids de l'intérêt étatique dépasse celui de la restriction au commerce, les Etats sont autorisés à légiférer en l'absence de réglementation fédérale. Dans le cas contraire, leur compétence est exclue. Elle est exclue également lorsque la mesure étatique en cause poursuit uniquement un but de protectionnisme économique, ou qu'elle discrimine clairement le commerce inter-étatique¹³⁰. Toutefois, le principe général articulé dans *Cooley* est demeuré le même : dans certains cas de figure, la *commerce clause* a pour effet de bloquer toute législation étatique en matière commerciale, et ce même en l'absence d'une réglementation fédérale concernant la même matière. Ce principe est appelé *dormant commerce clause*. Le Congrès conserve cependant la possibilité d'autoriser expressément une telle réglementation étatique, même

¹²⁷ 53 U.S. 299 (1852).

¹²⁸ TRIBE, p. 1043ss ; ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 2*, p. 139s. Egalement LAWRENCE, p. 409.

¹²⁹ Pour une vue d'ensemble, voir LAWRENCE, p. 410ss.

¹³⁰ Pour une présentation de la jurisprudence actuelle de la Cour, ainsi que des critiques dont elle fait l'objet, voir TRIBE, p. 1031, ainsi que LAWRENCE, p. 414s.

lorsque celle-ci a été déclarée contraire à la *dormant commerce clause* par une décision de la Cour Suprême ou d'un autre tribunal¹³¹.

On peut donc retenir que la compétence fédérale en matière de commerce inter-étatique découlant de l'art. I, section 8, clause 3, est parfois exclusive et parfois ne l'est pas.

92. *Compétences concurrentes*. – En dehors du cas de la *dormant commerce clause* et de celui des compétences interdites aux Etats par l'art. I, section 10, la doctrine admet que la plupart des compétences énumérées à l'art. I, section 8, sont concurrentes¹³². La Cour Suprême n'a développé aucune jurisprudence indiquant le contraire. Dès lors, les Etats ont en principe également autorité pour légiférer dans les domaines attribués à l'Union, à moins que celle-ci n'ait édicté une réglementation ayant pour effet d'écarter le droit étatique.

Le principe est dès lors le même qu'en Suisse : lorsque la compétence fédérale est concurrente, celle des Etats subsiste tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas évincée par l'adoption d'une législation fédérale.

93. *Effet dérogatoire ou « preemption »*. – Lorsque l'existence d'une réglementation fédérale a pour effet d'écarter, partiellement ou totalement, le droit étatique édicté dans le même domaine, la doctrine et la jurisprudence parlent de *preemption*. Ce terme correspond à la notion helvétique d'effet dérogatoire. La question de savoir si, dans un domaine particulier, le droit étatique est évincé par une réglementation exhaustive est, comme en Suisse, une question d'interprétation légale. Par ailleurs, comme en Suisse également, l'effet dérogatoire du droit fédéral sur le droit étatique est généralement considéré comme une conséquence de la primauté du droit fédéral¹³³. Nous reviendrons donc sur les détails de la *preemption* dans le chapitre consacré à la primauté du droit fédéral.

On remarquera d'ailleurs que le concept de compétence fédérale concurrente entretient un lien étroit avec le principe de suprématie du droit fédéral et la doctrine de la *preemption*. En effet, c'est en vertu de l'effet dérogatoire conféré au droit fédéral ou, pour reprendre la terminologie américaine, de l'effet

¹³¹ Sur le caractère troublant d'un tel pouvoir reconnu au Congrès dans le contexte d'une compétence fédérale « exclusive », même si elle ne l'est que partiellement, voir TRIBE, p. 1037s.

¹³² NELSON, p. 225 et note 2.

¹³³ GARDBAUM, p. 773 et les réf. citées note 22ss.

préemptif de ce droit, que les règles fédérales édictées dans un domaine ont pour effet d'écarter le droit cantonal dans le même domaine¹³⁴.

94. *Principes.* – S'agissant des compétences concurrentes, l'application de la doctrine de la *preemption* par la Cour Suprême a donné des résultats semblables à la situation qui existe en Suisse : globalement, si le droit fédéral occupe entièrement un domaine et le règle de manière exhaustive, il n'y a plus de place pour du droit étatique. En revanche, si la réglementation fédérale existant dans un domaine laisse subsister des espaces pour le droit étatique, celui-ci peut continuer à exister. On relèvera à cet égard que cette conception n'a pas toujours eu cours aux Etats-Unis. En effet, à une époque, l'opinion dominante voulait que lorsque l'Union avait légiféré dans un domaine, même de manière incomplète, les Etats se trouvaient privés de la possibilité de légiférer dans ce même domaine.
95. *Compétences parallèles.* – Au contraire de la Suisse, les compétences parallèles ne sont pas considérées, par la doctrine américaine, comme une catégorie à part, séparée de celle des compétences concurrentes. Si la notion y est inusitée, cela ne signifie cependant pas que les compétences parallèles n'existent pas aux Etats-Unis. Ainsi, la compétence fédérale de lever des taxes et impôts n'a pas pour effet d'empêcher les Etats d'en faire de même¹³⁵. La question de savoir ce que les Etats peuvent faire et ne peuvent pas faire dépend, selon l'analyse américaine, de l'effet dérogoire du droit fédéral (*preemption*).

II. Interprétation des normes attributives de compétences

96. *Attributions expresses larges et peu nombreuses.* – En comparaison avec le catalogue des compétences fédérales figurant dans la Constitution suisse, les attributions de compétences expresses figurant dans la Constitution des Etats-

¹³⁴ GARDBAUM, p. 770 : « [...] both the issues of supremacy and preemption arise only where the states and the federal government have concurrent power ».

¹³⁵ ROTUNDA/NOWAK, Vol. II, p. 135. Voir également le développement dans *Gibbons v. Ogden* : « The power of taxation is indispensable to their [the States'] existence, and is a power which, in its own nature, is capable of residing in, an being exercised by, different authorities at the same time. [...] Congress is authorized to lay and collect taxes [...]. This does not interfere with the power of the States to tax for the support of their own government [...] In imposing taxes for State purposes, they are not doing what Congress is empowered to do. Congress is not empowered to tax for those purposes which are within the exclusive province of the States ».

Unis sont non seulement moins nombreuses, mais de surcroît nettement moins détaillées. Par exemple, aucune clause attributive de compétence n'indique l'objectif visé ou le but à atteindre par la réglementation à édicter, ni ne précise par quels moyens le Congrès pourra exercer sa compétence. Seul l'art. I, section 9, fournit quelques indications à ce sujet, en prohibant le recours à certains instruments ou certains exercices particuliers des compétences de l'Union.

97. *Rôle important de l'interprétation.* – Le nombre réduit de clauses attribuant des compétences à l'Etat central, leur caractère bref et peu détaillé, ainsi que l'utilisation fréquente de notions juridiques indéterminées, ont pour résultat, d'une part, une interprétation très large des dispositions attributives de compétences et, d'autre part, la reconnaissance de nombreuses compétences implicites. De manière générale, l'interprétation des dispositions constitutionnelles attributives de compétences a joué et joue encore un rôle majeur aux Etats-Unis, dans une mesure bien plus grande qu'en Suisse.

98. *Suite.* – A ces facteurs s'ajoute le fait qu'aux Etats-Unis, il s'avère très difficile de réviser la Constitution. En vertu de la procédure de révision prévue à l'art. V Cst. U.S., une proposition d'amendement doit en effet surmonter des obstacles significatifs avant de faire son entrée dans le texte constitutionnel. En particulier, une fois la proposition d'amendement adoptée par la Chambre des Représentants et par le Sénat à une majorité des deux tiers, elle doit encore être ratifiée par trois quarts des Etats. Or il est très rare que cette procédure soit menée à son terme. Au cours de ses quelques deux-cent-vingt ans d'existence, la Constitution des Etats-Unis n'a été révisée que vingt-sept fois. Si l'on déduit de ce nombre les dix premiers amendements – *le Bill of Rights* –, adoptés presque en même temps que le texte original, on constate que la Constitution américaine n'est révisée qu'une fois tous les quinze ans en moyenne.

Dès lors, la procédure d'amendement ne peut guère servir à adapter la Constitution des Etats-Unis aux changements de circonstances résultant de l'évolution sociale, économique et technique.

99. *Importance du rôle de la Cour Suprême.* – Ce rôle est au contraire assumé par l'interprétation des dispositions constitutionnelles effectuée par la Cour Suprême, dont les arrêts ont force obligatoire pour les autres tribunaux du pays en vertu du principe de *stare decisis* typique des systèmes de *common law*.

Or la Cour Suprême s'est souvent montrée particulièrement généreuse dans son interprétation des attributions de compétences à l'Etat central, ouvrant ainsi la porte, au fil du temps, à une extension considérable du champ d'application du droit fédéral.

100. *Le cas de la clause du commerce inter-étatique.* – Le cas de la *commerce clause* constitue une illustration particulièrement remarquable de ce phénomène. Comme déjà indiqué plus haut, l’art. I, section 8, clause 3, confère entre autres à l’Etat central la compétence de régler le commerce inter-étatique. La Cour Suprême, en élargissant graduellement son interprétation de cette attribution, en a fait un instrument formidable au service de l’Union, permettant à celle-ci de réaliser ses buts de politique économique, mais également ses buts de politique sociale, criminelle ou environnementale.

101. *Interprétation extensive par la Cour Suprême.* – Dès le début, dans l’un des premiers arrêts interprétant la *commerce clause*, *Gibbons v. Ogden* (1824)¹³⁶, le *Chief Justice* John Marshall avait déjà indiqué que la Cour n’entendait pas conférer une interprétation étroite au pouvoir conféré par cette attribution de compétence. Il a retenu, dans son opinion rédigée pour la Cour, que la notion de « commerce » n’était pas restreinte à celle, étroite, de « trafic » ; mais devait au contraire être comprise comme englobant toute les relations commerciales. S’agissant de la notion d’« inter-étatique », John Marshall a retenu qu’elle visait le commerce concernant plus d’un Etat, par opposition au commerce purement interne à un seul Etat¹³⁷.

Par la suite, en particulier à partir de la fin du XIX^e siècle, la Cour a développé divers standards permettant d’autoriser malgré tout le Congrès à régler des activités à priori purement intra-étatiques. Par exemple, elle a considéré pendant un temps que si l’objet en cause faisait partie du « courant commercial » (*stream of commerce*) entre plusieurs Etats, le Congrès pouvait le réglementer, quand bien même l’activité spécifiquement visée se déroulait uniquement à l’intérieur d’un seul Etat¹³⁸. Ce standard a ensuite été remplacé par un test plus large, en vertu duquel le Congrès était autorisé à légiférer dès que l’activité visée, même locale, produisait un effet économique substantiel sur le commerce inter-étatique¹³⁹.

En application de cette jurisprudence, la Cour Suprême a notamment admis que la clause de commerce inter-étatique autorisait le Congrès à légiférer en matière de salaires minimaux et de temps de travail dans toutes sortes d’activités

¹³⁶ 22 U.S. 1.

¹³⁷ KELLY et al., p. 194s.

¹³⁸ Voir par exemple *Stafford v. Wallace*, 258 U.S. 495 (1922). Egalement *STONE et al.*, p. 189.

¹³⁹ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942). Dans le même sens, *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

industrielles ou commerciales¹⁴⁰, ainsi qu'en matière d'obligation pour les hôtels, restaurants et autres établissements publics d'accepter tout client sans discrimination du fait de la race ou de la religion¹⁴¹. La *commerce clause* a également servi de base à toute la législation fédérale en matière de protection de l'environnement.

102. *Principe de base de l'interprétation constitutionnelle.* – La jurisprudence de la Cour à propos de l'étendue des compétences implicites de l'Union, fondées sur la *necessary and proper clause*, constitue également une illustration de l'interprétation large des compétences attribuées à l'Etat central.

Dans ce contexte, la Cour Suprême a posé très tôt le principe général devant la guider dans son interprétation des dispositions constitutionnelles, en particulier des attributions de compétences à l'Etat central. Dans *McCulloch v. Maryland* (1819)¹⁴², John Marshall a en effet affirmé, pour justifier son interprétation large de la *necessary and proper clause*, qu'il est dans la nature d'une Constitution de ne prévoir que les grands principes, les détails devant être déduits de ceux-ci¹⁴³ : « *In considering this question [celle de la portée de la necessary and proper clause], then, we must never forget that it is a constitution we are expounding* »¹⁴⁴. Cette phrase est demeurée fameuse, et a souvent servi à justifier la liberté que s'est généralement octroyée la Cour Suprême dans son interprétation de la Constitution. Elle démontre également qu'aux yeux de la Cour, l'interprétation constitutionnelle doit obéir à des méthodes particulières, différentes de celles utilisées dans l'interprétation des lois, par exemple¹⁴⁵.

Toutefois, l'interprétation à donner à cette petite phrase de John Marshall a fait et fait l'encore l'objet de disputes féroces dans la doctrine et même parmi les juges de la Cour Suprême.

¹⁴⁰ Voir notamment *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

¹⁴¹ *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).

¹⁴² 17 U.S. 316 (1819).

¹⁴³ « *A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. [...] Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves* » (17 U.S. 316, 407).

¹⁴⁴ 17 U.S. 316, 407.

¹⁴⁵ Voir STONE et al., p. 71s.

103. *Méthodes d'interprétation : principaux courants doctrinaux.* – Globalement, les diverses opinions au sujet des méthodes à utiliser pour interpréter la Constitution se structurent, à l'heure actuelle, en deux principaux courants. D'une part, le courant originaliste (*originalist*) et, d'autre part, les non-originalistes, qui constituent un groupe plus diffus, partisan d'une « constitution vivante » (*living constitution*)¹⁴⁶.

Selon les originalistes, la principale, voire l'unique méthode d'interprétation de la Constitution est de se référer au sens du texte tel qu'il était compris par les rédacteurs de la Constitution, c'est-à-dire les délégués à la Convention de Philadelphie ou les membres du Congrès ayant adopté les amendements subséquents. Le courant originaliste se caractérise par l'importance décisive accordée aux intentions des rédacteurs de la Constitution : en règle générale, l'interprète de la Constitution est lié par celles-ci et ne saurait s'en écarter¹⁴⁷. A l'heure actuelle, l'un des tenants les plus fameux de la doctrine originaliste est le juge à la Cour Suprême Antonin Scalia.

Pour les non-originalistes, au contraire, les intentions des rédacteurs de la Constitutions constituent certes une indication importante, mais elles ne sont qu'un élément d'interprétation parmi d'autres¹⁴⁸. Selon eux, la Constitution doit être interprétée telle qu'un Américain du XX^e siècle – ou, à présent, du XXI^e siècle – peut la comprendre¹⁴⁹. Pour les partisans de la « constitution vivante », l'interprétation peut et doit donc servir à adapter la Constitution aux changements de circonstances. Les sources d'interprétation suggérées pour compléter l'intention des rédacteurs sont nombreuses et variées. Parmi les plus couramment citées, on trouve les valeurs découlant du droit naturel ou d'une « philosophie » morale, ainsi que « la tradition », par quoi il faut comprendre les consensus ayant émergé au sein de la société à propos de divers problèmes¹⁵⁰. Pour les non-originalistes, dès lors, la Constitution doit être comprise avant tout comme incorporant un certain nombre de valeurs, le but de l'interprétation étant de protéger celles-ci. Parmi les représentants de la doctrine non-originaliste, on peut mentionner l'ancien juge à la Cour Suprême William Brennan ou, parmi les juges actuels, les « libéraux » Stevens, Souter et Breyer.

¹⁴⁶ AUER, *Supreme Law*, p. 25.

¹⁴⁷ FARBER, p. 1086s, qui introduit des nuances entre originalistes purs et durs et originalistes modérés. Voir également ROTUNDA/NOWAK, *Vol 5*, p. 226ss.

¹⁴⁸ FARBER, p. 1087.

¹⁴⁹ FARBER, p. 1095s, qui cite l'ancien juge à la Cour Suprême William Brennan.

¹⁵⁰ FARBER, p. 1102ss, et ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 5*, p. 229ss.

Ces deux écoles se critiquent abondamment l'une l'autre, les non-originalistes reprochant notamment aux originalistes de vouloir figer la Constitution, et les originalistes faisant entre autres grief aux non-originalistes d'injecter leurs propres valeurs dans la Constitution et, finalement, de purement et simplement inventer le droit constitutionnel au lieu de le déduire du texte¹⁵¹.

104. *Méthodes d'interprétation : la position de la Cour Suprême.* – Dans l'ensemble, au cours de son histoire, la Cour Suprême a plutôt eu une approche non-originaliste. En témoignent notamment ses décisions reconnaissant un droit à l'avortement ou celles conférant un champ d'application très large à la clause du commerce inter-étatique. A l'heure actuelle, les partisans d'un strict originalisme se recrutent dans les rangs des juges les plus conservateurs. Jusqu'à présent, ceux-ci sont restés minoritaires à la Cour, si bien que, en règle générale, les opinions majoritaires ne relèvent pas d'une application stricte de la doctrine originaliste. Toutefois, dans certains arrêts, au gré des majorités de circonstance et suivant quel juge est chargé de la rédaction de la décision, une analyse originaliste prévaut parfois.

III. Compétences implicites

105. *Reconnaissance du principe de l'existence de compétences implicites.* – A peine la Constitution était-elle en vigueur que le premier Congrès adoptait, en 1789, les dix premiers amendements. L'un de ces amendements, le X^e, devait préciser que toutes les compétences qui ne sont pas déléguées à l'Union par la Constitution, ni refusées explicitement aux Etats, sont conservées par les Etats. Lors de la discussion consacrée à cet amendement, certains députés avaient proposé d'y faire figurer l'exigence que les compétences attribuées à l'Union devaient l'être explicitement. La majorité du Congrès rejeta toutefois cette proposition. Ce refus, voté en toute connaissance de cause, indiquait déjà la reconnaissance, par une majorité de députés, que certaines compétences implicites de l'Union devaient pouvoir exister. Le principe de l'existence de compétences implicites a donc été admis dès le départ.
106. *Sources des compétences implicites.* – La source de l'existence de compétences implicites était vue à l'époque, et est encore vue à l'heure actuelle, d'une part dans la « *necessary and proper* » clause (art. I, section 8, clause 18) et, d'autre part, dans le principe général selon lequel le législateur doit pouvoir

¹⁵¹ Pour une vue d'ensemble de ces critiques, voir FARBER, p. 1085 et 1087ss.

disposer des moyens nécessaires à la mise en œuvre de ses compétences. Autrement dit, l'attribution – explicite – d'un pouvoir entraîne celle – implicite – des compétences nécessaires à sa mise en œuvre.

107. *Exigences pour la reconnaissance d'une compétence implicite.* – En revanche, au moment de l'élaboration du X^e Amendement, en 1789, les critères selon lesquels une compétence implicite pourrait être reconnue n'avaient pas encore été fixés. En particulier, l'interprétation de la notion de « nécessaire » (*necessary*) au sens de l'art. I, section 8, clause 18 donnait lieu à controverse¹⁵². L'art. I, section 8, clause 18, communément appelé « *necessary and proper* » *clause*, prévoit que le Congrès a le pouvoir « *de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis [...]* »¹⁵³.

La Cour Suprême n'a pas tardé à être confrontée à la question du sens à donner à cette disposition.

108. *Suite.* – En 1819, dans l'affaire *McCulloch v. Maryland*¹⁵⁴, la Cour Suprême a eu à trancher la question de savoir si l'Union possédait la compétence d'établir une Banque nationale. Le texte de la Constitution n'attribuait nulle part explicitement ce pouvoir à l'Etat central. Si une telle compétence existait, elle devait donc être implicite. Dans un arrêt rédigé par le *Chief Justice* John Marshall, la Cour confirma à l'unanimité que l'Union possédait effectivement la compétence de créer une Banque, en se fondant en particulier sur une interprétation large de la « *necessary and proper* » *clause*. Selon cette interprétation, « nécessaire » ne signifie pas « absolument indispensable », mais seulement « utile » ou « approprié ». Dès lors, la « *necessary and proper* » *clause* confère au Congrès la compétence de prendre toutes les mesures appropriées et adaptées au but poursuivi, pour autant que celui-ci soit légitime et à l'intérieur du champ d'application de la Constitution¹⁵⁵.

¹⁵² TRIBE, p. 799; ROTUNDA/NOWAK, *Vol. 1*, p. 341.

¹⁵³ Le texte anglais de l'art. I, section 8, clause 18, est le suivant : « *To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof* ».

¹⁵⁴ 17 U.S. 316 (1819).

¹⁵⁵ Selon les termes utilisés par la Cour, « nécessaire » peut aussi signifier *convenient, or useful or essential* (17 U.S. 316, 413). Le test pour juger de l'admissibilité d'une

Selon le test établi par la Cour Suprême dans *McCulloch v. Maryland*, un acte adopté par le Congrès est donc conforme à la Constitution à condition qu'il existe une relation raisonnable (*rational relationship*) entre cet acte et l'un des pouvoirs énumérés¹⁵⁶.

Selon l'opinion du juge Marshall, le gouvernement fédéral disposerait du reste de compétences implicites même en l'absence de la « *necessary and proper clause*, l'existence de tels pouvoirs découlant également du principe selon lequel le législateur doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans le choix des moyens utilisés pour mettre en œuvre ses compétences.

109. *Reconnaissance de nombreuses compétences implicites.* – La définition très large des compétences implicites de l'Etat central issue de l'arrêt *McCulloch* a permis à l'Union de légiférer dans un grand nombre de domaines non mentionnés dans les clauses attributives de compétences de la Constitution. Cependant, la question de savoir ce que tel pouvoir expressément énuméré permet – implicitement – de faire, et à quel moment une mesure particulière n'est plus dans un rapport raisonnable avec ce pouvoir, reste difficile à résoudre. L'appréciation de ces questions par la Cour Suprême a ainsi subi des variations considérables au fil du temps, en particulier s'agissant de la *commerce clause*. La déférence accordée au législateur quant à savoir si une mesure particulière est encore dans un rapport raisonnable avec un pouvoir énuméré n'a donc pas toujours été la même. Nous reviendrons sur cette question.

110. *Compétences inhérentes.* – A côté des compétences implicites décrites ci-dessus, la doctrine reconnaît encore l'existence de compétences inhérentes. Ces compétences, non explicites dans le texte constitutionnel, découlent non pas d'une attribution de pouvoir en particulier, mais plutôt de l'ensemble de ces pouvoirs ainsi que de la « nature d'une société organisée politiquement »¹⁵⁷ ou de l'existence de l'Etat en tant que tel. L'exemple principal d'une telle compétence inhérente de l'Etat central est la compétence de conduire les affaires étrangères¹⁵⁸.

compétence implicite est le suivant : « *Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional* » (id., 421).

¹⁵⁶ TRIBE, p. 805.

¹⁵⁷ TRIBE, p. 806 : « *the nature of a political society* ».

¹⁵⁸ TRIBE, p. 806s.

IV. Attributions constitutionnelles de compétences aux Etats

111. *Délégations dans la Constitution.* – La Constitution des Etats-Unis dit très peu de choses sur ce que les Etats peuvent ou doivent faire. On y trouve néanmoins quelques clauses éparses imposant des obligations aux Etats ou leur réservant l'une ou l'autre attribution¹⁵⁹.

S'agissant des compétences déléguées ou réservées aux Etats, la Constitution dans sa version actuelle n'en contient qu'une seule : l'art. I, section 8, clause 16, réserve aux Etats la compétence de nommer les officiers de la milice mise au service de l'Union, ainsi que de pourvoir à l'instruction des troupes « selon les règles prescrites par le Congrès ». A cette clause s'ajoute une disposition désormais abrogée : le XVIII^e amendement, dont la section 2 stipulait que « [l]e Congrès et les divers États auront concurremment le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée ».

Pour le reste, la Constitution dit surtout ce que les Etats ne peuvent pas faire (art. I, section 10, clause 1), ou ne peuvent pas faire sans autorisation du Congrès (art. I, section 10, clauses 2 et 3).

112. « *Militia clause* ». – La compétence de nommer les officiers et d'instruire la milice réservée aux Etats par l'art. I, section 8, clause 16, n'a fait l'objet que de peu d'analyses en doctrine ou dans la jurisprudence. Au vu de la formulation de la clause en question, on peut penser qu'il s'agissait de déléguer aux Etats des pouvoirs ponctuels qui, sans cette réserve expresse, seraient englobés dans la compétence du Congrès d'organiser et de gouverner la milice. Il s'agit donc sans doute d'une réserve proprement dite.

L'insertion de cette clause dans la Constitution est le résultat de l'existence de deux tendances contradictoires s'étant exprimées lors de la Convention de Philadelphie : d'une part, les craintes et réticences entourant la création d'une armée fédérale et, d'autre part, la reconnaissance du danger de compter principalement sur des soldats peu entraînés pour assurer la défense commune¹⁶⁰. C'est ainsi que la Convention a finalement choisi à la fois de créer

¹⁵⁹ Au chapitre des devoirs, on peut mentionner entre autres l'art. I, section 8, clause 15, lequel fait obligation aux Etats de mettre à disposition leur milice afin d'assurer « l'exécution des lois de l'Union », et l'art. IV, section 2, clauses 2 et 3, lequel impose aux autorités étatiques d'extrader, à la demande d'un autre Etat, les fugitifs (criminels de droit commun ou esclaves).

¹⁶⁰ *Perpich v. Department of Defense*, 496 U.S. 334, p. 340.

une armée nationale et de conserver les milices étatiques préexistantes, mais en conférant au Congrès la compétence d'organiser celles-ci, avec pour résultat qu'à l'heure actuelle, les Gardes Nationales étatiques sont payées, équipées et, de manière générale, organisées par l'Union¹⁶¹. Dès lors, l'insertion d'une clause réservant aux Etats la compétence de nommer les officiers et d'entraîner la milice étatique était sans doute destinée à ne pas heurter excessivement les sensibilités étatiques et à rendre moins amère la « pilule » d'une prise de contrôle fédérale sur les milices étatiques.

113. *Dix-huitième Amendement.* - Le XVIII^e Amendement en général, et sa section 2 en particulier, ont constitué un cas à part dans l'histoire constitutionnelle américaine. Le XVIII^e Amendement, adopté en 1919, a constitué la consécration constitutionnelle de la prohibition des boissons alcoolisées introduite durant la première guerre mondiale. Il a été abrogé par le XXI^e Amendement, en 1933, devenant ainsi le seul amendement à la Constitution américaine ayant été formellement abrogé.

Au moment de l'adoption du XVIII^e Amendement, la section 2, qui prévoyait une mise en œuvre concurrentement par les Etats et par le Congrès, constituait une formulation nouvelle dans le texte constitutionnel. L'attribution d'une compétence concurrente de mise en œuvre à l'Union et aux Etats s'explique notamment par la volonté des promoteurs de l'amendement de ne pas donner à ses opposants une arme supplémentaire en leur permettant d'invoquer une atteinte à la souveraineté des Etats¹⁶². L'objectif était de souligner que la compétence des Etats d'édicter des dispositions sur la consommation et le commerce d'alcool en vertu de leur pouvoir général de police subsistait en dépit de l'introduction du XVIII^e Amendement. Toutefois, la portée exacte de la section 2 n'était pas claire, même dans l'esprit de ses promoteurs.

Depuis l'abrogation du XVIII^e Amendement, aucune clause de contenu semblable n'a été introduite dans la Constitution U.S.

§3 Synthèse

114. *Rôle inégal de l'interprétation constitutionnelle et des compétences implicites.* – Si les grands principes régissant le partage des compétences sont

¹⁶¹ WIENER, p. 210s.

¹⁶² Voir HAMM, p. 230s.

les mêmes aux Etats-Unis et en Suisse (compétence d'attribution à l'Etat central, et compétence générale et subsidiaire aux Etats fédérés), des différences parfois significatives commencent à se faire jour lorsque l'on examine la manière dont les compétences sont réparties. Ainsi, du fait que le catalogue des compétences fédérales est beaucoup plus court et beaucoup plus général dans la Constitution américaine que dans la Constitution suisse, et du fait aussi que le catalogue américain est relativement figé à cause de la difficulté très grande de réviser la Constitution, on a vu se développer aux Etats-Unis une interprétation extensive des attributions de compétences à l'Etat central, ainsi qu'une reconnaissance généreuse de compétences implicites. En Suisse en revanche, où le catalogue des compétences, certes assez limité au départ, a pu ensuite être étendu par la voie de la révision constitutionnelle, l'interprétation des dispositions attributives de compétences et la reconnaissance de compétences implicites sont restées dans des limites beaucoup plus étroites.

115. *Type de compétence le plus répandu : la compétence concurrente.* – A côté de ces différences, on constate cependant aussi des similitudes entre les deux systèmes dans le fonctionnement du partage des compétences, en particulier du point de vue de l'effet des attributions de compétences à l'Etat central sur les compétences des entités fédérées. Ainsi, à partir d'un catalogue des compétences rédigé – du moins au départ – de manière neutre, la pratique a reconnu, tant en Suisse qu'aux Etats-Unis, que la plupart des compétences fédérales sont concurrentes, c'est-à-dire qu'elles n'ont pour effet d'évincer le droit des entités fédérées édicté dans le même domaine qu'une fois que l'Etat central a lui-même légiféré, et ce de manière exhaustive.
116. *Détermination effective du partage.* – Enfin, il résulte de la dominance des compétences concurrentes tant dans la Constitution suisse que dans la Constitution américaine que l'examen des dispositions constitutionnelles attributives de compétences à l'Etat central ne suffit pas à obtenir une photographie de la réalité du partage des compétences entre Etats fédérés et Etat central à un moment donné. Un examen attentif de la législation fédérale s'impose également.

Chapitre 3

Partage des compétences exécutives

§1 Généralités

117. *Problématique.* – Alors que l'on constate de nombreuses similitudes entre la Suisse et les Etats-Unis en matière de partage des compétences législatives, il reste à déterminer s'il en va de même s'agissant de la répartition des compétences exécutives.
118. *Définition.* – Il n'est pas aisé de donner une définition générale de l'exécution. Les définitions usuelles circonscrivent le plus souvent l'activité exécutive par opposition à l'activité législative. On peut ainsi définir l'exécution comme l'ensemble des instruments nécessaires et utiles à l'accomplissement d'une certaine tâche, en-dehors de la législation¹⁶³, ou comme « *l'ensemble des activités déployées par les organes administratifs* »¹⁶⁴, ou encore comme l'ensemble des mesures permettant de donner effet au droit fédéral¹⁶⁵. La difficulté provient du fait que l'activité des organes administratifs recouvre des actes très variés, allant de l'application des règles générales et abstraites à des cas individuels et concrets jusqu'à l'adoption de dispositions d'exécution. Cette dernière activité, qui consiste en l'adoption d'une législation secondaire, correspond plutôt à une activité de type législatif¹⁶⁶. BIAGGINI parle d'ailleurs à ce sujet d'« *exécution administrative* » et d'« *exécution législative* »¹⁶⁷.
119. *Exécution administrative et exécution législative.* – En Suisse, le projet de mise à jour de la Constitution présenté en 1996 par le Conseil fédéral distinguait ainsi entre l'exécution, définie comme « *l'activité administrative portant sur la concrétisation proprement dite de la législation* », et la mise en œuvre, comprise comme « *l'activité législative des cantons, telle que l'implique notamment la législation édictée sous forme de principes par la* »

¹⁶³ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 96.

¹⁶⁴ DUBEY, p. 598.

¹⁶⁵ KNAPP, *Commentaire SG* ad art. 46 Cst., n° 22.

¹⁶⁶ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 95 et 103.

¹⁶⁷ BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 3, utilise en allemand les notions de « *verwaltungsmässigen Vollzug* » et de « *rechtmässigen Vollzug* ».

Confédération »¹⁶⁸. L'utilisation de ces deux termes différents montre bien la dualité, voire le caractère multiforme, de l'activité exécutive. Dans la version définitive du texte constitutionnel, l'Assemblée fédérale a cependant renoncé à utiliser ces deux termes, pour ne conserver que celui de « mise en œuvre », considérant que cette expression unique recouvrait toutes les activités par lesquelles les cantons réalisent et concrétisent le droit fédéral¹⁶⁹. Les activités visées n'ont donc pas changé, seule la dénomination a été modifiée.

120. *Proximité avec la compétence législative.* – Dès lors que l'activité de mise en œuvre comprend une activité de type législatif, à savoir l'adoption de lois ou d'ordonnances d'application, il devient difficile de distinguer entre compétence législative et compétence exécutive, la première recouvrant en principe l'activité législative primaire et la seconde l'adoption de règles secondaires¹⁷⁰. Cette proximité entre compétence législative et compétence exécutive de type normatif justifie la prise en compte des compétences exécutives dans la présente étude. Cette catégorie de compétences retiendra surtout notre attention dans son aspect normatif. D'un point de vue procédural, notamment, ces règles secondaires seront traitées comme des règles adoptées sur la base de compétences législatives.

§2 *Partage des compétences de mise en œuvre en Suisse*

121. *Principes généraux du partage.* – En Suisse, la répartition des compétences exécutives fonctionne, en principe, sur le même modèle que celle des compétences législatives. Le principe de la répartition est donné par les art. 3 et 42, al. 1 Cst., selon lesquels la Confédération n'a que les compétences que la Constitution lui attribue¹⁷¹. Les normes attributives de compétences figurant dans la Constitution ne font généralement pas allusion à la mise en œuvre. Elles se limitent, dans la plupart des cas, à conférer à la Confédération la compétence de légiférer dans un certain domaine, ou à prévoir que telle tâche relève de la compétence de la Confédération. Cependant, il est admis que de telles attributions donnent également à la Confédération, implicitement, la

¹⁶⁸ Message 1996, ad art. 37 du projet, p. 213.

¹⁶⁹ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 2 et les réf. citées.

¹⁷⁰ Voir notamment DUBEY, p. 605 et les réf. citées.

¹⁷¹ DUBEY, p. 599.

compétence de mettre en œuvre les normes édictées sur cette base. Autrement dit, l'attribution d'une compétence législative inclut la compétence de prendre les mesures de mise en œuvre ou d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires¹⁷². Dès lors, la Confédération est compétente pour la mise en œuvre dans tous les domaines pour lesquels elle possède une compétence législative, à moins que la Constitution n'attribue expressément l'exécution aux cantons.

I. Article 46 de la Constitution

1. Principe

122. *Délégation traditionnelle de la compétence exécutive aux cantons.* – Lorsqu'une compétence exécutive lui appartient, la Confédération peut décider de l'exercer elle-même, de manière plus ou moins intensive, ou de la déléguer aux cantons. Traditionnellement, l'exécution est, dans la plupart des cas, attribuée aux cantons, « en vertu d'une règle de politique générale qui a fait ses preuves »¹⁷³. La notion de fédéralisme d'exécution, souvent utilisée en doctrine, exprime cette idée selon laquelle l'exécution doit en principe être déléguée aux cantons. Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 18 avril 1999, les choix de la Confédération en matière de délégation de l'exécution du droit fédéral aux cantons doivent être guidés par l'art. 46 Cst., qui fixe quelques principes applicables à l'exercice de la compétence de mise en œuvre.

123. *Interprétation de l'art. 46, al. 1 Cst.* – Cette disposition, qui n'avait pas d'équivalent dans la Constitution de 1874, était destinée, selon le message du Conseil fédéral, à intégrer dans le texte un principe jusque là non écrit¹⁷⁴. Elle prévoit, à son alinéa premier, que « [l]es cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi ».

Par rapport à la disposition proposée par le Conseil fédéral, la teneur définitive de l'art. 46, al. 1, a subi quelques changements significatifs, qui rendent son interprétation peu évidente de prime abord¹⁷⁵. En effet, considérée littéralement,

¹⁷² Voir, parmi d'autres, DUBEY, p. 599 ; HÄFELIN/HALLER, n° 1082 ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 93 ; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 111.

¹⁷³ Message 1996, ad art. 37 du projet, p. 213.

¹⁷⁴ Message 1996, ad art. 37 du projet, p. 213. On relèvera qu'une disposition de semblable contenu figurait à l'art. 53, al. 2 du projet 1977.

¹⁷⁵ STEIMEN, p. 167.

la rédaction de cette disposition peut laisser supposer que les cantons n'exécutent le droit fédéral que si la Constitution ou la loi le prévoient, ce qui implique *a contrario* que si la Constitution ou la loi ne s'expriment pas, la mise en œuvre incombe à la Confédération. Une telle interprétation aboutit à un renversement du principe traditionnel décrit précédemment, en vertu duquel la mise en œuvre du droit fédéral doit incomber, autant que possible, aux cantons. Or, à lire le message du Conseil fédéral, l'art. 46 était justement censé exprimer ce principe de base du fédéralisme d'exécution, de l'ériger « *en fil conducteur de portée générale, mais non absolue* »¹⁷⁶. Si cette intention était encore claire dans la rédaction de l'art. 37, al. 1, première phrase, du projet du Conseil fédéral (« *Les cantons mettent en œuvre et exécutent le droit fédéral pour autant que celui-ci n'en dispose pas autrement* »), elle ne l'est plus du tout dans la teneur définitive de l'art. 46, al. 1 Cst., issue des travaux de la commission du Conseil des Etats. Toutefois, il ressort assez clairement des propos tenus au sein de cette commission, et il est également de l'avis de la doctrine unanime, que l'intention du constituant n'était pas de renverser le principe général de l'exécution du droit fédéral par les cantons¹⁷⁷. Les changements apportés à la rédaction proposée par le Conseil fédéral n'avaient pas pour but de modifier le fond de la disposition, mais plutôt de rendre celle-ci plus claire et de s'assurer que seules la loi ou la Constitution elle-même, mais non pas une ordonnance du Conseil fédéral, pourraient attribuer la mise en œuvre à la Confédération, ou imposer aux cantons des obligations concernant la mise en œuvre¹⁷⁸.

124. *Incertitudes.* – Cela dit, il subsiste des incertitudes, exprimées notamment par la doctrine, sur le sens précis à conférer à l'art. 46, al. 1 Cst., dès lors que la notion de « conformément » à la Constitution et à la loi » (en allemand : « *nach Massgabe* ») n'est pas claire dans le contexte de la disposition en cause¹⁷⁹. S'il semble plus ou moins acquis que la Confédération

¹⁷⁶ Message 1996, ad art. 37 du projet, p. 213.

¹⁷⁷ STEIMEN, p. 167.

¹⁷⁸ Commission du CE, PV 3926s. Pour une présentation des travaux préparatoires, voir également KNAPP, *Commentaire SG* ad art. 46 Cst., n° 3 ss ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 4, et STEIMEN p. 165ss.

¹⁷⁹ Voir, par exemple, KNAPP, *Répartition*, n° 71 et 77, qui semblait admettre que l'art. 46, al. 1 Cst. signifiait un renversement du principe, dans le sens où l'exécution appartiendrait à la Confédération sauf disposition contraire de la Constitution ou de la loi. Dans sa contribution au commentaire saint-gallois, cet auteur revient à une interprétation moins littérale (KNAPP, *Commentaire SG* ad art. 46 Cst., n° 18). L'ATF 127 II 49, cons. 3, qui applique l'art. 46, al. 1 Cst., n'apporte pas de précision à ce sujet, se contentant de reproduire le texte de la disposition.

ne peut s’arroger l’exécution d’une loi fédérale que si cette solution est prévue dans la loi elle-même ou dans la Constitution, à l’exclusion d’une ordonnance du Conseil fédéral¹⁸⁰, la question de savoir par quel type d’acte la Confédération peut déléguer la compétence d’exécution aux cantons reste posée. La formulation utilisée dans le projet du Conseil fédéral, censé avoir été repris, quant au contenu sinon quant à la forme, à l’art. 46, al. 1 Cst., permet de déduire que la Confédération ne peut pas imposer aux cantons des obligations quant aux modalités importantes de la mise en œuvre du droit fédéral autrement que par une loi ou par la Constitution ou encore, éventuellement, par ordonnance si une délégation adéquate figure dans la loi¹⁸¹.

Cependant, il s’agit là des modalités de l’exécution, et non de la délégation de la mise en œuvre elle-même. A considérer la teneur de l’art. 46, al. 1 Cst., de même que celle de la disposition proposée par le Conseil fédéral, on pourrait en effet penser que la délégation de la mise en œuvre aux cantons doit obligatoirement figurer dans une loi ou dans la Constitution.

125. *Suite.* – Toutefois, dans la mesure où l’exécution par les cantons constitue le principe, on comprendrait mal pour quelle raison les actes susceptibles de leur déléguer cette exécution seraient restreints à la loi ou à la Constitution. En réalité, si l’exécution par les cantons est véritablement le principe général, les cantons devraient pouvoir mettre en œuvre le droit fédéral même sans délégation expresse, pour autant que la Confédération n’ait pas réglé exhaustivement l’exécution¹⁸². Cette interprétation est autorisée tant par le texte de l’art. 46, al. 1 que par les travaux préparatoires, et nous paraît être la meilleure voie à suivre, car la mieux en accord avec le principe du fédéralisme d’exécution valable en Suisse. On relèvera toutefois que cette interprétation se fonde sur le présupposé que la mise en œuvre du droit fédéral est un avantage pour les cantons, et participe à la préservation d’une certaine autonomie cantonale. Or ce présupposé n’est pas admis par tous. Il est même rejeté aux Etats-Unis, où l’on admet au contraire, comme nous le verrons encore, que la tâche de mettre en œuvre le droit fédéral est fondamentalement problématique du point de vue de l’autonomie des Etats¹⁸³.

¹⁸⁰ STEIMEN, p. 168. Voir cependant DUBEY, p. 600, qui admet apparemment les dérogations au principe de l’exécution par les cantons par voie d’ordonnance.

¹⁸¹ KNAPP, *Commentaire SG* ad art. 46 Cst., n° 3 ss ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 4, et STEIMEN, p. 168.

¹⁸² KNAPP, *Commentaire SG* ad art. 46 Cst., n° 18.

¹⁸³ L’idée selon laquelle la délégation de la mise en œuvre du droit fédéral n’est pas toujours une bonne chose pour les Etats fédérés transparait dans l’exigence d’une base

2. Caractère obligatoire et justiciabilité

126. *Dérogations au principe.* – Selon le message du Conseil fédéral, l’art. 46 Cst. ne constitue pas une obligation juridique, mais n’a qu’une valeur de fil conducteur¹⁸⁴. Le principe de l’attribution de la compétence exécutive aux cantons qu’il prévoit n’est que subsidiaire, dans le sens où la Confédération peut y déroger. Elle ne peut cependant pas y déroger quand bon lui semble, mais en conformité avec le principe de subsidiarité, c’est-à-dire uniquement lorsqu’une unification de la mise en œuvre au niveau fédéral apparaît comme nécessaire¹⁸⁵. Ce principe de subsidiarité est d’ailleurs exprimé à l’art. 46, al. 2 Cst. (art. 46, al. 3, dès l’entrée en vigueur de la RPT), en vertu duquel « [l]a Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible et tient compte de leurs particularités ». Cette disposition reflète aussi le principe de l’autonomie des cantons en matière de tâches et d’organisation¹⁸⁶. Elle peut être comprise comme prescrivant le respect du principe de subsidiarité à la fois dans la décision de déléguer l’exécution et dans celle d’unifier les modalités de l’exécution¹⁸⁷.
127. *Restrictions.* – La doctrine admet par ailleurs que la compétence exécutive dans quelques domaines ne peut pas, par essence, être déléguée aux cantons. Sont en cause généralement les domaines correspondant à des compétences (législatives) exclusives de la Confédération, pour lesquels le constituant a clairement entendu que la matière soit unifiée au niveau fédéral, par exemple les douanes ou la politique monétaire¹⁸⁸.

légale ou constitutionnelle pour imposer aux cantons des modalités particulières de mise en œuvre. Elle transparaissait encore plus clairement dans le projet du Conseil fédéral, lequel prévoyait que les cantons « n’y sont contraints [ndla : à exécuter le droit fédéral] que si la Constitution ou la loi les y obligent ». Voir le Message 1996, p. 214, ad art. 37 du projet, ainsi que AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 4.

¹⁸⁴ Message 1996, p. 213 ; HÄFELIN/HALLER, n° 1141 et 1165.

¹⁸⁵ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 5 ; DUBEY, p. 601 ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 98.

¹⁸⁶ Message 1996, p. 214.

¹⁸⁷ Sur ce second élément, voir AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 5, et KNAPP, *Répartition*, n° 82.

¹⁸⁸ Voir, notamment, DUBEY, p. 631 avec d’autres exemples.

Parfois, la Constitution fédérale précise elle-même que tel ou tel aspect de l'exécution appartient à la Confédération, par exemple à l'art. 92 Cst. (poste)¹⁸⁹.

128. *Solution en cas d'absence de précisions dans la Constitution ou dans la loi.* – L'art. 141, al. 2, let. b et d LParl indique que le Conseil fédéral devra, dans le message joint à un projet d'acte soumis à l'Assemblée fédérale, fournir notamment des informations quant aux compétences qu'il est prévu de déléguer (let. b) et quant aux modalités de mise en œuvre du projet (let. d)¹⁹⁰. En principe donc, si la Constitution ne fournit pas d'indication quant à la collectivité chargée de la mise en œuvre, la loi devrait le faire. Si elle ne le fait pas, l'application du principe général présenté ci-dessus devrait avoir pour conséquence qu'il appartiendra aux cantons de la mettre en œuvre.

Or, on a dit plus haut que les attributions de compétences à la Confédération figurant dans la Constitution précisaient rarement à qui devait incomber la mise en œuvre, et que dans un tel cas il fallait comprendre que la mise en œuvre était incluse dans la compétence législative de la Confédération, si bien qu'il appartient alors au législateur fédéral de décider à qui l'exécution doit être confiée. En l'absence d'une telle décision du législateur, la compétence de mise en œuvre devrait, logiquement, rester à la Confédération. On constate donc, ici, une certaine contradiction entre l'idée que l'attribution de la compétence législative entraîne celle de la compétence de mise en œuvre, et le principe que l'exécution incombe en principe aux cantons. La manière la plus simple de surmonter cette apparente contradiction est sans doute d'admettre qu'en l'absence d'indication dans la Constitution, il appartient effectivement au législateur fédéral de décider de l'attribution de la compétence de mise en œuvre. Dans ce choix, il devra se laisser guider par les principes exprimés à l'art. 46 Cst. En d'autres termes, il devra en principe attribuer la mise en œuvre aux cantons, à moins que de sérieuses raisons ne fassent apparaître une unification au niveau fédéral comme nécessaire.

En l'absence de décision du législateur, il existera une présomption en faveur d'une compétence cantonale de mise en œuvre.

¹⁸⁹ Pour d'autres exemples, voir notamment HÄFELIN/HALLER, n° 1142, et HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 114.

¹⁹⁰ KNAPP, *Répartition*, note 23 ad n° 77, y voit la confirmation que l'art. 46, al. 1 Cst. abandonne la présomption que l'exécution appartient aux cantons. Voir cependant le même auteur, plus nuancé, dans le *Commentaire SG* ad art. 46 Cst., n° 19.

129. *Justiciabilité.* – Dans la mesure où le principe contenu à l’art. 46, al. 1 Cst., selon lequel l’exécution doit en principe être confiée aux cantons, ne revêt pas un caractère obligatoire, il ne peut pas être justiciable.

En revanche, les principes contenus aux art. 46, al. 1 et 47, al. 2 (tel qu’issu de la RPT) sont justiciables dans la mesure où ils expriment un principe de légalité fédéraliste (*bundesstaatliche Legalitätsprinzip*), selon lequel la Confédération ne peut porter atteinte aux compétences des cantons en matière d’exécution que par des lois fédérales, mais non par des ordonnances. Dès lors, si un recourant entend invoquer la violation du principe selon lequel des obligations concernant la mise en œuvre du droit fédéral ne peuvent être imposées aux cantons par voie d’ordonnance, il peut exiger un contrôle de constitutionnalité et de légalité de l’ordonnance en cause¹⁹¹. Toutefois, si la loi fédérale elle-même délègue au Conseil fédéral la compétence de régler par voie d’ordonnance les modalités de la mise en œuvre par les cantons, le recourant risque de se heurter à l’obstacle de l’immunité des lois fédérales, plus exactement à la protection indirecte que celle-ci confère aux ordonnances qui se bornent à reprendre une inconstitutionnalité déjà contenue dans la loi fédérale.

Du point de vue de la justiciabilité, l’entrée en vigueur de la RPT n’a pas apporté de modification par rapport à la situation antérieure.

On relèvera par ailleurs que, dans la procédure d’action (art. 120 LTF), il n’est pas certain que les cantons pourraient faire valoir que telle obligation ne pouvait pas leur être imposée par voie d’ordonnance, mais aurait dû l’être par une loi fédérale. En effet, dans sa jurisprudence relative à la réclamation de droit public, laquelle a été remplacée par l’action à l’entrée en vigueur de la LTF, le Tribunal fédéral ne revoyait que la question de l’existence d’une compétence en faveur de la Confédération (ou des cantons), mais non pas celle de savoir quel organe, au sein de la Confédération, était compétent pour agir¹⁹².

II. Délégations aux cantons figurant dans la Constitution ou dans des lois fédérales

1. Délégations expresses

¹⁹¹ STEIMEN, p. 176.

¹⁹² STEIMEN, p. 177.

130. *Dispositions constitutionnelles concernées.* – Les délégations de la mise en œuvre aux cantons figurant dans la Constitution fédérale elle-même ne sont pas très nombreuses. Elles se rencontraient plus fréquemment dans la Constitution de 1874, mais ont été pour la plupart éliminées lors de la mise à jour ayant abouti au texte de 1999, notamment à cause de l'introduction de l'art. 46, al. 1, prévoyant le principe général de l'exécution par les cantons¹⁹³. Certaines de ces délégations seront également modifiées à compter de l'entrée en vigueur de la RPT. Cette réforme, qui ne remet pas en cause le principe du fédéralisme d'exécution, visait à désenchevêtrer les responsabilités de la Confédération et des cantons en matière d'exécution et de financement. Ainsi, l'art. 123, al. 2 Cst. qui, dans le texte issu de la mise à jour, prévoyait que l'exécution des peines et mesures relevait des cantons, est modifié par la RPT dans le sens où cette compétence est désormais confiée à la Confédération. De même, l'art. 83 Cst., selon lequel les cantons construisent et entretiennent les routes nationales, prévoira, après l'entrée en vigueur de la RPT, que ces compétences appartiennent à la Confédération¹⁹⁴.

Parmi les dispositions qui n'ont été touchées ni par la mise à jour, ni par l'entrée en vigueur la RPT, et qui mentionnent encore que la compétence de mise en œuvre incombe aux cantons, on peut citer les articles 97, al. 3 (protection des consommatrices et des consommateurs) et 128, al. 4 (impôt fédéral direct). Pour ces dispositions, la mention de la réserve explicite en faveur des cantons s'explique sans doute par le fait que celle-ci est assortie d'un mandat particulier, ou que la mise en œuvre est limitée à des opérations spécifiques nécessitant une précision. A la différence du principe général de l'art. 46, al. 1 Cst., ces dispositions spécifiques ne confèrent pas au législateur fédéral la possibilité de décider de confier néanmoins la mise en œuvre à la Confédération. Dans la mesure où elles peuvent être considérées comme *lex specialis* par rapport à l'art.

¹⁹³ Voir notamment DUBEY, p. 627. Pour des exemples de délégations de la compétence de mise en œuvre aux cantons dans la Constitution de 1874, voir notamment les art. 22bis, al. 2, 27ter, al. 3, 27quinquies, 32, al. 2, 40, al. 2, 69bis, al. 2, 69ter, al. 2, ainsi que 24bis, al. 5, 24septies, al. 2, 25bis, al. 3 aCst. Un exemple concret figure dans l'ATF 127 II 49, à propos de la compétence des cantons de prendre les décisions en matière de séjour et établissement des étrangers, autrefois expressément prévue dans la Constitution de 1874 (art. 69ter) et désormais prévue par la loi fédérale sur les étrangers (LEtr, RS 142.20).

¹⁹⁴ Modification de l'art. 83, al. 2 et abrogation de l'art. 83, al. 3. On peut encore signaler qu'à l'art. 60 Cst., la compétence partielle de mise en œuvre des cantons en matière d'organisation et d'équipement de l'armée est purement et simplement supprimée.

46, al. 1 Cst., on doit en effet conclure que le choix de confier une partie de la mise en œuvre aux cantons est opéré directement par le constituant et ne saurait être modifié par le législateur. On peut ajouter à ces exemples les articles 74, al. 3 (protection de l'environnement) et 80, al. 3 (protection des animaux), qui présentent tous deux la même formulation : « *L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi* ». On y ajoutera les art. 122, al. 2 (droit civil), dans sa version issue de la réforme de la justice, et 123, al. 2 (droit pénal), qui utilisent une formulation du même type¹⁹⁵. Ces clauses sont le reflet direct du principe général statué à l'art. 46, al. 1 Cst., selon lequel les cantons exécutent le droit fédéral sauf disposition contraire contenue dans la loi. Dans la mesure où elles ne font que répéter le principe déjà contenu à l'art. 46, al. 1 Cst., ces clauses datant des années soixante-dix sont devenues superflues. Leur subsistance est d'autant plus inexplicable qu'une clause identique figurant au regard d'une troisième disposition constitutionnelle (art. 24bis, al. 5 aCst., protection des eaux) a quant à elle été supprimée lors de la mise à jour¹⁹⁶.

131. *Délégations législatives.* – Si la Constitution ne prévoit rien, il appartient au législateur de se déterminer sur une délégation de la compétence exécutive aux cantons. Les délégations par une loi fédérale représentent le cas le

¹⁹⁵ Exemples cités notamment par KNAPP, *Répartition*, n° 79.

¹⁹⁶ Voir l'art. 76 Cst., qui a pris la succession de l'art. 24bis, al. 5 Cst. Voir également le Message 1996, p. 254 ad art. 60 projet, qui précise que l'« *on peut renoncer à la réserve en faveur des cantons en matière d'exécution (art. 24bis, 5^e al. Cst.) par suite de la réglementation générale de l'art. 37, 1^{er} alinéa, projet 1996* [qui correspond à l'art. 46, al. 1 Cst.] ». Le maintien des réserves de l'exécution en faveur des cantons au regard des art. 74, al. 3 et 80, al. 3 Cst. s'explique sans doute en partie par le fait que ces clauses avaient été maintenues dans le projet 1996 du CF parce que celui-ci prévoyait une disposition générale sur la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons de contenu un peu différent de celle finalement adoptée. En effet, le sens de l'art. 37, al. 1 projet 1996 était que la compétence de mise en œuvre du droit fédéral était confiée aux cantons en principe, à moins que la Constitution, une loi fédérale ou une ordonnance ne dispose le contraire (Message 1996, p. 214 ; en revanche, selon l'art. 37, al. 2 du projet, seule la loi devait permettre à la Confédération d'imposer aux cantons des obligations en matière d'exécution). Dès lors, les réserves en faveur du droit cantonal maintenues au regard des dispositions sur la protection de l'environnement et des animaux gardaient toute leur utilité dans la mesure où on ne pouvait y déroger que par une loi fédérale, mais non par une ordonnance, comme le permettait la disposition générale projetée. Cette utilité a cependant disparu au moment où la disposition générale en matière de mise en œuvre par les cantons a été modifiée de manière à éviter que des dérogations soient prévues dans des ordonnances.

plus fréquent. On citera par exemple les art. 36s. de la loi fédérale sur la protection de l'environnement¹⁹⁷ ou l'art. 37 de la loi fédérale sur la protection des données¹⁹⁸.

132. *Modalités.* – Ces délégations législatives peuvent prendre la forme d'attributions générales (« *les cantons exécutent la présente loi...* ») ou être plus détaillées¹⁹⁹. Souvent, la loi prévoit un partage de l'exécution entre les cantons et la Confédération²⁰⁰. Les dispositions d'exécution adoptées par les cantons peuvent également être soumises à l'approbation de la Confédération²⁰¹. Parfois, la loi fédérale impose aux cantons de désigner un organe chargé de l'application de la loi²⁰². La disposition de délégation peut également spécifier que les cantons doivent édicter les dispositions nécessaires en matière de procédure et d'organisation²⁰³.

133. *Suite.* – Souvent, la loi fédérale charge à la fois le Conseil fédéral d'« *édicter les dispositions d'exécution* » et les cantons d'« *exécuter la présente loi* ». Le Conseil fédéral adopte alors une ordonnance d'application, qui elle-même charge les cantons de pourvoir à son exécution ainsi qu'à celle de la loi, ce qui supposera probablement l'adoption de dispositions cantonales d'exécution sous la forme d'une loi ou d'une ordonnance²⁰⁴. On rappellera que, conformément à ce qui a été dit à propos du sens à attribuer à l'art. 46, al. 1, une ordonnance du Conseil fédéral ne peut pas prévoir des obligations à charge des cantons en matière d'exécution qui ne seraient pas prévues dans la loi²⁰⁵.

134. *Délégation de la mise en œuvre et délégation de compétences législatives primaires.* – Les cas de délégations verticales figurant dans la législation fédérale sont légion²⁰⁶. Il faut cependant distinguer entre la délégation aux cantons de compétences de mise en œuvre et la délégation de

¹⁹⁷ RS 814.01.

¹⁹⁸ RS 235.1. Pour d'autres exemples, voir notamment DUBEY, p. 628.

¹⁹⁹ Voir par exemple l'art. 50 de la loi fédérale sur les forêts, RS 921.0.

²⁰⁰ Par exemple les art. 16 et 19 de la loi fédérale sur l'énergie nucléaire, RS 732.1.

²⁰¹ Art. 25, al. 2 de la loi fédérale sur la chasse, RS 922.0.

²⁰² Art. 37, al. 2 de la loi sur la protection des données, RS 235.1.

²⁰³ Par exemple art. 30 de l'ordonnance fédérale concernant l'amélioration du logement dans les régions de montagne, RS 844.1.

²⁰⁴ Voir par exemple art. 24 et 25 de la loi sur la chasse et art. 15 de l'ordonnance sur la chasse.

²⁰⁵ BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 62ss.

²⁰⁶ Voir les exemples fournis par AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1020, et AUBERT, *Traité*, n° 710ss.

compétences législatives primaires. S'il s'agit d'une compétence de mise en œuvre, l'art. 46, al. 1 Cst. fait obligation au législateur d'octroyer, dans la mesure du possible, la compétence aux cantons. Une telle exigence n'existe pas en matière de compétences législatives primaires. La Confédération est donc, dans une large mesure, libre de déléguer aux cantons même des compétences législatives primaires. La doctrine reconnaît la validité d'une tel procédé, en tout cas pour les compétences concurrentes, puisqu'une telle délégation « de haut en bas » constitue un instrument servant à la décentralisation verticale, ce qui est en soi « conforme à l'esprit du fédéralisme »²⁰⁷. Une délégation en sens inverse, des cantons vers la Confédération, ne serait au contraire pas admissible, dès lors qu'elle est considérée comme « contraire à la nature même d'un Etat fédéral »²⁰⁸.

135. *Pouvoir d'instruction et de surveillance de la Confédération.* – La conséquence la plus intéressante attachée à la figure de la délégation de compétence par une loi fédérale ou une ordonnance est le pouvoir d'instruction et de surveillance qui en découle pour la Confédération.

Si la compétence déléguée est exécutive ou de mise en œuvre – ce qui peut, comme nous l'avons vu, tout à fait impliquer l'adoption de dispositions législatives –, la Confédération exercera, à l'aide des instruments classiques de la surveillance fédérale, un contrôle sur l'exécution correcte du droit fédéral par les cantons, comme chaque fois que, d'une manière ou d'une autre, l'exécution du droit fédéral est confiée aux cantons. Cette figure n'est donc pas particulière à la délégation de compétences exécutives aux cantons et entre dans le cadre général de la surveillance exercée par la Confédération sur les cantons²⁰⁹.

Si la compétence déléguée est une compétence législative primaire, la Confédération peut, là également, édicter des directives et donner des instructions concernant la façon dont les cantons doivent l'exercer²¹⁰.

136. *Suite.* – Ce pouvoir d'instruction appartenant à la Confédération permet de bien distinguer la délégation de compétence (on parle également de réserve proprement dite du droit cantonal) de l'exercice par les cantons d'une compétence originaire qu'ils conservent parce que la Confédération n'a pas fait un usage exhaustif d'une compétence fédérale concurrente (on parle alors de

²⁰⁷ AUBERT, *Traité*, n° 709. Voir également HÄFELIN/HALLER, n° 1150 et les réf. citées.

²⁰⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1024. Voir également SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 163.

²⁰⁹ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 155.

²¹⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1021.

réserve improprement dite du droit cantonal). Dans ce second cas, la Confédération n'a pas le pouvoir d'instruire les cantons sur la façon d'exercer leur compétence. Ceux-ci sont libres d'agir (ou de ne pas agir) comme bon leur semble, dans les limites du droit fédéral (art. 43 Cst.). Les compétences cantonales déléguées font donc l'objet d'un encadrement potentiellement plus étroit²¹¹.

2. Cas particulier : compétences fédérales limitées aux principes

137. *Etendue de la compétence fédérale.* – Lorsque la Confédération se voit attribuer une compétence législative limitée aux principes, elle a le droit de poser les règles fondamentales régissant le domaine en question, la concrétisation de celles-ci incombant aux cantons. Une telle compétence autorise la Confédération à régler en détail un certain nombre d'aspects de la matière, mais il doit subsister des espaces dans lesquels les cantons peuvent concrétiser les principes posés par leurs propres créations législatives. Dans cette mesure, ce type de compétence constitue une délégation implicite aux cantons, dont l'objet n'est pas défini à l'avance.

On peut alors se demander s'il est admissible que la Confédération édicte une ou plusieurs ordonnances d'exécution dans un domaine dans lequel sa compétence est limitée aux principes. Posée en ces termes, cette question trouve une réponse affirmative. En effet, le point déterminant est celui de savoir si la réglementation édictée par la Confédération reste, du point de vue de son degré de précision, à l'intérieur du cadre admissible, et non pas de savoir sous quelle forme cette réglementation est édictée. En revanche, la compétence législative limitée aux principes exclut, sauf exception, que l'exécution du droit fédéral soit confiée à des organes fédéraux. Dès lors, en présence d'une compétence fédérale limitée aux principes, les cantons doivent conserver au moins la compétence d'édicter une législation complémentaire, concrétisant les principes posés par la Confédération, et la compétence de mettre en œuvre toutes les règles édictées dans le domaine concerné, qu'elles soient d'origine cantonale ou fédérale²¹².

²¹¹ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 144 et p. 155ss. AUBERT, *Traité*, n° 721ss, relativise cette distinction jusqu'à la qualifier de dépourvue d'effets pratiques.

²¹² Sur cette question, voir BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 62ss, et HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 177ss.

138. *Droit cantonal autonome ?* – Il s'avère généralement assez délicat de faire la distinction entre ce qui relève du droit cantonal autonome – par exemple les dispositions complémentaires aux normes fédérales adoptées sur la base d'une compétence limitée aux principes –, et ce qui appartient à la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons. Pourtant, l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie revêt parfois des implications pratiques. Ainsi, la Confédération jouit, en ce qui concerne l'exécution du droit fédéral par les cantons, de moyens de contrôle accrus, réunis sous la dénomination de surveillance fédérale²¹³.

En règle générale, la violation du partage des compétences par du droit cantonal mettant en œuvre le droit fédéral est régie par les mêmes règles et les mêmes principes que lorsque la violation provient de l'exercice d'une compétence législative « originaire ».

§3 *Partage des compétences de mise en œuvre aux Etats-Unis*

139. *Dispositions constitutionnelles pertinentes.* – La Constitution des Etats-Unis ne fournit que peu d'indications sur la compétence de mise en œuvre du droit fédéral, si ce n'est l'existence de la « *necessary and proper* » clause, stipulée à l'art. I, section 8, cl. 18 Cst. U.S., ainsi qu'une série de dispositions figurant dans certains amendements, prévoyant que « [l]e Congrès aura le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée ».

140. Le texte de la *necessary and proper clause* est le suivant :

« Le Congrès aura le pouvoir :

[...]

²¹³ Sous le régime de l'OJ, les moyens de recours pouvaient différer suivant que le droit cantonal était considéré comme autonome ou non. Les décisions cantonales fondées sur le droit cantonal autonome devaient être combattues par la voie du recours de droit public, alors que les décisions prises sur la base de dispositions cantonales se limitant à exécuter le droit fédéral ou fondées directement sur le droit fédéral pouvaient faire l'objet d'un recours de droit administratif. A ce sujet, voir DUBEY, p. 606ss, et KNAPP, *Fédéralisme*, p. 370. Cette distinction n'existe cependant plus dans la nouvelle LTF.

Et de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires »²¹⁴.

141. *McCulloch v. Maryland.* – Cette clause, déjà mentionnée plus haut pour le rôle joué dans la reconnaissance des pouvoirs fédéraux implicites, a été interprétée par la Cour Suprême, dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland*²¹⁵, comme conférant au Congrès des compétences venant s'ajouter à celles énumérées dans les clauses précédentes de l'art. I, section 8, afin justement de pourvoir à leur exécution. Selon le raisonnement de la Cour dans *McCulloch*, le pouvoir du Congrès de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre de ses compétences énumérées découle également, implicitement, de chaque attribution de compétence : « *But it may with great reason be contended, that a government, entrusted with such ample powers, on the due execution of which the happiness and prosperity of the nation so vitally depends, must also be entrusted with ample means for their execution. The power being given, it is the interest of the nation to facilitate its execution* »²¹⁶.

142. *Principe: la compétence de mise en oeuvre appartient à l'Etat central.* – Dès lors, que ce soit fondé sur la « *necessary and proper* » clause ou directement sur les attributions constitutionnelles de compétences à l'Etat fédéral, il est admis que celui-ci a le pouvoir de prendre toutes les mesures, législatives ou administratives, nécessaires à la mise en œuvre de la législation fédérale adoptée en vertu des compétences énumérées. La question de savoir qui, du Président ou du Congrès, dispose du pouvoir de prendre telle ou telle mesure relève de la séparation des pouvoirs interne à l'Etat central, et ne sera donc pas étudiée ici.

143. *Dispositions constitutionnelles particulières.* – Les amendements numéros XIII, XIV, XV, XIX, XXIII, XXIV et XXVI contiennent, quant à eux,

²¹⁴ Le texte anglais est le suivant :

« To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof ».

²¹⁵ 17 U.S. 316 (1819).

²¹⁶ 17 U.S. 316, p. 408.

une clause prévoyant la compétence du Congrès pour mettre en œuvre (*enforce*) les autres clauses de l'amendement en cause en édictant une « législation appropriée »²¹⁷.

Le constituant américain a commencé à insérer ce type de clause dans les amendements à la Constitution à partir des XIII^e, XIV^e et XV^e Amendements, adoptés à la suite de la guerre civile²¹⁸. Ces trois amendements ont inauguré l'usage d'une structure nouvelle dans la Constitution : les premiers alinéas contiennent une interdiction générale, par exemple de l'esclavage ou des discriminations raciales, et le dernier confère au Congrès le pouvoir de donner effet à ces interdictions en édictant les lois qu'il jugera nécessaires. Par ce procédé, le constituant a donc conféré de nouvelles compétences à l'Etat fédéral, pour la première fois depuis 1787²¹⁹.

Après l'introduction dans la Constitution de ces trois amendements issus de la guerre civile, ce procédé est devenu courant et a été utilisé à chaque fois qu'une nouvelle interdiction générale et/ou de nouveaux droits individuels ont été introduits dans la Constitution. Tel est le cas pour les XIX^e, XXIII^e, XXIV^e et XXVI^e Amendements²²⁰.

144. *Portée de l'attribution de compétences.* – L'étendue exacte des pouvoirs conférés au Congrès par de telles clauses a donné lieu à passablement de controverses, en particulier dans le contexte du XIV^e Amendement. Une relation détaillée de ces difficultés d'interprétation sortirait du cadre du présent travail²²¹. Nous retiendrons simplement que, de l'avis de la Cour Suprême ainsi que de la doctrine, ces clauses de mise en œuvre remplissent, dans le cadre de l'amendement en cause, le même rôle que la « *necessary and proper* » clause dans le cadre de l'art. I, section 8²²². Autrement dit, de manière générale, les pouvoirs du Congrès fondés sur ce type de clause sont très larges. Toutefois, le Congrès ne peut pas les utiliser pour changer la signification des autres clauses

²¹⁷ Voir, à titre d'exemple, le texte de la section 2 du XIII^e Amendement : « *Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation* ».

²¹⁸ Le XIII^e Amendement a été adopté en 1865, le 14^e en 1868 et le 15^e en 1870.

²¹⁹ PALMER, p. 321s.

²²⁰ Le XIX^e Amendement, de 1920, prévoit le droit de vote des femmes ; le XXIII^e Amendement, de 1961, règle la participation de Washington, D.C., à l'élection présidentielle ; le XXIV^e Amendement, de 1964, interdit de faire dépendre le droit de vote du paiement d'une taxe ; le XXVI^e Amendement prévoit le droit de vote à 18 ans.

²²¹ Pour un aperçu général, voir notamment STONE et al., p. 299ss, et NOWAK/ROTUNDA, *Manuel* (éd. 2000), p. 1025s.

²²² NOWAK/ROTUNDA, *Manuel* (éd. 2000), p. 1026 et 1038.

de l'amendement en question. Dès lors, l'étendue exacte de ses pouvoirs de mise en œuvre dépend de l'interprétation donnée aux autres clauses de l'amendement, en particulier de la question de savoir si l'interdiction générale en cause s'adresse uniquement à l'Etat ou également aux individus²²³.

145. *Suite.* – On relèvera par ailleurs que lorsque la « *necessary and proper* » clause ou les clauses spéciales figurant dans certains amendements confèrent au Congrès une compétence de mise en œuvre, il s'agit avant tout de concrétiser les dispositions constitutionnelles elles-mêmes en édictant une législation appropriée. La question de savoir qui possède ensuite la compétence de mettre en œuvre les lois fédérales n'est pas directement touchée par ces dispositions.

146. *Mise en œuvre par l'Etat central.* – Cependant, il est admis que lorsque l'Etat fédéral dispose d'une compétence, la Constitution l'autorise à épuiser totalement celle-ci, également du point de vue des mesures de mise en œuvre au sens large.

La répartition des tâches de mise en œuvre entre les différentes autorités fédérales appartient ensuite à la séparation horizontale des pouvoirs. Pour décrire le système en quelques mots, le Congrès adopte principalement des actes législatifs sous forme de lois (généralement appelées *statute* ou *act*), lesquelles peuvent parfois contenir des dispositions de mise en œuvre très détaillées. La compétence de prendre les mesures administratives de mise en œuvre appartient en revanche à l'exécutif, y compris les agences administratives. En règle générale, celui-ci se voit déléguer la compétence d'adopter une législation secondaire de mise en œuvre (généralement appelée *regulations* ou *rules*)²²⁴.

147. *Principe : pas de mise en œuvre par les Etats.* – Aucune disposition constitutionnelle, parallèle à l'art. 46 de la Constitution suisse, ne protège un hypothétique droit des Etats fédérés de participer ou même de prendre complètement en charge l'exécution du droit fédéral.

Ainsi, le concept de compétence limitée aux principes, connu en droit suisse, est étranger à la conception américaine de la répartition des compétences.

²²³ NOWAK/ROTUNDA, *Manuel* (éd. 2000), p. 1025 et 1039. Ainsi, le XIV^e Amendement n'est opposable qu'à l'Etat alors que le XIII^e Amendement s'adresse également aux individus.

²²⁴ Voir notamment MERSKY/DUNN, p. 232.

La Cour Suprême a développé une doctrine spécifique sur les limites admissibles de telles délégations, appelée *non-delegation doctrine*. Celle-ci n'a cependant plus été appliquée depuis les premières années du *New Deal*. Toutefois, la Cour la mentionne encore régulièrement dans ses arrêts.

148. « *Dual federalism* ». – L'une des conséquences de ce système a été la mise en place de ce que l'on appelle le fédéralisme dual (*dual federalism*), en vertu duquel l'Etat fédéral, d'une part, et les Etats fédérés, d'autre part, sont chacun souverains dans leur sphère de compétence. Les dispositions législatives édictées par l'une des entités sur la base de ses compétences constitutionnelles attribuées sont mises en œuvre par cette même entité, qu'il s'agisse de l'Etat central ou d'un Etat fédéré. A titre d'illustration de ce phénomène, on relèvera qu'au contraire de la Confédération en Suisse, l'Etat central américain dispose de sa propre police, ainsi que d'un système complet de tribunaux. Il s'est également doté d'un vaste réseau d'agences administratives dont la mission est, précisément, d'adopter des dispositions d'exécution et, le plus souvent, de régler les différends issus de l'application de ces dispositions ainsi que des lois fédérales régissant la matière²²⁵.

149. *Existence d'interactions entre la sphère étatique et la sphère fédérale.* – En dépit de ces caractéristiques, qui demeurent l'un des traits significatifs du système fédéral américain, la séparation entre la « sphère fédérale » et la « sphère étatique » est loin d'être étanche. En particulier, l'Etat central a souvent recours aux Etats pour mettre en œuvre des programmes fédéraux, et ce dans une mesure croissante. Ainsi, la législation fédérale sur la protection de l'environnement, mise en place au cours des trente dernières années, contient de nombreuses délégations aux Etats.

Comme déjà souligné, la Constitution des Etats-Unis ne dit rien sur ce que le gouvernement fédéral peut faire ou ne peut pas faire dans ce contexte. En revanche, la Cour Suprême est intervenue récemment en rendant quelques arrêts destinés à protéger l'autonomie des Etats en matière de mise en œuvre du droit fédéral. Ces arrêts seront analysés plus bas dans ce travail, dans la partie consacrée à la protection de l'autonomie des Etats fédérés.

§4 Synthèse

150. *Divergence des principes de base, convergence des tendances en pratique.* – De manière générale, s'agissant de la mise en œuvre du droit

²²⁵ DOMINICE, p. 757s. Ainsi, la loi fédérale sur les réserves forestières (16 U.S.C §§ 1600-1687) prévoit à son § 1613 que « *the Secretary of Agriculture shall prescribe such regulations as he determines necessary and desirable to carry out the provisions of this subchapter* ».

fédéral, le principe général qui prévaut aux Etats-Unis est donc l'exécution par l'Union, alors que l'exécution par les Etats fédérés constitue l'exception. En Suisse, comme on l'a vu, le principe est exactement inverse. Même si on assiste, aux Etats-Unis, à un recours croissant à la collaboration des Etats pour la mise en œuvre du droit fédéral, il n'en demeure pas moins que cette pratique y est souvent considérée d'un œil suspicieux, car elle est perçue comme attentatoire à l'autonomie des Etats. En matière de mise en œuvre du droit fédéral par les Etats fédérés, on constate donc une opposition frappante de philosophie entre la Suisse et les Etats-Unis : alors que, dans le système helvétique, on considère que le fait de laisser, dans toute la mesure du possible, les cantons se charger de la mise en œuvre du droit fédéral est une manière de leur conférer des compétences et une sphère d'autonomie importantes, la conclusion est exactement inverse aux Etats-Unis, où l'on considère que le fait de confier aux Etats la tâche de mettre en œuvre le droit fédéral constitue une atteinte à leur autonomie. Il y a donc là deux manières fort différentes de concevoir le fédéralisme, du moins dans leur philosophie de base. En effet, du point de vue des réalités pratiques actuelles, les différences sont nettement moindres, puisque les délégations de la mise en œuvre aux Etats sont également fort nombreuses dans les lois américaines, et que le Congrès ne manque pas de moyens d'action pour inciter, plus ou moins énergiquement, les Etats à collaborer.

Chapitre 4

Dérogations au principe des compétences limitées et énumérées de l'Etat central

151. *En général.* – Au terme de ces chapitres consacrés aux règles constitutionnelles de répartition des compétences, nous nous arrêterons encore sur deux cas particuliers qui dérogent, sous certains aspects, à ces règles. En principe, comme nous l'avons vu, tant aux Etats-Unis qu'en Suisse, l'Etat central n'a que les compétences que la Constitution lui attribue explicitement ou implicitement, ce qui implique que toute nouvelle attribution de compétences à l'Etat central suppose en principe une modification de la Constitution. En Suisse, une telle modification sera, qui plus est, soumise au référendum obligatoire du peuple et des cantons.

Or il existe deux cas de figure dans lesquels ce système général n'est pas tout à fait respecté : le premier est celui des traités internationaux ; le second celui de la législation d'urgence et des pouvoirs d'exception.

§1 Traités internationaux

I. Traités internationaux et système suisse de répartition des compétences

152. *Absence de parallélisme entre compétences internes et compétences externes.* – La compétence de conclure des traités internationaux liant la Suisse et, plus généralement, la compétence en matière d'affaires étrangères, appartient à la Confédération en vertu de l'art. 54, al. 1 Cst. Cette compétence est décrite par la doctrine comme principale et globale (*umfassend*)²²⁶. Elle est qualifiée de principale parce que les cantons conservent néanmoins, en matière de traités internationaux, une compétence résiduelle et subsidiaire sur laquelle nous reviendrons. Elle est qualifiée de globale parce qu'elle comprend tous les aspects des « affaires étrangères », c'est-à-dire des relations avec les Etats étrangers ou les organisations internationales. Elle inclut, en particulier, la compétence de conclure tous les traités internationaux, quel que soit le domaine qu'ils touchent, même s'il s'agit d'un domaine qui, à l'interne, est du ressort des cantons. Ainsi, la Confédération peut conclure des traités en matière de double imposition, quand bien même les impôts concernés relèvent de la compétence cantonale. La Confédération peut également ratifier des conventions internationales ayant trait à la procédure civile, alors que celle-ci est, à l'interne, du ressort des cantons – du moins jusqu'à l'entrée en vigueur d'un code de procédure civil unifié²²⁷. Dès lors, il n'y a pas de parallélisme entre les compétences internes et externes de la Confédération : celle-ci peut conclure des traités « même dans les domaines dans lesquels elle ne pourrait, à l'intérieur, pas adopter de lois »²²⁸.

²²⁶ EHRENZELLER, *Commentaire SG* ad art. 54, al. 1 Cst., n° 5, et MAHON, *Petit commentaire* ad art. 54 Cst., n° 3ss.

²²⁷ WILDHABER, p. 125.

²²⁸ MAHON, *Petit commentaire* ad art. 54 Cst., n° 6.

153. *Suite.* – Cette conception, qualifiée de centralisatrice, selon laquelle la Confédération possède une compétence générale pour la conclusion des traités internationaux, a longtemps été controversée en doctrine, ce d'autant qu'avant la mise à jour de la Constitution en 1999, la compétence fédérale en matière de relations avec l'étranger était largement non écrite et résultait d'une interprétation relativement extensive de l'art. 8 aCst²²⁹. Les doutes émis par une partie de la doctrine provenaient du fait que la reconnaissance d'une telle compétence générale à la Confédération a pour conséquence de conférer à celle-ci le pouvoir de modifier, quasiment à son gré, la répartition interne des compétences, avec le risque potentiel, en cas d'abus, que les attributions cantonales soient complètement vidées de leur contenu. Ce risque ne s'est cependant pas réalisé, et la thèse « centralisatrice » a fini par l'emporter, faisant l'unanimité dans la doctrine et dans la pratique déjà sous l'empire de la Constitution de 1874²³⁰.
154. *Tempérament : art. 54, al. 3 Cst.* – Avec l'introduction, dans la Constitution mise à jour, de l'art. 54, al. 1, cette conception centralisatrice a été consacrée expressément dans le texte constitutionnel, munie cependant d'un tempérament : en vertu de l'art. 54, al. 3 Cst., si la Confédération a effectivement le droit de conclure des traités internationaux même dans des domaines ressortissant, à l'interne, à la compétence des cantons, elle doit néanmoins « [tenir] compte des compétences des cantons et sauvegarde[r] leurs intérêts ». Cette disposition érige en obligation une pratique observée depuis longtemps par la Confédération, consistant à faire preuve de retenue lorsque la conclusion d'un traité international l'amènerait à intervenir dans les compétences (internes) cantonales²³¹. En d'autres termes, avant de conclure une convention internationale qui aurait des effets sur un domaine de compétences cantonal, la Confédération doit prendre en compte les intérêts des cantons et effectuer en particulier une pesée des intérêts en présence²³². Cette obligation n'est, cependant, pas justiciable.
155. *Tempérament : art. 55 Cst.* – La Constitution donne par ailleurs aux cantons la possibilité de défendre eux-mêmes leurs intérêts en leur octroyant, à

²²⁹ Pour un exposé de la controverse entre tenants de la conception « centralisatrice » et ceux de la conception « fédéraliste », voir notamment MAHON, *Petit commentaire ad art. 54 Cst.*, n° 6, et HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 106ss.

²³⁰ DUBEY, p. 307s. ; WILDHABER, p. 124.

²³¹ Pour des exemples de cette retenue, souvent appelée « courtoisie fédéraliste », voir SCHINDLER, *Art. 8 Cst.*, n° 10.

²³² PFISTERER, *Commentaire SG ad art. 54, al. 3*, n° 34 et n° 46ss.

l'art. 55 Cst., le droit d'être informés, consultés et « *associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels* ».

156. *Portée de la compétence fédérale.* – Ces limites imposées à la compétence extérieure de la Confédération montrent que le pouvoir de cette dernière ne va pas jusqu'à lui permettre de vider de son sens et de son contenu la répartition interne des compétences. Cependant, malgré ces cautions désormais consacrées par le texte constitutionnel, et malgré la retenue dont la Confédération a fait preuve lorsque les compétences cantonales étaient touchées, la ratification de certains traités, notamment d'application directe (*self-executing*), a eu des effets importants sur des domaines relevant de la responsabilité des cantons et a été, dans certains cas, un facteur non négligeable d'unification du droit. L'on pense, par exemple, à la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'art. 6, sur les garanties de procédure judiciaire, a eu des effets nombreux, profonds et directs sur les procédures cantonales, notamment en matière administrative²³³.
157. *Concrétisation des traités internationaux dans l'ordre juridique interne.* – Si la conclusion des traités internationaux obéit, comme nous venons de l'exposer, à des règles de compétence particulières, la concrétisation dans l'ordre juridique interne des conventions internationales non directement applicables est soumise, quant à elle, aux règles habituelles de répartition des compétences²³⁴. Si la mise en œuvre d'un traité nécessite d'adopter ou de modifier des dispositions légales dans un domaine du ressort des cantons, il appartient donc à ces derniers de prendre les mesures nécessaires. On admet cependant que la Confédération, qui est internationalement responsable de la non-exécution du traité, peut, en cas d'inaction prolongée d'un canton, prendre à sa place les mesures qui s'imposent, dans le cadre de la surveillance fédérale²³⁵.
158. *Compétences résiduelles des cantons.* – Enfin, les cantons conservent, en dépit des prérogatives étendues de la Confédération dans ce domaine, une compétence résiduelle et subsidiaire en matière de conclusion de traités internationaux. Dans la Constitution de 1999, cette compétence leur est

²³³ Voir notamment HERZOG, p. 377ss.

²³⁴ MAHON, *Petit commentaire* ad art. 54 Cst., n° 7 et le réf. citées. La question de savoir s'il n'appartenait pas aussi exclusivement à la Confédération de mettre en œuvre le droit international a cependant longtemps divisé la doctrine. Voir WILDHABER, p. 126.

²³⁵ MAHON, *Petit commentaire* ad art. 54 Cst., n° 7 ; WILDHABER, p. 126.

reconnue à l'art. 56²³⁶. Les cantons sont habilités à conclure des traités internationaux dans leurs domaines de compétence seulement, et pour autant que la Confédération n'ait pas déjà conclu elle-même une convention internationale concernant la même matière²³⁷. Cette condition ne figure pas expressément dans la Constitution, mais elle est admise par la doctrine unanime et par la pratique. Dès lors, pour les cantons, il existe un certain parallélisme entre les compétences internes et les compétences externes²³⁸. Les cantons doivent en outre informer la Confédération avant de conclure un traité²³⁹.

Si celui-ci contrevient aux intérêts d'autres cantons ou de la Confédération, un canton ou la Confédération peut élever une réclamation auprès de l'Assemblée fédérale, à laquelle il appartient alors d'approuver ou de refuser le traité en cause (art. 172, al. 3 et 186, al. 3 Cst.) ; l'examen opéré par l'Assemblée fédérale est, dans ce cas, juridique, et non politique.

II. Traités internationaux et système américain de répartition des compétences

159. *La compétence de l'Union en matière de traités internationaux.* – Aux Etats-Unis, la compétence de conduire les affaires étrangères, et en particulier celle de conclure les traités internationaux, appartient à l'Union. La Constitution des Etats-Unis ne traite expressément que du pouvoir de conclure des traités : en vertu de l'art. II, section 2, clause 1, celui-ci appartient au Président, avec le concours du Sénat²⁴⁰. Si la répartition horizontale des compétences entre Président et Congrès a parfois suscité des problèmes, il n'a jamais fait de doute que le pouvoir de conclure des traités internationaux appartenait à l'Union. L'existence d'une telle compétence fédérale découle également de l'art. VI,

²³⁶ L'art. 56 Cst. remplace l'art. 9 de la Constitution de 1874.

²³⁷ Message 1996, p. 235. Voir également PFISTERER, *Commentaire SG* ad art. 56 Cst., n° 26; MAHON, *Petit commentaire* ad art. 56, n° 3; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. I*, n° 1266.

²³⁸ PFISTERER, *Commentaire SG* ad art. 56 Cst., n° 7.

²³⁹ Sous la Constitution de 1874, les traités devaient être approuvés par la Confédération (art. 85 ch. 5 et 102 ch. 7 aCst.). Cette exigence a désormais disparu.

²⁴⁰ Art. II, § 2, cl. 2 Cst. U.S. : « *He [the President] shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur* ».

clause 2, autrement dit de la *supremacy clause*, laquelle précise notamment que les traités conclus sous l'autorité des Etats-Unis sont la loi suprême du pays.

La compétence générale de conduire les affaires étrangères, en revanche, ne fait pas l'objet d'une disposition constitutionnelle particulière. Elle est cependant considérée comme une compétence fédérale inhérente²⁴¹.

160. *Compétence fédérale exclusive.* – La compétence fédérale en matière d'affaires étrangères revêt un caractère exclusif²⁴². Il en découle que toute action des Etats dans ce domaine est en principe invalide²⁴³. S'agissant en particulier de la compétence de conclure des traités, le principe général de l'exclusivité de la compétence fédérale est exprimé à l'art. I, section 10, lequel contient deux prohibitions spécifiques à l'adresse des Etats. Premièrement, en vertu de l'art. I, section 10, clause 1, ceux-ci ont l'interdiction d'être parties à « *un traité ou une alliance ou à une Confédération* » ; deuxièmement, l'art. I, section 10, clause 3 précise qu'aucun Etat ne pourra, sans l'autorisation du Congrès, « *conclure des accords ou des pactes avec un autre Etat ou une puissance étrangère* ». Cette seconde prohibition démontre que les Etats disposent d'une certaine compétence résiduelle en matière de conclusion d'accords internationaux, dont l'exercice est subordonné à l'autorisation du Congrès.

161. *Compétence résiduelle des Etats.* – L'étendue exacte de cette compétence résiduelle des Etats n'a pas fait l'objet de beaucoup d'attention de la part de la jurisprudence et de la doctrine. En particulier, la différence entre un « traité », auquel les Etats ne peuvent pas être parties, et un « accord ou pacte », que l'art. I, section 10, clause 3, les autorise à conclure moyennant autorisation du Congrès, n'est pas entièrement éclaircie²⁴⁴. Dans un arrêt datant de 1840, qui fait toujours autorité en la matière, la Cour a défini le traité comme un instrument écrit et exécuté avec les formalités d'usage entre les nations²⁴⁵ ; par opposition, elle a décrit les accords ou pactes comme des notions plus larges, recouvrant toutes sortes d'accords, écrits ou non écrits, formels ou informels²⁴⁶. Un auteur a fourni l'exemple des rectifications de frontières comme typiques

²⁴¹ TRIBE, p. 806s.

²⁴² Voir notamment *U.S. v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942) : « *Power over external affairs is not shared by the States ; it is vested in the national government exclusively* ».

²⁴³ TRIBE, p. 656s.

²⁴⁴ TRIBE, p. 651.

²⁴⁵ *Holmes v. Jennison*, 39 U.S. 540, 571 (1840).

²⁴⁶ 39 U.S. 540, 572.

d'accords au sens de la clause 3²⁴⁷. Selon la doctrine plus récente, il existe aussi une différence matérielle entre un traité et d'autres formes d'accord. Ainsi, selon TRIBE, tout transfert de compétences en faveur d'un organisme international doit avoir lieu sous la forme d'un traité²⁴⁸.

162. *Absence de parallélisme entre compétences internes et externes.* – La compétence fédérale en matière de traités internationaux revêt également un caractère global, dans le sens où elle concerne la conclusion de traités en général, quelle que soit la matière concernée. Dès lors, comme en Suisse, il n'y a pas de parallélisme entre les compétences externes et les compétences internes de l'Union : alors que les secondes sont limitées aux domaines énumérés dans la Constitution, tel n'est pas le cas pour les premières, qui peuvent donc concerner des domaines qui, à l'interne, sont du ressort des Etats. Ce principe n'a, semble-t-il, jamais été sérieusement contesté aux Etats-Unis. Il a été fixé définitivement dans l'ordre juridique par un arrêt de 1920 de la Cour Suprême, *Missouri v. Holland*²⁴⁹. Dans cet arrêt, qui concernait un traité conclu par les Etats-Unis et le Royaume-Uni pour la protection des oiseaux migrateurs, la Cour a rejeté l'argument selon lequel l'Union ne pouvait pas, par le biais d'un traité international, faire ce qu'elle n'avait pas la compétence de faire par une loi, et a retenu, au contraire, que la compétence fédérale en matière de traités n'était pas limitée par les compétences qui, à l'interne, incombaient aux Etats, notamment en vertu du X^e Amendement²⁵⁰. Autrement dit, elle a interprété la compétence de l'Union de conclure des traités comme concernant tous les traités possibles, quel que soit le domaine concerné.

163. *Concrétisation dans l'ordre juridique interne.* – Le régime américain diffère cependant du régime suisse s'agissant de la concrétisation des traités dans l'ordre juridique interne. En effet, toujours dans l'arrêt *Missouri v. Holland*, déjà cité, la Cour Suprême a retenu que la législation interne de mise en œuvre échappait, elle aussi, aux règles de répartition interne des compétences. Autrement dit, le Congrès lui-même a pu édicter une loi d'application du traité sur la protection des oiseaux migrateurs, quand bien

²⁴⁷ WEINFELD, p. 464.

²⁴⁸ TRIBE, p. 651.

²⁴⁹ 252 U.S. 416 (1920).

²⁵⁰ 252 U.S. 416, 433 : « *It is obvious that there may be matters of the sharpest exigency for the national well being that an act of Congress could not deal with but that a treaty followed by such an act could, and it is not lightly to be assumed that, in matters requiring national action, "a power which must belong to and somewhere reside in every civilized government" is not to be found* » (citations internes omises).

même une loi fédérale très semblable, antérieure à la conclusion du traité, avait été invalidée par les tribunaux pour absence de compétence fédérale adéquate. Selon le raisonnement de la Cour, une fois la compétence fédérale de conclure le traité établie, l'application de la « *necessary and proper* » clause autorise le Congrès à adopter toute législation interne utile à la mise en œuvre efficace du traité²⁵¹. Il en découle que la compétence fédérale, externe, de conclure des traités internationaux, devient une source indépendante de compétences fédérales internes, qui vient s'ajouter à l'énumération contenue à l'art. I, section 8²⁵².

Cette reconnaissance de la compétence fédérale d'adopter les dispositions de mise en œuvre d'un traité international même lorsque le domaine concerné relève, à l'interne, de la compétence étatique, a suscité passablement de controverses, dont le résultat le plus notable a été une proposition d'amendement constitutionnel émise dans les années cinquante. Ce projet d'amendement, qui n'a finalement pas passé l'obstacle du Congrès, prévoyait en substance qu'un traité ne pourrait faire partie de l'ordre juridique interne qu'à condition d'être concrétisé par une législation qui serait également valide en l'absence du traité. Il prohibait donc à la fois les traités *self-executing* et l'élargissement des compétences fédérales internes²⁵³.

164. *Limites de la compétence fédérale.* – Jurisprudence et doctrine s'accordent à dire que la compétence fédérale en matière de traités internationaux n'est pas illimitée. Si *Missouri v. Holland* a déterminé que cette compétence n'était pas sujette aux limitations à raison de la matière résultant du principe des compétences fédérales énumérées, elle est cependant soumise à d'autres restrictions résultant de la Constitution, comme les droits fondamentaux. La Cour a en particulier mentionné qu'un traité ne pourrait imposer un changement dans la forme de gouvernement de l'Union ou d'un Etat, ni une cession d'une portion du territoire d'un Etat²⁵⁴. Selon TRIBE, les limites structurelles auxquelles est soumis l'exercice des compétences fédérales demeurent applicables²⁵⁵. Ainsi en va-t-il de l'interdiction de contraindre les

²⁵¹ 252 U.S. 416, 432 : « *if the treaty is valid there can be no dispute about the validity of the statute under Article I, § 8, as a necessary and proper means to execute the powers of the Government* ». Voir également NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 250s., et TRIBE, p. 646.

²⁵² TRIBE, p. 645.

²⁵³ Voir notamment ROTUNDA/NOWAK, *Vol. I*, p. 577.

²⁵⁴ Voir *De Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258 (1890), et *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

²⁵⁵ TRIBE, p. 647s.

Etats à mettre en œuvre le droit fédéral. Cette conclusion paraît relativement logique puisque le Congrès a le pouvoir d'édicter lui-même la législation de mise en œuvre des traités conclus par les Etats-Unis.

§2 *La clause d'urgence en droit suisse*

165. *Principes.* – Les règles générales de répartition et d'attribution des compétences établies aux art. 3 et 42 de la Constitution de la Confédération suisse sont également relativisées par l'utilisation de la clause d'urgence²⁵⁶. En vertu de l'art. 165 Cst., l'adjonction de la clause d'urgence à une loi fédérale par l'Assemblée fédérale a pour effet de faire immédiatement entrer en vigueur la loi en question, sans attendre l'écoulement du délai nécessaire à une éventuelle procédure référendaire. Dans certains cas, celle-ci peut cependant se dérouler après l'entrée en vigueur de la loi, l'effet du référendum devenant alors abrogatoire au lieu de suspensif.

L'utilisation de la clause d'urgence est subordonnée à deux conditions matérielles. Premièrement, la loi en cause doit effectivement être « urgente », autrement dit son entrée en vigueur ne peut souffrir aucun retard. La doctrine décompose cette première condition en deux éléments : l'urgence temporelle et l'urgence « matérielle » ou « objective ». Le critère de l'urgence temporelle est rempli lorsque l'entrée en vigueur de la loi « *ne souffre aucun retard* », c'est-à-dire ne saurait attendre les quatre mois nécessaires à la publication de la loi dans la Feuille fédérale et à l'écoulement du délai référendaire, et « *moins encore les huit à douze mois qu'il faut si le référendum est demandé* »²⁵⁷. Le critère de l'urgence matérielle se rapporte quant à lui à l'objet de la loi : celui-ci doit être « *important* »²⁵⁸. Deuxièmement, la validité de la loi doit être limitée dans le temps.

D'un point de vue formel, la clause d'urgence doit être votée à la majorité des membres des deux chambres.

166. *Loi fédérale urgente inconstitutionnelle.* – L'art. 165, al. 3 Cst. prévoit expressément la possibilité pour l'Assemblée fédérale de munir de la clause d'urgence une loi fédérale « *dépourvue de base constitutionnelle* », autrement

²⁵⁶ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 49.

²⁵⁷ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 165 Cst., n° 5.

²⁵⁸ Message 1996, p. 398. AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 165 Cst., n° 5.

dit une loi fédérale contraire à la Constitution, par exemple parce qu'elle viole le partage vertical des compétences. Cette disposition reconnaît donc à l'Assemblée fédérale le pouvoir de modifier la Constitution par le biais d'une simple loi fédérale déclarée urgente, sans passer par la procédure habituelle de révision constitutionnelle, soit en particulier le référendum obligatoire du peuple et des cantons. Ce référendum n'est toutefois pas supprimé entièrement dans tous les cas.

167. *Adoptée pour plus d'un an.* – Si la loi urgente inconstitutionnelle est adoptée pour une durée de validité de plus d'un an, alors un référendum obligatoire du peuple et des cantons doit être organisé dans l'année qui suit son adoption. Le référendum devient donc abrogatoire au lieu de suspensif. Si le peuple et les cantons refusent la loi ou si le référendum n'est pas organisé dans le délai prescrit, la loi urgente devient caduque après un an à compter de son adoption. Elle ne peut pas être renouvelée. Dès lors, dans ce cas de figure, la clause d'urgence a pour effet principal de transformer la nature du référendum obligatoire, qui de suspensif devient abrogatoire. Pour le reste, la procédure applicable aux modifications de la Constitution est respectée : une modification du partage des compétences décidée par ce biais n'échappera pas à la consultation obligatoire du peuple et des cantons. La loi urgente approuvée selon cette procédure revêt alors une nature constitutionnelle.

168. *Adoptée pour moins d'un an.* – Si, en revanche, la loi urgente dépourvue de base constitutionnelle est adoptée pour moins d'un an, elle échappe alors à tout référendum. Cette règle ne se déduit pas directement de l'art. 165, al. 3 Cst., mais plutôt de l'art. 40, al. 1, let. c Cst., lequel précise que seules les lois urgentes inconstitutionnelles « dont la durée de validité dépasse une année » doivent être soumises au vote du peuple et des cantons. A contrario, les lois fédérales urgentes inconstitutionnelles prises pour moins d'un an échappent à cette obligation. Cela signifie que l'Assemblée fédérale peut, par l'entremise de la clause d'urgence, déroger à la Constitution et en particulier au partage constitutionnel des compétences, par une simple loi, sans que le constituant habituel (le peuple et les cantons) n'ait l'occasion de se prononcer à ce sujet. Le pouvoir ainsi conféré aux Chambres fédérales et l'entorse à la règle générale de répartition des compétences qu'il entraîne sont donc considérables. Leur portée est cependant relativisée par le fait qu'en tout état de cause, la durée de validité de la loi ne peut dépasser un an. C'est dire que l'Assemblée fédérale ne peut déroger à la Constitution, par exemple au partage constitutionnel des compétences, sans l'assentiment du peuple et des cantons, que pour une année au plus.

169. *Usage de la clause d'urgence par l'Assemblée fédérale.* – La clause d'urgence est prévue dans la Constitution, selon les modalités présentées ci-dessus, depuis 1949 (art. 89bis aCst.)²⁵⁹. Auparavant, l'adjonction de la clause d'urgence avait pour effet de soustraire complètement l'acte en cause au référendum populaire. L'usage extensif, voire abusif, qu'en a fait l'Assemblée fédérale a finalement provoqué l'introduction de la réglementation adoptée en 1949. Celle-ci n'a pas subi de modification de fond lors de la mise à jour de 1999²⁶⁰.

Depuis 1949, l'Assemblée fédérale a fait un usage prudent de la clause d'urgence, en tout cas s'agissant des actes dépourvus de base constitutionnelle. En effet, de 1949 à ce jour, l'Assemblée fédérale n'a eu recours que dix-sept fois à des arrêtés fédéraux dépourvus de base constitutionnelle. Sur ces dix-sept, treize ont été adoptés pour plus d'un an, et quatre pour moins d'un an²⁶¹. Le peuple et les cantons ont été amenés à se prononcer à douze reprises sur de tels actes urgents²⁶². Ces douze consultations ont toutes eu un résultat positif, souvent à une majorité assez large.

170. *Suite.* – De manière générale, tous les arrêtés fédéraux urgents dépourvus de base constitutionnelle adoptés jusqu'à aujourd'hui ont eu pour objet des mesures ayant trait à l'économie au sens large (finances fédérales, surveillance des prix, monnaie, marchés du crédit, des capitaux ou de la construction). Le plus souvent, ils étaient contraires à la Constitution à la fois parce que la Confédération ne disposait pas de la compétence nécessaire et parce qu'ils portaient atteinte à la liberté économique.

²⁵⁹ L'introduction de l'art. 89bis dans la Constitution date du 11 septembre 1949, date de l'acceptation par le peuple et les cantons de l'initiative populaire proposant une nouvelle réglementation de la clause d'urgence.

²⁶⁰ La seule différence entre l'art. 89bis aCst. et l'art. 165 Cst. concerne la dénomination de l'acte pouvant être assorti de la clause d'urgence. Avant la mise à jour de 1999, il s'agissait des arrêtés fédéraux de portée générale. Cette forme ayant disparu de la typologie des actes de l'Assemblée fédérale, la clause d'urgence concerne, depuis 1999, les lois fédérales. Voir, à ce sujet, AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 165 Cst., n° 1.

²⁶¹ Pour quelques données historiques, voir SUTTER-SOMM, *Commentaire SG* ad art. 165 Cst., n° 13 ; GRISEL, *Art. 89bis Cst.*, historique et n° 29; BUSS, p. 162ss.

²⁶² Il y a eu douze et non pas treize votations sur les arrêtés fédéraux urgents dépourvus de base constitutionnelle pris pour plus d'un an car, dans un cas, la base constitutionnelle a été adoptée durant la première année et l'acte en cause a pu être abrogé avant l'écoulement du délai d'un an en faveur d'un arrêté conforme à la Constitution. Voir GRISEL, *Art. 89bis Cst.*, n° 32 note 51.

Globalement, les arrêtés fédéraux urgents dépourvus de base constitutionnelle ont été utilisés pour conférer à la Confédération une compétence dont elle était dépourvue et dont elle avait besoin à brève échéance²⁶³. Toutefois, la plupart de ces modifications de la répartition des compétences ont fait l'objet d'un référendum (abrogatoire) du peuple et des cantons, au demeurant toujours positif.

171. *Appréciation.* – Au final, la clause d'urgence adjointe à des lois fédérales dépourvues de base constitutionnelle représente bien une entorse aux règles générales d'attribution des compétences à la Confédération. Cette entorse peut cependant être qualifiée de relative, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, elle est elle-même prévue expressément par la Constitution. Ensuite, les actes en cause ont forcément soit une durée de validité limitée, soit sont soumis au référendum du peuple et des cantons. Enfin, l'Assemblée fédérale a su faire un usage mesuré de cet instrument, si bien que le partage constitutionnel des compétences entre cantons et Confédération n'en a été affecté ni profondément, ni durablement. On peut y voir la preuve que le mécanisme fixé à l'art. 165 Cst. et en vigueur depuis 1949 remplit efficacement son rôle.

§3 *Législation d'urgence et « war powers » aux Etats-Unis*

172. *Absence de clause d'urgence à proprement parler.* – L'ordre juridique américain ne connaît pas l'équivalent exact de la clause d'urgence. Cette différence avec le système suisse s'explique relativement aisément dans la mesure où les caractéristiques de la procédure législative aux Etats-Unis font que, lorsque le Président et le Congrès s'accordent sur l'urgence d'une situation, des lois peuvent être adoptées et mises en vigueur très rapidement. Ainsi, le fameux *Patriot Act*, cette loi sur la sécurité intérieure proposée suite aux attentats du 11 septembre 2001, a été adopté par le Congrès et ratifié par le Président en quatre jours. Le *Patriot Act* ne constitue pas un exemple unique dans l'histoire des Etats-Unis : pratiquement à chaque période de crise, des lois destinées à répondre à l'urgence de la situation, souvent appelées « législation

²⁶³ Dans le cas des arrêtés fédéraux urgents « conjoncturels », la compétence nécessaire a finalement été confiée à la Confédération par l'adoption par le peuple et les cantons, en 1978, de la modification de l'art. 31quinquies aCst. ; voir GRISEL, *Art. 89bis Cst.*, n° 32.

d'urgence » (*emergency legislation*) ont été adoptées au pas de charge par le Congrès et le Président²⁶⁴. Ces lois sont souvent, mais pas toujours, assorties d'une *sunset provision*, c'est-à-dire d'une clause précisant à quelle date tout ou partie de la loi en question perdra ses effets²⁶⁵.

La rapidité de la procédure législative ne représente ainsi pas un problème aux Etats-Unis, contrairement à la Suisse. Il reste en revanche à examiner si l'urgence d'une situation permet à l'Etat fédéral, et en particulier au Congrès, de prendre des mesures ou d'adopter des lois qu'il ne pourrait pas prendre ou adopter en temps ordinaire, autrement dit des mesures ou des lois contraires à la Constitution, que ce soit aux droits fondamentaux ou à la répartition fédéraliste des compétences.

173. *Les pouvoirs du Congrès en temps de guerre.* – Depuis la guerre de sécession, il est admis que, même en temps de guerre, la Constitution n'est pas suspendue. L'exécutif et le législatif disposent néanmoins de pouvoirs spéciaux afin de faire face à la situation.

Le Congrès possède, en vertu de diverses clauses attributives de compétences figurant à l'art. I, section 8, Cst. U.S., une série de pouvoirs en relation avec l'état de guerre, regroupés sous la dénomination de *war powers*, ou pouvoirs en temps de guerre. Y figurent notamment le pouvoir de déclarer la guerre, celui de pourvoir à la défense commune, et celui de lever et de supporter une armée et une marine. A ces compétences spécifiques s'ajoute, comme d'habitude, la *necessary and proper clause*, soit la compétence générale de faire toutes les lois nécessaires et aptes à la mise en œuvre des compétences précédemment énumérées.

174. *Le pouvoir de déroger à la Constitution.* – La Cour Suprême a confirmé à plusieurs reprises que les *war powers*, associés à la « *necessary and proper* » *clause*, conféraient au Congrès l'autorité de prendre diverses mesures en temps de guerre qui, en temps de paix, seraient contraires à la Constitution²⁶⁶. De tels

²⁶⁴ En sus du *Patriot Act*, on peut mentionner entre autres les *Alien and Sedition Acts* de 1790, destinés en particulier à lutter contre les opposants au gouvernement en place, ainsi que toutes les lois fédérales édictées au cours des premiers cent jours du *New Deal*.

²⁶⁵ Voir par exemple le *Patriot Act*, dont il était prévu à l'origine que plusieurs parties expireraient au 31 décembre 2005. Ce délai a ensuite été prolongé par le Congrès, puis la loi dans son entier a finalement été renouvelée en mars 2006, cette fois de manière définitive à l'exception de deux dispositions.

²⁶⁶ TRIBE, p. 965.

actes du Congrès peuvent donc porter atteinte aux compétences des Etats ou restreindre les droits fondamentaux. Ainsi, pendant la première guerre mondiale, le Congrès a été autorisé à adopter une loi instaurant la prohibition, avant que celle-ci ne soit prévue dans la Constitution par le XVIII^e Amendement, et alors qu'il s'agissait assez clairement d'une violation du V^e Amendement, qui prohibe notamment les privations de propriété sans compensation²⁶⁷. De même, durant la seconde guerre mondiale, le Congrès a pu édicter différentes lois instaurant un contrôle des prix et des loyers, lesquelles étaient probablement inconstitutionnelles pour les mêmes raisons que la prohibition²⁶⁸. On peut encore mentionner les lois anti-sédition adoptées durant la première guerre mondiale, qui portaient atteinte à la liberté d'expression, ainsi que les lois autorisant l'internement des personnes d'origine japonaise édictées durant la seconde guerre mondiale²⁶⁹. Toutes ces actions ont été approuvées par la Cour Suprême.

Leur inconstitutionnalité concernait cependant surtout la violation des droits fondamentaux des citoyens. En revanche, la question des violations du partage des compétences perpétrées par l'Union en temps de guerre a peu été soulevée, probablement parce que, depuis la fin de la première guerre mondiale, les compétences de l'Etat central ont connu une telle extension que peu de domaines sont clairement hors de portée.

175. *Portée des pouvoirs du Congrès en temps de guerre.* – De manière générale, la Cour Suprême a interprété largement les pouvoirs du Congrès en temps de guerre, tant en ce qui concerne l'appréciation de l'existence d'un état de guerre que le type de mesures autorisées. Selon la Cour, ces pouvoirs s'étendent à tous les domaines et activités affectant la conduite de la guerre²⁷⁰. Elle a par ailleurs jugé que les pouvoirs spéciaux du Congrès ne prenaient pas nécessairement fin en même temps que les hostilités, mais pouvaient au contraire se poursuivre au-delà si nécessaire²⁷¹. Cependant, même si les

²⁶⁷ *Hamilton v. Kentucky Distilleries & Warehouse Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

²⁶⁸ TRIBE, p. 965 et les réf. citées.

²⁶⁹ TRIBE, p. 966 et les réf. citées.

²⁷⁰ STONE et al., p. 296.

²⁷¹ *Woods v. Cloyd W. Miller Co.*, 333 U.S. 138 (1948), dans lequel la Cour a jugé qu'une loi fédérale ordonnant un gel des loyers adoptée par le Congrès en 1947 possédait un lien suffisamment direct avec la guerre pour pouvoir se fonder à juste titre sur les pouvoirs du Congrès en temps de guerre, quand bien même la deuxième guerre mondiale s'était achevée deux ans auparavant.

pouvoirs spéciaux du Congrès peuvent s'étendre au-delà de la fin de la guerre, ils ne peuvent pas se prolonger indéfiniment²⁷².

La question de savoir si l'exercice des pouvoirs spéciaux du Congrès en temps de guerre est subordonné à l'existence d'une déclaration de guerre formelle n'est pas très clairement résolue²⁷³. On remarquera dans ce contexte que le Congrès n'a pas invoqué ses pouvoirs spéciaux lors de l'adoption du *Patriot Act*, malgré l'état de « guerre contre le terrorisme » proclamé par le Président George W. Bush.

Cette attitude de retenue et de déférence vis-à-vis des décisions du Congrès, voire de l'exécutif, en temps de guerre ou de crise, a fait l'objet de passablement de débats dans la doctrine et dans les arrêts de la Cour²⁷⁴.

176. *Inexistence d'autres pouvoirs extraordinaires.* – Pour le reste, en dehors des périodes de guerre, le caractère urgent d'une situation, ou l'existence d'une situation de crise, n'autorise pas l'exercice de pouvoirs que le Congrès ne possède pas en temps ordinaire : « *Emergency does not create power. Emergency does not increase granted power or remove or diminish the restrictions imposed upon power granted or reserved. The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the Federal Government and its limitations of the power of the States were determined in the light of emergency and they are not altered by emergency* »²⁷⁵.

²⁷² Voir l'argumentation de la Cour dans *Woods*, p. 143s. : « *We recognize the force of the argument that the effects of war under modern conditions may be felt in the economy for years and years, and that if the war power can be used in days of peace to treat all the wounds which war inflicts on our society, it may not only swallow up all other powers of Congress but largely obliterate the Ninth and the Tenth Amendments as well. There are no such implications in today's decision* ».

²⁷³ TRIBE, p. 668s., spécialement note 70, qui cite notamment une opinion concurrente du juge Douglas dans *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713, dans laquelle le juge affirme qu'une déclaration de guerre formelle constitue un prérequis nécessaire à l'exercice des pouvoirs spéciaux du Congrès. TRIBE semble cependant pencher en faveur de l'opinion inverse.

²⁷⁴ Pour un aperçu, voir notamment TRIBE, p. 966s.

²⁷⁵ *Home bldg. & loan ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 425 (1934).

§4 Synthèse

177. *Traités internationaux.* – Tant en Suisse qu’aux Etats-Unis, l’Etat central possède donc la compétence générale et, dans une large mesure, exclusive, de conclure des traités internationaux. Une telle attribution n’est pas surprenante puisqu’elle constitue une condition indispensable à l’existence de l’Etat fédéral en tant qu’Etat souverain au regard du droit international. Cette attribution de compétence d’un genre particulier peut être considérée comme une entorse au système général de répartition des compétences, dans la mesure où elle permet à l’Etat central de conclure des traités même dans des domaines qui, à l’interne, appartiennent aux Etats fédérés. Cette entorse n’est cependant que toute relative, puisque l’on peut considérer que la compétence internationale constitue une règle spéciale, qui prime les règles générales d’attribution des compétences. Aux Etats-Unis, la portée de la dérogation aux règles générales est cependant beaucoup plus grande qu’en Suisse, puisque même la législation interne de mise en œuvre d’un traité entre dans la compétence de l’Etat central.

178. *Pouvoirs d’urgence et d’exception.* – De même que la compétence de conclure des traités, le pouvoir d’édicter une législation spéciale pour faire face à des situations d’urgence est un attribut essentiel au bon fonctionnement d’un Etat. Sur ce chapitre, le constituant helvétique s’est montré plus généreux avec l’Etat central que le constituant américain, puisque la Constitution suisse confère expressément à l’Assemblée fédérale la compétence de déroger à la Constitution dans des situations d’urgence. Aux Etats-Unis, le gouvernement central n’a ce pouvoir qu’en cas de guerre.

Dans l’ensemble, l’existence de telles compétences « hors système » de l’Etat central n’a conduit, dans aucun des deux pays considérés, à des excès caractérisés. Cette situation peut sans doute être attribuée en partie à une saine méfiance des pouvoirs d’exception dont ont su faire preuve les institutions des deux pays.

Titre II

Règles de conflit

Chapitre 1

Primauté du droit fédéral

179. *Problématique.* – Une fois les règles constitutionnelles opérant la répartition verticale des compétences fixées, c'est-à-dire une fois déterminées les sphères de compétences respectives de l'Etat central et des Etats fédérés, il reste à prévoir les règles destinées à assurer le respect de ce régime. Il s'agit, en particulier, de déterminer les solutions des conflits potentiels : conflits de compétences, qui surgissent lorsque l'une des collectivités concernées a outrepassé les limites de sa compétence, ou conflits de normes, qui surviennent lorsque deux normes, l'une émanant de l'Etat central, l'autre d'un Etat fédéré, sont applicables à un même objet. Un conflit de normes intervient le plus souvent lorsque l'une des collectivités concernées soit s'est arrogé une compétence qui ne lui appartient pas, soit a exercé sa compétence de manière excessive. Dès lors, les règles limitant l'exercice des compétences des collectivités composant l'Etat fédéral font également partie des règles de conflit.

§1 Notion

I. En Suisse

180. *Ancrage dans le texte.* – L'art. 49, al. 1 de la Constitution du 18 avril 1999 consacre formellement le principe de la primauté du droit fédéral, selon la formulation suivante :

« *Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire* ».

Ce principe, aussi appelé principe de la force dérogatoire du droit fédéral, ne figurait pas expressément dans la Constitution de 1874. La jurisprudence et la doctrine, dans le souci de lui conférer un ancrage constitutionnel, l'avaient rattaché à l'art. 2 des dispositions transitoires de l'ancien texte constitutionnel²⁷⁶, en dépit du fait que la teneur de l'art. 2 disp. trans. était somme toute assez éloignée du principe de la primauté du droit fédéral, puisque cette disposition entendait régler un problème de droit intertemporel²⁷⁷.

181. *Pure règle de conflit de normes ?* – A lire l'art. 49, al. 1 Cst., le principe de la primauté du droit fédéral apparaît comme une pure règle de conflit de normes, selon laquelle chaque fois que le droit cantonal et le droit fédéral fournissent, pour une question juridique particulière, une solution différente, la règle fédérale doit primer sur la règle cantonale. Toutefois, ni le Tribunal fédéral ni la doctrine ne se sont arrêtés à cette acception.

182. *Principe découlant de la répartition verticale des compétences.* – Depuis longtemps, beaucoup d'auteurs considèrent que le principe de la primauté du droit fédéral a pour fondement non seulement l'art. 49 de la Constitution actuelle, respectivement l'art. 2 disp. trans. aCst., mais également, voire surtout, la règle générale selon laquelle la Confédération n'a que les compétences que la Constitution lui attribue, désormais consacrée aux art. 3 et 42, al. 1 Cst²⁷⁸. En effet, puisque la Constitution impose une répartition verticale des compétences, les principes de primauté et de hiérarchie des normes exigent le respect de ce partage par toutes les entités concernées, autrement dit la Confédération et les cantons. Des représentants de la doctrine plus ancienne défendaient même l'opinion selon laquelle le principe de la primauté du droit fédéral (ou l'adage « Bundesrecht bricht kantonales Recht »), déduit de l'art. 2 disp. trans., ne serait qu'une norme répétitive, tautologique, par rapport à l'art. 3 Cst. et à la répartition verticale des compétences²⁷⁹. D'ailleurs, dans sa

²⁷⁶ Voir notamment, pour l'art. 2 disp. trans., ATF 120 Ia 89 et, déjà, ATF 12, 543.

²⁷⁷ HANGARTNER, p. 171s; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 5.

²⁷⁸ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 315 ; HÄFELIN/HALLER, n° 1175 ; FORSTER, p. 133 ; DUBEY, p. 411s.; SALADIN, *Art. 2 disp.trans.*, n° 18 et *Art. 3 Cst.*, n° 78 ; AUBERT, *Traité*, n° 663. HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 171, signale d'ailleurs, en se référant à l'ATF 33 I 708, que le TF avait, au départ, déduit le principe de la force dérogatoire du droit fédéral de l'art. 3 aCst.

²⁷⁹ IMBODEN, p. 142. Voir également BURCKHARDT, p. 823, et FLEINER/GIACOMETTI, p. 93s.

jurisprudence des premières années, le Tribunal fédéral rattachait formellement ce principe à l'art. 3 Cst²⁸⁰.

183. *Principe inhérent à l'existence de l'Etat fédéral.* – Pour de nombreux auteurs, la primauté du droit fédéral constitue un principe inhérent à l'existence de l'Etat fédéral lui-même, dans la mesure où cette forme d'organisation de l'Etat suppose nécessairement un partage vertical des compétences qui, pour être effectif, doit être respecté tant par la Confédération que par les cantons²⁸¹. La compétence de la Confédération d'édicter des règles de droit directement applicables aux citoyens et, par voie de conséquence, revêtant une primauté de principe par rapport au droit des Etats membres, est considérée comme une caractéristique de l'Etat fédéral²⁸². En effet, s'il était loisible aux cantons d'édicter des règles contraires à celles adoptées par la Confédération, par exemple parce que la solution fédérale ne leur convient pas, le fonctionnement de l'Etat fédéral serait gravement compromis : aucune unification du droit ne serait possible et les cantons auraient le pouvoir de « nullifier » le droit fédéral quand bon leur semble.

Ce renvoi aux fondements mêmes de l'Etat fédéral se retrouve dans un arrêt du Tribunal fédéral de 1965 : « Certes, le Tribunal fédéral a presque toujours rattaché le principe de la force dérogatoire du droit fédéral à l'art. 2 Disp. trans. Cst. Il n'a pas pour autant voulu en limiter la portée à celle qui pourrait résulter des seuls termes de cette disposition. En particulier, il n'a jamais contesté l'opinion que la doctrine professe à juste titre et selon laquelle le principe de la force dérogatoire du droit fédéral est inhérent à l'existence de l'Etat fédéral et s'imposerait de ce seul fait, même en l'absence d'une disposition expresse [...] »²⁸³.

184. *Primauté du droit fédéral conforme à la répartition verticale des compétences.* – Il est donc admis en Suisse que la primauté du droit fédéral découle directement de l'existence d'un partage des compétences et qu'elle est inhérente à l'existence de l'Etat fédéral. Cette justification de la primauté du droit fédéral ne vaut cependant que pour le droit fédéral ayant été édicté

²⁸⁰ HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 171. Contra: BURCKHARDT, p. 823, selon lequel le TF a toujours rattaché la primauté du droit fédéral à l'art. 2 disp. trans. Cst.

²⁸¹ ATF 91 I 17, *Fondation Nordmann*, et les réf. citées, notamment : IMBODEN, *Thèse*, p. 69. Dans le même sens, DUBEY, p. 409s. ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 10 ; HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 171s. Avec des nuances, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1036.

²⁸² DUBEY, p. 410 ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 10.

²⁸³ ATF 91 I 17, *Fondation Nordmann*, cons. 2.

conformément au partage des compétences. Une règle fédérale édictée alors que la Confédération n'en avait pas la compétence ne possède en revanche pas de titre à s'imposer, en vertu des principes présentés ci-dessus.

On aboutit donc à un principe de la primauté du droit fédéral conforme à la répartition verticale des compétences. Cela signifie que le droit cantonal ne sera pas invalide simplement parce qu'il est contraire au droit fédéral, mais parce qu'il est contraire à la Constitution, plus particulièrement au partage des compétences opéré par celle-ci.

Cette appréciation est généralement reprise par les auteurs récents²⁸⁴, lesquels précisent que le principe déduit de l'art. 3 Cst. était celui de la force dérogatoire du droit compétent, y compris du droit cantonal compétent.

185. « *Primauté du droit cantonal* » conforme à la répartition des compétences. – Si le principe de primauté du droit fédéral est compris comme la conséquence directe du partage des compétences, il faut logiquement admettre, comme le fait la doctrine actuelle, l'existence d'un principe parallèle de la primauté du droit cantonal, selon lequel une réglementation cantonale édictée conformément au partage des compétences prendra le pas sur une règle fédérale contraire ne reposant pas sur une compétence valable.
186. *Définition du droit fédéral.* – Tout le droit fédéral conforme à la répartition verticale des compétences, quel que soit son niveau, prime tout le droit cantonal, quel que soit son niveau²⁸⁵. Ainsi, une ordonnance fédérale primera sur la constitution d'un canton. Le droit fédéral comprend aussi le droit international dans la mesure où celui-ci lie la Suisse²⁸⁶.
187. *Conclusion.* – On peut donc considérer que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, entendu comme celui de la primauté du droit de la collectivité compétente, est l'expression de deux règles ou de deux principes. Celui de la hiérarchie des ordres juridiques d'abord, inhérent à l'existence de l'Etat fédéral²⁸⁷, qui oblige les cantons à respecter le droit fédéral, y compris la Constitution fédérale et, par conséquent, le partage des compétences opéré par celle-ci. Celui de la hiérarchie des normes à l'intérieur d'un même ordre juridique ensuite, qui oblige la Confédération à respecter la Constitution

²⁸⁴ DUBEY, p. 412; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 19ss.

²⁸⁵ HÄFELIN/HALLER, n° 1174.

²⁸⁶ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 49 Cst., n° 1.

²⁸⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 918s. et 1036.

fédérale, y compris le partage des compétences, lorsqu'elle édicte des actes de rang inférieur.

II. Aux Etats-Unis

188. *Ancrage dans le texte : art. VI, section 2, Cst. U.S.* – La Constitution des Etats-Unis contient, à l'instar de la Constitution suisse, une disposition prévoyant la primauté du droit fédéral. L'art. VI, section 2, Cst. U.S., prévoit que « *La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités [...], seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États* »²⁸⁸.

Contrairement à la Suisse, où la règle de la primauté du droit fédéral est longtemps demeurée non écrite, l'art. VI, section 2 figure dans la Constitution des Etats-Unis depuis le départ.

189. *Règle de conflit de normes.* – Même si la notion de conflit entre droit fédéral et droit étatique n'apparaît pas clairement dans le texte de l'art. VI, section 2, Cst. U.S., il n'a jamais été mis en doute qu'il s'agissait bien là d'une règle de conflit de normes, destinée à s'appliquer aux cas dans lesquels le droit fédéral et le droit étatique se contredisent, c'est-à-dire répondent à la même question juridique de deux manières différentes et inconciliables. Par ailleurs, puisque la règle de la suprématie du droit fédéral apparaissait déjà dans le texte original de la Constitution, et n'a pas dû être déduite par la jurisprudence, la question de savoir s'il s'agissait d'une disposition tautologique par rapport à l'existence d'un partage vertical des compétences ne s'est jamais véritablement posée, ce d'autant que, selon un principe reconnu d'interprétation constitutionnelle, aucune disposition de la Constitution ne doit être considérée comme inutile ou redondante.

190. *Principe inhérent à l'existence de l'Etat fédéral ?* – Ce principe a fait l'objet, particulièrement aux débuts de l'Etat fédéral américain, d'une contestation féroce de la part de certains Etats. Plus exactement, ceux-ci ont, à plusieurs reprises, voulu s'arroger le droit de « nullifier » le droit fédéral qu'ils

²⁸⁸ « *This Constitution and all the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof ; and all the treaties [...] shall be the supreme law of the land ; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding* » (Art. VI, § 2 Cst. U.S.).

jugeraient contraire à la Constitution, c'est-à-dire de ne pas lui accorder la primauté²⁸⁹. Les Etats ne remettaient pas directement en cause le fait que le droit fédéral conforme au partage des compétences s'impose face au droit étatique contraire. Mais ils tenaient à se réserver la possibilité de juger eux-mêmes de ce qui était conforme au partage des compétences, et de ce qui ne l'était pas, et ne pas laisser ce soin à un organe de l'Etat central²⁹⁰. Cette résistance démontre que le principe de la primauté du droit fédéral n'est pas allé sans susciter, de la part des Etats, la crainte que l'Etat central n'utilise ce principe pour abuser de ses compétences.

191. *Relation entre « supremacy clause » et juridiction constitutionnelle.* – Aux Etats-Unis, la *supremacy clause* a joué un rôle capital dans l'émergence de la juridiction constitutionnelle. En effet, lorsque la Cour Suprême, au cours des premières décennies d'existence de l'Etat fédéral américain, a affirmé la compétence des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales, elle s'est largement appuyée sur l'existence de la *supremacy clause*. Dans une première étape de son raisonnement, elle a interprété la *supremacy clause* comme s'appliquant uniquement au droit fédéral conforme à la Constitution, et en particulier conforme à la répartition verticale des compétences. Autrement dit, seul le droit fédéral conforme à la Constitution peut prétendre primer sur le droit étatique contraire²⁹¹. La deuxième étape du raisonnement découlait alors logiquement de la première : avant de faire primer le droit fédéral sur une règle étatique qui y était contraire, un tribunal ou un juge devait alors vérifier que le droit fédéral concerné avait bien vocation à s'imposer, autrement dit qu'il était

²⁸⁹ Ainsi, les Etats de Virginie et du Kentucky adoptèrent, en 1798, des résolutions protestant contre la loi fédérale anti-sédition. Un peu plus tard, en 1832, l'Etat de Caroline du Sud promulgua une ordonnance déclarant nulle et refusant d'appliquer des taxes protectionnistes sur les importations édictées par le Congrès.

²⁹⁰ A ce sujet, voir KELLY et al., p. 132ss et 207ss. Voir aussi AUBERT, *Traité*, p. 165s., qui relate également les rares tentatives des cantons suisses de « nullifier » le droit fédéral.

²⁹¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), *in fine* : « *It is also not entirely unworthy of observation, that in declaring what shall be the supreme law of the land, the constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank. Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument* ».

conforme à la Constitution. Ainsi naquit le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales.

Ce raisonnement a été à la base des premiers grands arrêts de la Cour Suprême concernant la relation entre droit fédéral et droit étatique. Ainsi, dans *McCulloch v. Maryland* (1819)²⁹², la Cour Suprême vérifia d'abord que l'Union avait bien la compétence de créer une banque centrale ; ce n'est qu'une fois parvenue à une conclusion positive qu'elle examina la question de savoir si un Etat avait le droit de taxer cette banque. De même, dans *Gibbons v. Ogden* (1824)²⁹³, la Cour commença par examiner si la loi fédérale en cause réglant le commerce côtier était conforme à la Constitution, avant de passer à la question de savoir si elle primait sur le droit étatique. Le même raisonnement figure également dans *Marbury v. Madison* (1803)²⁹⁴, l'arrêt fondateur en matière de juridiction constitutionnelle, même s'il y est développé de façon un peu moins claire et ne constitue pas la motivation principale de l'arrêt puisque aucune règle étatique n'était en jeu.

Cette filiation entre juridiction constitutionnelle et primauté du droit fédéral a continué à influencer l'ensemble de l'analyse de la *supremacy clause* aux Etats-Unis jusqu'à l'heure actuelle, comme l'illustre le développement qui suit.

192. *Portée du principe limitée à la primauté du droit fédéral conforme au partage des compétences ?* – Si la manière de voir de la Cour Suprême au sujet du sens à conférer à la *supremacy clause* est restée constante jusqu'à l'heure actuelle, tel n'a pas été le cas en ce qui concerne la doctrine. Plusieurs auteurs ont en effet tenté de démontrer que la *supremacy clause* ne pouvait pas être interprétée comme s'appliquant uniquement au droit fédéral conforme à la Constitution. Le débat s'est focalisé sur le sens des mots « *made in pursuance thereof* » figurant à l'art. VI, section 2, pour qualifier les lois fédérales pouvant prétendre à la suprématie²⁹⁵.

Selon l'interprétation la plus répandue à ce sujet, « *in pursuance thereof* » se réfère à la Constitution, et signifie simplement que seules les lois fédérales conformes à la Constitution peuvent prétendre primer sur le droit étatique²⁹⁶. Cette acception correspond donc à l'opinion défendue par la Cour Suprême.

²⁹² 17 U.S. 316 (1819).

²⁹³ 22 U.S. 1 (1824).

²⁹⁴ 5 U.S. 137, *in fine* (1803).

²⁹⁵ « *The Constitution, and the laws of the United States which shall be **made in pursuance thereof** [...] shall be the supreme law of the land* ».

²⁹⁶ CLARK, p. 91ss.

Mais certains auteurs ont cherché à démontrer que « *in pursuance thereof* » signifiait en réalité autre chose. Selon un courant doctrinal, l'exigence de constitutionnalité se limite à un critère procédural : il suffit que les lois fédérales aient été adoptées conformément à la procédure prescrite par la Constitution²⁹⁷. Selon un autre courant doctrinal, « *in pursuance thereof* » constitue une référence temporelle : seules les lois fédérales adoptées après l'entrée en vigueur de la Constitution ont vocation à s'imposer aux Etats²⁹⁸.

193. *Portée des critiques.* – Toutefois, la portée de ces opinions doctrinales doit être relativisée, dans la mesure où elles tendent surtout à démontrer que la Cour Suprême ne possède pas la compétence de revoir la constitutionnalité des lois fédérales. Dans cette perspective, l'une des stratégies possibles est de s'attaquer à l'un des fondements de cette juridiction constitutionnelle, à savoir le fait que la *supremacy clause* ne s'applique qu'au droit fédéral conforme à la Constitution.

En réalité, personne ne soutient sérieusement qu'une loi fédérale qui viole le partage des compétences puisse s'imposer face au droit étatique contraire. La controverse porte plutôt sur la question de savoir s'il appartient aux tribunaux de mettre en œuvre cette règle, ou s'il ne vaut pas mieux laisser aux autorités politiques, en particulier au Congrès, le soin de trancher cette question.

194. *Primauté du droit étatique compétent ?* – En dépit du principe, majoritairement reconnu, en vertu duquel seul le droit fédéral conforme à la Constitution, et notamment au partage vertical des compétences, a vocation à primer sur le droit étatique contraire, ni la doctrine ni la jurisprudence américaines n'ont mis en évidence l'existence d'un principe inverse, celui de la primauté du droit étatique. Toutefois, si l'on admet que ce principe constitue le corollaire de la règle selon laquelle, en cas de conflit entre droit étatique et droit fédéral, le droit fédéral l'emporte seulement s'il est conforme au partage des compétences, le droit étatique restant applicable dans le cas contraire, alors le principe de la primauté du droit étatique existe également dans l'ordre juridique américain.

195. *Définition du droit fédéral.* – L'art. VI, section 2, mentionne expressément les lois fédérales ainsi que les traités internationaux conclus par les Etats-Unis comme pouvant prétendre à la primauté sur le droit étatique contraire. Cependant, la jurisprudence a étendu le cercle des actes fédéraux

²⁹⁷ Voir BICKEL, p. 1 et 9.

²⁹⁸ CURRIE, p. 72s. *Contra* : CLARK, p. 116ss, qui rejette tant la thèse de CURRIE que celle de BICKEL.

concernés jusqu'à y inclure l'ensemble du droit fédéral, y compris les ordonnances ou règlements édictés par les agences administratives fédérales, les décisions des tribunaux, ou les « buts de politique nationale » en général²⁹⁹.

III. Synthèse

196. *Synthèse.* – A partir d'une consécration constitutionnelle similaire, c'est-à-dire une disposition constitutionnelle prévoyant la primauté du droit fédéral, tant la Suisse que les Etats-Unis ont admis l'existence d'une règle générale de la primauté du droit de la collectivité compétente. Autrement dit, en principe, le droit fédéral ne prime pas le droit cantonal dans tous les cas, mais seulement lorsqu'il est conforme au partage vertical des compétences. Toutefois, une fois cette condition préalable réalisée, le principe initial demeure : le droit fédéral prime le droit étatique contraire. Cette règle est considérée, dans les deux systèmes, et malgré des contestations initiales aux Etats-Unis, comme inhérente à l'existence d'un Etat fédéral.

§2 Application

I. En Suisse

197. *Problématique.* – L'art. 49 Cst. est rédigé comme une pure règle de conflit de normes : en cas de conflit entre une règle de droit fédéral et une règle de droit cantonal, le droit fédéral s'applique. Toutefois, dans la mesure où seul le droit fédéral édicté en conformité avec le partage vertical des compétences a vocation à primer sur le droit cantonal contraire, l'art. 49 Cst. constitue également la sanction du partage des compétences. Pour que la primauté du droit fédéral telle que prévue à l'art. 49 Cst. s'applique, il faut donc, à priori, que deux conditions soient réunies : que la Confédération n'ait pas violé le partage des compétences et qu'il existe un conflit entre le droit fédéral et le droit cantonal. Un certain nombre d'hypothèses ne sont alors pas, ou pas forcément, couvertes par l'art. 49 Cst. On peut se demander, en particulier, ce qu'il en est, premièrement lorsque le canton a, de son côté également, respecté

²⁹⁹ Sur ce dernier point, voir notamment *American Insurance Association v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003).

le partage des compétences ou, deuxièmement, lorsque l'éventuelle violation du partage par l'une des deux collectivités n'entraîne pas un conflit de normes.

Nous examinerons donc successivement l'hypothèse d'une violation du partage des compétences n'entraînant pas de conflit de normes, et celle d'un conflit de normes n'ayant pas pour origine une violation du partage des compétences.

1. Définition du conflit de normes

198. *Conflits positifs et conflits négatifs.* – La définition du conflit de normes donne lieu à un certain nombre de difficultés théoriques, que la doctrine s'est attachée à résoudre³⁰⁰. Pour les besoins de la présente étude, nous partirons du principe de base qu'il y a conflit de normes lorsque, dans un cas concret, une norme fédérale et une norme cantonale sont potentiellement applicables à l'état de fait, et que l'application de l'une ou de l'autre n'entraîne pas la même conclusion. Cela ne signifie pas encore forcément qu'il faut que le droit fédéral et le droit cantonal s'excluent ou soient irrémédiablement incompatibles. Suivant les circonstances, il peut aussi y avoir un conflit lorsque, par exemple, le droit cantonal ajoute une condition ou une exigence que ne connaît pas le droit fédéral³⁰¹.

Il n'est par ailleurs pas forcément nécessaire que deux dispositions expresses se trouvent face à face. La réglementation édictée par l'une des entités peut très bien consister en un silence qualifié, si la collectivité en question a délibérément décidé de ne pas régler tel ou tel point. On se trouve alors en présence d'un conflit négatif. Ainsi, les cantons peuvent, en matière de droit pénal, sanctionner un acte à titre de contravention à condition non seulement que cet acte ne soit pas déjà réprimé par le droit pénal fédéral (auquel cas l'on aurait un conflit entre

³⁰⁰ IMBODEN, p. 130 : un conflit de normes apparaît lorsque deux règles juridiques se contredisent de telle façon qu'elles règlent le même état de fait de manière matériellement différente. Voir également WIDMER, p. 7 et le Message 1996, 218, qui reprend la définition de Imboden. Pour une définition plus affinée (il y a conflit entre deux normes lorsque celles-ci concernent le même objet et répondent à la même question juridique de deux manières différentes), voir TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 312ss ; DUBEY, p. 407s. ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 17.

³⁰¹ Voir par exemple ATF 129 I 402, *Schweizerische Vereinigung für Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs*, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé qu'il était inconciliable avec la réglementation fédérale de l'interruption de grossesse non punissable (art. 119 CP) d'exiger, dans des directives cantonales, un second avis d'un médecin spécialiste, alors que le droit fédéral ne prévoit qu'un seul avis.

deux normes expresses), mais également que le droit pénal fédéral n'ait pas entendu laisser impuni un tel comportement (la norme cantonale se heurterait dans ce cas à un silence qualifié du droit fédéral)³⁰². S'interroger sur l'existence d'un silence qualifié revient souvent à se demander si la réglementation (fédérale) est, pour le domaine concerné, exhaustive. En effet, si elle peut être qualifiée d'exhaustive, tout ce qui n'est pas réglé expressément n'est pas destiné à l'être et fait donc l'objet d'un silence qualifié général³⁰³.

199. *Définitions spécifiques fournies par le Tribunal fédéral.* – A partir de ces principes de base, il a appartenu au Tribunal fédéral de préciser la notion de conflit de normes, et de déterminer, dans les cas concrets, s'il existe ou non un conflit entre le droit cantonal et le droit fédéral. Le Tribunal fédéral a développé des définitions particulières du conflit de normes pour chaque domaine du droit. Ainsi, lorsqu'une norme de droit public fédéral entre en contact avec une norme de droit public cantonal, on examine si les deux règles protègent le même intérêt public, ce critère venant remplacer celui de la « même question juridique »³⁰⁴. Lorsqu'il s'agit d'une norme de droit civil fédéral et de droit public cantonal, le critère est que « [l]es règles cantonales ne doivent ni éluder ni contredire le sens ou l'esprit du droit civil fédéral »³⁰⁵. Enfin, lorsque les normes concernées appartiennent l'une au droit pénal fédéral, et l'autre au droit public cantonal, « [l]e droit public cantonal ne doit pas paralyser le droit pénal ni en contredire l'esprit ; il doit être en harmonie avec lui »³⁰⁶.

Cette question de la concrétisation du conflit de normes occupe une partie importante de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en application du principe de la primauté du droit fédéral (art. 2 disp. trans. puis art. 49 Cst.) Nous reviendrons plus en détail sur cette jurisprudence un peu plus bas dans ce travail.

³⁰² En application de cette règle, le Tribunal fédéral a par exemple jugé que la « simple débauche contre nature » ne pouvait être réprimée par le droit cantonal schwytois dès lors qu'un tel comportement n'était pas rendu punissable par le Code pénal, parce que le législateur fédéral avait précisément voulu exclure la simple « débauche contre nature » du catalogue des infractions (ATF 81 IV 124).

³⁰³ HÄFELIN/HALLER, n° 1185s. ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 17; DUBEY, p. 439ss.

³⁰⁴ Voir par exemple ATF 107 Ia 286, *Bellintani*.

³⁰⁵ ATF 124 I 107, *Parti socialiste jurassien*, cons. 2a. Pour la formule en allemand, voir notamment ATF 122 I 18, *G. (privation de liberté à des fins d'assistance)* : « [...] wenn sie dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widersprechen ».

³⁰⁶ ATF 101 Ia 575, cons. 4a et les réf. citées.

200. *Droit cantonal contraire au droit fédéral.* – Une autre façon d’exprimer l’existence d’un conflit de normes est de dire que le droit cantonal est contraire au droit fédéral. Le Tribunal fédéral utilise généralement cette manière d’exprimer les choses.

201. *Application de la primauté du droit fédéral.* – Lorsqu’un conflit de normes se produit, la primauté du droit de la collectivité compétente s’applique en principe sans autres, sous réserve de l’entorse au système entraînée par l’immunité des lois fédérales, sur laquelle nous reviendrons encore. Toute la question résidera donc dans la définition du conflit.

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la primauté du droit de la collectivité compétente, les cas d’application les plus fréquents concernent une norme cantonale contraire au droit fédéral. En revanche, le cas inverse, c’est-à-dire dans lequel une norme fédérale édictée en contradiction avec la répartition des compétences entre en conflit direct avec le droit cantonal est beaucoup plus rare. Cela est dû, en particulier, à l’existence de l’immunité des lois fédérales.

2. Violation du partage des compétences n’entraînant pas un conflit de normes

202. *Problématique.* – L’hypothèse sur laquelle nous nous pencherons maintenant concerne le cas dans lequel une norme cantonale, édictée en violation du partage vertical des compétences, n’entre pas en conflit avec le droit fédéral, pour une raison ou une autre. Deux types de situations, principalement, peuvent se présenter.

203. *Législation émanant d’une seule collectivité.* – La première concerne tous les cas dans lesquels une seule des collectivités concernées a légiféré, et ce en violation du partage des compétences. Ainsi en va-t-il lorsque la Confédération légifère dans un domaine nouveau, pour lequel elle n’a reçu aucune attribution constitutionnelle, alors que de leur côté les cantons n’ont adopté aucune réglementation dans le domaine concerné ; ou lorsqu’un canton intervient dans un domaine faisant l’objet d’une compétence exclusive de la Confédération, mais pour lequel celle-ci n’a édicté aucune disposition³⁰⁷. Une réglementation cantonale édictée dans un terrain ainsi laissé vierge sera contraire au partage des compétences puisque, du fait du caractère exclusif de la compétence fédérale, tout droit cantonal est évincé *ab initio*, mais n’entrera en

³⁰⁷ IMBODEN, p. 132.

conflit avec aucune norme de droit fédéral matériel. Dans un tel cas, tous les auteurs consultés sont d'avis que la norme cantonale ne peut avoir de validité. Le principe de la primauté du droit fédéral s'applique donc, en dépit de l'absence d'un conflit de normes³⁰⁸.

204. *Législation de même contenu.* – La seconde situation pouvant se présenter est celle dans laquelle la norme de droit cantonal présente exactement le même contenu matériel que celle de droit fédéral ou, à tout le moins, est compatible avec celui-ci, quand bien même le canton n'avait pas la compétence de légiférer dans le domaine concerné. On peut imaginer un acte normatif cantonal reprenant, notamment pour des raisons pédagogiques, quelques dispositions d'une loi fédérale dans un domaine de compétences appartenant à la Confédération³⁰⁹ ou, de manière plus générale, toutes les réglementations cantonales édictées dans un domaine réglé exhaustivement par la Confédération mais qui ne sont pas matériellement contraires au droit fédéral³¹⁰. Puisque les deux normes en cause présentent le même contenu ou un contenu compatible, on ne peut pas parler de « conflit » dans le sens où une autorité chargée d'appliquer l'une ou l'autre des normes en présence n'aura pas à choisir entre deux solutions³¹¹.

Il n'y a dès lors, dans la pratique, pas de véritable besoin de trancher de tels cas – sous réserve de la détermination des voies de recours en cas de violation de telles dispositions – tant et aussi longtemps que l'une des deux normes n'est pas modifiée.

Par conséquent, les auteurs sont partagés quant à l'opportunité d'y appliquer le principe de la primauté du droit fédéral. Deux courants se dégagent. Pour les uns, il n'est pas réaliste d'invalider une norme cantonale contraire au partage des compétences pour cette seule raison, puisque aucune nécessité pratique n'y oblige. Ces auteurs préconisent donc d'appliquer à tous les cas d'identité de normes la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits fondamentaux

³⁰⁸ SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 23; AUBERT, *Traité*, n° 640; IMBODEN, p. 132. Un exemple d'invalidation d'une telle règle cantonale par le Tribunal fédéral se trouve à l'ATF 65 I 106, *Schweizerische Eidgenossenschaft (initiatives populaires cantonales « anti-fascistes »)*, spécial. cons. 5, dans lequel le Tribunal fédéral a retenu que la compétence de la Confédération en matière de relations extérieures était exclusive, si bien que les cantons n'avaient aucune compétence pour intervenir dans cette matière.

³⁰⁹ Voir les exemples cités par TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 317.

³¹⁰ HÄFELIN/HALLER, n° 1185.

³¹¹ RUCH, *Commentaire SG art. 49 Cst.*, n° 15; HÄFELIN/HALLER, n° 1183s; DUBEY, p. 413s.; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 25; WIDMER, p. 11.

garantis par les constitutions cantonales, c'est-à-dire que la règle cantonale n'est que suspendue pendant la durée de vie de la norme fédérale de même contenu³¹². Pour les autres, la norme cantonale contraire au partage des compétences doit succomber, même si elle n'entre pas en conflit matériel avec le droit fédéral, c'est-à-dire qu'elle ne reprendra pas vie, même si la norme fédérale vient ultérieurement à disparaître³¹³. Cette façon de voir est, semble-t-il, partagée en principe par le Tribunal fédéral³¹⁴.

205. *Droits fondamentaux cantonaux.* – Par ailleurs, selon plusieurs auteurs, les garanties des droits fondamentaux dans les constitutions cantonales constituent également un cas de figure dans lequel une violation du partage des compétences n'entraîne pas un conflit de normes. En effet, la grande majorité des constitutions cantonales contiennent un catalogue de droits fondamentaux se limitant, pour l'essentiel, à reproduire les garanties figurant dans la Constitution fédérale. Si l'on admet que la compétence pour la protection des droits fondamentaux appartient à la Confédération, ces catalogues devraient être invalides³¹⁵. Le Tribunal fédéral a cependant développé à ce sujet une jurisprudence spécifique, selon laquelle les garanties cantonales n'ont « *pas de portée propre, à moins qu'elle[s] ne confère[nt] un droit [...] plus étendu que la norme correspondante du droit constitutionnel fédéral* »³¹⁶. Il n'applique donc pas du tout la primauté du droit fédéral.
206. *Application de la primauté du droit de la collectivité compétente.* – Il apparaît donc que l'application de la primauté du droit de la collectivité compétente aux cas dans lesquels la violation du partage des compétences n'entraîne pas un conflit de normes doit faire l'objet d'une appréciation nuancée. La tendance du Tribunal fédéral semble cependant avoir été, jusqu'à présent, plutôt en faveur de l'application de la primauté du droit fédéral conforme au partage des compétences, même en l'absence d'un conflit de

³¹² TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 317 ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 26. Apparemment dans le même sens, AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 49 Cst., n° 6.

³¹³ HÄFELIN/HALLER, n° 1183; RUCH, *Commentaire SG* ad art. 49 Cst., n° 21; WIDMER, p. 11; IMBODEN, p. 136ss. Dans le même sens, apparemment, HANGARTNER, *Kompetenzverteilung*, p. 173s.

³¹⁴ ATF 108 Ib 405, cons. 3b; ATF 106 Ib 58, cons. 2.

³¹⁵ Voir notamment TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 317, et AUBERT, *Traité*, n° 699.

³¹⁶ ATF 104 Ia 434, cons. 2. Pour la formule correspondante en allemand, voir notamment ATF 121 I 196, cons. 2d : « *Nach der Rechtsprechung kommt einer kantonrechtlichen Verfassungsgarantie nur dann eine eigene Tragweite zu, wenn sie einen ausgedehnteren Schutzbereich aufweist als die entsprechende Norm im Bundesverfassungsrecht* ».

normes, sous réserve du cas particulier des droits fondamentaux garantis par les constitutions cantonales. On relèvera par ailleurs que, sous réserve à nouveau des garanties cantonales des droits fondamentaux, de tels cas se présentent relativement rarement³¹⁷. Dans la plupart des cas, la violation de la répartition des compétences par l'une des collectivités concernées entraîne un conflit de normes.

3. Conflit de normes ne reposant pas sur une violation du partage des compétences

207. *Problématique.* – Il reste à examiner l'hypothèse inverse, dans laquelle deux normes, l'une fédérale et l'autre cantonale, ne présentant pas un contenu identique, sont potentiellement applicables à un même état de fait, quand bien même le canton et la Confédération sont chacun restés dans le cadre de leurs compétences.

208. *Existence d'une telle hypothèse ?* – La reconnaissance de l'existence d'une telle hypothèse va à l'encontre de l'opinion défendue par certains auteurs, selon laquelle tout conflit de normes a pour origine un conflit de compétences, autrement dit une violation du partage des compétences. Cette opinion repose sur les prémisses suivantes.

Tout d'abord, le caractère alternatif du partage, décrit dans la première partie de ce travail. En effet, s'il est admis, le caractère alternatif du partage exclut qu'une compétence puisse appartenir à la fois à la Confédération et aux cantons.

Ensuite, l'idée que si la Confédération et un canton ont tous deux édicté une disposition légale résolvant la même question juridique, ils se sont nécessairement fondés sur la même compétence : celle, justement, d'édicter une norme dans le domaine concerné. Or, en vertu du caractère alternatif du partage opéré par la Constitution, une même compétence ne peut appartenir qu'à l'un ou à l'autre. Il en résulte que l'une des deux collectivités a forcément empiété sur les compétences de l'autre³¹⁸. Par exemple, lorsque la Confédération et le canton de Genève ont tous les deux réglé dans leur législation, mais selon des

³¹⁷ IMBODEN, p. 143, lequel relève que dans le cadre des compétences concurrentes, si la Confédération n'a pas légiféré, les cantons n'ont pas perdu leur compétence : il n'y a ni violation du partage, ni conflit de normes. Si la Confédération a édicté une réglementation, faisant par là perdre leur compétence aux cantons, le conflit de compétence qui pourrait s'ensuivre aura forcément pour corollaire un conflit de règles.

³¹⁸ IMBODEN, p. 131s.

modalités différentes, le droit d'accès des citoyens aux dossiers de police relatifs à la sécurité de l'Etat et se trouvant aux mains des autorités cantonales (affaire des fiches), ils revendiquaient la même compétence : celle de régler la procédure de consultation des « fiches », qui ne peut appartenir qu'à l'un ou à l'autre³¹⁹. Il y avait donc là un conflit de compétences dont le conflit de normes n'était que la concrétisation³²⁰.

Par ailleurs, lorsque la compétence fédérale en jeu est une compétence concurrente, le tracé du partage des compétences est fonction de la législation fédérale, et non plus de la Constitution. Dans cette mesure, les dispositions de droit fédéral matériel constituent également des règles de répartition des compétences. Dès lors, si une norme de droit cantonal viole une règle fédérale édictée sur la base d'une compétence fédérale concurrente, il en résulte directement à la fois un conflit de normes et un conflit de compétences³²¹.

Si cette relation de cause à effet entre violation du partage des compétences et conflit de normes se vérifie particulièrement dans le domaine des compétences concurrentes, elle est également vraie dans le domaine des compétences exclusives de la Confédération³²². En revanche, les compétences parallèles constituent à ce titre une exception, puisque la notion même de compétences parallèles suppose la non-applicabilité du principe de l'alternativité du partage des compétences³²³. Les éventuels conflits de normes n'ont alors pas pour fondement des conflits de compétences.

Ce principe selon lequel un conflit entre droit cantonal et droit fédéral repose en fin de compte, au moins dans la plupart des cas, sur une violation du partage des

³¹⁹ ATF 117 Ia 221, *Canton de Genève (fiches)*.

³²⁰ IMBODEN, p. 132. Voir également l'exemple proposé par cet auteur, p. 131s.

³²¹ WIDMER, p. 8 et les réf. citées.

³²² Même si l'hypothèse est sans doute très théorique, on peut imaginer qu'un canton empiète sur une compétence exclusive de la Confédération en édictant une norme contredisant le droit fédéral, auquel cas le conflit de normes en résultant aurait pour origine un conflit de compétence (même si ce conflit pourra le plus souvent être résolu dès le premier abord, la règle cantonale pouvant être éliminée d'emblée) Voir cependant DUBEY, p. 408, pour qui « *il ne peut y avoir un tel conflit de normes dans les domaines de compétences exclusives, puisqu'une réglementation des cantons [...] y est par définition exclue a limine et ne peut donc entrer en conflit avec le droit fédéral [...]* ».

³²³ KNAPP, *Fédéralisme*, p. 326 ; KELLER, p. 34.

compétences par l'une des entités concernées est largement admis par la doctrine³²⁴ ainsi que par la jurisprudence³²⁵.

209. *Existence de purs conflits de normes.* – Certains auteurs défendent cependant la thèse que, dans certains cas, un conflit entre le droit fédéral et le droit cantonal peut exister quand bien même aucune des collectivités concernées n'a outrepassé ses compétences.

210. *Différents critères d'attribution des compétences.* – S'il est vrai que l'art. 3 Cst. établit en principe un partage alternatif des compétences, l'image n'est plus aussi nette lorsque l'on considère les attributions matérielles de compétences figurant dans la Constitution³²⁶. En effet, les dispositions constitutionnelles attribuant des compétences à la Confédération (et parfois aux cantons) ne sont pas toutes construites sur le même modèle. Elles font au contraire appel à des critères d'attribution variés, présentés au début de ce travail. Dès lors que les attributions de compétences à la Confédération définissent, *a contrario*, les compétences restant aux cantons – soit tout ce qui n'est pas attribué à la Confédération – ces dernières seront également définies en fonction de critères de rattachement variés. Il résulte de cette diversité dans les critères d'attribution un enchevêtrement des tâches dont la conséquence est que les différentes sphères de compétence peuvent se chevaucher ou se superposer partiellement³²⁷.

211. *Exemples.* – Ainsi, on conçoit aisément que les compétences de la Confédération de « protéger la faune et la flore » (art. 78, al. 4 et 5) ou de légiférer « sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes » (art. 74, al. 1) pourront, en

³²⁴ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 312s. ; HÄFELIN/HALLER, n° 1172 ; RUCH, *Commentaire SG* ad art. 49 Cst., n° 8 ; DUBEY, p. 407s. ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n°21. *Contra* : WIDMER, p. 8s.

³²⁵ Voir la formule du TF, notamment dans ATF 122 I 139, cons. 4a, qui se retrouve dans de nombreux autres arrêts : « *In Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, sind sie [les cantons] zur Rechtssetzung nicht befugt...* ». Voir également ATF 119 Ia 59, cons. 2c.aa. En français, voir ATF 120 Ia 299, cons. 2c.aa : « *Ils [les cantons] ne sont pas habilités à légiférer dans les domaines réglés exclusivement dans la législation fédérale* ». Les termes « habilités » et « befugt » indiquent qu'il s'agit bien d'un problème de compétence, et non pas d'un problème de conflit de normes.

³²⁶ KELLER, p. 36 ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 213. Voir également WIDMER, p. 15ss.

³²⁷ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 213 ; KELLER, p. 36.

matière de construction d'immeubles, se superposer à la compétence cantonale d'édicter des prescriptions de police des constructions. De même, la compétence fédérale en matière de droit civil trouvera à s'appliquer à de nombreux domaines relevant, s'agissant de leur objet matériel, de la compétence cantonale³²⁸.

En d'autres termes, il existe des cas dans lesquels « *la même matière [peut] être abordée sous des angles différents, dont les uns relèvent de la compétence fédérale, les autres restant l'affaire des cantons* »³²⁹. Si des règles de droit sont édictées sur la base de compétences se chevauchant de cette manière, elles risquent d'entrer en conflit, alors qu'elles ont été édictées, par chacune des collectivités concernées, sur la base de compétences légitimes.

212. *Cumul de compétences.* – Cette figure, baptisée « cumul de compétences » (*Kompetenzkumulation*) par MARTIN KELLER, a été définie par cet auteur de la manière suivante : le cumul de compétences est l'appréhension juridique d'un domaine d'activité humaine par des normes reposant sur plusieurs compétences différentes de la Confédération seule ou de la Confédération et des cantons³³⁰.

213. *Définition du Tribunal fédéral.* – De telles constellations surgissent le plus souvent à la « périphérie » des sphères de compétences fédérales et cantonales. Cette idée a été exprimée par le Tribunal fédéral dans son arrêt ATF 122 I 70 *Schweizerische Hänggleiterverband et Michael Lenz*, dans lequel on trouve une définition plus précise du cumul des compétences³³¹. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a constaté que le décollage et l'atterrissage de planeurs de pente sur le domaine alpin relevait certes, en tant qu'état de fait, du domaine de la navigation aérienne pour lequel la Confédération est compétente, mais qu'il présentait également des liens avec le domaine de la protection de la nature, pour lequel les cantons sont en principe compétents. Le Tribunal fédéral a de même constaté, à une autre occasion, que la construction d'une installation atomique relève à la fois du domaine de la sécurité nucléaire, qui est l'affaire de la Confédération, et de celui de la construction et de l'aménagement du territoire, qui incombe aux cantons³³². Selon la définition fournie par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Michael Lenz*, lorsque « *le droit cantonal ne régleme pas*

³²⁸ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 49 Cst., n° 5, et WIDMER, p. 27.

³²⁹ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 49 Cst., n° 5.

³³⁰ KELLER, p. 39.

³³¹ ATF 122 I 70, *Michael Lenz* = JdT 1997 I 392.

³³² ATF 119 Ia 390, *NAGRA*.

les mêmes questions juridiques que le droit fédéral, il n'y a pas de conflit de compétences, mais un cumul de compétences qui se traduit par le fait que plusieurs législations topiques peuvent s'appliquer ensemble à un même complexe de circonstances »³³³.

214. *Application de la primauté du droit fédéral compétent aux cas de cumul de compétences ?* – Ainsi qu'il ressort du considérant reproduit ci-dessus, le principe de primauté du droit fédéral ne s'applique pas dans le cas de figure du cumul de compétences, à tout le moins lorsqu'il n'y a pas de conflit de normes. Mais qu'en est-il lorsqu'un conflit de normes existe néanmoins ? SALADIN fournit un autre exemple d'un cumul de compétences : en matière de construction de voies de chemin de fer, la législation fédérale édictée sur la base de la compétence de la Confédération en matière de chemin de fer ainsi que le droit cantonal des constructions ont tous les deux vocation à s'appliquer. Si la législation fédérale en matière de chemins de fer règle de manière exhaustive la construction de lignes de chemin de fer, les règles de droit cantonal seront écartées³³⁴. Dans ce cas, l'existence d'un conflit de normes engendre l'application de la primauté du droit fédéral, quand bien même il n'y a pas eu, de la part du droit cantonal, de violation du partage des compétences.

215. *Les différents cas de figure.* – Les auteurs reconnaissant l'existence de la figure du cumul de compétences mettent en avant les constellations suivantes, qui correspondent à des zones de chevauchement entre compétences fédérales et compétences cantonales : la relation entre droit civil fédéral et droit public cantonal, qui a fait l'objet d'une abondante jurisprudence³³⁵; celle entre le droit fédéral ayant des effets sur l'aménagement du territoire et le droit cantonal des constructions et de l'aménagement du territoire³³⁶, qui représente un cas particulier de superposition entre droit public fédéral et droit public cantonal ; et, enfin, la relation entre droit pénal fédéral et droit public cantonal³³⁷. C'est précisément dans ces matières que le Tribunal fédéral a élaboré, à partir du principe de la primauté du droit fédéral, des règles jurisprudentielles particulières régissant la coexistence entre droit fédéral et droit cantonal.

216. *Suite.* – De telles constellations se rencontrent fréquemment dans la jurisprudence, en particulier dans les domaines mentionnés précédemment : la

³³³ JT 1997 I 392 cons. 3b (= ATF 122 I 70, *Michael Lenz*, cons. 3b).

³³⁴ SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 30; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 49 Cst., n° 5.

³³⁵ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 49 Cst., n° 5 ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 32ss, spécialement n° 39 *in fine* ; AUBERT, *Traité*, n° 648.

³³⁶ TSCHANNEN, *Organisationsrecht*, p. 143ss.

³³⁷ SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 32 ; AUBERT, *Traité (supplément)*, n° 662bis.

relation entre droit civil fédéral et droit public cantonal, celle entre droit public cantonal – surtout des constructions – et droit public fédéral³³⁸, et celle entre le droit public cantonal et le droit pénal fédéral.

217. *Droit civil fédéral et droit public cantonal.* – S’agissant du lien entre droit civil fédéral et droit public cantonal, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence subtile qui a permis de dégager trois conditions qui, si elles sont remplies, permettent au droit public cantonal de coexister avec le droit civil fédéral³³⁹.

Premièrement, le législateur fédéral ne doit pas avoir entendu réglementer la matière de manière exhaustive. En effet, si un domaine particulier est réglé exhaustivement par le droit fédéral, il n’existe plus de place pour une législation cantonale touchant ce même domaine, fût-elle de droit public. On ajoutera à cette condition celle, non exprimée par le Tribunal fédéral, que le domaine matériel tout entier n’ait pas été attribué à la Confédération³⁴⁰.

Deuxièmement, les règles cantonales doivent être justifiées par un intérêt public pertinent. Cette condition traduit l’exigence que la qualité « publique » de la réglementation cantonale soit effectivement donnée, ce qui se vérifie notamment par l’existence d’un véritable intérêt public justifiant la législation en cause³⁴¹. L’idée est que l’intérêt public ne doit pas être qu’un prétexte : le canton ne doit pas chercher à satisfaire des intérêts déjà pris en compte par le droit civil fédéral, c’est-à-dire des intérêts privés, sous couvert de droit public³⁴². On retrouve donc là, en des termes un peu détournés il est vrai, l’exigence qu’il ne peut y avoir cumul de compétences que si le droit cantonal et le droit fédéral ne poursuivent pas le même but.

Ces deux premières conditions visent à vérifier que le canton est bien resté dans le cadre de sa compétence, et n’a pas empiété sur la compétence fédérale de légiférer en matière de droit civil, autrement dit qu’il y a bien cumul de compétences et non conflit de compétences. Si ces deux premières conditions ne sont pas réunies, le principe de primauté du droit fédéral s’appliquera donc.

³³⁸ TSCHANNEN, *Organisationsrecht*, p. 142ss ; AUBERT, *Petit commentaire ad art. 49 Cst.*, n° 5.

³³⁹ ATF 124 I 107, *Parti socialiste jurassien*, cons. 2a.

³⁴⁰ AUBERT, *Traité*, n° 648 ; WIDMER, p. 71ss.

³⁴¹ WIDMER, p. 71ss.

³⁴² AUBERT, *Traité*, n° 652s.

Troisièmement, « [l]es règles cantonales ne doivent ni éluder ni contredire le sens ou l'esprit du droit civil fédéral »³⁴³. Dans le cas contraire, il se produit un conflit de règles, ce qui aura également pour effet de déclencher l'application de la primauté du droit fédéral.

Dès lors, s'il y a violation du partage des compétences, la primauté s'applique. S'il y a conflit direct de normes, la primauté s'applique également. S'il n'y a pas de violation du partage des compétences mais qu'il en résulte néanmoins un conflit de normes, celui-ci sera tranché en vertu du principe de la primauté du droit fédéral. Dans ce cas, il ne s'agit plus, en réalité, du principe de la primauté du droit de la collectivité compétente, mais bien de la primauté du droit fédéral, puisque ni le canton ni la Confédération n'ont violé la répartition des compétences.

218. *Exemple.* – Par exemple, l'arrêt 106 II 81 concernait le cas d'une disposition cantonale valaisanne subordonnant l'inscription d'un transfert de propriété au registre foncier au paiement, entre autres, des impôts sur les gains immobiliers, sur le revenu et sur la fortune. Quand bien même il s'agissait d'un domaine dans lequel le droit civil fédéral n'est pas exhaustif, et que la réglementation cantonale en cause répondait à un intérêt public pertinent, le Tribunal fédéral a jugé la disposition cantonale contraire au sens et à l'esprit du droit fédéral, en particulier parce que la durée nécessaire à la fixation du montant des impôts en cause aurait risqué de différer de manière insupportable l'effet réel lié à l'inscription au registre foncier.

219. *Droit pénal fédéral et droit public cantonal.* – S'agissant de la cohabitation entre droit public cantonal et droit pénal fédéral, le Tribunal fédéral utilise une formulation similaire à celle correspondant au troisième critère présenté ci-dessus : « Le droit public cantonal ne doit pas paralyser le droit pénal ni en contredire l'esprit ; il doit être en harmonie avec lui »³⁴⁴. Le test élaboré par le Tribunal fédéral est donc formulé de manière plus brève qu'en matière de relations entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal. Toutefois, l'idée de base demeure : il faut d'abord que le canton ait la compétence de légiférer, ce qui n'est le cas qu'en matière de contraventions et, jusqu'à présent, de procédure pénale, puis il faut encore que la règle cantonale soit en harmonie avec le droit fédéral.

³⁴³ ATF 124 I 107 *Parti socialiste jurassien*, cons. 2a. Pour la formule en allemand, voir plus haut, note 305.

³⁴⁴ ATF 101 Ia 575, cons. 4a et les réf. citées.

220. *Droit public fédéral et droit public cantonal.* – S’agissant de la relation entre droit public fédéral et droit public cantonal, on trouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral les formulations suivantes : « *Dans les domaines non réglés de façon exhaustive par le droit fédéral, les cantons restent compétents pour édicter des dispositions de droit public dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux que prévoit le droit fédéral* »³⁴⁵; ou : la réglementation cantonale doit être « *compatible avec le sens et le but de la législation fédérale. [...] On ne saurait [en] abuser pour empêcher la construction d’installations atomiques* »³⁴⁶; ou encore : « *[...] l’exercice des compétences cantonales ne doit pas empêcher ou compliquer de manière importante la réalisation des tâches fédérales [...]* »³⁴⁷.

En résumé, pour que le droit cantonal soit valide, il ne doit pas poursuivre le même but d’intérêt public que le droit fédéral. Le Tribunal fédéral ne fait là qu’examiner si les deux normes en concurrence règlent ou non la même question juridique. Si tel est le cas, il y a conflit et l’une des règles doit prendre le pas sur l’autre. Si tel n’est pas le cas, il n’y a pas de conflit direct et les règles en cause peuvent en principe s’appliquer conjointement. Tel était du moins le cas jusqu’à récemment. En effet, la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral indique que celui-ci n’admet désormais l’existence d’un conflit qu’à des conditions très restrictives, lorsque la législation fédérale exclut véritablement toute réglementation cantonale dans un domaine particulier³⁴⁸. Il ne suffit donc

³⁴⁵ ATF 109 Ia 61, *Manpower SA*, cons. 2a et les réf. citées. Pour une formulation équivalente, voir ATF 102 Ia 372, cons. 2. La même formulation a été reprise dans un contexte plus général que celui de la relation entre le droit public fédéral et le droit public cantonal, dans l’ATF 114 Ia 350, cons. 4a.

³⁴⁶ ATF 111 Ia 303 (= JdT 1987 I 262), *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, cons. 5a.

³⁴⁷ ATF 122 I 70 (= JdT 1997 I 392), *Michael Lenz*, cons. 3b.

³⁴⁸ Voir par exemple ATF 133 I 110, *Slatkine*, cons. 4.1 : « ... même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si la preuve est rapportée qu’elle poursuit un autre but que celui recherché par la mesure fédérale. Le principe de la force dérogatoire n’est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l’efficacité de la réglementation fédérale. Ce n’est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d’adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci » (références internes omises). Voir également ATF 130 I 82, *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zurich*, cons. 2.2, et ATF 128 I 295, *Association suisse des annonceurs*, cons. 3b.

plus que le droit cantonal poursuive simplement le même but d'intérêt public que le droit fédéral.

A nouveau, il faut donc, pour que la primauté ne s'applique pas, que le droit cantonal n'entre pas en conflit avec le droit fédéral, mais au contraire que les normes soient compatibles, et qu'il n'y ait pas eu, à la base, de violation de la répartition des compétences.

221. *Application de la primauté du droit fédéral : suite.* – L'analyse effectuée par le Tribunal fédéral dans ces trois domaines se décompose donc en deux étapes. En premier lieu, il s'agit de déterminer si le canton est oui ou non resté dans le cadre de sa compétence. Si tel est le cas, la seconde étape consiste à déterminer si les normes en cause entrent en conflit ou non, autrement dit si elles peuvent ou ne peuvent pas être harmonisées. Le Tribunal fédéral n'applique le principe de primauté du droit fédéral que s'il existe un tel conflit de normes. Dès lors, on peut retenir d'une part que les conflits de normes en l'absence de violation du partage des compétences existent. Dans ce cas, la primauté est appliquée pour résoudre le conflit. D'autre part, la primauté ne s'applique pas s'il n'y a pas de conflit de normes. Elle ne s'applique pas non plus s'il n'y a ni conflit de normes ni conflit de compétences.

Cette analyse peut-être élargie à tous les cas de conflit entre droit fédéral et droit cantonal et montre bien que, même en l'absence de violation du partage des compétences, le principe de primauté du droit fédéral peut trouver application, pour autant qu'un conflit de normes se produise.

222. *Élément déterminant : le conflit de normes.* – Dans ce type de situation, le facteur déterminant pour l'application ou non du principe de primauté du droit fédéral est donc l'existence d'un conflit de normes. Toute la question réside alors dans la définition d'un tel conflit.

Pour déterminer si tel est le cas, le Tribunal fédéral applique des critères précis, formulés parfois un peu différemment suivant le domaine concerné, mais qui peuvent se résumer ainsi : le droit cantonal ne doit pas être contraire au sens ou à l'esprit du droit fédéral, d'une part, et ne doit pas constituer un obstacle important à la réalisation du droit fédéral, d'autre part. Dans le premier cas, le droit cantonal entre en conflit direct avec le droit fédéral ; dans le second cas, le conflit peut être qualifié d'indirect. En résumé, il faut que le droit cantonal soit conforme, au sens large, au droit fédéral.

223. *Restriction à l'exercice des compétences cantonales.* – Vu sous un autre angle, il s'agit là de l'idée selon laquelle, même compétents, les cantons ne sont pas entièrement libres, mais doivent respecter le contenu du droit fédéral dans

l'exercice de leurs compétences³⁴⁹. Autrement dit, lorsque le Tribunal fédéral affirme que le droit cantonal ne doit pas être contraire au sens ou à l'esprit du droit fédéral ni faire obstacle à sa réalisation, ces critères sont utilisés, en premier lieu, pour déterminer l'existence d'un conflit de normes. Mais ils constituent, en même temps, des exigences matérielles à l'égard du droit cantonal, déduites du principe de primauté du droit fédéral.

224. *Conflit de buts.* – S'agissant de la question de savoir à quel moment une norme cantonale devient contraire aux buts du droit fédéral, c'est-à-dire en empêche ou en détourne la réalisation, la jurisprudence du Tribunal fédéral a semblé exiger pendant un certain temps du droit cantonal que « *les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux du droit fédéral* »³⁵⁰. Il semble cependant que la Haute Cour se soit à présent arrêtée à la formule suivante : « *Une simple divergence de buts entre droit cantonal et droit fédéral n'entraîne pas encore une violation du droit fédéral par le droit cantonal ; elle exprime le fait que la Confédération et les cantons sont chacun des collectivités publiques territoriales propres et qu'elles peuvent poursuivre des buts différents dans les limites de leurs compétences respectives* »³⁵¹.

225. *Droit cantonal contraire au sens et à l'esprit du droit fédéral.* – Un exemple de contradiction avec le sens et l'esprit du droit fédéral matériel en l'absence de conflit de compétence est fourni par l'ATF 125 I 474 *MédiService SA*³⁵². Un règlement sur la vente par correspondance de médicaments, adopté par le gouvernement du canton de Vaud et interdisant l'envoi postal régulier de médicaments par les pharmacies, a été déclaré contraire à la loi fédérale sur le marché intérieur. La compétence du canton de régler le domaine de la vente par correspondance de médicaments n'était pas en cause. Le problème provenait de la conformité du règlement cantonal en question avec les exigences de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI, adoptée notamment sur la base de la compétence fédérale d'édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et

³⁴⁹ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 2 ; idem, *Traité*, n° 654 ; KNAPP, *Fédéralisme*, p. 325ss ; WIDMER, p. 25.

³⁵⁰ ATF 114 Ia 350, cons. 4a. RUCH, *Commentaire SG* ad art. 49 Cst., n° 16ss. Cette formulation a cependant, excepté dans l'arrêt précité, été utilisée par le TF pour la relation entre le droit public fédéral et le droit public cantonal. Voir TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 312 et 325.

³⁵¹ ATF 122 I 70, *Michael Lenz* (= JT 1997 I 392), cons. 2a. Dans le même sens, voir ATF 119 Ia 390, *NAGRA* cons. 6c ; 111 Ia 303, *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, cons. 6c ; 109 Ia 134, *Bieler*, cons. 4a.

³⁵² ATF 125 I 474, *MediService SA*.

de l'industrie [art. 31bis, al. 2 aCst]), qui vise à garantir sur tout le territoire suisse la liberté d'accès au marché. Or la restriction imposée par le règlement incriminé à la liberté d'accès au marché du canton de Vaud ne respectait pas les conditions posées par la LMI pour de telles entraves et était dès lors matériellement contraire au droit fédéral, si bien que la règle cantonale n'a pas été appliquée à la recourante.

226. *Justification.* – Il ressort donc de la jurisprudence que l'exercice d'une compétence cantonale est subordonné à deux conditions cumulatives : la règle cantonale ne doit pas être en contradiction directe avec le droit fédéral en violant le sens ou l'esprit d'une norme édictée par la Confédération; elle ne doit pas non plus mettre d'une autre façon en péril la réalisation du droit fédéral. Ces deux conditions sont chacune l'expression de deux idées générales, qui sous-tendent le partage des compétences entre Confédération et cantons : d'une part, la nécessité de coordonner les deux ensembles normatifs afin d'aboutir à un ordre juridique dépourvu de contradictions³⁵³; d'autre part, l'interdiction d'user de ses compétences de manière abusive, dans le but de mettre en péril l'exercice effectif des compétences de l'autre collectivité. Cette interdiction de l'utilisation abusive des compétences est considérée par plusieurs auteurs comme la seule véritable restriction à l'exercice des compétences cantonales³⁵⁴.

Il ressort toutefois de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'une telle volonté abusive du canton n'est pas une condition nécessaire pour faire apparaître une

³⁵³ BURCKHARDT, p. 17, à propos de la fidélité confédérale : « *Es ergibt sich daraus für Bund und Kantone die Notwendigkeit einer gewissen Nachgiebigkeit in der Auslegung ihrer beiderseitigen Kompetenzen ; rücksichtsloses Festhalten des Rechtsstandpunktes würde zu endlosen Konflikten und Beeinträchtigungen führen : soll ein so kompliziertes Getriebe wie der schweizerische Bundesstaat im Gange erhalten werden und die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen zu einem erspriesslichen Ergebnis führen, so bedarf das juristische Räderwerk dieses Tropfen Öl* ». Voir également WIDMER, p. 32 et les réf. citées.

³⁵⁴ Voir TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 325 : « *Eine Ausnahme vom Grundsatz der kumulativen Anwendung gilt für den Fall, dass der Kanton unter Berufung auf seine Zuständigkeiten danach trachten sollte, die korrekte Umsetzung des Bundesrechts zu vereiteln* ». Voir également SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 28, et *Art. 3 Cst.*, n° 216. Cette opinion, qui suppose une « intention » abusive du canton, ne correspond cependant pas à la jurisprudence du TF. SALADIN, *Art. 2 disp.trans.*, n° 29, le remarque à mots couverts : « *Das Bundesgericht verwendet hier allerdings weitere Formeln* ».

réglementation cantonale comme contraire au droit fédéral³⁵⁵. Il découle donc du principe de la primauté du droit fédéral, tel qu'interprété par la jurisprudence, non seulement une règle de conflit de compétences et une règle de conflit de normes, mais également une règle limitant l'exercice des compétences cantonales.

227. *Opinion de la doctrine.* – Si le Tribunal fédéral applique généralement le principe de la primauté du droit fédéral aux conflits de normes ne reposant pas sur un conflit de compétence, la doctrine exprime à cet égard une appréciation parfois plus nuancée. Les auteurs ont développé à cet égard plusieurs conceptions différentes, mais tous s'accordent néanmoins sur le fait que de tels conflits doivent être résolus, afin de préserver la cohérence et l'unité de l'ordre juridique suisse. Parmi les auteurs admettant l'existence de tels conflits de normes ne reposant pas sur une violation du partage des compétences, deux courants se dégagent.
228. *Application de la primauté du droit fédéral.* – Le premier applique à ces conflits purement matériels le principe de la primauté du droit fédéral³⁵⁶.
229. *Non-application de la primauté du droit fédéral.* – Le second courant doctrinal se prononce, en l'absence d'un conflit de compétence, pour la non-application du principe de la primauté du droit fédéral³⁵⁷. Pour SALADIN, telle devrait en tout cas être la solution lorsque la compétence cantonale est non pas une compétence résiduelle fondée sur la règle générale de l'art. 3 Cst., mais se fonde sur une attribution spécifique de compétence de la Constitution (laquelle, comme il a été dit plus haut, contient un certain nombre « d'attributions de compétences » en faveur des cantons)³⁵⁸. Dans un tel cas en effet, la compétence cantonale est de même rang que la compétence fédérale ; elle n'a donc pas à s'effacer *a priori*. Le législateur ou l'autorité d'application du droit devra alors s'efforcer d'harmoniser les normes concurrentes et, si cela n'est pas possible,

³⁵⁵ Voir cependant, dans le sens précédent, ATF 111 Ia 303, *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, cons. 5a : « Die kantonalen Kompetenzen dürfen nicht als Vorwand für Übergriffe in den Bereich anderer Anliegen verwendet werden [...] ».

³⁵⁶ AUBERT, *Traité*, n° 654 ; WIDMER, p. 36. Du même avis apparemment : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1055ss.

³⁵⁷ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 325ss ; KELLER, p. 34 ; WIDMER, p. 36 et les réf. citées ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 28 ; idem, *Art. 3 Cst.*, n° 216.

³⁵⁸ SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 31, et *Art. 3 Cst.*, n° 212ss.

faire prévaloir celle dont le but paraît le plus important à la suite d'une pesée des intérêts³⁵⁹.

230. *Autres alternatives à la primauté : la fidélité fédérale.* – Certains auteurs ont parfois recours, pour résoudre de tels conflits, à d'autres principes, en particulier celui de la fidélité fédérale. Toutefois, le rôle joué par ce principe diffère selon les auteurs. Pour WIDMER, le principe de fidélité fédérale permet de résoudre tous les conflits de règles qui ne peuvent être rapportés à une violation du partage des compétences³⁶⁰. La fidélité fédérale aurait donc pour conséquence l'obligation juridique pour les cantons d'avoir des égards pour le droit fédéral dans l'exercice de leurs compétences, dans le sens d'une obligation de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à son sens ou son esprit ou, plus généralement, de mettre en question l'unité et l'absence de contradiction de l'ordre juridique³⁶¹. WIDMER voit donc la fidélité fédérale comme une limite générale à l'exercice des compétences cantonales, qui se rapproche d'une interdiction de l'abus de compétences³⁶². Pour lui, la fidélité fédérale viendrait compléter les règles sur le partage des compétences qui ne suffisent pas, à elles seules, à assurer l'absence de contradiction de l'ordre juridique à l'intérieur de l'Etat fédéral. Finalement, cette opinion ne diffère pas fondamentalement, dans son résultat, de celle consistant à appliquer la primauté du droit fédéral en cas de contradiction matérielle entre le droit cantonal et le droit fédéral n'ayant pas sa source dans une violation du partage des compétences. En effet, si l'on déduit du principe de la fidélité fédérale une obligation matérielle pour les cantons de ne pas porter atteinte au droit fédéral, l'effet en cas de conflit de normes sera que la règle fédérale l'emporte, à l'image de ce qui se produit lorsque la primauté du droit fédéral est appliquée.

L'opinion de WIDMER est isolée en doctrine et n'a pas trouvé de confirmation dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. On trouve cependant parfois, chez certains auteurs et dans un arrêt du Tribunal fédéral, quelques passages allant dans son sens³⁶³.

³⁵⁹ SALADIN, *Art. 2 disp. trans.* n° 31, et *Art. 3 Cst.*, n° 219s. Pour DUBEY, p. 408s., il s'agit dans de tels cas de figure de compétences parallèles pouvant, parfois, donner lieu un conflit de normes

³⁶⁰ WIDMER, p. 49ss.

³⁶¹ *Idem*, p. 51.

³⁶² *Idem*, p. 36.

³⁶³ ATF 125 I 227, « Genève République de Paix », cons. 7 : « L'objectif constitutionnel cantonal envisagé ne représente nullement une menace pour la mise en œuvre du droit

231. *Autres alternatives à la primauté : l'application cumulative.* – Pour d'autres auteurs, en l'absence de violation du partage des compétences, droit fédéral et droit cantonal doivent être harmonisés, c'est-à-dire appliqués cumulativement. Si une telle harmonisation n'est pas possible, le droit qui prendra le pas sur l'autre est désigné après une pesée des intérêts. Les auteurs qui se prononcent dans ce sens font cependant eux aussi intervenir le principe de fidélité confédérale – dans une acception plus étroite que WIDMER – en faisant primer le droit fédéral si le canton a fait un usage abusif de ses compétences³⁶⁴.

232. *Synthèse.* – Malgré ces opinions doctrinales parfois un peu divergentes, il découle de ce qui précède que la primauté du droit fédéral est un principe multiforme et multifonctionnel, qui permet de résoudre différents types de conflits.

Premièrement, il permet de sanctionner la violation du partage des compétences par un canton ou par la Confédération. Si un canton a édicté une règle dans un domaine de compétence qui ne lui appartient pas, cette règle sera considérée comme invalide et ne sera pas appliquée, même s'il n'en résulte pas un conflit de normes avec une règle de droit fédéral. Si la Confédération a édicté une règle dans un domaine de compétence qui ne lui appartient pas, cette règle ne pourra pas prétendre primer sur le droit cantonal contraire. Dans ce contexte, on peut donc véritablement parler de primauté du droit de la collectivité compétente. Cependant, compris dans cette acception, le principe de primauté ne fait que répéter ce qui découle déjà de l'existence même d'une répartition verticale des compétences, que les cantons aussi bien que la Confédération sont tenus de respecter.

fédéral en vigueur, mise en œuvre que le canton doit assurer dans le respect du principe de loyauté confédérale ». Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a déduit du principe de fidélité confédérale l'interdiction pour le droit cantonal de faire obstacle à la mise en œuvre du droit fédéral. Il met ainsi en relation le principe de fidélité confédérale avec la jurisprudence rendue à propos de la primauté du droit fédéral.

Voir également KÖLZ, *Bundestreu*, p. 154 *in fine* et 155, qui envisage un rapprochement entre le principe de fidélité confédérale et la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de la primauté du droit fédéral : « *Immerhin könnte man die ständige Praxis des Bundesgerichts wonach die Kantone bei der Ausübung ihrer Befugnisse „Sinn und Geist des Bundeszivilrechts“ nicht verletzen dürfen, als Ausfluss einer irgendwie gearteten bundesstaatlichen Loyalitätsverpflichtung verstehen* ». Dans le même sens, SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 28 et 29.

³⁶⁴ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 325 ; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 216.

Deuxièmement, le principe de la primauté du droit fédéral permet de résoudre, en faveur du droit fédéral édicté conformément au partage des compétences, tous les cas de conflits entre une norme de droit cantonal et une norme de droit fédéral. En tant que règle de conflit de normes, la primauté du droit fédéral conforme au partage des compétences s'applique même si la règle cantonale a été édictée en parfaite conformité avec la répartition des compétences. On peut donc bien parler, dans ce contexte, de primauté du droit fédéral, et non plus de primauté du droit de la collectivité compétente.

Troisièmement, il découle du principe de primauté du droit fédéral compris comme règle de conflit de normes des restrictions à l'exercice des compétences cantonales, dès lors que des règles cantonales contraires au droit fédéral ne seront pas appliquées, quand bien même le canton possédait la compétence de légiférer dans le domaine concerné.

II. Aux Etats-Unis

1. Primauté du droit fédéral comme règle de conflit de normes

233. *Conflit de normes.* – Aux Etats-Unis, doctrine et jurisprudence sont toujours parties de l'idée que la primauté du droit fédéral, garantie dans la *supremacy clause*, constitue une pure règle de conflit de normes, applicable chaque fois que le droit étatique entre en conflit avec le droit fédéral. Autrement dit, la primauté du droit fédéral est applicable chaque fois que le droit fédéral et le droit étatique donnent à la même question juridique des réponses différentes et inconciliables. L'une des raisons à cette absence de controverse quant à la nature de la primauté du droit fédéral tient certainement au fait que le contrôle de constitutionnalité s'opère, aux Etats-Unis, uniquement à l'occasion de cas concrets, et jamais *in abstracto* comme cela se produit parfois en Suisse dans le cadre du recours en matière de droit public dirigé directement contre une loi cantonale. Dans ces circonstances, la question de la cohabitation entre le droit fédéral et le droit étatique ne se pose, nécessairement, qu'en présence d'un cas d'application, pour lequel les deux ordres juridiques en présence fournissent chacun une solution différente.

La nécessité de l'existence d'un conflit de normes étant incontestée, la jurisprudence constitutionnelle a pu se concentrer sur la définition exacte de ce qu'est un conflit de normes.

234. *Conflit entre une norme fédérale conforme au partage des compétences et une norme étatique conforme au partage des compétences.* – Comme nous l’avons souligné plus haut, seul le droit fédéral valide, c’est-à-dire, en particulier, conforme au partage des compétences, a vocation à être « la loi suprême du pays », en application de la *supremacy clause*. La doctrine et la jurisprudence américaines admettent également que, dans ces conditions, la *supremacy clause* n’est destinée qu’à régler les conflits entre une règle de droit fédéral valide et une règle de droit étatique valide elle-aussi³⁶⁵.

Ainsi, dans *Gibbons v. Ogden*, la Cour Suprême a appliqué la *supremacy clause* à un conflit entre une loi fédérale sur le commerce côtier, adoptée par le Congrès en vertu de sa compétence en matière de commerce inter-étatique, et une loi de l’Etat de New York instaurant un monopole pour la navigation commerciale à l’intérieur de l’Etat, à propos de laquelle la Cour a admis la possibilité qu’elle puisse se fonder valablement sur le pouvoir général de police de l’Etat. Elle a cependant jugé que la question de savoir si l’Etat de New York avait bien la compétence d’adopter la loi en cause pouvait rester ouverte, dans la mesure où celle-ci entrainait de toute manière en conflit avec la loi fédérale, si bien qu’elle devait être annulée en application de la *supremacy clause*³⁶⁶. Le principe de primauté du droit fédéral, qui établit une hiérarchie entre le droit fédéral et le droit étatique, n’intervient donc, selon l’opinion américaine, que lorsqu’une règle de droit fédéral, conforme au partage des compétences, se heurte à une règle étatique, également conforme au partage des compétences.

235. *Pas de règle servant à solutionner les violations du partage des compétences.* – La question de savoir ce qu’il advient lorsque le droit étatique a été édicté en vertu d’une compétence que les Etats ne possèdent pas n’a fait l’objet, à notre connaissance, d’aucun commentaire en doctrine ou dans la

³⁶⁵ NELSON, p. 225 ; GARDBAUM, p. 770.

³⁶⁶ « *Since, however, in exercising the power of regulating their own purely internal affairs, whether of trading or police, the States may sometimes enact laws, the validity of which depends on their interfering with, and being contrary to, an act of Congress passed in pursuance of the constitution, the Court will enter upon the inquiry, whether the laws of New-York [...] have, in their application to this case, come into collision with an act of Congress [...]* ». Voir également *Hennington v. Georgia* (163 U.S. 299 (1896)) : « *Of course, if the inspection, or quarantine or health laws of a State, passed under its reserved power to provide for the health, comfort and safety of its people, come into conflict with an act of Congress, passed under its power to regulate interstate and foreign commerce, such local regulations, to the extent of the conflict, must give way in order that the supreme law of the land – an act of Congress in pursuance of the Constitution – may have unobstructed operation* ».

jurisprudence. Il semble donc que la réponse à cette question apparaisse comme évidente aux Etats-Unis : en cas de conflit entre une règle fédérale valide et une règle étatique adoptée en vertu d'une compétence inexistante, la première l'emporte forcément. La simple existence d'un partage vertical des compétences opéré par la Constitution suffit à justifier cette solution, le détour par un principe de primauté du droit fédéral s'avérant, dans un tel cas, inutile.

2. Primauté du droit fédéral et « preemption »

236. *Preemption et primauté du droit fédéral.* – La question de la primauté du droit fédéral, d'une part, et celle de l'effet de l'existence de règles fédérales dans un domaine donné sur le droit étatique édicté dans le même domaine, d'autre part, font l'objet de deux doctrines distinctes, même si les deux concepts demeurent intimement liés. La doctrine s'occupant de l'analyse de l'effet d'éviction exercé par le droit fédéral sur le droit cantonal est celle de la *preemption* ou effet dérogatoire du droit fédéral³⁶⁷.
237. *Notion.* – La doctrine de la « préemption » du droit étatique par le droit fédéral, autrement dit de l'effet dérogatoire du droit fédéral, a été développée aux Etats-Unis afin de répondre à la question de savoir dans quelles circonstances et à quelles conditions l'existence d'une réglementation fédérale, édictée en vertu d'une compétence concurrente existante, a pour effet de faire perdre sa validité au droit étatique édicté dans le même domaine. Autrement dit, si l'on part du principe que l'effet dérogatoire du droit fédéral constitue une conséquence du principe de primauté du droit fédéral, et que ce dernier n'intervient qu'en cas de conflit avec le droit étatique, l'intérêt principal de la doctrine de la *preemption* réside dans la définition du conflit de normes que l'on peut en tirer.
238. *Origines.* – La plupart des commentateurs considèrent la décision de la Cour Suprême dans *Gibbons v. Ogden*³⁶⁸ comme le premier cas d'application de

³⁶⁷ NELSON, p. 226, fournit l'exemple suivant afin d'illustrer le champ d'application de la doctrine de la *preemption* : celle-ci régit notamment la question de savoir si, en présence d'une loi fédérale régissant la sécurité des centrales nucléaires, les Etats sont tenus d'autoriser l'exploitation des centrales satisfaisant aux standards fédéraux ou si, au contraire, ils ont encore la possibilité d'édicter leurs propres exigences en matière de sécurité, qui compléteraient les standards fédéraux.

³⁶⁸ 22 U.S. 1 (1824).

l'effet dérogatoire – *preemption* – du droit fédéral³⁶⁹. Dans cet arrêt en effet, la Cour a certes laissé ouverte la question de l'exclusivité de la compétence de l'Union en matière de commerce, mais a considéré qu'en tous les cas, le monopole de navigation érigé par le droit new-yorkais et octroyé à Ogden était incompatible avec une autorisation fédérale de naviguer octroyée à Gibbons ; et que, dès lors, le droit fédéral devait être appliqué et le droit étatique écarté : « *[state laws that] interfere with, or are contrary to the laws of Congress, made in pursuance of the constitution, [...], though enacted in the exercise of powers not controverted, must yield to it* »³⁷⁰. On peut aussi voir cette décision comme une application pure et simple du principe de primauté du droit fédéral : le droit étatique ayant pour effet d'empêcher l'application du droit fédéral, il devait céder la place à cause de ce conflit³⁷¹. Cela montre bien que les deux notions – préemption et primauté du droit fédéral – sont intimement liées.

En réalité, il semble que la Cour Suprême n'ait articulé une théorie distincte de l'effet « préemptif » du droit fédéral qu'au cours de la première moitié du XX^e siècle³⁷². Le cadre analytique développé dans les arrêts en question reste, dans ses grandes lignes, applicable à l'heure actuelle.

239. *Types de conflit.* – La jurisprudence de la Cour distingue trois cas dans lesquels l'effet dérogatoire du droit fédéral ou préemption s'applique³⁷³.
240. « *Express preemption* ». – Dans le premier cas, appelé « préemption expresse » (*express preemption*), l'effet dérogatoire du droit fédéral se produit parce que la loi fédérale en question contient une disposition prévoyant expressément que le droit étatique concernant telle ou telle question perd sa validité. Dans ce cas, il se produit un conflit entre cette disposition du droit fédéral et le droit étatique qui lui serait contraire. A l'inverse, de nombreuses lois fédérales contiennent, à la place ou en sus de telles clauses préemptives,

³⁶⁹ Voir notamment TRIBE, p. 1173; également NELSON, p. 267.

³⁷⁰ 22 U.S. 1, 211.

³⁷¹ DINH, p. 2102. Dans le même sens, GARDBAUM, p. 787s.

³⁷² Voir notamment les arrêts *Southern Railway Co v. Reid*, 222 U.S. 424 (1912), cité par GARDBAUM, p. 801s., ainsi que *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941), et *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956), cités par NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 375.

³⁷³ A ce sujet, voir notamment *English v. General Electric Co.*, 496 U.S. 72 (1990). Également TRIBE, p. 1176, et NELSON, p. 225.

une clause « de sauvetage » (*savings clause*) précisant dans quelle mesure le droit étatique édicté dans le même domaine peut subsister³⁷⁴.

Ces dispositions correspondent globalement aux clauses réservant le droit cantonal que l'on trouve dans de nombreuses lois suisses.

241. « *Field preemption* ». – Le second type, appelé « préemption par domaine » (*field preemption*), fait référence à la situation dans laquelle la réglementation fédérale occupe l'entier d'un domaine particulier, si bien qu'il ne reste pas de place pour du droit étatique. Dans ce cas, l'« intention préemptive » du Congrès est déduite du caractère exhaustif de la réglementation fédérale.

Généralement, la Cour Suprême s'appuie sur trois éléments pour déduire l'existence d'une telle intention du Congrès : premièrement, le caractère général et complet du programme législatif fédéral ; deuxièmement, le besoin d'uniformité au niveau national dans le domaine en question, notamment lorsque l'intérêt fédéral à réglementer le domaine est prépondérant³⁷⁵ ; troisièmement, le risque de conflit entre le droit étatique et l'application du programme fédéral³⁷⁶. Plus le caractère détaillé et complet de la législation fédérale est prononcé, plus la Cour Suprême conclura facilement que le Congrès entendait effectivement régler exhaustivement le domaine en cause et exclure toute réglementation étatique dans la même matière³⁷⁷.

Tel sera le cas également, dans certaines circonstances, lorsque le législateur fédéral a intentionnellement laissé un vide législatif sur certaines questions. Dans de tels cas, le droit étatique sera écarté même s'il n'entre pas directement en conflit avec une disposition matérielle du droit fédéral ; le silence du

³⁷⁴ Ainsi, la loi fédérale sur le contrôle des substances toxiques (*Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. §§ 2601-2692) prévoit, à son § 18, une disposition appelée « *preemption* », laquelle précise dans quels cas le droit étatique est écarté par la législation fédérale, et dans quels cas il peut subsister. Voir également la clause « de sauvetage » prévue au § 321 du *Planning and Right-to-Know Act*, 42 U.S.C. §§ 11001-11050, laquelle prévoit que « *nothing in this chapter shall preempt any State or local law* ».

³⁷⁵ « *The scheme of federal regulation may be so pervasive as to make reasonable the inference that Congress left no room for the states to supplement it. Or the Act of Congress may touch a field in which the federal interest is so dominant that the federal system will be assumed to preclude enforcement of state laws on the same subject* » (*Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947)).

³⁷⁶ NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 375 et 377.

³⁷⁷ TRIBE, p. 1206. Également GARDBAUM, p. 811.

législateur fédéral sera également considéré comme occupant le terrain, à l'image de ce qui se produit en Suisse en cas de silence qualifié du législateur. Autrement dit, le droit étatique ne sera pas considéré comme invalide parce qu'il entre en conflit avec une disposition matérielle du droit fédéral, mais parce qu'il est en conflit avec l'intention du Congrès d'occuper le terrain dans son entier³⁷⁸. La Cour Suprême a par exemple considéré, dans ce contexte, que si l'application de la réglementation étatique en question risquait de faire obstacle au bon déroulement d'opérations commandées par la législation fédérale, le droit étatique devait être écarté, et ce même si le contenu de la réglementation étatique était sensiblement le même que celui de la réglementation fédérale³⁷⁹.

A *contrario*, lorsque la réglementation fédérale n'est pas considérée comme occupant l'ensemble du domaine en cause, le droit étatique peut subsister dans la mesure où il n'entre pas effectivement en conflit avec le droit fédéral³⁸⁰.

242. *Comparaison avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.* – Cette seconde catégorie de préemption rappelle fortement la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle lorsque le droit fédéral régit exhaustivement un domaine, il ne reste plus de place pour du droit cantonal.
243. « *Conflict preemption* ». – Le troisième type, appelé « préemption pour cause de conflit » (*conflict preemption*), intervient lorsqu'une réglementation étatique entre directement en conflit avec le droit fédéral. Selon la jurisprudence de la Cour, une telle situation se produit soit lorsqu'il est matériellement impossible de se conformer à la fois au droit fédéral et au droit étatique, soit lorsque le droit étatique constitue un obstacle à l'accomplissement et à la mise en œuvre de l'ensemble des buts et objectifs du droit fédéral³⁸¹.
244. *Impossibilité physique de se conformer.* – Le critère de l'impossibilité physique au sens de la jurisprudence est très difficile à satisfaire : la Cour a ainsi jugé que, même lorsque le droit fédéral autorisait un comportement que le

³⁷⁸ TRIBE, p. 1172.

³⁷⁹ Voir *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956), à propos des lois étatiques anti-sédition, invalidées par la Cour parce que leur mise en œuvre était susceptible d'interférer avec des opérations fédérales se déroulant sous couverture, en application de la législation fédérale anti-communiste. Dès lors, selon la Cour, le besoin de prééminence du droit fédéral rendait inévitable la conclusion que le Congrès avait entendu occuper le domaine. Voir également NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 375.

³⁸⁰ NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 379.

³⁸¹ *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941). Voir également les références citées par NELSON, p. 228 note 14.

droit étatique prohibait, il n'y a avait pas impossibilité physique de se conformer aux deux puisqu'une personne pouvait satisfaire aux exigences de l'un comme de l'autre en s'abstenant d'adopter le comportement autorisé. Dès lors, selon la Cour Suprême, une contradiction manifeste entre les deux ordres juridiques ne signifie pas encore nécessairement qu'il est physiquement impossible de se conformer aux deux, dès lors qu'il y a conflit au sens de sa jurisprudence³⁸².

245. *Obstacle à l'accomplissement des buts du droit fédéral.* – En revanche, le critère de l'obstacle à l'accomplissement des buts et objectifs du droit fédéral est beaucoup plus large et donc facile à satisfaire. Tel sera le cas notamment lorsque le droit étatique pénalise ou décourage un comportement que le droit fédéral cherche à encourager ; ou, au contraire, lorsque le droit étatique encourage une action qui porte atteinte à la réalisation des buts du droit fédéral³⁸³. Par exemple, une réglementation municipale interdisant le trafic aérien sur l'aéroport local entre vingt-trois heures et sept heures a été invalidée par la Cour au motif qu'elle entrerait en conflit avec les buts d'une loi fédérale sur la navigation aérienne, tendant à assurer la sécurité des aéronefs et l'utilisation efficace de l'espace aérien. Selon la Cour, l'application d'une telle réglementation locale aurait restreint excessivement la flexibilité en matière d'horaires dont a besoin l'administration fédérale de l'aviation (FAA) afin de programmer les vols en assurant une sécurité maximale³⁸⁴.

A titre de comparaison, on rappellera que, confronté à une question similaire, le Tribunal fédéral suisse avait conclu qu'il n'y avait pas de place pour du droit cantonal en matière de protection contre le bruit causé par les aéronefs ainsi qu'en matière de restrictions des heures de survol³⁸⁵. La motivation de l'arrêt du Tribunal fédéral est cependant un peu différente de celle de la décision de la Cour Suprême américaine, puisque les juges helvétiques, au lieu de se demander si la réglementation cantonale en cause représenterait un obstacle à la réalisation des buts du droit fédéral, se sont concentrés sur la nature – globale – de la compétence fédérale, et sur le caractère exhaustif de la législation fédérale

³⁸² NELSON, p. 228 et les références jurisprudentielles citées.

³⁸³ TRIBE, p. 1181.

³⁸⁴ *City of Burbank v. Lockheed Air Terminal Inc.*, 411 U.S. 624 (1973). Voir également TRIBE, p. 1184.

³⁸⁵ ZBl 10/1995 p. 457ss, à propos de la validité d'une initiative populaire cantonale lancée dans le canton de Bâle-Ville et visant notamment à interdire le survol de l'agglomération bâloise entre 22 heures et 6 heures, pour des raisons de protection contre le bruit. L'initiative a été déclarée partiellement invalide.

édictee sur cette base. Dès lors, la notion de conflit de normes était au centre aux Etats-Unis, alors que celle de la compétence était au centre en Suisse.

246. *Suite.* – Si la législation étatique soutient ou renforce les buts poursuivis par le droit fédéral, elle ne sera généralement pas écartée³⁸⁶.

Par ailleurs, le droit étatique ne sera pas déjà invalidé lorsque les objectifs poursuivis ne sont simplement pas en accord avec les buts larges ou abstraits pouvant être attribués à diverses lois ou programmes fédéraux³⁸⁷. Ainsi, un moratoire sur la construction de nouvelles centrales nucléaires décidé par l'Etat de Californie a-t-il été déclaré valide par la Cour Suprême, au motif que la loi fédérale sur l'énergie atomique n'avait pas pour objectif de « promouvoir l'énergie atomique à tout prix »³⁸⁸.

Cette affaire ne va pas sans évoquer la conclusion contraire à laquelle est parvenu le Tribunal fédéral dans un arrêt concernant une initiative populaire cantonale visant à empêcher la construction de centrales atomiques³⁸⁹. Selon le raisonnement de la Haute Cour helvétique, il n'y avait pas, dans cette affaire, qu'un simple conflit de buts ; au contraire, il a jugé que l'initiative entraînerait, nécessairement, un empiètement sur les compétences de la Confédération, et qu'elle devait donc être invalidée. En général, le Tribunal fédéral défend, en matière de conflits de buts entre le droit fédéral et le droit cantonal, une jurisprudence très similaire à celle de la Cour Suprême des Etats-Unis puisqu'il retient en principe qu'un simple conflit général de buts avec le droit fédéral ne suffit pas à rendre le droit cantonal invalide³⁹⁰.

³⁸⁶ NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 375, note 2.

³⁸⁷ TRIBE, p. 1187.

³⁸⁸ *Pacific Gas & Electric Co. v. State Energy Resources Conservation & Development Commission*, 461 U.S. 190 (1983). L'argument utilisé par l'Etat de Californie pour justifier son moratoire était l'absence d'une technologie satisfaisante pour l'élimination des déchets radioactifs. La Cour Suprême a notamment précisé dans ce contexte que la législation fédérale devait être considérée comme exhaustive en matière de sécurité nucléaire, mais que les Etats gardaient une marge de manœuvre pour réglementer l'énergie nucléaire sous l'angle économique. Voir également TRIBE, p. 1187s., et NELSON, p. 225.

³⁸⁹ ATF 111 Ia 303, *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, spécial. cons.6c et d.

³⁹⁰ Cette jurisprudence a en particulier été élaborée à propos du grief de la violation de la fidélité confédérale. Voir par exemple ATF 119 Ia 390, *NAGRA*, au sujet des dépôts de déchets radioactifs, et ATF 111 Ia 303, *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, au sujet de la construction de centrales nucléaires.

247. *Comparaison avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.* – Ce critère de la contrariété aux buts et objectifs du droit fédéral peut être comparé à celui utilisé par le Tribunal fédéral afin de déterminer les limites de l'exercice d'une compétence cantonale ou, vu autrement, l'existence d'un conflit avec le droit fédéral, lorsqu'il exige que le droit cantonal soit conforme au sens et au but (*Sinn und Zweck*) du droit fédéral.

248. *Difficulté de la distinction entre les différentes catégories de préemption.* – La distinction entre ces trois catégories d'effet dérogoratoire du droit fédéral n'est pas toujours nette³⁹¹. Souvent, l'analyse d'un cas particulier fera intervenir deux, voire les trois catégories définies ci-dessus.

Relation avec la supremacy clause. – Pour la plupart des auteurs ainsi que la Cour Suprême, l'effet dérogoratoire, ou *preemption*, du droit fédéral, se fonde principalement, voire exclusivement, sur la primauté du droit fédéral consacrée dans la *supremacy clause*³⁹² : c'est parce qu'il existe une hiérarchie entre le droit fédéral et le droit étatique, hiérarchie exprimée dans le principe de primauté du droit fédéral, que le droit étatique doit céder le pas lorsque le législateur fédéral a édicté des règles dans un domaine particulier conformément à ses compétences. Selon la jurisprudence de la Cour Suprême, appuyée par la doctrine majoritaire, lorsque l'Etat central agit conformément à une compétence attribuée par la Constitution, l'effet dérogoratoire (*preemption*) du droit fédéral sur le droit étatique contraire découle donc directement de la *supremacy clause*, en lien avec l'attribution spécifique de compétence qui est exercée³⁹³. Cette opinion implique que les attributions constitutionnelles de compétences à l'Etat central incluent le pouvoir d'écarter tout droit étatique dans le domaine en cause une fois que le Congrès a légiféré³⁹⁴. Toutefois, comme, de l'opinion unanime de la doctrine et de la jurisprudence, la *supremacy clause* est une pure règle de conflit de normes, le droit fédéral ne peut prétendre écarter le droit étatique que

³⁹¹ Voir notamment NELSON, p. 262 et les réf. citées, ainsi que DINH, p. 2098 et les réf. citées.

³⁹² NELSON, p. 234, et les réf. citées. Egalement TRIBE, p. 1172.

³⁹³ TRIBE, p. 1172, et NELSON, p. 234 : « *As the Supreme Court [réf. citées note 31] and virtually all commentators have acknowledged, the Supremacy Clause is the reason that valid federal statutes trump state law* ». Voir également les références citées par GARDBAUM, p. 769, lui-même critique à cet égard.

³⁹⁴ DINH, p. 2090s. : « *So conceived, the Supremacy Clause is relevant only at the post-enactment stage, where a state law conflicts to some degree with a federal law ; the clause specifies that the federal law would trump the state law in that even. The power to preempt state law, if one exists, must be found elsewhere in the Constitution, most logically in the affirmative grants of power to Congress under Art. I § 8* ».

s'il existe un conflit entre les deux. Ainsi, lorsqu'il existe un conflit direct entre le droit fédéral conforme à la Constitution et le droit étatique, l'effet dérogatoire du droit fédéral sur le droit étatique est requis par la *supremacy clause*³⁹⁵. Cette vision des choses implique donc que tous les cas de *preemption* décrits plus haut correspondent à des constellations dans lesquelles le droit fédéral entre en conflit avec le droit étatique. Tel est le cas lorsque la situation relève de la « préemption en cas de conflit », c'est-à-dire lorsqu'il est matériellement impossible de se conformer à la fois au droit fédéral et au droit étatique ou que le droit étatique fait obstacle à l'accomplissement du droit fédéral. L'effet préemptif du droit fédéral constitue alors une conséquence directe et incontestée de la *supremacy clause*³⁹⁶.

On peut en outre assimiler aux cas de conflits directs ceux dans lesquels le droit étatique est contraire non pas à une disposition matérielle du droit fédéral, mais à une disposition dite « juridictionnelle » précisant dans quelle mesure le droit étatique est écarté par la législation fédérale, comme dans les cas de « préemption expresse ». Là également, le droit étatique contredit directement une disposition expresse de droit fédéral. L'application de la *supremacy clause* a donc pour effet que la législation étatique doit céder le pas au droit fédéral³⁹⁷.

249. *Conflit avec le but du droit fédéral.* – En ce qui concerne plus particulièrement le cas dans lequel le droit étatique est contraire aux buts du droit fédéral, la Cour Suprême justifie généralement l'effet dérogatoire du droit fédéral comme reposant sur la présomption que le Congrès, en adoptant la loi fédérale en cause, a entendu écarter toute réglementation étatique constituant un obstacle à la pleine réalisation des buts et objectifs de la législation fédérale³⁹⁸. En d'autres termes, il existerait une règle d'interprétation selon laquelle toutes les lois fédérales doivent être interprétées comme incluant une clause interdisant aux Etats d'édicter une réglementation faisant obstacle aux buts et objectifs du droit fédéral³⁹⁹. La jurisprudence a donc dû aller assez loin pour créer un conflit de normes.

250. *« Préemption » par domaine et supremacy clause.* – S'agissant de la « préemption par domaine », la situation soulève également certaines questions

³⁹⁵ TRIBE, p. 1179. Également GARDBAUM, p. 809.

³⁹⁶ DINH, p. 2103.

³⁹⁷ DINH, p. 2100. *Contra*: GARDBAUM, p. 775s.

³⁹⁸ NELSON, p. 276s. et les réf. citées.

³⁹⁹ Critique à ce sujet : NELSON, p. 281. Dans un arrêt au moins, la Cour a cependant affirmé que la *supremacy clause* imposait directement l'invalidation de réglementations étatiques faisant obstacle au droit fédéral. A ce sujet, voir NELSON, p. 265.

sous l'angle de la *supremacy clause*. En effet, dans ces cas, le droit étatique n'entre pas en conflit direct avec le droit fédéral matériel ou avec une clause expresse de préemption, ni même avec les buts et objectifs du droit fédéral. En particulier, il n'est alors généralement pas impossible de se conformer à l'un et à l'autre.

De l'avis de certains auteurs, le droit étatique peut alors être considéré comme entrant en conflit avec les intentions du Congrès quant à la portée du droit fédéral⁴⁰⁰. Ainsi, si le Congrès a décidé « d'occuper le terrain », toute réglementation étatique dans le domaine en question sera invalidée, peu importe qu'elle contredise ou non le droit fédéral matériel. Dans ce cas, si un Etat légifère ou a légiféré, le conflit ne se produit pas avec une disposition matérielle du droit fédéral, mais avec la volonté du Congrès d'exclure toute réglementation étatique⁴⁰¹. Dès lors, dans le cas de « préemption par domaine » également, la situation peut s'analyser sous l'angle d'un conflit entre droit fédéral et droit étatique. Toutefois, la notion de conflit prend alors une acception particulièrement large. Si l'on accepte néanmoins l'idée qu'il existe, même dans de tels cas, un conflit entre droit fédéral et droit étatique, alors l'application de la *supremacy clause* justifie à nouveau que le droit étatique soit écarté au profit du droit fédéral. La grande majorité des auteurs qui se sont exprimés à ce sujet défend l'une ou l'autre version de cette analyse⁴⁰². La Cour Suprême également, qui au demeurant s'est peu exprimée sur les fondements théoriques de sa doctrine de l'effet dérogatoire du droit fédéral, a indiqué son acquiescement à cette manière de voir⁴⁰³.

251. *Remise en cause du lien entre preemption et supremacy clause*. – Le lien direct entre *preemption* et *supremacy clause*, reconnu par la jurisprudence ainsi que la doctrine majoritaire, conjugué à l'interprétation de la *supremacy*

⁴⁰⁰ TRIBE, p. 1172 et les réf. citées.

⁴⁰¹ TRIBE, p. 1205. Voir également NELSON, p. 261.

⁴⁰² Dans ce sens, voir NELSON, p. 252, et les réf. citées, selon lequel toute la jurisprudence peut ou devrait se réduire à la question de l'existence ou non d'un conflit entre droit fédéral et droit étatique. Voir également GARDBAUM, p. 772 et les réf. citées, ainsi que p. 775 et les réf. citées. GARDBAUM est personnellement d'un avis différent.

⁴⁰³ Voir l'opinion dissidente du juge Souter dans *English v. General Electric Co*, 496 U.S. 72, 79-80, note 5, (1990) : « *Field pre-emption may be understood as a species of conflict pre-emption: A state law that falls within a pre-empted field conflicts with Congress' intent (either express or plainly implied) to exclude state regulation* »; puis, surtout, l'opinion majoritaire de la juge O'Connor dans *Gade v. National Solid Wastes Management Ass'n*, 505 U.S. 88, 104, note 2 (1992), se référant expressément à l'opinion du juge Souter dans *English*.

clause comme pure règle de conflit de normes, oblige, pour garder sa cohérence, à défendre une conception particulièrement large du conflit de normes. Ainsi, la doctrine américaine analyse sous l'angle du conflit de normes de nombreux cas qui sont, en droit suisse, plutôt considérés sous l'angle de la compétence. Cette situation a poussé une minorité d'auteurs à remettre en cause le lien entre *supremacy clause* et *preemption*⁴⁰⁴. Selon cette doctrine minoritaire, toutes les constellations dans lesquelles intervient l'effet « préemptif » du droit fédéral, au sens de la jurisprudence de la Cour Suprême, ne peuvent pas être ramenées à des situations de conflit entre droit fédéral et droit étatique. Cela est vrai en particulier pour les cas englobés dans les notions de « préemption par domaine » et de « préemption expresse ». Au contraire, il faudrait comprendre la doctrine de la préemption comme permettant au droit fédéral de primer sur le droit étatique même en l'absence de conflit entre les deux, simplement parce que les Etats ont perdu la compétence de légiférer dans le domaine en cause au moment où l'Etat central a choisi d'exercer sa compétence en la matière.

Cette analyse, minoritaire aux Etats-Unis, est néanmoins intéressante car, d'une part, elle est plus proche de celle prévalant en Suisse et, d'autre part, elle souligne une difficulté qui existe également en Suisse, à savoir celle de déterminer ce qui relève de la problématique du conflit de lois et ce qui relève de celle de la compétence.

252. *Evolution de la jurisprudence.* – L'évolution de la jurisprudence de la Cour Suprême au cours du XX^e siècle dénote une tendance croissante à faire preuve de tolérance vis-à-vis des réglementations étatiques édictées dans des domaines faisant également l'objet d'une réglementation fédérale. Dans une première phase de sa jurisprudence relative à l'effet dérogatoire du droit fédéral, la Cour avait en effet tendance à invalider le droit étatique dès que celui-ci était édicté dans un domaine dans lequel le Congrès avait légiféré, peu importe que le droit étatique entrât ou n'entrât pas en conflit avec la lettre ou l'esprit du droit fédéral, ou que la réglementation étatique ne fût que répéter le contenu du droit fédéral⁴⁰⁵. L'effet dérogatoire du droit fédéral sur tout le droit étatique édicté

⁴⁰⁴ Voir en particulier GARDBAUM, p. 767ss, spécialement p. 772 ss.

⁴⁰⁵ TRIBE, p. 1195; GARDBAUM, p. 801ss et les réf. citées. Ainsi, dans *Charleston & Western Carolina Railway Co. v. Varnville*, 237 U.S. 597 (1915), le juge Holmes affirma clairement ce caractère automatique de l'effet préemptif du droit fédéral: « *When Congress has taken the particular subject-matter in hand coincidence is as ineffective as opposition, and a state law is not to be declared a help because it attempts to go farther than Congress has seen fit to go* ».

dans le domaine en cause était alors quasi automatique. Autrement dit, il existait une présomption en faveur de la préemption⁴⁰⁶. Selon GARDBAUM, cette phase a duré approximativement du début du XX^e siècle jusqu'au début des années trente ; elle contrastait fortement avec la pratique précédente de la Cour, selon laquelle les lois étatiques étaient presque toujours déclarées valides.

A partir du milieu des années trente, la jurisprudence de la Cour est passée dans une seconde phase, plus favorable au droit étatique. Dans cette nouvelle jurisprudence, la quasi-automaticité de l'effet dérogatoire a cédé la place à l'exigence que le Congrès ait manifesté clairement une intention dans ce sens. Autrement dit, la présomption existant précédemment a été inversée : désormais, le droit étatique est présumé garder sa validité même lorsqu'une réglementation fédérale a été édictée dans le domaine en cause⁴⁰⁷.

253. *Présomption à l'encontre de l'effet dérogatoire du droit fédéral.* – Dès le milieu des années trente, la Cour Suprême a souligné à plusieurs reprises dans sa jurisprudence qu'il ne saurait y avoir de présomption en faveur de l'effet dérogatoire du droit fédéral. Au contraire, en l'absence d'éléments concluants dans ce sens, elle n'attribuera en principe pas d'effet préemptif au droit fédéral. Si le Congrès souhaite que le droit fédéral exerce un tel effet sur le droit étatique, il doit manifester clairement son intention dans ce sens⁴⁰⁸. Il existe donc, encore à l'heure actuelle, une présomption en faveur de l'absence d'effet dérogatoire du droit fédéral, justifiée en règle générale par les égards dus à la souveraineté des Etats membres⁴⁰⁹. La Cour a surtout appliqué cette jurisprudence en l'absence de clause de préemption expresse ou de conflit direct entre droit fédéral et droit étatique⁴¹⁰. Dans certains cas, la Cour a également

⁴⁰⁶ GARDBAUM, p. 801ss.

⁴⁰⁷ GARDBAUM, p. 805ss. Selon cet auteur, cette évolution favorable au droit étatique est à mettre en relation avec l'énorme extension prise par les pouvoirs de l'Etat fédéral fondés sur la *commerce clause*, due au revirement de jurisprudence opéré à ce sujet par la Cour Suprême dans le contexte du *New Deal* du Président F. D. Roosevelt.

⁴⁰⁸ NOWAK / ROTUNDA, *Manuel*, p. 377s. ; TRIBE, p. 1205. Voir également NELSON, p. 227.

⁴⁰⁹ TRIBE, p. 1175, pour lequel cette présomption constitue la conséquence logique de l'arrêt *Garcia* : puisque la Cour a décidé dans cet arrêt de s'en remettre au processus politique pour protéger les compétences des Etats, il faut que ce processus ait l'occasion de se dérouler ; en d'autres termes, pour qu'un effet dérogatoire du droit fédéral soit admis, il faut que le Congrès ait décidé consciemment d'un tel effet. Voir également DINH, p. 2086.

⁴¹⁰ DINH, p. 2104.

appliqué une présomption à l'encontre de l'effet dérogoire du droit fédéral pour justifier une interprétation étroite d'une clause de préemption expresse⁴¹¹.

Cette présomption est appliquée avec une rigueur particulière lorsque sont en jeu des compétences traditionnelles des Etats, en particulier leur pouvoir général de police⁴¹².

254. *Effets de la présomption.* – La portée de cette présomption n'est cependant pas toujours tout à fait claire. Dans certains cas, la Cour Suprême lui a conféré la portée d'un principe général d'interprétation selon lequel la législation fédérale doit être interprétée de manière étroite afin d'éviter, dans la mesure du possible, les conflits avec le droit étatique⁴¹³. Dès lors, il paraît permis de conclure qu'il existe aux Etats-Unis un principe général d'interprétation conforme au droit étatique. A titre de comparaison, le Tribunal fédéral n'a pas franchi explicitement ce pas, puisqu'il applique en principe au droit fédéral, en cas de conflit potentiel avec le droit cantonal, les méthodes traditionnelles d'interprétation, en évitant toutefois de conférer au droit fédéral un sens trop large. Il est vrai que la Cour Suprême américaine n'est pas toujours allée aussi loin et que, dans d'autres cas, elle s'est contentée d'affirmer que les juges devaient faire preuve de retenue dans l'appréciation de l'effet dérogoire du droit fédéral et que, en particulier, les clauses de préemption expresses devaient être interprétées de manière étroite⁴¹⁴.

255. *Droit étatique valide.* – Concrètement, les développements qui précèdent signifient qu'à l'heure actuelle, la Cour Suprême confirme généralement la validité du droit étatique lorsque celui-ci complète et soutient les objectifs du droit fédéral, pour autant que l'application du droit étatique ne crée pas de conflit avec la lettre ou les objectifs du droit fédéral⁴¹⁵. De même, lorsque les Etats légifèrent en vertu de leur pouvoir général de police, afin de protéger par exemple la santé ou la sécurité, le droit étatique sera en général considéré comme valide, même s'il n'est pas tout à fait en accord avec les buts

⁴¹¹ Voir notamment *Cipollone v. Liggett Group*, 505 U.S. 504 (1992). Cf. également NELSON, p. 291.

⁴¹² *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218, 230 (1947): there is an « *assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal [...] Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress* ». Voir également *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996) et *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 U.S. 504 (1992). Voir également DINH, p. 2101.

⁴¹³ NELSON, p. 292 et les réf. citées. Critique : DINH, p. 2101.

⁴¹⁴ NELSON, p. 293 et les réf. citées.

⁴¹⁵ TRIBE, p. 1195.

du droit fédéral⁴¹⁶. Dans le même ordre d'idées, lorsque le Congrès légifère dans un domaine traditionnellement réglé par les Etats, la Cour sera particulièrement réticente à invalider la réglementation étatique, à moins d'une indication claire dans ce sens de la part du Congrès.

La Cour Suprême a donc adopté une attitude tolérante vis-à-vis du droit étatique complétant le droit fédéral⁴¹⁷.

256. *Comparaison avec la jurisprudence du Tribunal fédéral.* – Cette évolution de la jurisprudence de la Cour Suprême présente un parallélisme intéressant avec celle observée en Suisse, où le Tribunal fédéral également semble de plus en plus hésitant à conclure à l'absence de toute compétence cantonale dans un certain domaine, mais a plutôt tendance à reconnaître aux cantons, le plus souvent possible, certaines possibilités d'agir malgré l'existence d'une réglementation fédérale, même exhaustive, dans le domaine en cause⁴¹⁸.

257. *Synthèse.* – A l'heure actuelle, l'application à des cas concrets de la jurisprudence de la Cour Suprême en matière de préemption donne lieu à de nombreuses incertitudes. Cette situation fait d'ailleurs l'objet de critiques en doctrine⁴¹⁹. Les lignes générales de la jurisprudence de la Cour Suprême semblent néanmoins relativement claires et assurées. En résumé, l'existence d'une législation fédérale a un effet dérogatoire sur les lois étatiques régissant le même objet soit lorsque la réglementation fédérale contient une clause explicite prévoyant la préemption du droit étatique, soit lorsque l'intention du Congrès

⁴¹⁶ NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 376.

⁴¹⁷ En dépit de cela, de nombreux commentateurs critiquent la jurisprudence de la Cour comme étant trop favorable au droit fédéral et pas assez au droit étatique. Voir à ce sujet NELSON, p. 229 et les réf. citées.

⁴¹⁸ Voir par exemple ATF 133 I 110, *Slatkine*, cons. 4.1 : « ... même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si la preuve est rapportée qu'elle poursuit un autre but que celui recherché par la mesure fédérale. Le principe de la force dérogatoire n'est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci » (références internes omises). Voir également ATF 130 I 82, *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zurich*, cons. 2.2, et ATF 128 I 295, *Association suisse des annonceurs*, cons. 3b.

⁴¹⁹ Voir notamment NELSON, p. 232s., et les réf. citées, ainsi que p. 265ss ; DINH, p. 2085.

d'exercer une telle préemption peut être déduite du caractère exhaustif de la législation fédérale. Dans tous les autres cas, le droit étatique peut subsister à côté du droit fédéral, sauf lorsqu'il existe un conflit direct et concret entre les deux.

III. Synthèse

258. *Primauté du droit fédéral comme règle de conflit de normes.* – Même si, d'un point de vue théorique, la position traditionnelle majoritaire adoptée en Suisse par les tribunaux et la doctrine semble être que la primauté du droit fédéral est la conséquence et, partant, constitue la sanction, du partage vertical des compétences, l'examen de l'usage réel que fait le Tribunal fédéral de ce principe tend à démontrer que l'existence d'un conflit constitue, dans la majeure partie des cas, une condition nécessaire à l'application de la primauté du droit fédéral. L'on constate également que le Tribunal fédéral utilise souvent la primauté du droit fédéral pour résoudre des conflits entre droit cantonal et droit fédéral survenant quand bien même aucune violation du partage des compétences n'a été commise. Dans la pratique, la primauté du droit fédéral est donc utilisée avant tout comme une règle de conflit de normes. La primauté du droit fédéral signifie alors bien ce que sa dénomination indique : en cas de conflit entre droit fédéral et droit cantonal, le droit fédéral l'emporte.

259. *Utilisation de concepts juridiques en partie différents.* – En Suisse, doctrine et jurisprudence se servent donc d'une seule notion pour appréhender l'ensemble de la relation entre le droit édicté par l'Etat central et le droit des cantons. La primauté du droit fédéral, telle qu'interprétée en Suisse, permet ainsi de résoudre tant les violations du partage des compétences que les simples conflits de normes.

Aux Etats-Unis, doctrine et jurisprudence attribuent ce rôle à deux notions, étroitement liées mais néanmoins conceptuellement distinctes : la primauté du droit fédéral et la *preemption*. La nécessité de faire appel à deux notions là où, en Suisse, on n'en utilise qu'une seule, résulte notamment d'une interprétation étroite de la *supremacy clause* en tant que pure règle de conflit de normes. Il en est résulté la nécessité de définir largement les conflits de normes, et le corpus jurisprudentiel qui en est issu a atteint une complexité telle qu'il est devenu difficile de tout faire entrer dans le champ d'application de la *supremacy clause*.

260. *Résultats semblables.* – En dépit de l'utilisation de concepts juridiques en partie différents, on constate, en fin de compte, une similarité indéniable entre les jurisprudences de la Cour Suprême des Etats-Unis et du Tribunal fédéral suisse concernant les cas dans lesquels le droit édicté par les Etats fédérés, quand bien même il l'a été en vertu d'une compétence légitime, doit céder le pas au droit fédéral. On retrouve ainsi des formules semblables en ce qui concerne le droit étatique faisant obstacle à la réalisation du droit fédéral, ou en ce qui concerne le caractère exhaustif d'une réglementation fédérale, qui a pour effet d'exclure tout droit étatique ou cantonal dans la même matière.

Plus généralement, on retrouve, dans les deux pays, une réticence croissante de la Cour constitutionnelle à exclure totalement les règles cantonales ou étatiques d'un domaine particulier.

261. *Deux analyses différentes, deux manières d'utiliser le principe de primauté du droit fédéral.* – La différence entre les deux systèmes est donc essentiellement une différence de point de vue : alors qu'en Suisse, une partie de l'analyse des cas de conflits entre droit cantonal et droit fédéral se fait sous l'angle de la compétence – par exemple, lorsqu'il existe une législation fédérale exhaustive dans un domaine, les cantons sont considérés comme ayant perdu la compétence de légiférer –, aux Etats-Unis tout est ramené à l'existence, ou non, d'un conflit de normes. Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, ces différences conceptuelles n'aboutissent pas à des différences significatives sur le fond.

La manière américaine d'appréhender les choses permet cependant de mettre en évidence plus clairement qu'il existe des conflits de normes dont l'origine ne se trouve pas dans une violation du partage des compétences, et que c'est là que réside le rôle principal de la primauté du droit fédéral ou *supremacy clause*. En effet, si l'on part du principe que la primauté du droit de la collectivité compétente sur le droit de la collectivité incompétente découle forcément du partage des compétences lui-même, alors il n'y a pas besoin d'une clause particulière pour dire que le droit, fédéral ou étatique, édicté en violation du partage vertical des compétences est invalide ; la portée principale, voir unique, du principe de la primauté du droit fédéral réside alors dans la résolution des conflits entre le droit cantonal et le droit fédéral lorsque les deux entités concernées ont légiféré conformément à la répartition des compétences.

Chapitre 2

Autres principes limitant l'exercice des compétences des Etats fédérés

262. *Limites à l'exercice des compétences des Etats fédérés.* – Jurisprudence et doctrine ont notamment déduit du principe de primauté du droit fédéral un certain nombre de règles qui limitent, de fait, l'exercice des compétences des Etats fédérés. Se pose dès lors la question de savoir s'il existe d'autres sources pour de telles limitations.

§1 En Suisse : principe de fidélité confédérale

263. *Limite à l'exercice des compétences des cantons et de la Confédération.* – Comme nous l'avons déjà évoqué ci-dessus, la fidélité confédérale est parfois considérée comme limitant la faculté des cantons d'exercer leurs compétences comme ils l'entendent. Mais la doctrine prête également au principe de la fidélité confédérale des effets quant à l'exercice des compétences, non pas cantonales, mais fédérales.

264. *Origines.* – Le principe constitutionnel non écrit de la fidélité confédérale a été formulé pour la première fois dans la doctrine allemande du début du XX^{ème} siècle⁴²⁰. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) lui a par la suite conféré une importance considérable dans ce pays.

En Suisse, l'existence de ce principe a été reconnue en premier lieu par la doctrine. La portée que les auteurs concernés lui attribuent varie considérablement, certains n'y voyant qu'une maxime de nature politique, d'autres y attachant un certain nombre de conséquences juridiques, notamment dans le contexte de l'exercice des compétences.

⁴²⁰ KÖLZ, *Bundestreue*, p. 156.

265. *Ancrage constitutionnel.* – Non écrit avant la révision totale de 1999, le principe de la fidélité confédérale a trouvé, dans une certaine mesure, un ancrage à l’art. 44, al. 1 et 2 de la Constitution actuelle⁴²¹.

L’alinéa premier impose à la Confédération et aux cantons un devoir réciproque de collaboration active et solidaire dans l’accomplissement de leurs tâches respectives. L’introduction de cette disposition dans la Constitution était surtout destinée, d’après les explications du Conseil fédéral, à codifier la réalité constitutionnelle existante, et non à en faire une obligation justiciable⁴²².

L’alinéa 2 impose à la Confédération et aux cantons une obligation mutuelle de respect et d’assistance. A nouveau, cette disposition était considérée, au moment de son adoption, comme une simple codification de la réalité constitutionnelle contemporaine, dont l’introduction dans la Constitution n’était pas destinée à changer la situation juridique préexistante⁴²³.

266. *Utilisation dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.* – Dès avant son introduction formelle dans la Constitution, le principe de la fidélité confédérale avait été évoqué à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral, dans des litiges ayant pour objet des compétences cantonales ou fédérales⁴²⁴. Dans quelques arrêts, le Tribunal fédéral a ainsi utilisé la fidélité confédérale afin de déterminer si et dans quelle mesure le droit cantonal peut poursuivre des buts différents de ceux du droit fédéral, sans pour autant lui être contraire⁴²⁵.

Les juges de Mon-Repos ont considéré dans ce contexte que le principe de fidélité confédérale n’avait pas pour effet de rendre une norme cantonale

⁴²¹ Message 1996, ad art. 34 du projet, p. 209. Une formulation très semblable figurait à l’art. 43 du projet 1977, disposition intitulée « *Fidélité confédérale et coopération* » (cet intitulé explicite a été remplacé par le titre plus vague de « *Principes* » dans la Constitution de 1999). A ce sujet, voir également KÖLZ, *Bundestreue*, p. 152.

⁴²² Message 1996, ad art. 34 du projet, p. 209s.

⁴²³ Message 1996, ad art. 34 du projet, p. 209s.

⁴²⁴ Dans d’autres arrêts, le principe de la fidélité confédérale a été évoqué en lien avec le respect de l’intégrité territoriale des cantons. Voir ATF 118 Ia 195, cons. 5 et 120 Ib 512, cons. 6c.

⁴²⁵ ATF 111 Ia 303, *Sozialdemokratische Partei Graubünden*, cons. 6c : « *die Tragweite des Grundsatzes der Bundestreue [...] ist in der Doktrin wenig geklärt und durch die Praxis nicht näher umschrieben worden. Das Bundesgericht hat hierzu ausgeführt, ein genereller Zielkonflikt des kantonalen Rechts mit dem Bundesrecht genüge noch nicht, um eine Initiative ungültig zu machen; die Kantone seien nicht schlechthin gehindert, andere Ziele zu verfolgen als der Bund (ATF 109 Ia 140s.)* ». Voir également ATF 119 Ia 390, cons. 7c.

invalide uniquement en raison d'un conflit de buts entre le droit cantonal et le droit fédéral. Autrement dit, la fidélité confédérale n'interdit pas aux autorités politiques cantonales de poursuivre d'autres objectifs que ceux des autorités politiques fédérales.

Le Tribunal fédéral s'est également appuyé sur le principe de fidélité confédérale pour conclure que les cantons n'avaient pas le droit d'édicter, pendant un délai d'adaptation octroyé par le droit fédéral pour mettre à jour leur législation, des normes allant clairement à l'encontre des règles fédérales⁴²⁶.

Toutefois, en-dehors de ces cas particuliers, il demeure difficile de déterminer la portée exacte du principe de fidélité confédérale. Le Tribunal fédéral procède au cas par cas et il lui est même arrivé d'affirmer que le principe de fidélité confédérale ne revêtait pas de portée juridique indépendante, mais ne constituait qu'une expression particulière de l'interdiction de l'abus de droit s'adressant à toute collectivité publique⁴²⁷.

267. *Interdiction de l'abus de compétences.* – Le point de vue parfois exprimé par le Tribunal fédéral, selon lequel la fidélité confédérale constitue une émanation particulière de l'interdiction de l'abus de droit, se retrouve chez la plupart des auteurs défendant l'opinion que la fidélité confédérale joue un rôle dans la résolution des conflits entre droit cantonal et droit fédéral. On peut aussi parler d'une interdiction de l'abus de compétences, en vertu de laquelle les cantons ou la Confédération ne sauraient exercer des compétences (qu'ils

⁴²⁶ ATF 124 I 101, qui concernait la situation juridique pendant le délai de huit ans octroyé aux cantons par la loi fédérale sur l'harmonisation fiscale (LHID) pour l'harmonisation de leurs législations fiscales. Le TF a reconnu que durant ce délai, il était interdit aux cantons de modifier leurs législations fiscales d'une façon clairement contraire aux prescriptions de la LHID, en vertu du principe de fidélité confédérale : « Ein Kanton verletzt seine spezifische bundesstaatliche Treuepflicht [...] daher jedenfalls dann, wenn er während der Anpassungsfrist von Art. 72 Abs. 1 StHG seine Gesetzgebung gezielt in einer den Vorschriften des StHG klar widersprechenden Weise ändert. Das gleiche gilt umso mehr, wenn er durch eine derartige entharmonisierende Gesetzesänderung kurz vor dem Ablauf der Anpassungsfrist deren Einhaltung ernsthaft gefährdet oder gar illusorisch werden lässt » (cons. 4).

⁴²⁷ ATF 125 II 152, *Canton de St-Gall*, cons. 4c.bb et cc : « In der Klage wird zur Begründung des Anspruchs auf Fortsetzung der bisherigen Bewilligungspraxis auf das Prinzip der Bundestreue verwiesen. [...] Diesem Grundsatz kommt jedoch keine selbständige rechtliche Bedeutung zu. [...] Der Grundsatz stellt nicht mehr als eine besondere Ausgestaltung des an die Gemeinwesen gerichteten Gebotes dar, sich nicht nur ihren Bürgern gegenüber, sondern auch im gegenseitigen Verkehr jeden missbräuchlichen und widersprüchlichen Handelns zu enthalten ».

possèdent effectivement) de manière à ou dans le but d'empêcher ou d'entraver l'accomplissement des tâches de l'autre entité⁴²⁸.

268. *Liens avec la primauté du droit fédéral.* – L'exercice d'une compétence peut être considéré comme abusif lorsqu'il vise exclusivement à rendre impossible ou difficile la mise en œuvre du droit émanant de l'autre collectivité. Il y faut un élément « intentionnel »⁴²⁹. Cette condition sera par exemple réalisée lorsque la mesure prise par le canton ne répond à aucun intérêt public et a pour unique but d'entraver l'accomplissement du droit fédéral⁴³⁰. On peut toutefois penser que de tels cas d'abus avérés sont rares. Ces principes sont généralement considérés, dans la jurisprudence fédérale, comme découlant de la primauté du droit fédéral. Cependant, si l'interdiction de l'abus de compétences reprend, pour le droit constitutionnel, le principe de la bonne foi connu en droit privé (et en droit administratif), il ne devrait pas s'appliquer qu'aux cantons mais également à la Confédération, à qui il est également interdit d'abuser de ses compétences pour mettre à dessein en péril l'exercice de celles des cantons⁴³¹. Dès lors, l'application du principe de fidélité confédérale ne devrait pas avoir pour conséquence de faire prévaloir dans tous les cas le droit fédéral. La filiation entre ce principe et la primauté du droit fédéral peut donc, dans cette mesure, être remise en cause. Toutefois, il n'existe pas, à notre connaissance, d'exemple jurisprudentiel dans lequel le Tribunal fédéral aurait limité l'exercice d'une compétence fédérale en vertu du principe de la fidélité confédérale. Un tel cas de figure n'est cependant pas impensable, sous réserve, comme toujours, des conséquences de l'immunité des lois fédérales.

269. *Autre interprétation.* – Comme décrit plus haut, WIDMER a développé une conception plus large de la fidélité confédérale, puisqu'il range sous ce principe toutes les limitations matérielles auxquelles est soumis l'exercice des compétences cantonales.

⁴²⁸ Dans ce sens, voir SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 216 et idem, *Art. 2 disp. trans.*, n° 28 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 325 ; KÖLZ, *Bundestreue*, p. 169 s. et p. 177 ; SALADIN, *Bund und Kantone*, p. 516.

⁴²⁹ Si tant est que l'on puisse parler d'intention de la part d'une collectivité publique. Sur la difficulté d'imputer un abus de droit à une collectivité publique, voir KÖLZ, *Bundestreue*, p. 170.

⁴³⁰ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 216 ; KÖLZ, *Bundestreue*, p. 173.

⁴³¹ Voir à ce sujet SALADIN, *Bund und Kantone*, p. 516, selon lequel « *Der Grundsatz der Bundestreue erscheint so als spezielles Rechtsmissbrauchsverbot mit Wirkung für Bund und Kantone. Es dürfte daraus aber nicht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz abgeleitet werden, wonach ein „unteres“ Gemeinwesen durch sein Verhalten Aufgaben des „oberen“ allgemein nicht erschweren dürfte* ».

270. *Portée pratique.* – Finalement, en l'état actuel du droit constitutionnel et de la jurisprudence, le principe de la fidélité confédérale ne joue qu'un rôle très mineur, voire inexistant, pour la résolution des litiges ayant trait au partage ou à l'exercice des compétences des cantons et de la Confédération, confiné qu'il est dans une fonction d'interdiction de l'abus caractérisé de compétences. Le Tribunal fédéral continue donc de résoudre les cas de contrariété matérielle du droit cantonal avec le droit fédéral à l'aide du principe de la primauté du droit fédéral.

Par ailleurs, la portée de ce principe demeure relativement incertaine. En effet, la frontière entre la simple entrave à la réalisation du droit fédéral (*Erschwerung*), encore tolérée, et l'empêchement prohibé (*Vereitelung*), apparaît difficile à tracer⁴³².

271. *Justiciabilité.* – A ce constat s'ajoute un problème procédural : même si l'on considère le principe de la fidélité confédérale comme imposant des obligations juridiques, il reste encore à savoir si et par qui ce principe peut être invoqué dans une procédure judiciaire.

En tant que devoir général de bienveillance au sein de l'Etat fédéral, le principe de fidélité confédérale peut difficilement être considéré comme justiciable, dès lors qu'il est trop vague pour être directement applicable. D'ailleurs, selon les propos du Conseil fédéral dans le message relatif à la mise à jour de la Constitution fédérale, l'art. 44 Cst. n'était pas destiné à revêtir un caractère justiciable⁴³³. Toutefois, dans son acception en tant qu'émanation particulière de l'interdiction de l'abus de droit, le principe de fidélité confédérale semble revêtir un caractère plus précis et, dès lors, justiciable, comme en témoignent les arrêts du Tribunal fédéral mentionnés plus haut.

Dans la mesure où le droit au respect de la fidélité confédérale ne constitue pas un droit constitutionnel au même titre que la primauté du droit fédéral, il ne pouvait pas, sous l'ancien droit, être invoqué par un particulier dans un recours de droit public. Toutefois, au même titre que d'autres principes constitutionnels comme la légalité, il pouvait néanmoins être invoqué conjointement avec la violation d'un droit constitutionnel, en particulier la primauté du droit fédéral. Autrement dit, le recourant pouvait faire valoir que la disposition cantonale attaquée était contraire au droit fédéral et, plus particulièrement, au principe de la fidélité confédérale, parce qu'elle mettait en péril la réalisation des règles fédérales. Ces difficultés procédurales n'existent cependant plus sous le régime

⁴³² BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 331.

⁴³³ Message 1996, p. 210 (ad art. 34 du projet).

de la nouvelle loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du moins en ce qui concerne le recours en matière de droit public. Le principe de la fidélité fédérale peut donc être librement invoqué dans le recours en matière de droit public. Par ailleurs, il n'existe pas de restriction à l'invocation de ce principe par les cantons ou la Confédération dans une réclamation de droit public ou, selon la nouvelle loi, dans une action.

§2 *Aux Etats-Unis*

272. *Présentation.* – La Cour Suprême applique principalement la *supremacy clause* et le principe de *preemption* pour limiter les compétences des Etats. D'autres principes n'apparaissent guère explicitement dans sa jurisprudence, mais peuvent parfois y être décelés implicitement.

273. « *Fidélité confédérale* ». – On ne trouve pas, dans la doctrine et la jurisprudence américaines, de référence à une notion de fidélité confédérale comparable à celle qui existe en Suisse. Toutefois, certains éléments constitutifs de celle-ci se retrouvent parfois dans l'ordre juridique américain.

Ainsi, l'interdiction de l'abus de compétences, interprétée comme l'interdiction faite aux Etats fédérés d'utiliser leurs compétences pour empêcher la réalisation du droit fédéral, existe aussi en droit américain, puisque, comme on l'a vu plus haut, le droit étatique qui est contraire aux buts du droit fédéral sera considéré comme entrant en conflit avec celui-ci et, partant, invalidé.

Cette idée de l'interdiction d'utiliser ses compétences abusivement se retrouve, par ailleurs, dans la jurisprudence de la Cour relative au *conditional spending*, c'est-à-dire à la compétence de l'Union d'influencer, au moyen d'incitations financières, le contenu de certaines réglementations étatiques.

274. *Subsidiarité.* – A l'instar du principe de la fidélité confédérale, le principe de subsidiarité ne fait pas partie, à l'heure actuelle, du vocabulaire juridique américain. Il ne possède pas d'équivalent, au sens strict, parmi les institutions du fédéralisme américain et est, en particulier, absent de la jurisprudence de la Cour Suprême⁴³⁴.

On trouve certes parfois, dans la pensée constitutionnelle américaine, certains raisonnements qui relèvent, de par leur nature, du principe de subsidiarité. En

⁴³⁴ VAUSE, p. 62.

dépit de ces éléments, il est difficile de soutenir, à l'heure actuelle, que le principe de subsidiarité ou même certains éléments de celui-ci constituent un principe de l'ordre constitutionnel américain, ni même une doctrine mise en œuvre de manière systématique par la Cour Suprême⁴³⁵.

§3 Synthèse

275. *Prépondérance du principe de primauté du droit fédéral.* – Si la doctrine, surtout en Suisse, s'est parfois efforcée de mettre en évidence certains principes généraux censés régir l'exercice des compétences attribuées aux Etats fédérés, de tels principes n'apparaissent guère dans la jurisprudence. En l'état actuel de sa jurisprudence, le Tribunal fédéral résout ainsi la totalité des conflits en lien avec le partage ou l'exercice des compétences à l'aide du principe de la primauté du droit fédéral.

Tant en Suisse qu'aux Etats-Unis, la jurisprudence se sert donc, presque exclusivement, du principe de la primauté du droit fédéral (ou, parfois, de principes dérivés tels que celui de l'effet « préemptif » du droit fédéral), auquel elle a conféré une portée très large, en y incluant pratiquement toutes les limitations auxquelles est sujet le droit cantonal du fait de la structure fédérale.

Cette solution présente l'avantage d'être claire et de simplifier la tâche des particuliers ou collectivités de droit public souhaitant porter devant les tribunaux un litige concernant le partage vertical ou l'exercice des compétences. Du point de vue du droit suisse, la solution consistant à faire appel à la fidélité confédérale (ou à d'autres principes) pour résoudre les purs conflits de normes pourrait par ailleurs poser un problème procédural, puisque ces principes ne bénéficient pas, au contraire de la primauté, de la qualité de droit constitutionnel, ce qui empêche de les invoquer dans un recours constitutionnel subsidiaire.

⁴³⁵ Dans ce sens, BERMAN, p. 403.

Titre III

Protection de l'autonomie des Etats fédérés

276. Même si certains auteurs sont d'avis que le principe de la primauté du droit fédéral conforme au partage des compétences a pour corollaire implicite un principe parallèle de primauté du droit cantonal ou étatique compétent, la primauté du droit fédéral n'en reste pas moins un principe dirigé contre les Etats fédérés, afin de protéger les compétences de l'Etat central.

Il s'agit donc maintenant d'examiner quels sont les principes ou mécanismes qui, à l'inverse, protègent les compétences des Etats fédérés.

Chapitre 1

Limites aux compétences de l'Etat central

277. *Protection par l'existence d'une répartition verticale des compétences.*
– La première protection des compétences et, plus généralement, de l'autonomie des Etats fédérés, provient de l'existence même d'un partage vertical des compétences dans lequel l'Etat central n'a que les compétences que la Constitution lui attribue. Si ce partage est respecté, il garantit aux Etats fédérés l'existence de leurs compétences, soit celles qui ne sont pas attribuées à l'Etat central ou celles que la Constitution leur attribue expressément. Toute la difficulté réside alors dans la question de savoir où s'arrêtent les compétences de l'Etat central.

278. *Limites intrinsèques et extrinsèques.* – Celles-ci connaissent deux types de limites. D'une part, chaque compétence attribuée à l'Etat central est limitée de par son objet ou son champ d'application, qui est défini de manière plus ou moins précise, mais jamais illimitée, par le texte constitutionnel. Dans ce sens, chaque attribution de compétence est, intrinsèquement, limitée. Dans la suite de ce chapitre, nous parlerons de limites intrinsèques. D'autre part, il existe

également des limites extrinsèques. Celles-ci ne sont pas inhérentes à la compétence elle-même, mais proviennent d'une source externe, le plus souvent d'un principe général de souveraineté ou d'autonomie des Etats.

Les limites intrinsèques correspondent ainsi aux limites mises aux compétences de l'Etat central, alors que les limites extrinsèques constituent des limites mises à l'exercice des compétences de l'Etat central.

279. *Plan du chapitre.* – Dans ce chapitre, nous allons donc étudier les limites intrinsèques et extrinsèques aux compétences fédérales existant dans les ordres juridiques américain et suisse. Cette typologie des limites ayant été mise en évidence, à l'origine, à propos du système américain, dans lequel elle est d'ailleurs plus apparente, c'est ce système qui sera analysé en premier lieu.

§1 *La problématique des limites intrinsèques et extrinsèques aux Etats-Unis*

I. *Clause du commerce inter-étatique*

280. *Problématique.* – Aux Etats-Unis, l'un des plus grands défis auxquels a dû faire face la jurisprudence constitutionnelle en rapport avec le partage vertical des compétences a été de définir les limites des compétences fédérales. Certaines des compétences énumérées à l'art. I, section 8, le sont en des termes très généraux et sont dès lors susceptibles d'être interprétées de manière très large. Une illustration de cette situation est fournie par la « *welfare clause* » (art. I, section 8, cl. 1), selon laquelle le Congrès a le pouvoir de « pourvoir à la prospérité générale des Etats-Unis »⁴³⁶, et dont le champ d'application est potentiellement infini. La Cour Suprême a cependant interprété cette clause comme ne conférant pas à l'Union une compétence générale d'agir chaque fois que le bien-être (*welfare*) des Etats-Unis l'exigeait⁴³⁷. Cependant, l'exemple le

⁴³⁶ « *The Congress shall have power [...] to provide for the [...] general welfare of the United States [...]* ».

⁴³⁷ *U.S. v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), 64 : « *The view that the clause grants power to provide for the general welfare, independently of the taxing power, has never been authoritatively accepted. Mr Justice Story points out that if it were adopted, "it is obvious that under color of the generality of the words "to provide for the common defence and general welfare", the government of the United States is, in reality, a government of general and unlimited powers, notwithstanding the subsequent*

plus fameux de compétence fédérale au potentiel quasiment illimité est constitué par la *commerce clause*, soit la compétence de régler le commerce inter-étatique. Cette attribution de compétence s'est trouvée, dès la fin du XIX^e siècle, au centre de la problématique de la délimitation entre les compétences fédérales et celles des Etats.

281. *Commerce clause : détermination des limites.* – C'est en effet à partir des dernières décennies du XIX^e siècle que l'Union a véritablement commencé à faire usage de cette compétence pour réglementer la vie économique de l'ensemble du pays. Confrontée aux premières grandes lois fédérales dans le domaine économique, la Cour Suprême s'est trouvée contrainte de décider de l'interprétation à donner à la *commerce clause*.

A partir de ce moment, et pendant toute la durée du XX^e siècle, l'essentiel de l'activité législative de l'Union, que ce soit en matière de droit de l'environnement, de protection des travailleurs ou de droit pénal, s'est fondée sur cette attribution de compétence. Dès lors, la question des limites à l'étendue du pouvoir conféré par la *commerce clause* s'est trouvée au centre et a résumé à elle seule l'ensemble du débat sur les limites des compétences fédérales. C'est à la Cour Suprême qu'est revenue la délicate tâche de fixer ces limites. Cette entreprise a occupé l'essentiel de la jurisprudence de la Cour en matière de fédéralisme pendant la plus grande partie du XX^e siècle. La Cour Suprême a emprunté pour ce faire deux principales voies : la recherche de limites intrinsèques et celle de limites extrinsèques.

Mais quelle que soit la voie empruntée, la Cour s'est pratiquement toujours appuyée sur le X^e Amendement pour justifier la limitation des compétences fédérales.

1. Avant 1937 : limites essentiellement intrinsèques

282. *De la fin du XIX^e siècle au New Deal : à la recherche des limites intrinsèques.* – Depuis la fin du XIX^e siècle jusqu'au milieu des années trente, la Cour Suprême s'est efforcée de dégager, en interprétant la *commerce clause*, des limites intrinsèques, inhérentes à la compétence attribuée. Pour ce faire, elle a cherché à déterminer quelles mesures pouvaient encore être considérées

enumeration of specific powers". The true construction undoubtedly is that the only thing granted is the power to tax for the purpose of providing funds for payment of the nation's debts and making provisions for the general welfare ».

comme touchant au commerce inter-étatique, au sens de l'art. I, section 8, cl. 3. Elle a ainsi développé différents critères afin de définir le caractère commercial, d'une part, et inter-étatique, d'autre part, d'une activité, en application desquels elle a invalidé un certain nombre de lois fédérales, mais en a confirmé d'autres.

La Cour a ainsi conféré à la notion de « commerce » une interprétation relativement étroite et considéré que la manufacture, l'exploitation minière ou l'agriculture n'étaient pas des activités tombant dans la définition du « commerce » au sens de la *commerce clause*⁴³⁸ ; que, dès lors, l'Union ne possédait pas la compétence de les réglementer et que, par conséquent, cette compétence appartenait aux Etats. En se fondant sur un tel raisonnement, la Cour a notamment invalidé quelques tentatives de l'Union d'introduire une certaine protection sociale pour les travailleurs, comme par exemple une loi fédérale limitant le travail des enfants⁴³⁹.

283. *Fondement invoqué : le X^e Amendement.* – Dans les arrêts de cette période, la Cour a justifié son interprétation étroite de la *commerce clause* en s'appuyant notamment sur le X^e Amendement. Ce renvoi au X^e Amendement était cependant, dans la plupart des cas jugés par la Cour, dépourvu de portée pratique puisque, de l'aveu même des juges, cet amendement ne consistait qu'en une répétition de ce qui ressortait déjà de l'énumération des pouvoirs du gouvernement central, à savoir que celui-ci ne possédait que les compétences énumérées par la Constitution, ces compétences étant alors, forcément, limitées. Dès lors, tout dépassement des compétences attribuées par la Constitution à l'Etat central constituait également une violation du X^e Amendement⁴⁴⁰.

284. *Critiques.* – La jurisprudence de la Cour en matière économique antérieure à 1937 qui, d'un point de vue juridique, répondait à une certaine logique, a cependant été abondamment critiquée, surtout *a posteriori*, l'immense majorité des auteurs ainsi que la Cour elle-même décrivant cette jurisprudence comme l'expression d'un conservatisme économique et social à contre-courant des changements en cours dans ces domaines.

2. Après 1937 : de l'absence de limites aux limites extrinsèques

⁴³⁸ Pour la manufacture : *E.C. Knight Co*, 156 U.S. 1 (1895); pour l'exploitation minière: *Carter v. Carter Coal Co*, 298 U.S. 238 (1936) ; pour l'agriculture : *U.S. v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

⁴³⁹ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

⁴⁴⁰ A ce sujet, et concernant les cas, plus rares, dans lesquels la Cour a conféré une portée autonome au X^e Amendement, voir TRIBE, p. 860s.

285. *Le tournant du New Deal : renonciation à imposer des limites.* – Avec l'arrivée au pouvoir du Président F.D. Roosevelt et la mise en place de son programme de relance économique connu sous le nom de *New Deal*, la Cour Suprême s'est trouvée confrontée à une véritable explosion de la législation fédérale dans les domaines économique et social, tant du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif.

Dans un premier temps, les juges de la Cour Suprême ont continué d'appliquer la jurisprudence développée au cours des décennies précédentes. Pour chaque mesure législative prise par l'Union en se fondant sur la *commerce clause*, ils vérifiaient donc que l'activité réglementée avait bien un caractère commercial et, surtout, inter-étatique. L'application de cette méthode d'analyse a eu pour résultat l'invalidation de toute une série de lois fédérales adoptées dans le cadre du *New Deal*, et notamment de l'une des pièces maîtresses de l'arsenal législatif de l'administration Roosevelt, le *National Industrial Recovery Act*, dans l'un des arrêts les plus fameux de l'époque, *Schechter Poultry v. United States* (1935)⁴⁴¹, dans lequel la Cour Suprême a mis un frein aux tentatives du gouvernement d'instaurer des salaires minimaux et de limiter les heures de travail.

Le conflit ouvert qui s'était installé entre la Cour Suprême et l'administration Roosevelt à la suite de ces arrêts a été résolu en 1937, par un complet revirement de jurisprudence de la Cour, dans des circonstances qui ne sont pas complètement élucidées à ce jour. Dans un arrêt fameux, *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Co.* (1937)⁴⁴², la Cour a en effet changé son fusil d'épaule et annoncé que désormais, il appartiendrait au Congrès de déterminer ce qui tombe et ce qui ne tombe pas dans le champ d'application de la *commerce clause*, et qu'elle s'en remettrait à cette appréciation. En d'autres termes, la Cour a alors renoncé à imposer des limites au pouvoir de l'Union de légiférer en se fondant sur la *commerce clause*. Ce retrait de la Cour a laissé la voie libre à un

⁴⁴¹ *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁴⁴² *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937). Cet arrêt, dans lequel la Cour Suprême a confirmé la constitutionnalité d'une loi fédérale sur le travail protégeant notamment la liberté syndicale des travailleurs, avait été précédé d'un autre, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), dans lequel la Cour Suprême avait confirmé la constitutionnalité d'une loi, étatique cette fois, sur les salaires minimaux. Le changement de camp d'un seul juge, le juge Roberts, a suffi à provoquer ce revirement de la Cour en faisant basculer la majorité. Sur les raisons susceptibles d'expliquer ce changement de camp du juge Roberts, et le lien, existant ou non, avec le *court-packing plan* du Président Roosevelt, voir notamment STONE et al., p. 200.

accroissement sans précédent des domaines d'action de l'Union, dont la législation fondée sur la *commerce clause* a, petit à petit, pénétré un nombre considérable de domaines qui étaient, jusqu'alors, de la compétence des Etats.

286. *Après 1937 : retraite puis nouvel assaut de la Cour.* – Face à cette extension rampante mais spectaculaire de l'Etat central, la Cour Suprême, après trois décennies d'absence, a réinvesti au milieu des années soixante-dix le champ de bataille, et s'est une nouvelle fois saisie de la question des limites aux compétences de l'Etat central. A partir de ce moment et jusqu'à l'heure actuelle, la jurisprudence de la Cour en matière de fédéralisme se caractérise par la quête d'une solution au dilemme suivant : comment arrêter la diminution graduelle de la sphère d'autonomie des Etats face à un Etat central toujours plus envahissant et puissant, et cela sans remettre en cause les progrès sociaux accomplis sous le régime du *New Deal* et revenir à la jurisprudence antérieure à 1937 ? Pour ce faire, la Cour se devait de changer son angle d'attaque.

287. *National League of Cities (1976) : limites à l'exercice de la compétence fédérale.* – Sa première tentative dans ce sens a eu lieu en 1976, dans l'arrêt *National League of Cities v. Usery*⁴⁴³. Dans cette affaire, qui concernait à nouveau la *commerce clause*, la Cour a renoncé à déterminer des limites intrinsèques à cette compétence. Elle a au contraire tenté de démontrer l'existence de limites extrinsèques, en s'appuyant sur le X^e Amendement. Pour ce faire, elle a interprété cette disposition comme exprimant le principe que le Congrès ne pouvait pas exercer ses compétences d'une manière qui porterait atteinte à l'intégrité des Etats ou à leur capacité de fonctionnement dans le système fédéral⁴⁴⁴. Aux yeux des auteurs de l'opinion majoritaire, le X^e Amendement ne constituait donc pas une disposition redondante, mais exprimait au contraire une limitation à l'exercice des compétences fédérales.

Ainsi, dans *National League of Cities v. Usery*, la Cour a retenu que l'Union avait certes la compétence, fondée sur la *commerce clause*, de réglementer les salaires minimaux et le temps de travail maximal, mais que cette compétence ne pouvait pas s'exercer à l'égard d'employés étatiques dont la fonction était liée à des services que les Etats offraient traditionnellement à leurs citoyens. Selon les termes utilisés par la Cour, la réglementation fédérale était invalide dans la mesure où elle visait les Etats « en tant qu'Etats » (« *States as States* »). L'idée

⁴⁴³ 426 U.S. 833 (1976).

⁴⁴⁴ « *The [10th] Amendment expressly declares the constitutional policy that Congress may not exercise power in a fashion that impairs the States' integrity or their ability to function effectively in a federal system* » (426 U.S. 833, 842).

fondamentale défendue dans *National League of Cities* était que le gouvernement fédéral ne pouvait pas intervenir dans des domaines appartenant aux fonctions gouvernementales traditionnelles assumées par les Etats – en particulier les pouvoirs de police des Etats. La compétence fondée sur la *commerce clause* trouvait là sa limite, non pas parce que le domaine concerné ne relevait pas du commerce inter-étatique (limite intrinsèque), mais parce que le X^e Amendement y mettait une limite extrinsèque. En d'autres termes, le X^e Amendement tel qu'interprété dans *National League of Cities* constituait une limite à l'exercice des compétences fédérales.

288. *Reirement de jurisprudence : Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority.* – La jurisprudence *National League of Cities* n'a cependant connu qu'un destin éphémère. Appliquée sans conviction – voire pas appliquée du tout – dans des arrêts subséquents, elle a été formellement renversée après moins de dix ans, dans l'arrêt *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985)⁴⁴⁵. Cet arrêt concernait une question très similaire à celle soulevée dans *National League of Cities*, à savoir l'applicabilité de standards fédéraux concernant les salaires minimaux et le temps de travail maximal à des employés communaux. Une nouvelle majorité de la Cour y a saisi l'occasion de revenir sur la jurisprudence précédente, au motif que le test prescrit dans *National League of Cities* s'était révélé impraticable⁴⁴⁶. Surtout, la majorité des juges a retenu qu'il n'appartenait pas à la Cour Suprême de protéger les Etats contre des excès de compétences de la part de l'Union et qu'une telle tâche revenait, au contraire, au processus politique⁴⁴⁷. L'opinion majoritaire dans *Garcia* ne rejetait pas l'idée qu'il puisse exister des limites extrinsèques aux compétences fédérales ; simplement, à ses yeux, il n'incombait pas à la Cour d'assurer le respect de telles limites. Une nouvelle fois, la Cour se retirait donc du débat et laissait le champ libre au Congrès.

3. Situation actuelle : retour des limites intrinsèques puis extrinsèques

⁴⁴⁵ 469 U.S. 528 (1985).

⁴⁴⁶ En fait de nouvelle majorité, il s'agissait en réalité des quatre juges minoritaires dans *National League of Cities*, auxquels est venu se joindre le juge Blackmun, qui faisait pourtant partie de la majorité dans *National League of Cities* et a ainsi changé de camp.

⁴⁴⁷ Voir notamment un arrêt subséquent, *South Carolina v. Baker*, 485 U.S. 505, 512 : « *States must find their protection from congressional regulation through the national political process* ».

289. *Le retour des limites intrinsèques : United States v. Lopez.* – En 1995, soit dix ans après *Garcia*, la Cour Suprême, dans une composition passablement modifiée, se saisit une nouvelle fois du problème des limites aux compétences fédérales, dans une affaire qui, sans surprise, avait trait à l'application de la *commerce clause*. Dans l'arrêt *United States v. Lopez*⁴⁴⁸, la Cour a considéré que le gouvernement fédéral n'avait pas la compétence, en se fondant sur la *commerce clause*, de légiférer sur la possession d'armes à feu dans les écoles. Le raisonnement du gouvernement était que la présence d'armes à feu dans les écoles interférait avec la qualité de l'éducation, ce qui avait, à son tour, une influence sur la productivité économique des jeunes en fin de scolarité ; que, dès lors, il s'agissait d'un sujet en lien avec le commerce inter-étatique au sens de l'art. I, section 8, cl. 3. La Cour n'a pas partagé cet avis, observant que, en suivant une telle argumentation, le gouvernement fédéral pourrait s'arroger la compétence de réglementer toute activité ayant une influence sur la productivité économique des individus, y compris des domaines traditionnellement de la compétence des Etats, comme le droit de la famille, l'éducation ou le droit pénal. Aux yeux de la Cour, une telle interprétation de l'étendue de la compétence conférée par la *commerce clause* n'était pas acceptable dès lors qu'elle revenait à reconnaître à l'Union un pouvoir quasi illimité⁴⁴⁹.

L'arrêt *Lopez* marque ainsi un retour à la recherche de limites intrinsèques aux attributions de compétences en faveur de l'Etat central. Selon la théorie défendue par la Cour dans cette affaire, certains domaines seraient en dehors du champ d'application de la *commerce clause* parce qu'ils sont, par nature ou par tradition, réglés au niveau étatique ou local⁴⁵⁰. On voit apparaître en filigrane, dans le raisonnement de la Cour, l'idée que dans un système fédéraliste, les Etats doivent disposer d'un minimum de compétences propres, faute de quoi le qualificatif de fédéral ne serait plus qu'une étiquette.

290. *Confirmation de Lopez dans U.S. v. Morrison.* – La Cour a confirmé la motivation de l'arrêt *Lopez* en 2000, dans l'arrêt *U.S. v. Morrison*, dans lequel elle a invalidé une loi fédérale réprimant les actes de violence envers les femmes. Dans ses considérants, la Cour a réaffirmé la nécessité de limiter le champ d'application de la *commerce clause*.

⁴⁴⁸ 514 U.S. 549 (1995).

⁴⁴⁹ « *Under the theories that the Government presents in support of [the regulation], it is difficult to perceive any limitation on federal power, even in areas such as criminal law enforcement or education where States historically have been sovereign* » (514 U.S. 549, 564).

⁴⁵⁰ TRIBE, p. 914, note 10.

291. *Affaiblissement de la portée de Lopez dans Gonzales v. Raich.* – Depuis lors, il n'y a plus eu d'invalidation d'une loi fédérale fondée sur cette attribution de compétence. La doctrine *Lopez* conserve néanmoins sa validité.

Sa portée a toutefois été récemment affaiblie, du moins en apparence, par l'arrêt *Gonzales v. Raich*, rendu en 2005⁴⁵¹. Dans cette affaire, qui concernait l'application de la loi fédérale sur les stupéfiants à la culture de cannabis faite par des privés pour leur consommation personnelle de marijuana à des fins médicales, les juges majoritaires⁴⁵² se sont en effet lourdement appuyés sur un précédent datant de la grande époque du *New Deal*, alors que la Cour était au faite de sa politique de déférence vis-à-vis du Congrès⁴⁵³. Ils ont considéré que la jurisprudence *Lopez* n'était pas applicable parce que, contrairement au fait de posséder une arme, le fait de cultiver du cannabis pour son usage personnel constituait une activité économique⁴⁵⁴, et parce que, au surplus, l'interdiction d'une telle culture privée n'était qu'une application parmi beaucoup d'autres applications de la loi en cause, lesquelles ont des effets indiscutables sur le commerce inter-étatique⁴⁵⁵. Dans leur opinion dissidente, les juges minoritaires ont souligné qu'une telle interprétation de la jurisprudence *Lopez* revenait à un

⁴⁵¹ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

⁴⁵² Les juges majoritaires étaient les juges Stevens, Souter, Ginsburg et Breyer (minoritaires dans *Lopez* et *Morrison*), ainsi que Scalia et Kennedy. Minoritaires : O'Connor, Rehnquist et Thomas.

⁴⁵³ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942), qui concernait la culture de blé par les fermiers pour leur consommation personnelle. Voir l'opinion majoritaire rédigée par le juge Stevens dans *Gonzales* : « *In Wickard, we had no difficulty concluding that Congress had a rational basis for believing that, when viewed in the aggregate, leaving home-consumed wheat outside the regulatory scheme would have a substantial influence on price and market conditions. Here too, Congress had a rational basis for concluding that leaving home-consumed marijuana outside federal control would similarly affect price and market conditions* ».

⁴⁵⁴ « *Unlike those at issue in Lopez and Morrison, the activities regulated by the CSA are quintessentially economic. [...] Because the CSA is a statute that directly regulates economic, commercial activity, our opinion in Morrison casts no doubt on its constitutionality* » (opinion majoritaire du juge Stevens, p. 25-26).

⁴⁵⁵ « *At issue in Lopez was the validity of [...] a brief, single-subject statute making it a crime for an individual to possess a gun in a school zone. [...] The statutory scheme that the Government is defending in this litigation is at the opposite end of the regulatory spectrum. [...] the CSA [...] was a lengthy and detailed statute creating a comprehensive framework for regulating the production, distribution, and possession of five classes of "controlled substances". [...] Our opinion in Lopez casts no doubt on the validity of such a program* » (opinion majoritaire du juge Stevens, p. 23-25).

refus d'appliquer quelque limite que ce soit à la compétence du Congrès en matière de commerce inter-étatique⁴⁵⁶.

L'arrêt *Gonzales* semble donc marquer la volonté d'une majorité de la Cour Suprême de continuer à faire preuve d'une déférence considérable pour les décisions du Congrès. Il reste à voir ce qu'il adviendra avec la nouvelle composition de la Cour.

292. *La troisième voie : les limites structurelles.* – Dans les arrêts présentés jusqu'ici, les tentatives de la Cour Suprême de limiter le pouvoir du gouvernement central, qu'elles portent sur la détermination de limites intrinsèques ou extrinsèques, visaient toutes à définir des domaines matériels qui seraient réservés aux Etats et, dès lors, hors de portée du législateur fédéral.

A partir du début des années quatre-vingt-dix, la Cour s'est lancée dans l'exploration d'une troisième voie : celle des limites structurelles aux compétences fédérales. On parle de limites structurelles lorsque la question centrale est celle des moyens utilisés par l'Etat central pour régler telle ou telle matière, et non celle du domaine du droit concerné. Il s'agit, en réalité, d'une catégorie particulière de limites extrinsèques puisqu'elles limitent la faculté de l'Etat central d'exercer ses compétences comme il l'entend.

Dans les arrêts *New York v. U.S.*, de 1992, et *Printz v. U.S.*, qui seront examinés un peu plus bas, la Cour a ainsi développé la thèse selon laquelle le X^e Amendement empêchait l'Union de « réquisitionner » les autorités des Etats pour les obliger à mettre en oeuvre le droit fédéral, par des mesures législatives ou administratives.

Outre leur signification pour la répartition des compétences en matière de mise en oeuvre du droit fédéral, on peut analyser ces arrêts comme exprimant une limite particulière à l'exercice des compétences fédérales. Selon la doctrine à la base de ces arrêts, même si l'Union a la compétence de légiférer dans un domaine matériel, tous les moyens ne sont pas bons : elle ne peut pas aller jusqu'à imposer directement des obligations aux Etats en tant que détenteurs de la puissance publique.

⁴⁵⁶ « *Likewise I did not understand our discussion of the role of the courts in enforcing outer limits of the Commerce Clause for the sake of maintaining the federalist balance our Constitution requires [...], as a signal to Congress to enact legislation that is more extensive and more intrusive into the domain of state power. If the Court always defers to Congress as it does today, little may be left to the notion of enumerated powers* » (opinion dissidente rédigée par le juge O'Connor).

293. *Synthèse.* – La jurisprudence relative à la clause du commerce inter-étatique illustre bien les hésitations de la Cour Suprême entre la détermination de limites intrinsèques et l'application de limites extrinsèques aux compétences de l'Union. Elle illustre également le rôle central joué par le X^e Amendement dans la définition de ces limites, particulièrement des limites extrinsèques. Dans la section qui suit, nous allons examiner l'autre principal cas d'application du X^e Amendement et des limites à l'exercice des compétences de l'Union.

II. « Conditional spending »

294. *Compétence non limitée aux pouvoirs énumérés.* – En vertu de l'art. I, section 8, clause 1, de la Constitution U.S., l'Union possède la compétence de percevoir des taxes et de payer les dettes, souvent résumée par la formule : *power to tax and spend*⁴⁵⁷. Cette compétence lui permet notamment de subventionner certaines activités qui incombent aux Etats, par exemple la construction et l'entretien des routes. En effet, la Cour Suprême a interprété le pouvoir de dépenser, soit notamment le pouvoir d'octroyer des subventions, comme n'étant pas limité aux domaines dans lesquels l'Union possède des compétences législatives, mais comme s'étendant au contraire à tous les domaines, y compris ceux faisant partie de la sphère de compétence des Etats⁴⁵⁸.

295. *Compétence de poser des conditions.* – La jurisprudence admet depuis longtemps que l'Union peut subordonner l'octroi de ces aides financières au respect, par les destinataires, de certaines conditions. Par ce truchement, l'Union peut donc influencer le comportement des destinataires de ses subventions, et ce même dans des domaines en principe réservés aux Etats, au

⁴⁵⁷ Art. I, section 8, cl. 1 : « *The Congress shall have power to lay and collect taxes [...], to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States [...]* ».

⁴⁵⁸ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, p. 66 : « *It results that the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes is not limited by the direct grants of legislative power found in the Constitution* ». La Cour Suprême a, ce faisant, adopté l'interprétation de l'art. I § 8 cl. 1 défendue, aux débuts de l'Etat fédéral, par HAMILTON, selon laquelle l'Union a la compétence de dépenser et taxer sans être limitée par les pouvoirs énumérés plus bas, pour autant que le but des dépenses ou des impôts soit le bien-être général des Etats-Unis. Cette interprétation s'opposait à celle proposée par MADISON, lequel défendait l'idée que l'Union ne pouvait dépenser et taxer que dans le cadre des pouvoirs conférés par les autres clauses de l'art. I, section 8. A ce sujet, voir également SCHINDLER, *Föderalismus*, p. 387.

risque d'interférer avec une réglementation étatique. A titre d'exemple, on peut évoquer les subventions versées par l'Etat central à des institutions scolaires, à condition que celles-ci appliquent certains programmes éducatifs élaborés par l'Union, ou qu'elles respectent certains principes comme la non-ségrégation : un tel procédé est admissible quand bien même le domaine de l'éducation relève de la compétence des Etats.

Même plus, si les destinataires des fonds fédéraux sont les Etats eux-mêmes, l'Union a la possibilité d'orienter directement l'action réglementaire ou législative de ceux-ci, en faisant dépendre l'octroi de fonds fédéraux de l'adoption, par les Etats, de certaines dispositions législatives. Ainsi, dans le cas à la base de l'arrêt *South Dakota v. Dole*, sur lequel nous reviendrons encore, l'Union avait conditionné l'octroi de certains fonds pour la construction et l'entretien des routes à l'existence, dans les Etats destinataires, de dispositions légales interdisant la consommation d'alcool aux jeunes de moins de 21 ans.

Bref, un exercice avisé du pouvoir de *conditional spending* est susceptible de conférer à l'Union la possibilité, du moins en théorie, de substituer sa propre réglementation à la réglementation étatique, et ce dans des domaines qui ne font pas partie de ses attributions constitutionnelles de compétences, autrement dit qu'elle ne pourrait pas réglementer directement. Le potentiel perturbateur pour la répartition fédéraliste des compétences d'un tel pouvoir apparaît évident. La Cour Suprême, consciente du danger, s'est efforcée d'y mettre quelques limites.

296. *Limite au conditional spending : l'exercice de la contrainte.* – La Cour Suprême s'est attaquée pour la première fois à l'étendue du pouvoir de *conditional spending* ainsi qu'à ses limites dans un arrêt de 1936, *United States v. Butler*⁴⁵⁹. Il s'agissait, dans cette affaire, de juger de la constitutionnalité d'un programme fédéral destiné à lutter contre les surplus agricoles au moyen du versement de subventions aux fermiers qui acceptaient de réduire leur production. Or, le contrôle des prix et l'agriculture étaient des domaines qui appartenaient constitutionnellement à la compétence des Etats. L'Union n'aurait donc pas pu agir en imposant directement des prix minimaux ou en obligeant les fermiers à diminuer leur production. Même si l'Union eût, théoriquement, pu agir en utilisant son pouvoir de *conditional spending*, la Cour jugea qu'en l'occurrence, le procédé utilisé était inconstitutionnel, au motif qu'il avait pour effet, pratiquement, de contraindre les fermiers à se soumettre au programme fédéral, alors même que le domaine en cause était réservé aux Etats et que ceux-ci pouvaient avoir des vues différentes sur l'opportunité de réduire la production

⁴⁵⁹ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

agricole. La réglementation fédérale en cause fut donc jugée contraire au X^e Amendement.

Abstraction faite du résultat auquel est parvenue la Cour dans le cas d'espèce, deux éléments sont déterminants dans l'arrêt *Butler*. D'une part, l'utilisation du X^e Amendement comme fondement pour limiter le pouvoir du Congrès de taxer et dépenser. Deuxièmement, l'utilisation de la notion de contrainte, laquelle est devenue, à partir de cette décision, la limite que doit respecter l'Union dans l'exercice de son pouvoir de *conditional spending*⁴⁶⁰. Tant que le destinataire des fonds fédéraux n'est pas contraint de se soumettre à la réglementation fédérale, le procédé reste admissible. En revanche, celui-ci devient inconstitutionnel dès le moment où le destinataire des fonds n'a plus d'autre choix que de se soumettre aux dispositions fédérales. En effet, dans un tel cas, l'Union utilise sa compétence de *conditional spending* pour réglementer, de manière contraignante, un domaine qui ne lui appartient pas. Dès lors, aux yeux de la Cour, cette limite imposée à l'exercice du pouvoir de *conditional spending* trouvait son fondement et sa justification dans la garantie des compétences étatiques statuée au X^e Amendement⁴⁶¹.

La Cour a notamment appliqué ce critère de la contrainte dans l'arrêt *Steward Machine Co. v. Davis* (1937)⁴⁶², qui concernait un programme fédéral visant à inciter les Etats à mettre sur pied une assurance chômage. Pour ce faire, un rabais fiscal était accordé aux employeurs qui versaient des cotisations à une telle assurance étatique. La Cour jugea ce procédé admissible, au motif qu'il ne contraignait ni les employeurs ni les Etats à se soumettre à la réglementation fédérale.

297. *Application récente : South Dakota v. Dole*. – Le versement de fonds fédéraux assortis de conditions touchant à la réglementation du domaine concerné est, naturellement, particulièrement problématique lorsque les destinataires directs des aides financières, et, partant, des directives de l'Etat central, sont les Etats.

La Cour Suprême s'est trouvée confrontée à un tel cas dans l'arrêt *South Dakota v. Dole*, de 1987, lequel fait encore jurisprudence en la matière⁴⁶³. A cette occasion, la Cour a précisé les critères d'admissibilité de l'exercice, par le

⁴⁶⁰ TRIBE, p. 835s; STONE et al., p. 291ss.

⁴⁶¹ *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937). Voir également STONE et al., p. 288 et 293.

⁴⁶² *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

⁴⁶³ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), opinion par le *Chief Justice* Rehnquist.

législateur fédéral, de son pouvoir de *conditional spending*. L'objet du litige était une loi fédérale, prévoyant que les Etats qui ne connaissaient pas un âge légal minimum de vingt et un ans pour la consommation d'alcool se verraient privés de 5% des subventions fédérales destinées à la construction et à l'entretien des routes. L'Union avait eu recours à ce procédé car sa compétence de prescrire directement un âge minimum pour la consommation d'alcool était douteuse.

Dans son arrêt, la Cour expose qu'un procédé tel que celui utilisé par l'Union pouvait être admis à deux conditions : d'une part, qu'il n'exerce pas de contrainte sur les Etats destinataires ; d'autre part, qu'il existe un lien rationnel entre les conditions imposées par le Congrès et l'intérêt de l'Union à un projet ou programme national particulier⁴⁶⁴. S'agissant du critère de l'absence de contrainte, celui-ci reposait sur la considération que, passé un certain stade, une incitation financière offerte par le Congrès peut se révéler tellement coercitive que la simple pression cède la place à contrainte⁴⁶⁵. Les juges majoritaires dans *Dole* ont cependant jugé que, dans le cas d'espèce, la menace de perdre 5% des fonds fédéraux routiers ne pouvait être considérée comme contraignant les Etats à se soumettre à la réglementation fédérale, étant donné que la perte de subvention encourue était relativement minime. Les juges n'ont cependant fourni aucun exemple d'une réglementation susceptible de tomber dans le champ d'application de l'interdiction de la contrainte⁴⁶⁶. S'agissant de l'exigence d'un lien rationnel entre les conditions de versement de la subvention et la poursuite d'intérêts fédéraux⁴⁶⁷, la Cour est restée encore plus vague, se contentant de mentionner l'existence probable d'une telle exigence, sans entrer dans plus de détails⁴⁶⁸. Cette condition a cependant été réitérée par la suite, notamment dans l'arrêt *New York v. United States*, concernant le traitement des déchets radioactifs par les Etats. La réglementation fédérale en cause a finalement été déclarée inconstitutionnelle car contrevenant à l'interdiction de contraindre directement les Etats à mettre en œuvre un programme fédéral. Toutefois, le même arrêt indiquait que l'Union avait à sa disposition divers moyens lui permettant d'encourager les Etats à exercer l'activité réglementaire

⁴⁶⁴ BAKER, *States' rights*, p. 105 ; TRIBE, p. 838

⁴⁶⁵ 483 U.S. 203, 211 : « *In some circumstances, the financial inducement offered by Congress might be so coercive as to pass the point at which pressure turns into compulsion* » (citations internes omises).

⁴⁶⁶ BAKER, *States' rights*, p. 106 ; TRIBE, p. 840s.

⁴⁶⁷ 483 U.S. 203, 207 : « *conditions on federal grants might be illegitimate if they are unrelated to the federal interest in particular national projects or programs* ».

⁴⁶⁸ BAKER, *States' rights*, p. 105s ; TRIBE, p. 838.

souhaitée. Elle pouvait, en particulier, utiliser sa compétence de subordonner l'attribution de fonds fédéraux au respect de certaines conditions, pour autant que de telles conditions possèdent un lien avec le but de la subvention fédérale⁴⁶⁹.

Si l'on applique conjointement les jurisprudences *New York* et *Dole*, il en résulte que l'Union ne peut pas contraindre directement les Etats à adopter un programme législatif correspondant à ses intérêts, mais qu'elle peut inciter les Etats à le faire par le biais d'encouragements financiers subordonnés à des conditions en lien avec l'intérêt fédéral poursuivi. Toutefois, ces incitations financières ne doivent pas être coercitives au point de devenir synonymes de contrainte.

298. *Portée de la jurisprudence Dole.* – Depuis l'arrêt *Butler*, la Cour Suprême n'a plus invalidé de réglementation fédérale adoptée sur la base de la compétence de *conditional spending*, l'arrêt *Dole* ayant abouti à une confirmation de la loi attaquée. Cela signifie que, dans cette matière, la Cour a toujours conservé une position de retenue vis-à-vis du Congrès et s'en est, pour l'essentiel, remise à l'appréciation de celui-ci quant à la question de savoir quelle « incitation » financière était encore admissible⁴⁷⁰. Cependant, elle n'a jamais remis en cause le principe selon lequel l'Union ne saurait se servir de sa compétence d'octroyer des aides financières pour intervenir de manière contraignante dans un domaine relevant de la compétence des Etats, autrement dit pour réglementer un domaine pour lequel elle ne possède pas de compétence législative⁴⁷¹. L'incertitude a porté et porte encore uniquement sur la définition du caractère contraignant d'une intervention de l'Etat central⁴⁷².

L'arrêt *South Dakota v. Dole* a donné lieu à de nombreux commentaires parce que, tout en réaffirmant l'existence du critère de l'absence de contrainte, il n'a fourni aucun exemple concret de ce qui pourrait constituer, justement, une telle contrainte prohibée. La Cour est restée suffisamment vague à ce sujet pour qu'une partie de la doctrine s'interroge sur la portée effective de ce critère et la

⁴⁶⁹ 505 U.S. 144 (1992), p. 167 : « *Such conditions must (among other requirements) bear some relationship to the purpose of the federal spending ; otherwise, [the] spending power could render academic the Constitution's other grants and limits of federal authority* ».

⁴⁷⁰ TRIBE, p. 836s

⁴⁷¹ Voir notamment *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 210 : « *[the] Tenth Amendment limitation on congressional regulation on state affairs [does] not concomitantly limit the range of conditions legitimately placed on federal grants* ».

⁴⁷² BAKER, *States' rights*, p. 106 ; TRIBE, p. 840s.

volonté de la Cour de l'imposer face au Congrès. Les auteurs concernés soulignent en particulier que la retenue affichée par la Cour dans son appréciation de la compétence du Congrès en matière de *conditional spending* contraste avec sa volonté, affichée dans d'autres arrêts rendus en matière de fédéralisme, de jouer le rôle de gardien de l'autonomie des Etats⁴⁷³. Selon ces voix critiques, il ne fait guère de sens de limiter la compétence de l'Etat central fondée sur la *commerce clause*, si une jurisprudence généreuse en matière de *conditional spending* permet au gouvernement d'arriver aux mêmes fins en usant de sa puissance financière pour faire pression sur les Etats. Ainsi, la décision de la Cour Suprême dans l'arrêt *Lopez* (1995), déclarant inconstitutionnelle la loi fédérale prohibant le port d'armes dans les écoles, aurait pu être contournée par une loi fédérale subordonnant l'octroi de fonds fédéraux en faveur de l'éducation à l'interdiction, par les Etats destinataires, du port d'armes à feu dans le périmètre des écoles⁴⁷⁴.

299. *Limite à l'exercice d'une compétence fédérale.* – L'interdiction de l'exercice de la contrainte, en particulier sur les Etats, au moyen d'incitations financières, constitue bien une limite à l'exercice de la compétence de l'Union de dépenser ses ressources comme bon lui semble. Il ne s'agit pas d'une limite inhérente à la compétence elle-même, puisque l'Etat central conserve le pouvoir de distribuer des encouragements financiers même dans des domaines relevant des Etats. Il s'agit au contraire d'une limite externe à cette compétence, qui vise son exercice : l'Union ne peut pas exercer son pouvoir de verser des aides financières en subordonnant celles-ci au respect de diverses conditions si cela équivaut à contraindre les Etats à légiférer ou à se conformer à la législation fédérale.

Dans son esprit, cette limite imposée à l'exercice d'une compétence fédérale est relativement proche de la doctrine de l'*anti-commandeering* développée par la Cour Suprême surtout en rapport avec l'exercice de la *commerce clause*, selon laquelle l'Union ne saurait obliger les Etats à légiférer ou à mettre ses fonctionnaires à disposition afin de mettre en œuvre un programme réglementaire fédéral. En effet, dans ce cas également, l'élément déterminant est l'exercice d'une certaine forme de contrainte sur les Etats, laquelle remet en cause l'autonomie de ces derniers, qu'il s'agisse de l'autonomie en matière de tâches, comme dans le cas du *conditional spending*, ou de l'autonomie en

⁴⁷³ STONE p. 293s ; BAKER, *Lopez*, p. 1932s et les réf. citées. Ces auteurs se réfèrent en particulier à l'arrêt *Lopez*, qui a limité le pouvoir du Congrès fondé sur la *commerce clause*.

⁴⁷⁴ BAKER, *Lopez*, p. 1913s et 1963.

matière organisationnelle et également en matière de tâches, comme dans le cas de l'*anti-commandeering*.

Toutefois, à la différence de l'*anti-commandeering*, la doctrine du *conditional spending* est restée, jusqu'ici, dépourvue de conséquences pratiques. Certains auteurs s'interrogent d'ailleurs sur la cohérence dont fait preuve la Cour Suprême lorsqu'elle semble s'efforcer de limiter le pouvoir de l'Union fondé sur la *commerce clause* tout en continuant à faire preuve d'une extrême retenue lorsque l'Etat central utilise son pouvoir de *conditional spending*.

300. *Comparaison avec l'ordre juridique suisse : des préoccupations similaires.*
- En droit suisse, il n'existe pas d'équivalent à la doctrine américaine du *conditional spending*. La Confédération déploie cependant une activité d'encouragement financier assez importante, en versant des subventions soit directement aux cantons, soit à des institutions qui relèvent, en principe, du droit cantonal. C'est d'ailleurs précisément ce type de transferts financiers de la Confédération vers les cantons qui a constitué l'un des objets de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT). Celle-ci était en effet motivée, de manière générale, par le constat de l'existence d'une « *centralisation rampante* », limitant progressivement l'autonomie décisionnelle et le champ d'action des cantons, y compris dans des secteurs relevant en principe de la compétence cantonale, phénomène encore accentué par l'augmentation des transferts financiers affectés de la Confédération vers les cantons⁴⁷⁵. Pour lutter contre cet état de fait, l'un des objectifs de la RPT était de diminuer le nombre de domaines politiques dans lesquels la Confédération exerce « *l'activité consistant à verser des subventions et à poser des conditions* »⁴⁷⁶. Ainsi, l'une des mesures prises au titre de la RPT a été de confier exclusivement aux cantons le soin de gérer et financer les écoles spécialisées destinées aux enfants souffrant de handicaps, alors qu'auparavant cette tâche, qui incombait déjà aux cantons, était subventionnée à raison de 50% par l'assurance invalidité (AI) fédérale, laquelle imposait alors ses standards aux établissements concernés. De même, la RPT visait également à réduire la part de transferts affectés de la Confédération vers les cantons, dès lors qu'« *[e]n raison de la proportion élevée de transferts soumis à des obligations ou à des normes, la marge de manœuvre effective des cantons dans les domaines politique et financier est généralement fort restreinte et se rétrécit de plus en plus, en particulier celle des cantons disposant d'un potentiel de*

⁴⁷⁵ Message RPT, p. 2157.

⁴⁷⁶ Message RPT, p. 2195.

ressources moyen ou faible »⁴⁷⁷. On trouve ainsi, dans la motivation des mesures proposées au titre de la RPT, des préoccupations proches de celles exprimées aux Etats-Unis à propos du *conditional spending*. L'effort de désenchevêtrement mené à l'occasion de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches montre bien qu'en Suisse également, l'existence de nombreuses aides financières de la Confédération à destination, directe ou indirecte, des cantons, soulève un certain nombre de questions au niveau du fédéralisme.

301. *Différences.* – Toutefois, la nature des problèmes posés est un peu différente de ceux rencontrés aux Etats-Unis, avec pour conséquence que l'ampleur des difficultés rencontrées en Suisse doit être relativisée. En effet, dans l'ordre constitutionnel suisse, la Confédération ne peut verser des aides financières, dans un certain domaine, que si la Constitution lui en donne spécifiquement la compétence. Au contraire de la Constitution des Etats-Unis, il n'existe pas, dans la Constitution suisse, de disposition attribuant à l'Etat central une compétence générale d'utiliser ses moyens financiers pour promouvoir le bien-être général.

La compétence de financer telle ou telle activité peut être conférée explicitement ou implicitement. En effet, le pouvoir de verser des aides financières est généralement considéré comme compris dans le pouvoir général de légiférer dans un certain domaine⁴⁷⁸. Or, si la Confédération possède la compétence de régler, si nécessaire exhaustivement, un certain domaine, l'adjonction de conditions ou charges aux subventions versées dans ce domaine ne pose guère de problèmes juridiques, en application de l'adage « qui peut le plus peut le moins ». Dans d'autres cas, la Constitution n'attribue à la Confédération que la compétence de fournir des encouragements, notamment financiers, dans un domaine qui, pour le reste, demeure de la compétence des cantons. Tel est par exemple le cas en matière de culture (art. 69 Cst.) ou de hautes écoles cantonales (art. 63a, al. 2 Cst.). Dans de tels cas, le versement de subventions conditionné au respect de certaines conditions ou charges est plus problématique du point de vue du fédéralisme, puisqu'il existe un risque de limiter l'autonomie des cantons quant à la manière dont ils entendent exercer leur compétence. C'est pourquoi la doctrine reconnaît l'existence de limites à un tel procédé : si celui-ci est admissible en principe, la Confédération ne peut cependant s'en servir pour, de fait, légiférer dans un domaine qui ne relève pas

⁴⁷⁷ Message RPT, p. 2227.

⁴⁷⁸ SCHINDLER, *Föderalismus*, p. 387, et AUBERT, *Traité*, n° 798. Voir également le Message à l'appui d'un projet de loi sur les aides financières et les indemnités, FF 1987 I 369, 425.

de sa compétence. Les conditions et charges doivent, pour cette raison, posséder un lien étroit avec la tâche à accomplir, dans le sens où elles doivent être nécessaires ou particulièrement adéquates à l'accomplissement du but de la subvention⁴⁷⁹.

Dès lors, de façon très symptomatique, le problème est déjà en grande partie résolu par la Constitution elle-même et son système d'attributions de compétences relativement détaillées. Par ailleurs, le fédéralisme suisse repose largement sur le concept de fédéralisme d'exécution, si bien que l'« enrôlement » des cantons pour mettre en œuvre des programmes fédéraux, quel que soit le moyen par lequel cette collaboration est obtenue, ne se heurte pas à une suspicion de principe telle qu'elle peut se rencontrer aux Etats-Unis.

§2 *En Suisse*

I. Limites intrinsèques

302. *Existence non problématique.* – En Suisse, la problématique des limites intrinsèques mises aux compétences de la Confédération n'a guère fait l'objet d'analyses doctrinales ou jurisprudentielles très poussées. En effet, il n'a jamais fait de doute que les compétences que la Constitution attribue à la Confédération ont, par définition, un champ d'application limité et qu'il appartient notamment aux tribunaux d'interpréter les dispositions constitutionnelles attributives de compétences afin de déterminer ces limites. Comme nous l'avons dit précédemment, les tribunaux n'appliquent pas un standard d'interprétation particulièrement large lorsqu'ils procèdent à cet examen.

303. *Attributions de compétences clairement définies et facilité de révision de la Constitution.* – Cet état de fait résulte, probablement, de deux facteurs. Premièrement, les dispositions attributives de compétences à la Confédération ont généralement un objet clairement défini et définissable, et sont rédigées de manière relativement précise. Deuxièmement, comme la Constitution suisse peut se réviser relativement facilement, la nécessité de conférer un champ d'application très large aux compétences fédérales se fait rarement sentir : si la Confédération souhaite avoir la compétence d'agir dans tel ou tel domaine nouveau, il sera souvent plus simple de créer une base constitutionnelle à cet

⁴⁷⁹ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 127, et les réf. citées.

effet plutôt que d'interpréter largement une disposition existante, au risque de heurter les sensibilités des cantons et de risquer des procédures judiciaires.

II. Limites à l'exercice des compétences fédérales

304. *Principes découlant de l'autonomie cantonale.* – La doctrine met parfois en évidence, outre la fidélité confédérale, étudiée plus haut, et la subsidiarité, qui sera examinée plus bas, un certain nombre d'autres principes juridiques régissant les relations confédérales et, plus particulièrement, l'exercice des compétences fédérales. Parmi ces principes, on trouve le principe de l'exercice mesuré des compétences, celui de la proportionnalité, le principe de l'autonomie cantonale en matière d'organisation et de procédure et celui de l'égalité de traitement des cantons. Pour BIAGGINI, ces principes s'adressant à la Confédération constituent une expression du principe plus général d'autonomie des cantons, qui serait une caractéristique de l'ordre juridique fédéral⁴⁸⁰.

305. *Ancrage constitutionnel.* – De même que la fidélité confédérale, ces principes ont trouvé une certaine expression aux al. 1 et 2 de l'art. 44 Cst., dans la mesure où ils peuvent être considérés comme étant contenus dans les notions d'entraide, de collaboration et de respect mutuel⁴⁸¹. Le constituant n'a pas entendu conférer à l'art. 44 Cst. un caractère justiciable en tant que tel⁴⁸². Toutefois, s'agissant des principes plus concrets mentionnés ici, leur caractère justiciable ou non doit être examiné dans chaque cas.

On relèvera toutefois que ces principes n'ont pas fait, en tant que tels, l'objet d'une concrétisation jurisprudentielle.

306. *Exercice mesuré des compétences fédérales.* – Considérés individuellement, les principes énumérés ci-dessus appellent les remarques suivantes.

Le principe de l'exercice mesuré des compétences (fédérales) constitue l'une des concrétisations que l'on peut attribuer au principe de subsidiarité, dans la mesure où celui-ci exige que le législateur fédéral limite son action à ce qui est

⁴⁸⁰ BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 53.

⁴⁸¹ Message 1996 ad art. 34 du projet, p. 209.

⁴⁸² Message 1996 ad art. 34 du projet, p. 210.

nécessaire⁴⁸³. Les remarques faites à propos du principe de subsidiarité s'appliquent donc également.

307. *Proportionnalité.* – De même, le principe de proportionnalité, qui constitue en soi un principe général s'appliquant à toute l'activité étatique, est difficile à distinguer de celui de la subsidiarité dans le contexte de l'exercice des compétences fédérales, dès lors que le principe de subsidiarité impose au législateur fédéral de n'épuiser sa compétence que dans la mesure où une réglementation uniforme est nécessaire. Cette exigence revient donc à affirmer que le législateur fédéral doit user de ses compétences d'une manière proportionnée.

DUBEY relève cependant que, en dépit de ce lien étroit avec le principe de subsidiarité dans le contexte de l'exercice des compétences fédérales, le principe de proportionnalité présente une qualité dont le principe de subsidiarité est, en l'état actuel du droit, dépourvu : la justiciabilité⁴⁸⁴. Certes, sous l'ancien droit, le principe de proportionnalité n'était pas invocable à titre indépendant dans un recours de droit public, mais il pouvait l'être en conjonction avec un droit constitutionnel, notamment la primauté du droit fédéral. Il n'existe cependant pas d'exemple d'arrêt dans lequel ce principe aurait joué un rôle décisif. Quoiqu'il en soit, ces obstacles procéduraux ont disparu avec l'entrée en vigueur de la LTF.

308. *Autonomie cantonale en matière de tâches, d'organisation et de procédure.* – Le principe de l'autonomie cantonale en matière de tâches, d'organisation et de procédure est consacré à l'art. 47 de la Constitution, lequel prévoit que « la Confédération respecte l'autonomie des cantons »⁴⁸⁵. Cette disposition générale est complétée par l'art. 46, al. 2 Cst. (46, al. 3 dès l'entrée en vigueur de la RPT), qui concerne plus spécialement les cas dans lesquels les cantons exécutent le droit fédéral⁴⁸⁶. En ce qui concerne cette disposition, nous renvoyons également à ce qui en sera dit plus bas, au chapitre consacré à la mise en œuvre du droit fédéral. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de la RPT s'est accompagnée de l'introduction d'un nouvel article 47, al. 2 Cst., destiné à préciser le principe général de l'autonomie cantonale contenu à l'art. 47 (devenu l'art. 47, al. 1 à l'entrée en vigueur de la RPT)⁴⁸⁷. Selon ce nouvel article 47, al.

⁴⁸³ Dans ce sens, BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 25.

⁴⁸⁴ DUBEY, p. 385 et 393.

⁴⁸⁵ ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.2; Message 1996 ad art. 38 du projet, p. 215 ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 47 Cst., n° 2.

⁴⁸⁶ ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.2, et ZIMMERLI, p. 52.

⁴⁸⁷ Message RPT, p. 2321s.

2, la Confédération « *laisse aux cantons suffisamment de tâches autonomes et respecte leur autonomie d'organisation* ». Cette disposition vise ainsi particulièrement l'autonomie cantonale en matière de tâches et d'organisation. La deuxième phrase protège quant à elle l'autonomie financière des cantons.

En vertu du principe de l'autonomie cantonale en matière d'accomplissement des tâches, la Confédération doit, dans la mesure du possible, accorder aux cantons un nombre suffisant de tâches autonomes. Ce principe vaut également pour les domaines dans lesquels la Confédération possède des compétences. Autrement dit, ce principe exige de la Confédération un exercice modéré de ses compétences⁴⁸⁸.

En vertu du principe de l'autonomie cantonale en matière d'organisation, la Confédération doit éviter les interventions excessives dans l'organisation cantonale, en particulier dans la procédure législative et l'organisation des autorités judiciaires ou administratives⁴⁸⁹. Des interventions dans l'organisation interne des cantons ne sont admissibles que si elles sont nécessaires à une mise en œuvre correcte et en temps utile du droit fédéral. Il faut donc effectuer une pesée des intérêts entre l'obligation de la Confédération de pourvoir à une exécution adéquate de ses tâches, d'une part, et l'autonomie des cantons en matière d'organisation et de procédure, d'autre part⁴⁹⁰. Selon STEIMEN, la Confédération doit ainsi s'imposer une retenue particulièrement grande lorsqu'il s'agit d'intervenir dans la procédure législative des cantons. Elle doit aussi faire preuve de retenue lorsqu'elle impose aux cantons la création d'une autorité judiciaire particulière⁴⁹¹.

309. *Justiciabilité.* – Le caractère justiciable des principes de l'autonomie organisationnelle et procédurale des cantons, ainsi que de l'autonomie cantonale en matière de tâches, doit faire l'objet d'une appréciation nuancée, en l'absence d'indications particulières du constituant⁴⁹². S'agissant de l'autonomie en

⁴⁸⁸ Message RPT, p. 2322. Voir également Message 1996, p. 215 (ad art. 38 du projet), ainsi que FORSTER, p. 133.

⁴⁸⁹ STEIMEN, p. 171.

⁴⁹⁰ STEIMEN, p. 170s., et ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.2.

⁴⁹¹ STEIMEN, p. 171 et ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.2. Dans cet arrêt, le TF a admis qu'il était possible d'imposer aux cantons que les demandes portant sur des projets de construction situés hors de la zone à bâtir soient traitées par une autorité cantonale unique, et ce quand bien même la Confédération ne dispose, en matière d'aménagement du territoire, que d'une compétence limitée aux principes.

⁴⁹² Voir le Message 1996, p. 214s., et le Message RPT, p. 2321s.

matière de tâches, le caractère général des obligations qui en découlent pour la Confédération s'oppose, en principe, à la justiciabilité de ce principe. En revanche, il découle du principe d'autonomie organisationnelle et procédurale des cantons des obligations relativement précises qui pourraient, théoriquement, faire l'objet d'un contrôle et d'une application judiciaires. Toutefois, à l'instar des autres principes généraux sur le fonctionnement du fédéralisme suisse ancrés aux art. 42ss Cst., les principes contenus à l'art. 47 Cst. (ainsi qu'à l'art. 47, al. 2 dès l'entrée en vigueur de la RPT) s'adressent en premier lieu au législateur et, de ce fait, échappent à un contrôle judiciaire direct en raison de l'immunité des lois fédérales⁴⁹³. Dans son acception actuelle, le principe de l'immunité des lois fédérales n'empêche cependant pas les tribunaux de contrôler indirectement la constitutionnalité d'une norme contenue dans une loi fédérale, pour en rechercher une interprétation conforme à la Constitution. Ainsi, dans l'ATF 128 I 254, le Tribunal fédéral a examiné la compatibilité avec le principe de l'autonomie organisationnelle des cantons de la disposition de la loi sur l'aménagement du territoire imposant aux cantons que toutes les demandes portant sur des constructions hors de la zone à bâtir soient traitées par une autorité cantonale unique. Il a en particulier vérifié si ce principe imposait une interprétation particulière de la norme fédérale en cause⁴⁹⁴. Dans cette mesure limitée, l'autonomie organisationnelle des cantons revêt donc un caractère – indirectement – justiciable.

§3 Synthèse

310. *Limites intrinsèques et extrinsèques.* – L'idée des limites intrinsèques aux attributions de compétences à l'Etat central est familière pour le juriste suisse, pour lequel il va de soi que les compétences du centre ne sont pas illimitées mais possèdent, au contraire, des contours plus ou moins bien déterminés qu'il convient de dégager à l'aide de l'interprétation. L'idée qu'il existe également des limites extrinsèques à ces compétences, autrement dit qu'il existe des cas dans lesquels l'Etat central, même s'il peut s'appuyer sur une compétence légitime, est parfois limité dans son action peut, à priori, paraître plus surprenante. Il est vrai qu'en Suisse, la possibilité d'introduire relativement

⁴⁹³ Dans ce sens, ZIMMERLI, p. 52.

⁴⁹⁴ Dans l'ATF 128 I 254, précité, le principe d'autonomie organisationnelle des cantons n'était pas invoqué comme grief par les recourants, mais comme moyen de défense par le canton de Berne, intimé, afin d'étayer son interprétation du droit fédéral litigieux.

facilement une nouvelle compétence dans la Constitution a résolu bien des difficultés.

311. *Limites extrinsèques.* – La reconnaissance de limites extrinsèques, autrement dit de limites à l'exercice des compétences du centre, suppose qu'il ne suffit pas de prévoir une règle de partage dans la Constitution, et d'y énumérer les compétences du centre. Elle fait appel à l'idée que la simple existence d'Etats membres autonomes au sein de l'Etat fédéral engendre une catégorie particulière de limites, qui restreignent l'usage que l'Etat central peut faire de ses compétences. Ce phénomène est particulièrement apparent aux Etats-Unis, où ces limites ont été basées sur le X^e Amendement. En Suisse, la question des limites à l'exercice des compétences de l'Etat central a été très peu explorée dans les arrêts du Tribunal fédéral, puisque les lois fédérales ne peuvent être attaquées directement du fait du principe de l'immunité. Dès lors, ce sont les lois cantonales qui se sont trouvées le plus souvent sous le feu de la critique. La question des limites à l'exercice des compétences a donc, surtout, été abordée pour les compétences cantonales, et non les compétences fédérales. Pour ces dernières, seuls des principes généraux existent, développés par la doctrine, reconnus dans une certaine mesure par la Constitution mais dépourvus de portée juridique contraignante.

312. *Prépondérance des principes non justiciables et des mécanismes non juridictionnels en Suisse.* – Il est relativement difficile de comparer la protection de l'autonomie des Etats, telle qu'elle a été articulée aux Etats-Unis sur la base du X^e Amendement, avec la situation en droit suisse, où, comme déjà souligné, les problèmes ne se posent pas dans les mêmes termes. Toutefois, l'idée générale selon laquelle l'Etat central ne doit pas exercer ses compétences de manière à porter – inutilement – atteinte à l'autonomie ou aux compétences des Etats fédérés est également connue dans l'ordre juridique suisse, et transparaît dans plusieurs principes consacrés par la Constitution. Cependant, à la différence de l'ordre juridique américain, ces principes ne revêtent pas un caractère justiciable en droit suisse, soit parce qu'ils ne sont pas conçus comme tels, soit à cause de l'immunité des lois fédérales. Il en découle que l'équilibre fédéraliste repose principalement, en Suisse, sur la bonne volonté des collectivités concernées, en particulier de la Confédération, et sur des mécanismes de collaboration non juridictionnels. Aux Etats-Unis en revanche, les limites mises à l'exercice des compétences de l'Union revêtent, de fait, un caractère justiciable puisque c'est la Cour Suprême elle-même qui les a élaborées. Cependant, cette justiciabilité a parfois surtout une valeur théorique, dans la mesure où certains principes censés protéger l'autonomie des Etats ne

sont en réalité pas vraiment appliqués par la Cour Suprême, comme les limites en matière de *conditional spending*. De ce point de vue, aux Etats-Unis aussi, les bonnes relations entre Etat central et Etats fédérés reposent en partie sur des mécanismes non juridictionnels.

Chapitre 2

Mise en œuvre du droit fédéral par les Etats fédérés

313. Lorsque les Etats fédérés sont chargés de mettre en œuvre le droit fédéral, ils encourent des risques particuliers d'atteintes à leur autonomie, puisqu'ils sont alors en quelque sorte « enrôlés » pour donner effet à un programme législatif qui n'émane pas d'eux, et avec lequel ils ne sont pas forcément d'accord.

§1 *En Suisse*

314. *Enchevêtrement des compétences.* – Plus encore peut-être qu'en matière législative, le domaine de la mise en œuvre est un domaine dans lequel les compétences fédérales et les compétences cantonales s'enchevêtrent considérablement.

De façon générale, la Confédération joue toujours un certain rôle dans l'exécution du droit fédéral, même lorsque celle-ci est confiée aux cantons. Cela peut provenir du fait que le droit fédéral (loi, ordonnance ou Constitution) prévoit d'emblée une exécution partagée entre la Confédération et les cantons, ou alors parce que ce même droit fédéral prévoit d'autres formes d'intervention de la Confédération, comme l'approbation des actes cantonaux d'exécution. Même sans attribution expresse, il incombe au minimum à la Confédération de surveiller la mise en œuvre par les cantons⁴⁹⁵.

315. *Protection de l'autonomie cantonale en matière de tâches et d'organisation.* – L'autonomie des cantons en matière d'exécution du droit fédéral jouit cependant de certaines garanties. Tout d'abord, comme nous l'avons vu, la Confédération doit, en vertu de l'art. 46, al. 1 Cst. et du principe

⁴⁹⁵ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 99.

de subsidiarité, confier autant que possible l'exécution aux cantons. Si elle le fait, le principe de l'autonomie cantonale en matière d'organisation et de procédure, protégé à l'art. 47 Cst., lui interdit en principe de prescrire aux cantons par qui et comment doivent être adoptées leurs dispositions d'exécution⁴⁹⁶. Par ailleurs, d'après le message du Conseil fédéral, l'art. 46, al. 2 (al. 3 après l'entrée en vigueur de la RPT), qui exprime les principes de subsidiarité et d'autonomie cantonale en matière de tâches et d'organisation, exige que la Confédération, dans sa législation, ne limite pas sans nécessité la liberté de manœuvre des cantons⁴⁹⁷. Autrement dit, « *il ne faut pas que la législation fédérale soit si détaillée que les lois cantonales de mise en œuvre finissent par toutes être pareilles* »⁴⁹⁸. La Confédération ne peut prescrire aux cantons des modalités de mise en œuvre qu'après avoir effectué un examen de proportionnalité, c'est-à-dire comparé l'atteinte portée à l'autonomie cantonale et l'intérêt public poursuivi⁴⁹⁹. Ce principe de l'autonomie des cantons en matière de tâches, d'organisation et de finances est renforcé, à partir de l'entrée en vigueur de la RPT, par un article 47, al. 2 (nouveau), qui l'exprime de manière explicite.

316. *Suite.* – Abstraction faite de ces principes, la marge d'autonomie des cantons en matière d'exécution dépendra, comme pour les compétences législatives concurrentes, du degré de précision et d'exhaustivité des règles fédérales de mise en œuvre⁵⁰⁰. Ainsi, si les modalités de l'exécution sont réglées en détail dans la loi fédérale ou, sur délégation de celle-ci, dans une ordonnance, et que la Confédération a de plus édicté des ordonnances administratives, adressées aux autorités cantonales d'application et contenant des directives précises sur la manière d'appliquer le droit fédéral, la marge de manœuvre des cantons se trouvera réduite à pratiquement rien. Dans ce cas, leur rôle ne va guère au-delà de celui de simples organes d'application, à l'instar d'un service de l'administration fédérale⁵⁰¹. On relèvera par ailleurs que, à partir de l'entrée en vigueur de l'art. 46, al. 2 issu de la RPT, les cantons et la Confédération auront la possibilité de conclure des conventions de mise en œuvre, qui pourront remplacer les prescriptions d'exécution.

⁴⁹⁶ STEIMEN, p. 170; BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 37; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 103.

⁴⁹⁷ Message 1996, ad art. 376 du projet, p. 214 et STEIMEN, p. 170.

⁴⁹⁸ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 46 Cst., n° 5.

⁴⁹⁹ STEIMEN, p. 171.

⁵⁰⁰ SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 101; KNAPP, *Fédéralisme*, p. 352.

⁵⁰¹ KNAPP, *Fédéralisme*, p. 348ss.

317. *Limites à l'exercice de la compétence cantonale.* – Si la Confédération n'est pas entièrement libre dans sa manière de régler l'exécution du droit fédéral par les cantons, ceux-ci doivent également respecter certaines limites lorsqu'ils font usage de la compétence en matière exécutive qui leur a été confiée. Il découle en particulier du principe de primauté du droit fédéral qu'ils ne doivent pas, par leurs dispositions d'exécution, entraver la réalisation du droit fédéral, par exemple en édictant des dispositions de procédure qui empêchent en pratique l'application du droit fédéral⁵⁰².

§2 *Aux Etats Unis*

318. *Rappel.* – Contrairement à la Suisse, la règle générale applicable aux Etats-Unis – soit la théorie du *dual federalism* – veut que les Etats ne soient en principe pas impliqués dans la mise en œuvre du droit fédéral. En pratique, toutefois, les Etats sont de plus en plus impliqués, à un titre ou à un autre, dans la mise en œuvre du droit fédéral. La Cour Suprême est intervenue relativement récemment pour tenter de limiter les atteintes à l'autonomie des Etats susceptibles de découler d'une telle pratique.

I. Interdiction de contraindre les Etats à mettre en oeuvre le droit fédéral: les arrêts *New York* et *Printz*

319. *Généralités.* – Au cours des années 1990, la Cour Suprême a rendu deux arrêts de principe traitant de la question de la mise en œuvre de la législation fédérale par les Etats. Ces deux arrêts étaient les premiers traitant directement de ce problème. Au cours de la décennie précédente, quelques décisions de la Cour avaient cependant préparé le terrain en laissant entendre

⁵⁰² BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 330s. Pour des exemples, voir ATF 107 Ib 395, cons. 1a, concernant le refus d'effet suspensif au recours contre une décision de retrait préventif du permis de conduire et ATF 118 II 479, cons. 2, concernant une disposition cantonale de procédure civile prévoyant la péremption d'une prétention découlant du droit civil fédéral pour le cas où un délai n'a pas été respecté avant le jugement au fond.

que la Constitution pourrait prohiber certaines formes de directives fédérales à l'intention des Etats⁵⁰³.

320. *L'arrêt New York v. U.S. : interdiction de contraindre les Etats à prendre des mesures législatives ou réglementaires pour mettre en œuvre le droit fédéral.* – Dans *New York v. United States*⁵⁰⁴, rendu en 1992, la Cour avait à juger de la constitutionnalité d'une disposition de la loi fédérale sur les déchets faiblement radioactifs⁵⁰⁵, qui prévoyait pour les Etats l'obligation soit d'adopter une réglementation régissant le stockage et l'élimination des déchets radioactifs en conformité avec les lignes directrices fédérales, soit d'assumer la propriété et la possession de tous les déchets radioactifs produits sur leur territoire⁵⁰⁶. La Cour Suprême a jugé cette disposition inconstitutionnelle, au motif que le Congrès ne saurait « réquisitionner » le processus législatif des Etats en obligeant directement ceux-ci à adopter et mettre en œuvre un programme réglementaire fédéral⁵⁰⁷. Il n'était pas contesté que l'Union possède la compétence de légiférer en matière de déchets radioactifs ; ce qui posait problème était uniquement la capacité de l'Etat central d'obliger les Etats à mettre en œuvre la politique fédérale en matière de déchets radioactifs.

Selon les considérants de *New York*, une loi fédérale ne peut pas ordonner aux Etats de légiférer dans un certain sens afin de mettre en œuvre les politiques poursuivies par le droit fédéral : « *the Federal Government may not compel the*

⁵⁰³ JACKSON, p. 2183 et les réf. citées. Voir également *New York v. U.S.*, 505 U.S. 144, 203.

⁵⁰⁴ 505 U.S. 144 (1992). Opinion majoritaire par la juge O'Connor. La décision a été prise à une majorité de six juges contre trois.

⁵⁰⁵ Low-Level Radioactive Waste Policy Act, Pub. L. 96-573, 94 Stat. 3347.

⁵⁰⁶ Le texte exact de la disposition incriminée était le suivant : « *If a State [...] in which low-level radioactive waste is generated is unable to provide for the disposal of all such waste generated within such State [...] by January 1, 1996, each State in which such waste is generated, upon the request of the generator or owner of the waste, shall take title to the waste, be obligated to take possession of the waste, and shall be liable for all damages directly or indirectly incurred by such generator or owner as a consequence of the failure of the State to take possession of the waste as soon after January 1, 1996, as the generator or owner notifies the State that the waste is available for shipment* » (505 U.S. 144, 153s.).

⁵⁰⁷ « *Congress may not commandeer the State's legislative processes by directly compelling them to enact and enforce a federal regulatory program [...]* » (505 U.S. 144, 145).

States to enact or administer a federal regulatory program »⁵⁰⁸. Autrement dit, ce qui va de soi en Suisse est précisément interdit aux Etats-Unis. Selon le standard posé par l'arrêt *New York*, le critère déterminant est celui de savoir si les Etats ont le choix de refuser de mettre en œuvre le programme fédéral ; si tel n'est pas le cas, la disposition fédérale doit être jugée inconstitutionnelle.

L'arrêt *New York* concernait donc la mise en œuvre du droit fédéral par les Etats par le biais de l'adoption de mesures législatives ou réglementaires⁵⁰⁹. En revanche, la question de l'exécution du droit fédéral par le biais de mesures administratives n'était pas clairement résolue⁵¹⁰. Elle l'a été de manière définitive quelques années plus tard, dans l'arrêt *Printz v. United States*.

321. *L'arrêt Printz v. U.S. : interdiction de contraindre les fonctionnaires étatiques à exécuter le droit fédéral* – Dans l'arrêt *Printz*⁵¹¹, la Cour a retenu, sur la base du même raisonnement que dans *New York*, que le gouvernement central ne pouvait pas non plus « réquisitionner » (*commandeer*) les Etats afin d'exécuter le droit fédéral. La question en jeu dans l'affaire *Printz* était celle de savoir si la loi fédérale sur le contrôle des armes à feu pouvait imposer aux officiers supérieurs de police dans les Etats de procéder à des vérifications dans l'histoire personnelle des acquéreurs d'armes de poing. La majorité des juges a retenu qu'une telle obligation était exclue, au motif que « le gouvernement fédéral ne saurait contraindre les Etats à adopter ou à administrer un programme réglementaire fédéral ». A ses yeux, même la *necessary and proper clause* ne saurait justifier une telle « réquisition » des exécutifs étatiques. Autrement dit,

⁵⁰⁸ 505 U.S. 144, 188. La Cour est parvenue à ce constat en se fondant essentiellement sur deux considérations: premièrement, selon la conception de la Constitution de 1789, l'Etat central ne peut adresser des directives qu'aux individus, mais non aux Etats ; deuxièmement, un tel système aboutirait à rendre peu claires, aux yeux des citoyens, les responsabilités politiques pour les décisions prises en application du droit fédéral. Pour une critique du premier argument, voir JACKSON, p. 2199s, et les réf. citées.

⁵⁰⁹ A ce sujet, voir déjà *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n*, 452 U.S. 264 (1981), confirmant une loi fédérale autorisant mais ne contraignant pas les Etats à réglementer les activités de minage conformément à des standards fédéraux, et *FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742 (1982), confirmant une loi fédérale contraignant certaines autorités étatiques à prendre en considération certains standards fédéraux.

⁵¹⁰ JACKSON, p. 2185.

⁵¹¹ 521 U.S. 898 (1997). Opinion majoritaire rédigée par le juge Scalia. La décision dans *Printz* a été rendue à une majorité étroite de cinq juges contre quatre.

toute utilisation du pouvoir exécutif des Etats afin de mettre en œuvre le droit fédéral est exclue en vertu de l'arrêt *Printz*⁵¹².

322. *Suite.* – Les juges majoritaires ont par ailleurs rejeté l'argument du gouvernement fédéral selon lequel les Etats devraient pouvoir être obligés à exécuter le droit fédéral au moins pour les cas dans lesquels ils ne disposent d'aucune marge de manœuvre pour orienter les buts et objectifs de la législation en cause. Selon la majorité des juges, une telle distinction serait trop difficile à mettre en œuvre et, au surplus, serait injustifiée, à considérer que le fait de ne laisser aucune marge d'autonomie aux Etats porterait encore plus atteinte à leur autonomie⁵¹³.

323. *Résultat de New York et Printz : les Etats ne sont pas obligés de mettre en œuvre ou d'exécuter le droit fédéral.* – Il résulte donc des arrêts *New York* et *Printz*, mis ensemble, que l'Etat fédéral, en particulier le Congrès, ne peut pas ordonner aux Etats fédérés, d'une part de prendre des mesures législatives ou réglementaires mettant en œuvre le droit fédéral (*New York*) et, d'autre part, d'exiger des Etats fédérés ou de leurs autorités qu'ils exécutent le droit fédéral (*Printz*)⁵¹⁴.

324. *Justification.* – Selon les opinions majoritaires dans *New York* et *Printz*, ces décisions se justifiaient par la volonté de protéger la souveraineté des Etats membres, à tout le moins une certaine acception de cette souveraineté, correspondant à la tradition du « fédéralisme dual »⁵¹⁵. Du fait que l'Etat fédéral d'une part, et les Etats fédérés d'autre part, disposeraient chacun d'une sphère séparée de souveraineté, les Etats membres ne pourraient pas être « instrumentalisés » par l'Etat central afin de mettre en œuvre des politiques fédérales⁵¹⁶.

Dans son opinion dissidente dans *Printz*, le juge Breyer a souligné que cette conception de la souveraineté des Etats membres n'allait pas de soi dans d'autres Etats ayant adopté le système fédéraliste, bien au contraire : « *at least some other countries [...] have found that local control is better maintained*

⁵¹² La Cour a également rejeté l'argument selon lequel le fait que les obligations incriminées dans *Printz* soient adressées directement aux officiers publics, et non aux Etats membres, justifierait un traitement différent. Voir à ce sujet JACKSON, p. 2193s.

⁵¹³ 521 U.S. 898, 928. Voir également JACKSON, p. 2192s.

⁵¹⁴ NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 206.

⁵¹⁵ JACKSON, p. 2191, qui souligne que cet argument de la « souveraineté duale » ne dit pas encore si les Etats peuvent être contraints à mettre en œuvre le droit fédéral.

⁵¹⁶ 521 U.S. 898, 919.

through application of a principle that is the direct opposite of the principle the majority derives from the silence of our Constitution. The federal systems of Switzerland, Germany and the European Union, for example, all provide that constituent states, no federal bureaucracies, will themselves implement many of the laws, rules, regulations, or decrees enacted by the central "federal" body »⁵¹⁷.

325. *Opinions dissidentes.* – Les juges dissidents dans *Printz* ont défendu l'opinion selon laquelle, si l'on pouvait encore admettre que le gouvernement fédéral ne puisse pas « réquisitionner » le pouvoir législatif des Etats, une telle interdiction ne se justifiait plus lorsqu'il s'agit d'ordonner aux Etats de prendre des mesures purement administratives afin de mettre en oeuvre le droit fédéral. On relèvera cependant que, selon la conception des juges dissidents également, l'exécution du droit fédéral par les Etats membres doit rester une exception, le principe général demeurant au contraire que l'Etat central met lui-même en oeuvre sa législation⁵¹⁸.

II. Mesure dans laquelle une mise en œuvre du droit fédéral par les Etats est autorisée

326. *Les moyens autorisés.* – Les juges majoritaires dans *New York* ont pris soin de préciser que, si le gouvernement fédéral n'avait pas le pouvoir de purement et simplement ordonner aux Etats de légiférer dans tel ou tel domaine afin de mettre en oeuvre le droit fédéral, il disposait cependant de plusieurs autres moyens, moins contraignants, de s'assurer la collaboration des Etats dans la mise en oeuvre du droit fédéral⁵¹⁹.

La Cour a en particulier expressément mentionné trois moyens alternatifs admissibles, car n'impliquant pas de contrainte (*coercion*) pour les Etats⁵²⁰.

327. *Mise en œuvre par les Etats avec possibilité de refus.* – Premièrement, le Congrès peut offrir aux Etats le choix entre régler eux-mêmes une activité conformément à des standards fédéraux, ou laisser les autorités fédérales édicter

⁵¹⁷ 521 U.S. 898, 976 (opinion dissidente du juge Breyer).

⁵¹⁸ Voir l'opinion dissidente rédigée par le juge Stevens dans *Printz*, 521 U.S. 898, 939ss et 961s.

⁵¹⁹ A ce sujet, voir notamment NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 204, et JACKSON, p. 2211.

⁵²⁰ 505 U.S. 144, 167s. Voir également l'opinion dissidente du juge Stevens dans *Printz*, qui revient sur la question (521 U.S. 898, 961).

elles-mêmes les dispositions nécessaires, privant ainsi les Etats de toute possibilité d'action dans le domaine en cause⁵²¹. Selon la Cour, cette manière de faire, qu'elle qualifie de « programme de fédéralisme coopératif », est utilisée dans de nombreuses lois fédérales et est parfaitement admissible.

On trouve notamment des exemples fréquents d'un tel procédé en droit de l'environnement. Ainsi, la loi fédérale sur la protection de l'air⁵²² requiert des Etats que ceux-ci adoptent un programme mettant en œuvre les standards fédéraux en matière de qualité de l'air (§ 110). Si un Etat ne remplit pas cette obligation de manière satisfaisante, la loi (§ 110 (c) (1)) charge l'agence fédérale pour la protection de l'environnement de promulguer un programme fédéral de mise en œuvre en lieu et place de l'Etat défaillant⁵²³.

Ce raisonnement démontre bien que la compétence de l'Etat central de légiférer lui-même dans la matière en cause, en particulier d'adopter les dispositions de mise en œuvre nécessaires, n'est aucunement remise en cause par la jurisprudence *New York*. Le Congrès peut donc toujours choisir de mettre en œuvre lui-même un programme législatif, mais en revanche il ne peut pas obliger les Etats à prendre en charge cette mise en œuvre. Cette situation est apparue paradoxale notamment aux rédacteurs des opinions dissidentes dans *New York* et *Printz*, qui n'ont pas manqué de souligner qu'une réglementation de mise en œuvre édictée directement par le Congrès lui-même ou par une agence fédérale portait à priori bien plus atteinte à l'autonomie des Etats membres que de laisser ceux-ci pourvoir eux-mêmes à l'exécution de la législation fédérale⁵²⁴.

⁵²¹ Congress may « offer States the choice of regulating [an] activity according to federal standards or having state law preempted by federal regulation. [...] This arrangement, which has been termed “a program of cooperative federalism” [...] is replicated in numerous federal statutory schemes » (505 U.S. 144, 167). La Cour avait déjà exprimé cette opinion dans l'arrêt *FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742 (1982), dans lequel la Cour avait conclu que l'Union pouvait imposer des obligations de mise en œuvre aux Etats lorsque le domaine concerné était susceptible d'être occupé entièrement par le droit fédéral.

⁵²² Clean Air Act, 42 U.S.C. §§7401 à 7671q.

⁵²³ Voir également la loi fédérale sur la protection de l'eau (*Clean Water Act*, 33 U.S.C. §§1251-1387), mentionnée par la Cour Suprême dans l'arrêt *New York*. Voir spécialement le §303 de cette loi, sur les standards de qualité de l'eau que les Etats sont chargés de fixer.

⁵²⁴ Voir en particulier l'opinion dissidente rédigée par le juge White dans *New York*, 505 U.S. 144, 210, ainsi que l'opinion dissidente du juge Stevens dans *Printz*, 521 U.S. 898,

328. *Incitations financières à la mise en œuvre.* – Deuxièmement, la Cour a également mentionné, parmi les moyens alternatifs suggérés dans *New York*, la possibilité pour le Congrès d'utiliser son pouvoir en matière de *conditional spending* (art. 1, section 8, clause 1) et de subordonner la délivrance de subventions fédérales ou d'autres formes d'encouragement financier à la condition que les Etats légifèrent dans tel ou tel sens⁵²⁵. Il faut cependant, en vertu de l'arrêt *South Dakota v. Dole*⁵²⁶, que les conditions mises à l'octroi de fonds fédéraux aient un certain lien avec les buts poursuivis par la subvention.

Dans cet arrêt de 1987, la Cour Suprême n'a ainsi vu aucun inconvénient à ce qu'une loi fédérale ordonne au Secrétaire des Transports de ne délivrer des subventions fédérales pour la construction de routes qu'aux Etats acceptant de fixer à 21 ans l'âge minimal pour l'achat de boissons alcoolisées. Dès lors, si l'on reprend l'état de fait de *Printz*, l'Etat central aurait pu inciter les Etats recevant un financement fédéral pour lutter contre les crimes violents à effectuer des vérifications dans le passé des acquéreurs d'armes à feu en subordonnant l'octroi de la subvention au respect de cette condition⁵²⁷.

329. *L'obligation de mise en œuvre s'impose tant aux Etats qu'aux particuliers.* – Troisièmement, il ressort des considérants de l'opinion majoritaire dans *New York* que rien n'empêche a priori l'Etat fédéral d'imposer aux Etats membres des obligations de mise en œuvre, pour autant que celles-ci figurent dans une loi généralement applicable, c'est-à-dire une loi qui s'applique de la même façon aux Etats et aux particuliers, par opposition à une loi ciblant exclusivement les Etats⁵²⁸. Cette manière de voir a été confirmée dans l'arrêt *Reno v. Condon*⁵²⁹, dans lequel la Cour a jugé que le fait que la loi fédérale en cause était applicable également à des acteurs privés suffisait à

959 : « *Perversely, the majority's rule seems more likely to damage than to preserve the safeguards against tyranny provided by the existence of vital state governments. By limiting the ability of the Federal Government to enlist state officials in the implementation of its programs, the Court creates incentives for the National Government to aggrandize itself. In the name of State's rights, the majority would have the Federal Government create vast national bureaucracies to implement its policies* ».

⁵²⁵ Congress may also « *attach conditions on the receipt of federal funds* » (505 U.S. 144, 167).

⁵²⁶ 483 U.S. 203 (1987).

⁵²⁷ JACKSON, p. 2211.

⁵²⁸ 505 U.S. 144, 160. Voir également l'opinion dissidente dans *Printz*, 521 U.S. 898, 960. Egalement NOWAK/ROTUNDA, *Manuel*, p. 206.

⁵²⁹ 528 U.S. 141 (2000). Opinion unanime de la Cour rédigée par le juge Rehnquist.

« sauver » sa constitutionnalité⁵³⁰. De l'avis d'un commentateur, cette distinction se justifie notamment parce qu'une loi qui concerne également l'activité privée ne visera en règle générale pas des fonctions spécifiquement gouvernementales et que, dès lors, l'atteinte à l'autonomie étatique est moindre⁵³¹.

330. *Portée pratique très limitée de la jurisprudence New York et Printz.* – Au vu des moyens exposés ci-dessus, auxquels peut recourir le Congrès pour obtenir des Etats qu'ils mettent en œuvre le droit fédéral, il s'avère que la portée concrète de l'arrêt *New York* et, dans une moindre mesure, de l'arrêt *Printz*, est extrêmement limitée. Seuls les cas dans lesquels l'Etat central tente de forcer les Etats à mettre en œuvre le droit fédéral sans leur laisser l'alternative de refuser, sont exclus par cette jurisprudence. Au-delà de sa portée pratique limitée, cette jurisprudence démontre néanmoins que la mise en œuvre par les Etats membres doit constituer l'exception, et qu'en règle générale l'Etat central doit pourvoir lui-même à l'exécution de sa législation. Cette idée semble profondément ancrée dans la conception américaine du fédéralisme, et est à l'opposé de celle qui prévaut en Suisse.

III. Conséquences pour l'autonomie des Etats

331. *Délégations de la mise en œuvre contenues dans les lois fédérales.* – En dépit du principe selon lequel l'Etat central doit, en règle générale, pourvoir à l'exécution de ses propres lois, et en dépit de la jurisprudence *New York* et *Printz*, les Etats jouent en réalité un rôle important dans la mise en œuvre du droit fédéral. Ainsi, de nombreuses lois fédérales contiennent des clauses déléguant tel ou tel aspect de la mise en œuvre aux Etats, même s'il est vrai que les organes de l'Etat central conservent en règle générale un rôle important dans l'exécution des lois fédérales. On trouve dans les lois fédérales tantôt des clauses décrivant de manière très détaillé le mandat donné aux Etats, si bien que

⁵³⁰ Il s'agissait de la loi fédérale sur la protection de la sphère privée des conducteurs, laquelle restreignait la capacité des Etats de révéler des données personnelles sur un conducteur sans le consentement de ce dernier. La Cour a jugé cette réglementation admissible au motif que la loi en cause s'adressait aux Etats en tant que propriétaires de bases de données, et non en tant que détenteurs de la puissance publique. Au surplus, la loi fédérale ne contraignait pas les Etats à légiférer et n'exigeait pas non plus la collaboration des officiers publics étatiques pour sa mise en œuvre.

⁵³¹ JACKSON, p. 2207.

ceux-ci ne disposent d'aucune marge d'appréciation lorsqu'ils mettent en œuvre le droit fédéral, tantôt des délégations plus générales, laissant aux Etats une certaine autonomie quant à la manière dont ils entendent donner effet au droit fédéral⁵³².

332. *Autonomie des Etats dans le cadre de la mise en œuvre du droit fédéral.* – Puisque, en vertu de la jurisprudence *New York* et *Printz*, les Etats ne peuvent pas être contraints à mettre en œuvre le droit fédéral, la Cour n'a pas eu à examiner la question de la marge de manœuvre à laisser aux Etats lorsque ceux-ci, parce qu'ils le souhaitent ou qu'ils y sont incités, mettent effectivement en œuvre la législation fédérale. Il n'existe donc pas de règles jurisprudentielles, et, à une exception près (examinée ci-dessous), pas de règles légales, sur ce que peut faire ou ne pas faire le gouvernement central lorsqu'il sollicite la collaboration des Etats pour mettre en œuvre le droit fédéral. On relèvera par ailleurs que cette question a fait l'objet de très peu d'attention en doctrine.

Contrairement à la situation prévalant en droit suisse, rien n'empêche *a priori* le législateur fédéral de prescrire de manière très détaillée le contenu de la réglementation étatique de mise en œuvre, ou de désigner directement les autorités étatiques chargées de l'exécution du droit fédéral. La seule limite est que le gouvernement fédéral ne peut pas contraindre les Etats à participer à cette mise en œuvre.

333. *Le problème des « unfunded mandates ».* – Toutefois, le recours croissant à la collaboration, plus ou moins volontaire, des Etats, a suscité récemment des protestations de la part de ces derniers, au motif qu'un tel procédé avait pour effet de détourner leurs ressources fiscales et administratives à des fins fédérales, restreignant ainsi leur capacité à mener à bien leurs propres tâches⁵³³. La source principale du mécontentement des Etats était le problème des *unfunded mandates*, c'est-à-dire des lois fédérales confiant aux Etats des tâches de mise en œuvre sans prévoir un financement fédéral correspondant, les Etats étant alors contraints de puiser dans leur propre poche. Ces doléances ont finalement trouvé une oreille attentive au Congrès, lequel a adopté en 1995 une loi fédérale sur les mandats sans financement, prévoyant divers obstacles procéduraux rendant plus difficile l'adoption de tels mandats par le Sénat et la

⁵³² CAMINKER, p. 1062 et 1065.

⁵³³ CAMINKER, p. 1003.

Chambre des Représentants⁵³⁴. Les limites ainsi imposées au Congrès afin de protéger l'autonomie financière des Etats sont de nature légale, et non constitutionnelle. Elles représentent cependant une certaine protection de l'autonomie financière des Etats membres lorsque ceux-ci exécutent le droit fédéral. Cette idée se retrouve également en Suisse.

§3 Synthèse

334. *Divergence des principes de base, convergence des tendances en pratique.* – Même aux Etats-Unis, où le principe général prévalant en théorie est pourtant que l'Union se charge elle-même de mettre en œuvre sa législation, on assiste à un recours croissant à la collaboration des Etats pour la mise en œuvre du droit fédéral. La Cour Suprême, avec ses arrêts *New York* et *Printz*, n'a fait que freiner marginalement ce phénomène. Toutefois, en dépit de leur faible portée pratique, ces arrêts témoignent de l'inquiétude de certains juges de la Cour Suprême face à la réduction de l'autonomie des Etats qui découle de leur enrôlement comme organes d'exécution des lois fédérales. Or, les instruments jurisprudentiels ou légaux qui permettent de protéger l'autonomie des Etats dans ce cadre font largement défaut.

Les préoccupations existant aux Etats-Unis à propos du fédéralisme d'exécution ne sont pas totalement absentes de la doctrine constitutionnelle en Suisse. Ainsi, le message relatif à la RPT reconnaît que, si le fédéralisme d'exécution présente de nombreux aspects positifs, il s'accompagne aussi du risque que les cantons « *puissent devenir à la longue des arrondissements administratifs de la Confédération [...]* » et suscite également des difficultés pour les citoyens « *quant à l'identification de l'échelon public responsable de tel ou tel groupe de tâches* »⁵³⁵. Par ailleurs, la Constitution contient quelques dispositions de principe garantissant une certaine marge d'autonomie aux cantons lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit fédéral. Toutefois, on retrouve ici le même constat que celui fait précédemment au sujet des limites mises à l'exercice des compétences fédérales : ces principes sont, pour la plupart, non directement applicables et non justiciables, et ne constituent dès lors que des lignes directrices à destination de la Confédération. En pratique, le respect de

⁵³⁴ Unfunded Mandates Reform Act of 1995, Pub. L. No 104-4, 109 Stat. 48 (Mar. 22, 1995), applicable lorsque les coûts prévisibles pour les Etats excèdent \$50 mio par année. A ce sujet, voir notamment CAMINKER, p. 1004 note 7.

⁵³⁵ Message RPT, p. 2194.

l'autonomie des cantons dans le contexte de la mise en œuvre du droit fédéral repose donc avant tout sur la bonne volonté de l'Etat central.

Chapitre 3

Le principe de subsidiarité

335. Alors que les garanties de l'autonomie des Etats fédérés dans le cadre de la mise en œuvre du droit fédéral sont un exemple de limites extrinsèques mises aux compétences fédérales, le principe de subsidiarité constitue, quant à lui, un cas particulier. Premièrement, même s'il a pour effet principal de protéger les compétences et l'autonomie des Etats fédérés, il peut également parfois agir à leur détriment. Deuxièmement, suivant la manière dont on l'interprète, il peut constituer aussi bien une limite intrinsèque qu'une limite extrinsèque aux compétences de l'Etat central.

§1 *En Suisse*

I. Les consécutions constitutionnelles

336. *Art. 42, al. 2 Cst., issu de la mise à jour de 1999.* – Lors de la mise à jour de 1999, le constituant fédéral a introduit dans le texte constitutionnel une disposition, l'art. 42, al. 2, censée exprimer, comme il ressort clairement des travaux préparatoires, le principe de subsidiarité, ou du moins une certaine acception de ce principe. Le texte de la disposition ne contient pas le mot « subsidiarité », qui n'est que sous-entendu⁵³⁶, alors qu'il figurait pourtant en toutes lettres dans le projet de 1996 du Conseil fédéral (art. 34, al. 3)⁵³⁷.

L'abandon de la version du Conseil fédéral au profit de celle définitivement adoptée par l'Assemblée fédérale est le résultat d'un parcours parlementaire assez tortueux, particulièrement au Conseil des Etats, d'où sont venues les

⁵³⁶ « Elle [la Confédération] assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme ».

⁵³⁷ L'art. 34, al. 3 du projet du Conseil fédéral avait la teneur suivante : « La Confédération observe le principe de subsidiarité ».

impulsions et à la version duquel le Conseil national s'est finalement rallié⁵³⁸ : tout d'abord, le terme même de subsidiarité a été biffé, dans l'idée d'éviter d'introduire dans la Constitution des « notions nouvelles et indéterminées »⁵³⁹ ; ensuite, la négation « ne...que » (« *La Confédération n'assume que les tâches...* ») a elle aussi été supprimée, ce qui a abouti à la formulation définitivement adoptée par le constituant.

337. *Art. 5a Cst. issu de la RPT.* – Avec l'entrée en vigueur de la RPT, le principe de subsidiarité a trouvé une expression plus explicite dans la Constitution avec le nouvel art. 5a Cst., lequel précise que « *L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité* ».

Cette nouvelle disposition figure, non plus comme l'art. 42, al. 2 Cst. dans le chapitre sur les rapports entre la Confédération et les cantons, mais dans les dispositions générales⁵⁴⁰. De plus, elle se réfère aux « tâches étatiques » en général et non pas seulement aux tâches de la Confédération. Elle a donc vocation à s'appliquer à tous les niveaux de l'activité étatique : à la Confédération dans ses rapports avec les cantons avant tout, mais également aux cantons dans leurs rapports avec les communes⁵⁴¹, voire à certaines unités administratives ou à certaines entreprises fédérales (Poste, CFF) exerçant des attributions de puissance publique. Toutefois, pour ces deux dernières catégories d'entités, l'art. 5a Cst. a uniquement valeur de ligne directrice dépourvue de tout effet juridique contraignant.

⁵³⁸ Pour un résumé de la procédure parlementaire, voir AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 18, et SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 42 Cst., n° 3 et 4. Une relation plus détaillée figure dans AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 16ss.

⁵³⁹ Intervention Rhinow (rapporteur), BO CE 1998, tiré à part, p. 61 (en allemand). Voir encore AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 18, et SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 42 Cst., n° 3.

⁵⁴⁰ Dans le projet du Conseil fédéral, la disposition figurait également dans les dispositions générales, mais à l'art. 3a, c'est-à-dire juste après l'article sur le partage des compétences. Sur proposition du Conseil des Etats, l'emplacement a été fixé à l'art. 5a, pour souligner que la subsidiarité devait également s'appliquer aux rapports entre l'Etat et la société (voir notamment l'intervention Inderkum [rapporteur], BO CE 2002, p. 854).

⁵⁴¹ Message RPT, p. 2319. Interventions Inderkum [rapporteur] et Villiger [Conseiller fédéral], BO CE 2002 p. 853 et 854. Egalement BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 10, et RICHLI, p. 57s.

338. *Art. 43, al. 1 Cst. issu de la RPT.* – Par ailleurs, l'art. 42, al. 2 Cst. issu de la mise à jour de 1999 est formellement abrogé par l'entrée en vigueur de la RPT. Cependant, il ne disparaît pas du texte constitutionnel du point de vue du contenu. En effet, l'art. 43, al. 1 Cst., introduit par la RPT, reprend la formulation de l'ancien art. 42, al. 2 Cst., en y ajoutant la négation qui s'était perdue au cours des débats parlementaires – « *La Confédération n'assume que...* » –, ainsi qu'une alternative quant à la qualification des tâches visées : il doit s'agir de tâches qui soit nécessitent une réglementation uniforme, soit excèdent les possibilités des cantons. Ce second membre de l'alternative, qui n'existait pas dans la formulation de l'art. 42, al. 2 Cst., a été ajouté dans le cadre de la RPT. Il constitue, à lire le message, une concrétisation de l'exigence de la nécessité d'une réglementation uniforme⁵⁴².

On peut se demander dans quelle mesure l'exigence que les possibilités des cantons soient dépassées revêt une portée indépendante par rapport à l'exigence du besoin d'une réglementation uniforme. Il est vrai que dans – pratiquement – tous les cas dans lesquels les possibilités des cantons sont dépassées, une réglementation fédérale uniforme se révélera nécessaire. En revanche, l'inverse n'est pas toujours vrai : on peut aisément imaginer des cas dans lesquels une réglementation fédérale uniforme est souhaitable, pour toutes sortes de raisons, sans que les possibilités des cantons ne soient dépassées pour autant⁵⁴³. Dès lors, les deux termes de l'alternative ne sont pas tout à fait équivalents. Puisqu'il s'agit bien de deux conditions alternatives et non cumulatives, une réglementation fédérale uniforme pourra donc être adoptée si elle se révèle nécessaire, quand bien même les possibilités des cantons ne seraient pas dépassées⁵⁴⁴.

339. *Principe structurel de l'ordre constitutionnel suisse.* – Avant la mise à jour de 1999, le principe de subsidiarité ne figurait pas explicitement dans la Constitution fédérale. Certains auteurs estimaient toutefois que ce principe existait déjà dans l'ordre juridique suisse, même en l'absence d'un ancrage spécifique dans la Constitution. Selon ces auteurs, la subsidiarité constitue un principe fondamental de l'ordre constitutionnel suisse, qui trouve son expression dans toute une série de dispositions constitutionnelles en-dehors de

⁵⁴² Message RPT, p. 2320.

⁵⁴³ Intervention Villiger [Conseiller fédéral], BO CN 2003, p. 957.

⁵⁴⁴ Voir une proposition de minorité Beck, qui tendait à remplacer la conjonction « ou » par la conjonction « et », donc à rendre les deux conditions cumulatives, refusée par le Conseil national, BO CN 2003, p. 953 et 957.

l'art. 42, al. 2 Cst⁵⁴⁵. On peut citer notamment l'art. 46, al. 1 Cst., qui pose le principe de l'exécution du droit fédéral par les cantons, toutes les attributions de compétences à la Confédération limitées aux principes, ainsi que l'obligation faite à la Confédération de tenir compte des compétences des cantons et de sauvegarder leurs intérêts dans ses relations avec les Etats étrangers (art. 54, al. 3 Cst.)⁵⁴⁶.

II. Portée

340. *Généralité.* – L'intégration du principe de subsidiarité dans le texte constitutionnel soulève la question de sa portée et de sa nature juridique. Ainsi, dès l'entrée en vigueur de la RPT, la Constitution suisse contiendra une disposition, l'art. 5a, consacrant le principe de subsidiarité comme principe général de l'activité étatique. De manière générale, le principe de subsidiarité est traditionnellement décrit comme exprimant l'idée que « *chaque collectivité (Etat central et Etats fédérés ou, plus largement, individu, famille, etc.) ne doit se charger que des tâches qui dépassent les forces de la collectivité inférieure* »⁵⁴⁷.

341. *Portée de l'art. 5a issu de la RPT.* – L'art. 5a Cst. se réfère à la fois à l'attribution et à l'accomplissement des tâches étatiques. Le principe de subsidiarité est donc entendu à la fois comme limite à l'exercice des compétences et comme limite à l'attribution de nouvelles compétences à la collectivité supérieure⁵⁴⁸. Toutefois, dans ce dernier cas, il se pose la question de savoir s'il s'agit d'une limite matérielle à la révision de la Constitution ou d'un simple mandat à l'adresse du constituant, voire seulement d'une exigence de motivation particulière. A ce sujet, la lecture du message du Conseil fédéral et l'étude des débats parlementaires ne sont guère concluantes. Selon le message, le principe de subsidiarité tel qu'exprimé à l'art. 5a Cst. revêt le

⁵⁴⁵ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 6; KOLLER, p. 680; SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 56ss.

⁵⁴⁶ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 6; KOLLER, p. 684s. Voir également THALMANN, p. 163s., et AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 9ss.

⁵⁴⁷ VOYAME, p. 121. Voir également AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 14, et THALMANN, p. 162s. Sur les origines du principe de subsidiarité, voir KOLLER, p. 677s., et AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 4s., ainsi que l'art. 5 du Traité d'Amsterdam, qui sert souvent de référence en la matière.

⁵⁴⁸ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 9, et RICHLI, p. 59.

caractère d'un « *précepte institutionnel* », s'adressant avant tout au constituant et servant à attribuer les tâches au niveau étatique adéquat⁵⁴⁹. L'application qui en est faite n'est pas susceptible d'être revue par un tribunal, le principe de subsidiarité n'étant pas justiciable dans ce contexte⁵⁵⁰. Lors des débats parlementaires, ces principes ont été répétés. Le principe de subsidiarité a été qualifié de maxime politique, de « *Leitplanke* », non justiciable⁵⁵¹. Il a par ailleurs été précisé, lors du débat d'entrée en matière, qu'une initiative populaire proposant d'attribuer à la Confédération une compétence non justifiée au regard du principe de subsidiarité ne pourrait pas être invalidée pour cette raison, ce qui exclut toute velléité de conférer à ce principe le rôle d'une limite matérielle à la révision de la Constitution⁵⁵². Cette affirmation paraît aller de soi : la Constitution fédérale ne connaît pas de hiérarchie interne, et donc pas de limites hétéronomes à sa révisibilité ; quant aux limites autonomes, elle sont énumérées exhaustivement aux art. 139, al. 3 ainsi que 193, al. 4 et 194, al. 2 et 3 Cst. Quant à l'affirmation selon laquelle le principe de subsidiarité tel que consacré à l'art. 5a Cst. ne constitue qu'une maxime politique, elle doit sans doute être nuancée. Il est vrai qu'il est difficile de tirer de l'art. 5a, considéré de manière indépendante, des conséquences juridiques précises. En revanche, si on lit l'art. 5a en conjonction avec l'art. 43, al. 1 Cst. issu de la RPT (anciennement art. 42, al. 2), l'on peut, dans certains cas, lui attribuer une portée juridique, qui doit cependant être différenciée selon que l'on parle de l'attribution ou de l'exercice des compétences.

342. *Portée de l'art. 42, al. 2 Cst. issu de la mise à jour (art. 43, al. 1 Cst. issu de la RPT).* – Dans le projet du Conseil fédéral relatif à la mise à jour, le principe de subsidiarité figurait dans un article consacré à la collaboration entre la Confédération et les cantons dans l'accomplissement de leurs tâches. Dès

⁵⁴⁹ Message RPT, p. 2319.

⁵⁵⁰ Message RPT, p. 2320.

⁵⁵¹ Intervention Villiger [Conseiller fédéral], BO CE 2002, p. 854. Plus nuancés : BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 11, selon lequel s'agit bien d'un principe juridique, et RICHLI, p. 60 et 67s., qui considère non seulement qu'il s'agit d'un principe juridique, mais également d'un principe justiciable.

⁵⁵² Intervention Schmid Carlo, BO CE 2002, p. 843, et intervention Villiger [Conseiller fédéral], BO CE 2002, p. 850. *Contra* : RICHLI, p. 59 et 81, qui considère en tout cas que le principe de subsidiarité tel que consacré à l'art. 5a lie également le constituant et devrait avoir au moins pour effet que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale recommandent le rejet de l'initiative populaire allant à l'encontre du principe de subsidiarité, voire, « *im Extremfall* », constituer une limite matérielle à la révision constitutionnelle.

lors, il était assez clair que la subsidiarité devait être entendue comme un principe devant guider la Confédération dans l'accomplissement de ses tâches, lui imposant une certaine retenue dans l'exercice de ses compétences⁵⁵³.

En revanche, l'art. 42, al. 2 Cst. adopté par les Chambres figure dans la section consacrée aux « tâches de la Confédération et des cantons », et est intégré dans un article dont le premier alinéa est consacré au principe général d'attribution des compétences à la Confédération. Un doute subsiste dès lors quant à la portée juridique exacte de l'alinéa 2. La plupart des auteurs qualifient d'ailleurs ce texte d'ambigu⁵⁵⁴.

La majorité de la doctrine défend l'idée que le principe de subsidiarité tel que consacré par cette disposition concerne principalement, voire uniquement, l'exercice des compétences fédérales, et non leur attribution. Il s'agirait d'un principe s'adressant au législateur fédéral pour lui enjoindre de n'utiliser des compétences que la Constitution fédérale attribue à la Confédération que si et dans la mesure où une réglementation uniforme est nécessaire⁵⁵⁵. Dans le cas contraire, les réglementations cantonales peuvent et doivent subsister⁵⁵⁶.

D'autres auteurs estiment que l'art. 42, al. 2 Cst. revêt également une certaine portée en matière d'attribution de compétences à la Confédération. La plupart des commentateurs concernés rejettent cependant l'idée d'attribuer au principe de subsidiarité une portée impérative dans ce contexte. Ainsi, l'art. 42, al. 2 Cst. ne pourrait ni se comprendre comme une limite matérielle impérative à la révisibilité de la Constitution, en vertu de laquelle le constituant ne saurait attribuer à la Confédération des tâches pour lesquelles une uniformisation du droit n'est pas nécessaire⁵⁵⁷, ni comme une clause générale de compétence en

⁵⁵³ Dans ce sens, voir notamment AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 16. Le Message 1996, p. 211, laissait pourtant entendre que le principe de subsidiarité avait également une influence sur l'attribution des compétences elle-même. La nature de cette influence n'était cependant pas précisée.

⁵⁵⁴ Voir notamment THALMANN, p. 165, et AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 22.

⁵⁵⁵ On relèvera que le texte constitutionnel dit : « *qui doivent être réglés de manière uniforme* » ; on ne sait donc pas si une telle réglementation doit être nécessaire ou simplement utile.

⁵⁵⁶ AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 16 ; SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 42, n° 7 ; THALMANN, p. 164s.

⁵⁵⁷ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 13 ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 17 et 20 ; idem, *Mélanges Schüpbach*, p. 11 ; SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 42 Cst., n° 7s. ; THALMANN, p. 165s ; KOLLER, p. 681s. et 688. Plus nuancée : EPINEY, p. 21 ainsi que pp. 25 et 27. *Contra* : RICHLI, p. 59 et 81.

faveur de la Confédération, en vertu de laquelle l'Etat central pourrait s'attribuer une nouvelle compétence chaque fois qu'une réglementation uniforme se révèle nécessaire⁵⁵⁸. En revanche, ces mêmes auteurs admettent que l'art. 42, al. 2 Cst. revêt la portée d'un mandat non impératif adressé au constituant, susceptible de fonder politiquement l'attribution de nouvelles compétences à la Confédération, mais qui n'aurait pas d'autres conséquences juridiques que d'obliger tout au plus le Conseil fédéral à consacrer un chapitre au respect de la subsidiarité dans son message accompagnant un projet de modification du partage des compétences⁵⁵⁹.

343. *Obligation juridique ?* – Si le principe de subsidiarité tel que consacré à l'art. 42, al. 2 Cst. est compris comme une limite à l'exercice des compétences fédérales, la question de savoir si son respect constitue alors une obligation juridique à l'adresse du législateur fédéral n'est pas clairement résolue. Elle ne l'a pas été lors des travaux parlementaires et la doctrine est divisée à ce sujet⁵⁶⁰. Par ailleurs, la reconnaissance d'un caractère obligatoire soulèverait des questions délicates de concrétisation, notamment quant à savoir ce qui se passerait si le législateur fédéral se voyait conférer par le constituant une compétence « inutile » du point de vue de la subsidiarité, assortie d'un mandat de légiférer⁵⁶¹.

344. *Réponses apportées par l'art. 43, al. 1 Cst. issu de la RPT.* – Une partie des incertitudes concernant la portée de l'art. 42, al. 2 Cst. a été levée avec l'entrée en vigueur de l'art. 43, al. 1 issu de la RPT. Cette disposition définit le principe de subsidiarité mais cette fois pour le cadre particulier de la relation entre cantons et Confédération. Concernant la portée attribuée à cette disposition, le message du Conseil fédéral est assez catégorique sur un aspect au moins : il s'agit d'une ligne directrice pour l'attribution de compétences au

⁵⁵⁸ Voir notamment SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 42 Cst., n° 5 et les réf. citées ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 19 et idem, *Mélanges Schüpbach*, p. 23. Contra : FLEINER, p. 2 : « *Sie [die Subsidiaritätsklausel] gibt dem Bund die generelle Kompetenz, immer dann, wenn eine schweizerische einheitliche Lösung erforderlich ist, diese durch Bundesgesetz zu regeln* ». Cette idée se retrouvait plus ou moins dans le Projet 1977.

⁵⁵⁹ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 13 ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 20 ; idem, *Mélanges Schüpbach*, p. 24 ; KOLLER, p. 696.

⁵⁶⁰ Dans le sens d'une obligation juridique, apparemment : AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 20. Contra : SCHWEIZER, *Commentaire SG* ad art. 42 Cst., n° 7, qui parle de « Leitfaden », de même que le Message 1996, p. 211. THALMANN, p. 164, parle de « Anweisung ».

⁵⁶¹ KOLLER, p. 691s.

niveau constitutionnel, qui s'adresse directement au constituant⁵⁶². Dans ce sens, l'art. 43, al. 1 concerne donc le partage des compétences lui-même, comme semble l'indiquer la lettre de la disposition : « *La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération* ». Il est en revanche moins évident que l'art. 43, al. 1 concerne également l'exercice des compétences étatiques, comme on pourrait le déduire du titre de la disposition : « *Principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques* ». Le message du Conseil fédéral laisse plutôt entendre le contraire et les débats parlementaires n'ont apporté que peu d'éclaircissements. Par ailleurs, la nouvelle formulation utilisée à l'art. 43, al. 1 Cst. permet d'écarter définitivement l'hypothèse selon laquelle il s'agirait d'une clause générale de compétence en faveur de la Confédération, permettant à celle-ci de s'attribuer une nouvelle compétence chaque fois qu'une réglementation uniforme est nécessaire.

345. *Questions ouvertes.* – Finalement, les questions qui se posaient déjà quant à la portée exacte, quant au destinataire, de l'art. 42, al. 2 Cst., demeurent ouvertes pour l'essentiel avec l'entrée en vigueur de la RPT, et les réflexions menées à ce propos en doctrine demeurent valables. Peut-être l'aspect « ligne directrice pour le constituant » sort-il renforcé des modifications introduites par la RPT, puisque c'est surtout cette facette de la subsidiarité qui a été mise en avant.

III. Principe de subsidiarité comme limite à l'exercice des compétences fédérales

346. *Limite à l'exercice des compétences fédérales.* – Même si l'aspect « limite à l'attribution de nouvelles compétences à la Confédération » est mis en avant à propos du nouvel art. 43, al. 1 issu de la RPT, il n'en demeure pas moins

⁵⁶² Message RPT, p. 2320. Dans ce sens, également BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 13. *Contra*: RICHLI, p. 59s et 79, lequel est d'avis qu'il ne s'agit pas là d'une simple ligne directrice, mais bien d'une obligation juridique.

que le principe de subsidiarité joue également un rôle important en tant que limite à l'exercice des compétences de la Confédération⁵⁶³.

347. *Obligations particulières.* – Compris dans ce sens, le principe de subsidiarité peut être subdivisé en plusieurs obligations à l'adresse du législateur fédéral, y compris le Conseil fédéral lorsqu'il édicte des ordonnances.

Tout d'abord, le législateur fédéral ne doit « *pas réglementer, dans un domaine de compétence donné, les secteurs (ou sous-domaines) dont il n'est pas absolument nécessaire d'unifier le régime* »⁵⁶⁴. On peut sans doute étendre cette obligation à l'ensemble d'un domaine de compétence si une réglementation uniforme n'est pas nécessaire.

Ensuite, le législateur fédéral ne doit « *pas retenir la compétence exécutive lorsque les cantons sont aptes et disposés à l'exercer correctement, à moins que la tâche étatique en cause n'exige une exécution centralisée* »⁵⁶⁵. Cette exigence concernant la compétence de mise en œuvre du droit fédéral est concrétisée, dans la Constitution de 1999, par l'art. 46, al. 1 et 2, dont la portée a été explicitée plus haut.

Enfin, il appartient au législateur fédéral de « *se limiter à l'adoption de dispositions de principe lorsqu'une réglementation détaillée n'est pas nécessaire (législation-cadre), autrement dit de limiter l'intensité de son intervention normative* »⁵⁶⁶. Souvent, ce choix sera déjà opéré par le constituant qui, en n'attribuant à la Confédération qu'une compétence limitée aux principes, restreint de fait l'intensité de l'action du législateur⁵⁶⁷. Toutefois, dans la logique du principe de subsidiarité, il appartient au législateur de vérifier, même là où la compétence fédérale n'est pas limitée aux principes, si une simple loi-cadre ne suffit pas déjà à accomplir la tâche en cause. Tel a par exemple été le cas en matière d'allocations familiales, où le législateur s'est

⁵⁶³ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 9 ; RICHLI, p. 59 ; AUBERT, *Petit commentaire* ad art. 42 Cst., n° 16 ; idem, *Mélanges Schüpbach*, p. 13 et p. 16 ; THALMANN, p. 164s.

⁵⁶⁴ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 13, lequel souligne que le principe de subsidiarité doit, dans ce cas, être lu en conjonction avec la disposition attributive de compétence concernée : si celle-ci donne au législateur un mandat, celui-ci ne pourra pas refuser de légiférer en se fondant sur le principe de subsidiarité. Egalement RICHLI, p. 68 ; DUBEY, p. 372, et SALADIN, *Art. 3 Cst.*, n° 56ss.

⁵⁶⁵ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 6 ; RICHLI, p. 68 ; DUBEY, p. 372.

⁵⁶⁶ BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 6 ; RICHLI, p. 68 ; DUBEY, p. 372.

⁵⁶⁷ AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 13.

contenté d'une loi-cadre alors que la compétence constitutionnelle attribuée à la Confédération lui aurait permis de régler entièrement le domaine⁵⁶⁸.

IV. Justiciabilité

348. *Avis majoritaire : non-justiciabilité.* – Le Tribunal fédéral n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la portée du principe de subsidiarité contenu à l'art. 42, al. 2 Cst. De l'avis majoritaire, cette disposition n'est pas justiciable⁵⁶⁹. Par ailleurs, dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption des articles 5a et 43, al. 1 Cst., issus de la RPT, le caractère non justiciable du principe de subsidiarité a été souligné, sans que d'autres précisions ne soient apportées⁵⁷⁰. Cependant, ces dénégations concernaient plutôt la justiciabilité de l'art. 43, al. 1, en général, et non dans le contexte particulier de l'exercice des compétences ; toutefois, elles ont été faites très clairement alors qu'il était question d'introduire une juridiction constitutionnelle partielle sur les lois fédérales⁵⁷¹. Ces éléments ne suffisent pourtant pas à exclure totalement la justiciabilité du principe de subsidiarité, si la réserve de l'immunité des lois fédérales devait disparaître un jour.

349. *Nuances.* – En effet, si l'absence de justiciabilité ne prête pas à contestation lorsque le principe de subsidiarité est entendu comme ligne directrice pour l'attribution de nouvelles compétences à la Confédération, ce caractère non justiciable n'est plus aussi évident dans la mesure où ce principe constitue une limite à l'exercice des compétences fédérales – même s'il est vrai qu'un jugement sur la question de savoir si telle ou telle réglementation fédérale

⁵⁶⁸ Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales. Voir FF 2006 3389 pour l'arrêté du Parlement, ainsi que FF 1999 2942 et FF 2004 6459 pour les rapports de la commission parlementaire compétente. On relèvera que, durant les travaux d'élaboration de cette loi, le principe de subsidiarité n'a, à aucun moment, été mentionné expressément.

⁵⁶⁹ Voir, parmi d'autres, BIAGGINI, *Kommentar BV* ad art. 5a, n° 14 ; THALMANN, p. 162, et KOLLER, p. 693. *Contra* : RICHLI, p. 67s., qui se prononce pour la justiciabilité du principe de subsidiarité. Toutefois, il appartient en dernier ressort au TF lui-même de décider si ce principe est oui ou non justiciable. Il n'a pas eu l'occasion de le faire jusqu'à présent. Mais quand bien même le ferait-il, son jugement resterait sans conséquences si l'acte contesté est une loi fédérale immunisée.

⁵⁷⁰ Intervention Villiger [Conseiller fédéral], BO CE 2002, p. 862.

⁵⁷¹ Intervention Villiger [Conseiller fédéral], BO CE 2002, p. 862. Voir toutefois, plus nuancé, intervention Inderkum [rapporteur], BO CE 2002, p. 881.

répond oui ou non à une nécessité du point de vue de l'unification du droit pourrait difficilement se fonder sur des critères purement juridiques et devrait presque inévitablement prendre en compte des critères politiques. AUBERT notamment est d'avis que l'art. 42, al. 2 Cst. recèle, dans la mesure où il concerne l'exercice des compétences par le législateur, une « *justiciabilité virtuelle* », qui pourrait se concrétiser si le contrôle judiciaire sur les lois fédérales devenait possible⁵⁷². A notre avis, il est difficile de concevoir qu'un tribunal puisse, véritablement, revoir la décision du législateur lorsque celui-ci a choisi de considérer que, dans tel ou tel domaine, une réglementation fédérale est nécessaire ou, du moins, utile. Il s'agit là d'une décision politique qui se prête mal à un contrôle judiciaire. En revanche, on peut imaginer qu'un tribunal décide que le législateur fédéral n'a pas laissé une marge de manœuvre suffisante aux cantons dans l'exécution d'une réglementation fédérale, ou qu'il a légiféré de manière trop détaillée. Dès lors, la justiciabilité du principe de subsidiarité considéré comme une limite à l'exercice des compétences peut être admise, de manière générale. En revanche, la déférence accordée aux décisions du législateur sera plus ou moins grande suivant le sous-principe en jeu. Dans l'intervalle, même si la justiciabilité du principe de subsidiarité était reconnue, l'immunité des lois fédérales ferait le plus souvent obstacle à une concrétisation par une instance judiciaire. La seule application envisageable d'un éventuel principe justiciable de subsidiarité serait le cas d'une ordonnance trop « centralisatrice » sortant du cadre de la loi fédérale. A notre connaissance, il n'y a pas eu d'arrêt du Tribunal fédéral à ce sujet.

V. Synthèse

350. *Synthèse.* – Dès lors, s'il s'agit de comprendre le principe de subsidiarité comme une limite à l'attribution de compétences, aspect qui a été mis en avant lors de l'adoption des dispositions sur la subsidiarité issues de la RPT, il faut faire preuve de beaucoup de prudence et y ajouter d'innombrables nuances. Cela surtout dans la mesure où un tel mandat ou directive adressé au constituant n'a en tous les cas pas été conçu, en Suisse, comme une limite matérielle à la révision de la Constitution, si bien qu'il est voué à être dépourvu d'effet contraignant et, plus encore, de sanction.

⁵⁷² AUBERT, *Mélanges Schüpbach*, p. 24s. Par ailleurs, il semble que les auteurs du projet 1977 pensaient conférer un caractère justiciable au principe de subsidiarité.

En revanche, le principe de subsidiarité constitue une limite, reconnue par la grande majorité de la doctrine, à l'exercice des compétences de la Confédération. Seule manque la sanction judiciaire, rendue quasiment impossible de facto par l'immunité des lois fédérales, même s'il est sans doute faux de considérer le principe de subsidiarité comme non justiciable en soi.

§2 *Existence d'un principe de subsidiarité aux Etats-Unis ?*

351. *Absence quasi totale du mot, mais non de l'idée.* – Le terme de subsidiarité est absent de l'ordre constitutionnel américain : ni le texte de la Constitution, ni les arrêts de la Cour Suprême, ni la littérature consacrée au droit constitutionnel ne font référence à la subsidiarité en tant que principe existant dans le droit positif américain.

S'il est vrai qu'il n'existe pas de correspondant exact au principe de subsidiarité tel que connu dans l'Union européenne ou en Suisse⁵⁷³, certains éléments constitutifs de ce principe se retrouvent néanmoins, ici ou là, dans la pensée constitutionnelle américaine, en particulier dans certains arrêts de la Cour Suprême, sans que le terme de subsidiarité ne soit employé.

I. En tant que limite à l'attribution de compétences à l'Union

352. *Première expression du principe : le « Virginia Plan ».* – Si l'on comprend la subsidiarité comme un principe susceptible de régir l'attribution de compétences à l'Etat central, l'histoire constitutionnelle américaine fournit un exemple typique d'une telle application du principe de subsidiarité.

En 1787, le premier projet complet de Constitution présenté devant la Convention constitutionnelle de Philadelphie, appelé le *Virginia Plan*⁵⁷⁴,

⁵⁷³ VAUSE, p. 62.

⁵⁷⁴ Du nom de l'Etat d'origine de la délégation ayant formulé cette proposition. Celle-ci comptait notamment parmi ses membres John Randolph, lequel a introduit formellement la proposition devant les délégués à la Convention, et James Madison, l'architecte principal de la proposition.

comprenait, au chapitre de la répartition des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés, une énumération « classique » des compétences du centre, ainsi qu'une disposition accordant à l'Union la compétence de légiférer dans tous les cas dans lesquels les Etats membres se révéleraient « incompetents », autrement dit inadéquats, ou dans lesquels « l'harmonie des Etats-Unis pourrait être dérangée par l'exercice du pouvoir législatif des Etats »⁵⁷⁵.

353. *Arrêts de la Cour Suprême utilisant implicitement l'argument de la subsidiarité.* – Par ailleurs, la Cour Suprême a parfois utilisé des arguments relevant du principe de subsidiarité pour justifier une interprétation extensive des compétences de l'Union, en particulier de celle basée sur la *commerce clause*.

Ainsi, dans plusieurs arrêts rendus après 1937, c'est-à-dire après que la Cour ait effectué son fameux revirement quant à l'étendue des pouvoirs du Congrès fondés sur la *commerce clause* et choisi de soutenir les lois fédérales édictées en application du *New Deal*, les juges majoritaires ont utilisé l'argument selon lequel une interprétation extensive des pouvoirs du Congrès se justifiait parce que les Etats seraient incapables de résoudre adéquatement le problème en cause. La Cour s'est notamment servie de cet argument pour justifier une réglementation fédérale des salaires minimaux et du nombre maximal d'heures de travail⁵⁷⁶, ainsi qu'une solution fédérale en matière de chômage⁵⁷⁷. Dans ces cas, ces arguments relevant du principe de subsidiarité ont donc servi à justifier la centralisation⁵⁷⁸.

354. *Suite.* – Cependant, l'exemple le plus clair de raisonnement fondé sur le principe de subsidiarité est au contraire intervenu à l'appui d'une limitation des compétences de l'Etat central. Dans le fameux arrêt *Lopez*⁵⁷⁹, dans lequel la Cour a conclu que l'Union ne pouvait se fonder sur son pouvoir en matière de

⁵⁷⁵ « ...to legislate in all cases to which the separate States are incompetent, or in which the harmony of the United States may be interrupted by the exercise of individual Legislation ». Voir également KELLY et al., p. 88s.

⁵⁷⁶ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). Voir en particulier l'opinion majoritaire rédigée par le juge Stone, p. 122, qui affirme la constitutionnalité de la réglementation fédérale au motif que si certains Etats légiféraient en la matière et d'autres ne légiféraient pas, ou autorisaient des conditions de travail moins strictes, il y aurait concurrence déloyale entre les biens produits dans les Etats restrictifs et ceux produits dans les Etats laxistes.

⁵⁷⁷ *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

⁵⁷⁸ VAUSE, p. 72s.

⁵⁷⁹ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

commerce inter-étatique (*commerce clause*) pour interdire la possession d'armes à feu dans les écoles, l'opinion concurrente des juges Kennedy et O'Connor était fondée largement sur l'argument selon lequel les Etats étaient tout à fait à même de prendre les mesures adéquates pour résoudre ce problème, et que, dès lors, une intervention de l'Etat central ne se justifiait pas⁵⁸⁰. Autrement dit, le problème étant résolu de manière adéquate au niveau étatique, il n'y avait aucun besoin d'édicter une législation fédérale, si ce n'est pour des raisons de marketing politique. Toutefois, il ne s'agissait là que d'une opinion concurrente, et non de l'opinion majoritaire de la Cour.

II. En tant que limite à l'exercice des compétences de l'Union

355. *Absence d'une telle acception du principe de subsidiarité.* – Si l'on considère à présent le principe de subsidiarité en tant qu'il limite l'exercice des compétences de l'Etat central ou en tant qu'il prescrit la délégation de la mise en œuvre du droit fédéral aux Etats fédérés, on ne trouve aucun raisonnement apparenté à ce principe dans l'ordre constitutionnel américain. Au contraire, ainsi que l'affirme CAMINKER, lorsque la Cour Suprême examine la constitutionnalité d'une réglementation édictée par le Congrès, elle ne vérifie pas, du moins pas en règle générale, si une autre solution, moins restrictive pour l'autonomie des Etats, existe. Cette question est typiquement considérée comme revêtant un caractère politique et est laissée à l'appréciation des autorités politiques⁵⁸¹. On est donc loin d'une réflexion s'apparentant à une application, même implicite, du principe de subsidiarité.

⁵⁸⁰ 514 U.S. 549, p. 581 : « *If a State or municipality determines that harsh criminal sanctions are necessary and wise to deter students from carrying guns on school premises, the reserved powers of the States are sufficient to enact those measures. Indeed, over 40 States already have criminal laws outlawing the possession of firearms on or near school grounds* ».

⁵⁸¹ CAMINKER, p. 1083 ; dans le même sens : VAUSE, p. 72.

§3 Synthèse

356. *Une arme à double tranchant.* – Le principe de subsidiarité est inséparable de la conception du fédéralisme existant tant en Suisse qu'aux Etats-Unis, selon laquelle l'Etat central ne doit agir que lorsque les Etats fédérés ne sont pas capables de résoudre un problème. De ce point de vue, l'arme que constitue le principe de subsidiarité est cependant à double tranchant, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour Suprême américaine : si, d'un côté, il peut servir à protéger les compétences et l'autonomie des Etats, il peut aussi, d'un autre côté, servir à justifier l'acquisition de nouvelles compétences pour l'Etat central. Ce « risque » attaché au principe de subsidiarité est cependant plus présent aux Etats-Unis, où la Cour Suprême jouit d'une marge de manœuvre en matière d'interprétation des compétences de l'Union beaucoup plus grande que son homologue en Suisse, où une révision constitutionnelle formelle est nécessaire pour octroyer de nouvelles compétences à l'Etat central.
357. *Une portée juridique incertaine.* – Cependant, en dépit de son ancrage profond dans les conceptions suisse et américaine de répartition verticale des compétences, la portée juridique exacte du principe de subsidiarité demeure floue dans l'un et l'autre systèmes, et ce malgré le fait qu'en Suisse, une consécration constitutionnelle explicite lui a été récemment conférée.

Titre IV

Contrôle judiciaire

358. *Rôle de la juridiction constitutionnelle.* – Aux Etats-Unis comme en Suisse, le respect du partage vertical des compétences incombe, en premier lieu, au législateur lui-même, qu’il s’agisse du législateur fédéral ou du législateur d’un Etat fédéré. Le contrôle de ce respect, ainsi que la mise en œuvre du principe de la primauté du droit fédéral, appartient principalement au pouvoir judiciaire et, plus particulièrement, à la juridiction constitutionnelle.

La résolution des litiges fédératifs, en particulier celle des conflits surgissant entre Etat central et Etats fédérés quant à la délimitation de leurs compétences respectives, appartient en effet traditionnellement à la juridiction constitutionnelle. Le fédéralisme a même souvent joué un rôle déterminant dans l’établissement d’une juridiction constitutionnelle⁵⁸². Il suffit, pour s’en convaincre, de penser à l’exemple des Etats-Unis, et à l’arrêt *Marbury v. Madison*. Ainsi que l’affirme AUER, « *la résolution des conflits engendrés par cette répartition [i.e. des compétences] est l’une des grandes affaires de la juridiction constitutionnelle* »⁵⁸³. Cela se conçoit aisément si l’on pense que, dans un Etat fédéral, une partie non négligeable de la Constitution formelle est généralement consacrée à la répartition des compétences.

359. *Rôle des Cours Suprêmes.* – Dans ce contexte, les cours suprêmes – soit le Tribunal fédéral en Suisse et la Cour Suprême aux Etats-Unis – jouent un rôle déterminant, puisque ce sont elles qui exercent, principalement, la juridiction constitutionnelle.

Ce rôle n’est cependant pas exclusif puisque, aux Etats-Unis comme en Suisse, la juridiction constitutionnelle est également exercée par les autres autorités d’application du droit, en particulier par les tribunaux inférieurs.

⁵⁸² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1828.

⁵⁸³ AUER, *Juridiction*, p. 40.

Par ailleurs, les cours suprêmes des deux pays n'ont pas pour seule attribution d'exercer la juridiction constitutionnelle. Elles jouent également le rôle de juridiction ordinaire supérieure et, à ce titre, contrôlent l'application correcte et uniforme du droit fédéral. Cette dualité de fonctions s'exprime notamment dans les voies de recours puisqu'il est généralement possible de faire valoir, dans un même recours, à la fois des griefs quant à l'inconstitutionnalité de l'acte attaqué, qui relèvent de la juridiction constitutionnelle, et des griefs quant à son illégalité, qui relèvent de la juridiction ordinaire⁵⁸⁴.

Dans le cadre de cette contribution, nous allons essentiellement nous concentrer sur le contrôle judiciaire exercé par les cours suprêmes, que celui-ci relève de la juridiction constitutionnelle ou de la juridiction ordinaire.

360. *Plan.* – Dans les chapitres qui suivent, nous allons étudier par quels moyens ou par quelles voies la Cour Suprême des Etats-Unis et le Tribunal fédéral peuvent être amenés à opérer un contrôle judiciaire du respect des règles régissant le partage des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés et, cas échéant, quelle sera la sanction de la violation de ces règles par l'une ou l'autre de ces entités. Dans ce cadre, le contrôle des normes joue un rôle prépondérant.

Chapitre 1

Contrôle des normes par les Cours suprêmes

§1 *Type de contrôle*

I. En Suisse

361. *Deux types possibles de contrôle des normes.* – En Suisse, le Tribunal fédéral peut être amené à examiner si une norme viole les règles régissant le

⁵⁸⁴ S'agissant du Tribunal fédéral, celui-ci exerce la juridiction constitutionnelle dans le cadre de sa compétence générale « ordinaire » en tant qu'« *autorité judiciaire suprême de la Confédération* » (art. 189 Cst.). Voir à ce sujet KÄLIN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, n° 10.

partage vertical ainsi que l'exercice des compétences dans le cadre de deux types de procédures.

362. *Contrôle abstrait.* – Premièrement, le contrôle opéré sur la norme peut être un contrôle dit abstrait. L'acte normatif est alors attaqué directement, en dehors de tout cas d'application.

363. *Autorités chargées du contrôle.* – Le contrôle abstrait des normes, aussi appelé contrôle par voie d'action, est exercé, au niveau fédéral, par une seule autorité, le Tribunal fédéral. Dans cette mesure, le contrôle abstrait des normes est donc organisé, en Suisse, sous une forme « concentrée ». On doit cependant réserver la compétence particulière de l'Assemblée fédérale de contrôler les constitutions cantonales.

Par ailleurs, les cantons sont libres, de prévoir, pour leur territoire, un contrôle abstrait des actes cantonaux, notamment pour violation de la constitution fédérale (ou de la constitution cantonale). Quelques cantons, encore relativement rares mais en nombre croissant, connaissent une telle institution⁵⁸⁵.

364. *Contrôle concret.* – Deuxièmement, une norme peut également faire l'objet d'un contrôle dit concret. Dans ce cas, l'acte normatif est contrôlé à l'occasion d'un cas d'application⁵⁸⁶.

Par opposition au contrôle abstrait, exercé par voie d'action, le contrôle concret est exercé par voie d'exception ou à titre préjudiciel, dans le sens où la constitutionnalité de la norme est examinée en tant que question préalable à la

⁵⁸⁵ Il s'agit, à l'heure actuelle, du canton de Bâle-Ville, lequel prévoit un contrôle abstrait des lois cantonales uniquement si le grief invoqué est la violation de l'autonomie communale (§ 116 de la constitution du 30 octobre 2005) ; du canton des Grisons, où le tribunal constitutionnel connaît notamment des recours abstraits dirigés contre les lois cantonales pour violation de droits constitutionnels et du principe de la primauté du droit fédéral (art. 55 de la constitution du 18 mai/14 septembre 2003) ; du canton de Vaud, qui prévoit l'instauration d'une Cour constitutionnelle cantonale compétente pour contrôler à titre préventif, sur requête déposée dans les vingt jours dès leur publication, la conformité des normes cantonales au droit supérieur, ce qui inclut la Constitution fédérale (art. 136 de la constitution du 14 avril 2003) ; du canton du Jura, lequel prévoit un contrôle abstrait et préventif des lois cantonales (art. 104, al.1 de la constitution du 20 mars 1977) ; et du canton de Nidwald, où le contrôle prévu est abstrait et répressif (art. 69, al. 2, ch. 2 de la constitution du 10 octobre 1965). Le contrôle abstrait de constitutionnalité existe également dans plusieurs cantons à l'égard des actes cantonaux inférieurs ou/et à l'égard des actes législatifs communaux (voir par exemple l'art. 79, al. 2 de la constitution du canton de Zurich du 27 février 2005).

⁵⁸⁶ AUER, *Juridiction*, p. 13 et 265.

résolution d'un litige ou à la prise d'une décision nécessitant l'application de la norme en cause⁵⁸⁷. La constitutionnalité de la norme n'est donc pas la question principale à résoudre par l'autorité appelée à se prononcer sur un cas d'application litigieux ; elle n'en est qu'un élément accessoire mais nécessaire à l'appréciation de la légalité de l'acte d'application⁵⁸⁸.

La procédure de contrôle concret des normes est ainsi à la frontière entre le contrôle des normes et le contrôle des décisions, puisque l'acte qui fera concrètement l'objet du recours sera la décision, alors que l'acte contrôlé effectivement sera la règle générale et abstraite.

365. *Autorités chargées du contrôle concret.* – Le contrôle concret tel qu'il existe en Suisse est qualifié de contrôle préjudiciel général⁵⁸⁹. Cela veut dire qu'il peut ou doit être exercé, en principe, par toute autorité amenée à appliquer la norme en cause. Il peut s'agir d'autorités fédérales ou cantonales, généralement judiciaires ou administratives⁵⁹⁰. Le contrôle concret des normes est par conséquent organisé selon le système diffus⁵⁹¹. Il peut même être qualifié de très diffus. Ce contrôle est exercé par les juridictions ordinaires, dans le cadre de leur activité ordinaire. Dans cette mesure, une parcelle de la juridiction constitutionnelle est exercée par les juridictions ordinaires.

Au niveau fédéral, les autorités concernées sont le Tribunal fédéral, en premier lieu, mais également les autorités judiciaires fédérales inférieures, c'est-à-dire le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal pénal fédéral, ainsi que toutes les autorités administratives de la Confédération (Conseil fédéral, départements, etc).

⁵⁸⁷ Selon ZIMMERMANN, p. 35s, la première hypothèse (l'autorité est appelée à vérifier la constitutionnalité de la norme fondant une décision déjà prise) correspond au contrôle préjudiciel répressif ; la seconde hypothèse (l'autorité se pose la question de la conformité de la norme applicable avant de prendre une décision) correspond au contrôle préjudiciel préventif.

⁵⁸⁸ HÄFELIN/HALLER, n° 2070s. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1895s. ; SCHIESSER, p. 2s.

⁵⁸⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1895 ; AUER, *Juridiction*, p. 106.

⁵⁹⁰ SCHIESSER, p. 6, est d'avis que lorsque l'examen est effectué par une autorité administrative, le contrôle préjudiciel ne fait plus partie de la juridiction constitutionnelle, dans le sens où l'on ne peut plus parler de juridiction.

⁵⁹¹ KÄLIN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, n° 7ss.

Au niveau cantonal, le contrôle préjudiciel incombe à tous les tribunaux et à toutes les autorités administratives⁵⁹².

366. *Actes sujets aux contrôles abstrait et concret.* – Ces deux types de contrôle – abstrait et concret – concernent en principe tous les actes généraux et abstraits de la Confédération et des cantons, quel que soit leur niveau – loi ou acte inférieur. Dans le contexte de la répartition fédéraliste des compétences, le contrôle des normes permettra donc de déterminer si telle règle de droit, cantonale ou fédérale, viole les règles régissant le partage ou l'exercice des compétences. On notera cependant d'emblée que le contrôle des actes fédéraux, en particulier des lois fédérales, est limité voire exclu dans certains cas par l'application de l'immunité des lois fédérales, sur laquelle nous reviendrons.

II. Aux Etats-Unis

367. *Contrôle concret uniquement.* – Aux Etats-Unis, la procédure de contrôle abstrait des normes n'existe pas. Le seul contrôle prévu par l'ordre juridique est le contrôle concret, lequel est exercé par l'ensemble des tribunaux fédéraux et étatiques, quel que soit leur rang. Le contrôle de constitutionnalité – et de légalité – est donc organisé sous forme diffuse⁵⁹³. La Cour Suprême joue néanmoins un rôle prédominant dans ce contexte, puisque ses arrêts ont force obligatoire pour toutes les autorités judiciaires inférieures, en vertu du principe de *stare decisis*. Nous allons donc nous concentrer, ci-après, sur les règles régissant le contrôle opéré par la Cour Suprême.

§2 *L'immunité des lois fédérales*

I. En Suisse : immunité juridique

1. Principe

⁵⁹² Le Tribunal fédéral a en outre affirmé clairement que le contrôle à titre préjudiciel de la conformité du droit cantonal avec la Constitution fédérale et le droit fédéral en général constitue une obligation pour les tribunaux et gouvernements cantonaux : ATF 92 I 480, *S. Ackermann*, cons. 2b, et ATF 108 Ia 41, *Rivara*, cons. 2c. Voir également AUER, *Juridiction*, p. 268s., et les réf. citées, ainsi que SCHIESSER, p. 140s.

⁵⁹³ AUER, *Juridiction*, p. 16s.

368. *Présentation.* – En Suisse, le contrôle de constitutionnalité des actes étatiques connaît une importante lacune, résultant de ce que l'on appelle traditionnellement l'immunité des lois fédérales. Ce principe est consacré à l'art. 190 Cst. (art. 191 Cst. avant l'entrée en vigueur de la réforme de la justice), lequel statue que « *Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* »⁵⁹⁴. En vertu du principe de l'immunité des lois fédérales et du droit international, ni le Tribunal fédéral, ni les autres autorités d'application du droit – soit l'ensemble des autorités appelées à se prononcer sur la constitutionnalité d'actes étatiques –, ne peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale ou un traité international, même s'ils les jugent contraires à la Constitution. Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et du droit international n'existe pas en Suisse.

L'immunité des lois fédérales ne remet cependant pas en cause le principe de hiérarchie des normes, puisqu'elle ne dispense pas le législateur fédéral de respecter la Constitution⁵⁹⁵.

369. *Ratio legis.* – L'art. 190 Cst. reprend, sans la modifier quant au fond, une réglementation en vigueur depuis 1874 (art. 113, al. 3 aCst., complété plus tard par l'art. 114bis, al. 3 aCst)⁵⁹⁶. Le constituant du XIX^e siècle avait en effet considéré que le respect de la séparation des pouvoirs et de la démocratie directe s'opposait à l'instauration d'un contrôle judiciaire sur les lois fédérales adoptées par l'Assemblée fédérale avec l'assentiment, explicite – en cas de votation populaire – ou tacite – si le référendum facultatif n'est pas demandé – du peuple. Autrement dit, il s'agissait de garantir que le pouvoir judiciaire ne s'élève pas au-dessus du pouvoir législatif⁵⁹⁷. A l'heure actuelle, ces motifs

⁵⁹⁴ En allemand : « *Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend* ». Cette teneur est celle acceptée par le peuple et les cantons lors de la votation du 12 mars 2000 (réforme de la justice). La formulation adoptée par l'Assemblée fédérale, le 8 octobre 1999, était légèrement différente : « *Ni le Tribunal fédéral ni aucune autre autorité ne peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale ou le droit international* ». Elle a ensuite été corrigée par la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale, dans le sens d'une formulation identique à celle de l'art. 191 de la Cst. de 1999.

⁵⁹⁵ Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 437; HANGARNTER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 6 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, *Vol. I*, n° 1873.

⁵⁹⁶ ATF 128 IV 201, X., Y. et Z. (*pornographie dure*).

⁵⁹⁷ ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2e. Egalement HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 142s.

gardent leur validité pour justifier l'immunité des lois fédérales⁵⁹⁸. Quant à l'immunité du droit international, elle est généralement justifiée par le souci d'assurer la crédibilité internationale de la Suisse⁵⁹⁹.

370. *Actes immunisés.* – Aux termes de l'art. 190 Cst., les actes immunisés sont « les lois fédérales » et « le droit international ».

Par lois fédérales, on entend avant tout les actes fédéraux contenant des règles de droit adoptés par l'Assemblée fédérale et soumis au référendum facultatif (art. 163, al. 1 et 141, al. 1, let. a Cst.) ; s'y ajoutent les lois fédérales déclarées urgentes (art. 165 Cst.), quelle que soit leur durée de validité⁶⁰⁰. Ne sont en revanche pas protégés directement par la règle de l'immunité les ordonnances fédérales, qu'elles émanent du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale, de même que les arrêtés fédéraux, simples ou non simples, prévus à l'art. 163, al. 2 Cst.⁶⁰¹.

La notion de droit international recouvre l'ensemble du droit international (directement) applicable en Suisse. Sont concernés tous les traités internationaux conclus par la Confédération, qu'ils aient été approuvés par l'Assemblée fédérale et, cas échéant, par le peuple ou qu'ils aient été conclus en la forme simplifiée par le Conseil fédéral seul⁶⁰². S'agissant des traités conclus

⁵⁹⁸ Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 436 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1857s.

⁵⁹⁹ ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2e. Egalement MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 4.

⁶⁰⁰ MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 10.

⁶⁰¹ MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 10 ; HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 10 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1864ss. Selon ces derniers auteurs, le champ d'application de la clause d'immunité s'agissant du droit interne s'est restreint avec l'adoption de la Constitution mise à jour de 1999, puisque l'ancien texte conférait l'immunité également aux arrêtés fédéraux de portée générale, forme d'acte abandonnée lors de la mise à jour mais qui recouvrait, partiellement, les actuelles ordonnances de l'Assemblée fédérale. S'agissant plus particulièrement de l'exclusion des ordonnances de l'Assemblée fédérale de la catégorie des actes immunisés, voir le *Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution*, relatif à l'Assemblée fédérale. *Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral*, FF 1997 III 243ss, 279.

⁶⁰² L'immunité des traités conclus en la forme simplifiée par le Conseil fédéral seul a été reconnue par le Tribunal fédéral. Voir notamment ATF 120 Ib 363, ainsi que le Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 436s.

par les cantons, la question est controversée en doctrine⁶⁰³. Sont également visés le droit international coutumier, les règles générales du droit international et les décisions des organisations internationales déployant des effets contraignants pour la Suisse⁶⁰⁴.

En revanche, le droit cantonal, quel que soit son niveau, ne bénéficie pas de la clause d'immunité prévue à l'art. 190 Cst. Les autorités d'application du droit sont ainsi libres de contrôler la constitutionnalité du droit cantonal et, cas échéant, de ne pas appliquer celui-ci, voire de l'invalidier.

371. *Protection indirecte des ordonnances.* – Si les ordonnances du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale ne sont pas protégées directement par l'immunité des lois fédérales, elles peuvent selon les cas en bénéficier indirectement, par une sorte d'effet réflexe. En effet, lorsqu'une ordonnance met en œuvre une loi fédérale et, ce faisant, reprend une solution législative inconstitutionnelle figurant déjà dans l'acte supérieur, la violation de la Constitution qui en résulte ne sera pas l'œuvre de l'auteur de l'ordonnance, mais bien celle du législateur fédéral. L'inconstitutionnalité de base figurant dans la loi fédérale ne fait alors que se répercuter sur l'ordonnance la concrétisant. Dès lors, refuser d'appliquer l'ordonnance pour ce motif reviendrait, indirectement, à sanctionner la loi fédérale, ce qui est précisément prohibé par l'art. 190 Cst. Telle est du moins la conclusion qu'en a tiré le Tribunal fédéral qui, pour ce motif, a étendu la règle de l'immunité aux ordonnances dont le contenu inconstitutionnel est « couvert » par une loi fédérale⁶⁰⁵.

372. *Conséquences de l'immunité indirecte des ordonnances.* – Pour les ordonnances législatives dépendantes du Conseil fédéral, c'est-à-dire celles qui trouvent leur fondement dans une loi fédérale ou dans un traité, le Tribunal fédéral procède à l'examen suivant. Dans un premier temps, il vérifie que le Conseil fédéral est resté dans le cadre des compétences qui lui sont conférées par la loi fédérale. En d'autres termes, il procède à un contrôle de légalité de

⁶⁰³ Favorable à l'immunité des traités internationaux conclus par les cantons : HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 11. Ne se prononcent pas : MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 11 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1868. Pour la situation sous l'ancienne Constitution, voir HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 173ss.

⁶⁰⁴ Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 437 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1868.

⁶⁰⁵ Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 436 ; MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 12.

l'ordonnance. Ce faisant, il examine également si la loi fédérale autorise le Conseil fédéral à déroger à la Constitution, ou si la loi fédérale elle-même contient déjà une réglementation inconstitutionnelle. Si tel est le cas, l'examen s'arrête là. Si tel n'est pas le cas, le Tribunal fédéral procède dans un deuxième temps à un examen de constitutionnalité de l'ordonnance. Si la loi fédérale confère au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, le Tribunal fédéral se considère comme lié ; son examen de la réglementation édictée se limitera aux manquements grossiers et se confondra pratiquement avec le contrôle de l'arbitraire de la réglementation proposée⁶⁰⁶. En revanche, le Tribunal fédéral ne peut pas contrôler si la délégation législative elle-même est conforme à la Constitution, par exemple si elle concerne une question trop fondamentale pour être déléguée au Conseil fédéral⁶⁰⁷.

Cet examen est le même pour les ordonnances de l'Assemblée fédérale.

S'agissant des ordonnances indépendantes du Conseil fédéral, la question de leur éventuelle immunité indirecte ne se pose pas, puisqu'elles sont fondées directement sur la Constitution. Le Tribunal fédéral peut donc sans autres contrôler leur constitutionnalité.

373. *Législation cantonale d'exécution.* – Cet effet indirect de l'immunité des lois fédérales bénéficie aussi au droit cantonal mettant en œuvre le droit fédéral, pour autant que le contenu des règles cantonales soit effectivement déterminé de manière obligatoire par une loi fédérale ou une ordonnance fédérale elle-même fondée sur une loi fédérale. Un tel cas de figure sera généralement réalisé lorsque le législateur fédéral délègue une matière aux cantons tout en leur prescrivant la manière dont ils doivent la régler. La situation est la même lorsque l'acte délégataire est une ordonnance du Conseil fédéral elle-même fondée sur une loi fédérale⁶⁰⁸. Selon le Tribunal fédéral, il faut une « *connexité impérative* » (« *zwingender Konnex* ») ou au moins une « *étroite connexité* » (« *besonders enger Konnex* ») entre le droit fédéral et le droit cantonal pour que l'immunité dont jouit le premier bénéficie également au

⁶⁰⁶ Sur l'examen des ordonnances législatives dépendantes, voir notamment ATF 130 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz –und Oberärzte*, cons. 2.2.1 ; ATF 129 II 160, cons. 2.3 ; ATF 129 II 249, cons. 5.4 ; ATF 128 II 34, cons. 3b ; ATF 128 II 247, cons. 3.3, et les arrêts cités ; ATF 128 IV 177, cons. 2.1. Voir également HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 185s., et les réf. citées.

⁶⁰⁷ Pour les ordonnances administratives fondées sur une loi fédérale, l'examen sera le même que pour les ordonnances législatives. Voir HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 183.

⁶⁰⁸ ATF 130 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz –und Oberärzte*, cons. 2.2.2.

second⁶⁰⁹. Concrètement, le Tribunal fédéral examinera si et dans quelle mesure le contenu d'un acte cantonal est déterminé par le sens et l'esprit d'une disposition fédérale immunisée. En l'absence d'un tel lien de connexité, les autorités d'application du droit seront libres de sanctionner le droit cantonal contraire à la Constitution.

En revanche, si un acte législatif cantonal ne fait que reprendre, sans que le droit fédéral ne l'y oblige, une solution adoptée par le législateur fédéral, les dispositions de droit cantonal ne seront pas couvertes par l'immunité de la loi fédérale⁶¹⁰.

374. *Autorités concernées.* – La règle de l'art. 190 Cst. lie toutes les autorités pouvant être amenées à appliquer les actes immunisés et, par conséquent, à contrôler leur constitutionnalité à titre préjudiciel. Il peut donc s'agir du Tribunal fédéral, expressément mentionné dans le texte de la disposition, mais également de toutes sortes d'autres autorités, judiciaires ou non judiciaires, fédérales ou cantonales⁶¹¹.

375. « *Anwendungsgebot* ». – Ces autorités ne peuvent pas, aux termes de l'art. 190 Cst., refuser d'appliquer une loi fédérale ou un traité international au motif qu'ils seraient contraires à la Constitution⁶¹². On exprime souvent cette obligation par le terme allemand de « *Anwendungsgebot* ». Le contrôle concret des lois fédérales se trouve ainsi limité, de même que leur contrôle abstrait, dans la mesure où ce dernier peut être demandé à l'encontre d'un acte fédéral, comme dans le cas de la procédure d'action⁶¹³. L'inconstitutionnalité d'une loi fédérale (ou d'une disposition de droit international) ne connaît donc pas de sanction judiciaire.

⁶⁰⁹ ATF 130 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz –und Oberärzte*, cons. 2.2.2 : « *Der Zusammenhang zwischen der kantonalen und der bundesgesetzlichen Regelung muss dabei zwingend oder zumindest sehr eng sein* ». HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 20, et AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1893, exigent une connexité impérative.

⁶¹⁰ ATF 130 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz –und Oberärzte*, cons. 2.2.2, et les arrêts cités. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1894, et les arrêts cités.

⁶¹¹ Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 436 ; MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 3 ; HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 8 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1871.

⁶¹² Voir notamment ATF 129 II 249, cons. 5.4 et ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.1.

⁶¹³ Anciennement réclamation de droit public. Voir HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 153.

376. *Absence de « Prüfungsverbot ».* – Si la règle de l’immunité des lois fédérales impose l’absence de sanction judiciaire, il n’en découle pas obligatoirement que les autorités d’application du droit n’ont pas le droit d’au moins en examiner la constitutionnalité. Les représentants de la doctrine actuelle considèrent en effet que l’art. 190 Cst. n’implique pas de « *Prüfungsverbot* », c’est-à-dire n’interdit pas aux autorités d’application d’examiner la constitutionnalité d’une loi fédérale ou d’un traité et, cas échéant, d’attirer l’attention du législateur sur l’une ou l’autre disposition problématique⁶¹⁴.

377. *Jurisprudence du Tribunal fédéral.* – A cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral a connu une certaine évolution. Dans plusieurs arrêts, principalement anciens mais également dans quelques autres plus récents, le Tribunal fédéral avait purement et simplement refusé d’examiner le grief fondé sur l’inconstitutionnalité de lois fédérales, en le déclarant irrecevable du fait de l’immunité des lois fédérales⁶¹⁵. En revanche, dans la plupart des arrêts récents, le Tribunal fédéral ne déclare plus le grief irrecevable, mais affirme que si l’art. 190 Cst. l’oblige à appliquer les dispositions des lois fédérales même si elles sont contraires à la Constitution, il lui appartient cependant d’interpréter ces dispositions légales conformément à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l’homme, dans la mesure où il existe de la place pour une interprétation⁶¹⁶.

Le Tribunal fédéral part en effet de l’idée que « *le législateur fédéral ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution fédérale, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l’esprit de la loi* »⁶¹⁷. Il examine ensuite si la norme contestée contenue dans une loi fédérale peut être interprétée conformément à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l’homme. Ce faisant, il procède bel et bien à un examen de constitutionnalité de la loi en cause, même si ce n’est que pour rechercher une

⁶¹⁴ MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 15 ; HANGARNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 7 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1878. Voir également, déjà, HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 205, et les réf. citées.

⁶¹⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1875, et les arrêts cités.

⁶¹⁶ ATF 130 I 96, cons. 3.4. Voir également ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.1, ATF 128 IV 201, *X., Y. et Z. (pornographie dure)*, cons. 1.2, et les réf. citées, ainsi que les arrêts cités chez AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1876ss.

⁶¹⁷ ATF 130 II 65, *Service des contributions du canton du Jura*, cons. 4.2, et les réf. citées.

interprétation conforme. Dès lors, quel que soit le résultat de cet examen, le Tribunal fédéral se sera de fait prononcé sur la constitutionnalité d'une loi fédérale. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral a même admis la possibilité de procéder à un contrôle de constitutionnalité d'un acte immunisé en-dehors de la recherche d'une interprétation conforme. En particulier, lorsque le sens de la norme est clair, et qu'il ne reste dès lors pas de place pour l'interprétation, le Tribunal fédéral a admis que le principe de l'immunité des lois fédérales ne faisait pas obstacle à un examen de la constitutionnalité de la loi fédérale contestée⁶¹⁸.

Dans cette mesure, le Tribunal fédéral rejoint l'affirmation de la doctrine selon laquelle l'art. 190 Cst. impose certes un *Anwendungsgebot*, mais pas de *Prüfungsverbot*. Il l'affirme d'ailleurs lui-même clairement : le principe de l'immunité du droit fédéral « [...] *schliesst die Anwendung allgemein anerkannter Auslegungsprinzipien, besonders der Regel, dass Bundesgesetze verfassungskonform auszulegen sind, nicht aus. Art. 191 [190] BV statuiert in diesem Sinne ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot* »⁶¹⁹.

378. *Absence de sanction.* – Un tel examen ne pourra toutefois pas être assorti d'une sanction, à tout le moins s'agissant de la conformité au regard de la Constitution : si le Tribunal fédéral parvient à donner à la norme en cause une interprétation conforme à la Constitution fédérale, il l'appliquera dans le sens ainsi conféré ; si aucune interprétation conforme n'est possible, la disposition légale sera néanmoins appliquée. En revanche, le Tribunal fédéral pourra, le cas échéant, suggérer au législateur de modifier une loi contraire à la Constitution ou à la CEDH⁶²⁰.

S'agissant de la conformité au droit international, ce principe de l'absence de sanction est cependant appliqué de manière plus nuancée, comme nous le verrons ci-après.

⁶¹⁸ Dans ce sens : ATF 123 V 310, cons. 6b.bb. Voir également ATF 125 III 209, cons. 5, et ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2e. Pour un cas d'examen de la constitutionnalité d'une loi fédérale, voir ATF 130 II 137, cons. 4.2, à propos de l'art. 17, al. 2 LSEE (regroupement familial), conforme aux art. 13 et 14 CEDH, mais peut-être contraire à l'art. 8 Cst.

⁶¹⁹ ATF 129 II 249, cons. 5.4. Voir, déjà, ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2e.

⁶²⁰ ATF 118 Ia 341, cons. 5, et ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2f, ainsi que les arrêts et références cités. Voir également HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 7.

379. *Interprétation conforme.* – Le Tribunal fédéral applique aux lois fédérales immunisées le principe de l'interprétation conforme. Ce principe ne concerne dès lors pas uniquement le droit cantonal mais également les lois fédérales, lorsque celles-ci font l'objet d'un « contrôle de constitutionnalité ». Comme pour le droit cantonal, s'il est possible, en appliquant les méthodes traditionnelles d'interprétation, de conférer plusieurs significations à la norme, « *il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution* »⁶²¹. L'interprétation conforme n'autorise cependant pas le Tribunal fédéral à aller à l'encontre du sens et de l'esprit clairs d'une disposition légale⁶²².

Par ailleurs, il semble que le Tribunal fédéral considère désormais que l'examen de l'acte immunisé afin de lui conférer si possible un sens conforme à la Constitution ou à la CEDH constitue une obligation⁶²³. Cette obligation est renforcée par l'art. 35, al. 1 de la Constitution mise à jour, lequel oblige notamment le Tribunal fédéral à « *réaliser les droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique* »⁶²⁴.

2. Tempéraments

380. *Disposition constitutionnelle postérieure.* – Selon la doctrine, le régime de l'absence de sanction judiciaire à l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ou d'un traité connaît cependant un tempérament dans le cas où l'acte immunisé se heurte à une disposition constitutionnelle adoptée postérieurement et suffisamment précise pour être directement applicable⁶²⁵. On peut en effet considérer que dans un tel cas, le constituant a voulu une solution différente de celle prévue par la loi fédérale et, par conséquent, a voulu déroger à la règle de l'art. 190 Cst. préconisant l'application de cette loi. Dès lors, la volonté du constituant doit être respectée, et la disposition constitutionnelle s'appliquera en lieu et place de la loi.

⁶²¹ Voir notamment ATF 130 II 65, *Service des contributions du canton du Jura*, cons. 4.2.

⁶²² Sur les limites de l'interprétation conforme, voir ATF 130 II 137, cons. 4.1.

⁶²³ ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.1: « *Er muss sie aber verfassungskonform auslegen...* » (c'est nous qui soulignons). Même formulation dans ATF 128 IV 201, *X., Y. et Z. (pornographie dure)*, cons. 1.2.

⁶²⁴ KÄLIN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, n° 28.

⁶²⁵ Message 1996, ad art. 180 du projet, p. 437; MAHON, *Petit commentaire* ad art. 190 Cst., n° 15; HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 29; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1890.

381. *Contrariété au droit international.* – Par ailleurs, si le principe de l’immunité des lois fédérales, tel que consacré à l’art. 190 Cst., a pour le moment encore pour conséquence que la contrariété à la Constitution d’une loi fédérale sera généralement dépourvue de sanction judiciaire, la question est plus délicate lorsque la loi fédérale est suspectée d’être contraire au droit international. En effet, l’art. 190 Cst. ne dit rien de la solution à retenir en cas de conflit entre deux actes immunisés, en l’occurrence une loi fédérale et un traité international⁶²⁶.
382. *Jurisprudence du Tribunal fédéral.* – Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, le droit international prime en principe sur le droit interne, y compris les lois fédérales, en vertu du principe général de primauté du droit international exprimé par l’adage « *pacta sunt servanda* »⁶²⁷.

Le Tribunal fédéral a concrétisé l’affirmation de la primauté de principe du droit international en faisant prévaloir, dans trois cas au moins, une disposition internationale sur une loi fédérale⁶²⁸ et, plus souvent encore, en examinant la conformité d’une loi fédérale au regard du droit international, tout en aboutissant à la conclusion qu’elle était conforme⁶²⁹. Dans tous ces cas, la

⁶²⁶ ATF 125 II 417, A. (PKK), cons. 4d. On notera par ailleurs que le conflit entre deux lois fédérales se résout assez facilement par l’application des règles classiques de conflits de normes (*lex posterior...* et *lex specialis...*).

⁶²⁷ Voir notamment ATF 125 II 417, A. (PKK), cons. 4d, ATF 128 IV 201, X., Y. et Z. (*pornographie dure*), cons. 1.3, et ATF 128 IV 117, *Ministero pubblico del Cantone Ticino (traite d’êtres humains)*, cons. 3b.

⁶²⁸ ATF 125 II 417, A. (PKK), cons. 4c et d : conformité des art. 98, let. a et 100, al. 1, let a OJ avec l’art. 6 CEDH ; conformité niée ; l’OJ est laissée inappliquée. La disposition principalement en cause (art. 100, al. 1, let. a OJ, exclusion du recours de droit administratif en matière de sécurité intérieure et extérieure) était cependant antérieure à l’entrée en vigueur pour la Suisse de la CEDH en 1974, puisque son entrée en vigueur datait du 1^{er} octobre 1969 (RO 1969 787). Dans l’ATF 130 I 312, A. SA (*CERN*), cons. 1.1, le TF a également laissé inappliqués les art. 98, let. a et 100, al. 1, let. a OJ (exclusion du recours de droit administratif contre les décisions du Conseil fédéral) pour cause de contrariété avec l’art. 6 CEDH. Enfin, dans l’ATF 133 V 367, le TF a laissé inappliquée une disposition de la loi sur l’assurance chômage car celle-ci était contraire à l’interdiction de discrimination prévue dans l’accord sur la libre circulation des personnes conclu avec la Communauté européenne et ses Etats membres.

⁶²⁹ ATF 130 II 137, cons. 4.2: examen de la conformité de l’art. 17, al. 2 LSEE avec les art. 14 CEDH et 13 CEDH ; conformité admise. ATF 128 IV 201, X., Y. et Z. (*pornographie dure*), cons. 1.4 : examen de la conformité de l’art. 197 CPS (*pornographie dure*) avec l’art. 10 CEDH (liberté d’expression) ; conformité admise. ATF 128 III 113, cons. 3: conformité de l’art. 95, al. 1, ch. 2 CC avec l’art. 12 CEDH

violation alléguée concernait des normes internationales de protection des droits de l'homme au sens large, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que, récemment, l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec la Communauté européenne et ses Etats membres, plus spécialement l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité contenue dans celui-ci. De l'avis du Tribunal fédéral, la primauté du droit international « *s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de faire primer une norme de droit international protégeant les droits de l'homme* »⁶³⁰.

Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral est donc allé plus loin que le simple examen des lois fédérales au regard de la CEDH à des fins d'interprétation conforme. Celle-ci n'a constitué qu'une première étape. Lorsqu'aucun sens conforme au droit international n'a pu être donné à la loi fédérale, le Tribunal fédéral a laissé celle-ci inappliquée⁶³¹. Cette solution est principalement motivée par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme, elle, a toute latitude pour contrôler la conformité des lois fédérales à la CEDH et, en cas de violation, pour condamner la Suisse⁶³². Cette primauté du droit international vaut en tout cas s'il s'agit d'un traité postérieur à la loi fédérale considérée, mais également, au moins dans certains cas, lorsque le traité est antérieur⁶³³.

(droit au mariage) ; conformité admise. Question laissée ouverte dans ATF 130 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz –und Oberärzte*, cons. 3, mais le TF effectue de facto l'examen de la conformité de l'art. 55a LaMal et des ordonnances fondées sur cette disposition au regard de l'accord sur la libre-circulation des personnes, de la CEDH et de quelques droits fondamentaux protégés par la Cst. féd.

⁶³⁰ ATF 128 IV 201, *X., Y. et Z. (pornographie dure)*, cons. 1.3, et 128 IV 117, cons. 3b.

⁶³¹ ATF 125 II 417, *A. (PKK)*, cons. 4c et 4d, ATF 130 I 312, *A. SA (CERN)*, cons. 1.1 et ATF 133 V 367, cons. 11, spécialement 11.6. Voir déjà ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2e. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1881, et les arrêts cités.

⁶³² ATF 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung*, cons. 2e.

⁶³³ Pour les traités antérieurs à l'adoption de la loi, le Tribunal fédéral a admis jusqu'à présent que si le législateur fédéral a sciemment voulu déroger au traité, la loi fédérale doit primer. Cette jurisprudence, énoncée et appliquée pour la première fois dans un ATF 99 Ib 39, *Schubert*, a été fortement remise en cause par la doctrine. Comme décrit ci-dessus à propos des violations du droit international, le Tribunal fédéral lui-même a plusieurs fois semblé faire mine de s'en écarter. Dans plusieurs arrêts récents, il a laissé la question de l'avenir de la jurisprudence *Schubert* ouverte (voir notamment ATF 125 II 417, *A. (PKK)*, cons. 4d, avec référence formelle à l'arrêt *Schubert*, et ATF 128 IV 201, *X., Y. et Z. (pornographie dure)*, cons. 1.3, ainsi que ATF 128 IV 117, *Ministero pubblico del Cantone Ticino (traite d'êtres humains)*, cons. 3b, qui répètent la même

Pour les dispositions de droit international qui ne concernent pas la protection des droits de l'homme, le Tribunal fédéral a à plusieurs reprises laissé ouverte la question de leur primauté, qui reste dès lors indéterminée à ce jour, à tout le moins vis-à-vis de lois postérieures⁶³⁴.

383. *Inégalité de traitement.* – La solution actuelle, consistant à faire une exception au principe de l'immunité des lois fédérales lorsqu'il s'agit de contrôler leur conformité au droit international, constitue non seulement une entorse à la logique mais elle a de surcroît pour effet de créer une inégalité entre les droits fondamentaux consacrés à la fois par la Constitution et la CEDH et ceux protégés par la Constitution uniquement, que le Tribunal fédéral ne pourra pas faire prévaloir. Tel est notamment le cas de la primauté du droit fédéral. Certains auteurs en tirent argument pour préconiser un élargissement du contrôle de constitutionnalité des lois, voire affirmer que celui-ci existe déjà⁶³⁵.

384. *Tentatives de réforme.* – Le principe de l'immunité des lois fédérales, passablement contesté en doctrine – l'immunité du droit international l'est beaucoup moins – a fait l'objet de plusieurs tentatives de réforme depuis la fin du XIX^e siècle⁶³⁶.

Outre quelques motions parlementaires, on peut mentionner une initiative populaire visant à étendre la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales, refusée par le peuple et les cantons en 1939⁶³⁷. Dans le cadre des premiers travaux de révision de la Constitution, dans les années soixante-dix, l'idée d'une extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales a été discutée, et

formule sans mention expresse de la jurisprudence *Schubert*). Pour HANGARTNER, *Commentaire SG* ad art. 191 Cst., n° 25, la jurisprudence du TF est peu claire en ce qui concerne le maintien ou non de la pratique *Schubert*. Toutefois, dans l'ATF 133 V 367, cons. 11. 6, le TF a, pour la première fois, clairement fait prévaloir une disposition internationale, en l'occurrence l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité contenue dans l'accord sur la libre circulation des personnes, sur une disposition postérieure de la loi sur le chômage, adoptée par la législature dans l'intention de limiter les conséquences de l'accord sur l'assurance chômage helvétique. Il reste à savoir si cette jurisprudence s'appliquera uniquement dans le cadre restreint des assurances sociales et de leur conformité avec l'accord sur la libre circulation, ou si son champ d'application s'avérera plus vaste.

⁶³⁴ ATF 125 II 417, cons. 4d. Voir également ATF 128 IV 201, X., *Y. et Z. (pornographie dure)*, cons. 1.3.

⁶³⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, n° 1887.

⁶³⁶ Pour un exposé plus détaillé de ces tentatives de réforme, voir AUBERT, *Contrôle*, n° 11ss.

⁶³⁷ FF 1939 I 161.

même proposée formellement par la Commission d'experts en 1977, sous la forme d'un contrôle concret uniquement⁶³⁸. Cette proposition a ensuite été reprise dans le projet « C » de réforme de la justice, qui accompagnait le projet de mise à jour de la Constitution fédérale, afin notamment de restaurer le parallélisme avec le contrôle de conventionalité déjà pratiqué par le Tribunal fédéral⁶³⁹. Les Chambres fédérales ont toutefois écarté cette idée à la suite d'une procédure à rebondissements, sans que les raisons qui ont finalement motivé ce rejet ne ressortent très clairement des débats⁶⁴⁰.

L'idée d'une juridiction constitutionnelle limitée sur les lois fédérales a cependant ressurgi dans le cadre de la RPT. Le projet du Conseil fédéral proposait en effet l'introduction d'un art. 189, al. 2 Cst. (nouveau) prévoyant que les cantons, et eux seuls, pourraient se plaindre auprès du Tribunal fédéral de la violation de leurs compétences par une loi fédérale⁶⁴¹. Une nouvelle fois, cette disposition n'a pas trouvé grâce aux yeux des Chambres fédérales, qui l'ont écartée dès le premier examen au plénum⁶⁴². L'opposition a porté sur le principe même de la juridiction constitutionnelle sur les lois fédérales dans un système de démocratie directe – il ne faut pas mettre un tribunal au-dessus du peuple –, traduisant ainsi la volonté de ne pas « mettre le doigt dans l'engrenage » de la juridiction constitutionnelle, quand bien même celle-ci serait-elle restée très limitée⁶⁴³.

Pour le moment donc, le status quo perdure.

385. *Conséquences de l'immunité des lois fédérales pour le contrôle des violations du partage des compétences.* – Il découle du principe de l'immunité des lois fédérales une conséquence majeure pour le contrôle et la sanction des violations du partage fédéral des compétences. En effet, lorsque la Confédération viole le partage constitutionnel des compétences au moyen d'une loi fédérale, autrement dit lorsqu'elle édicte une loi fédérale dans un domaine qui ne lui est pas attribué par la Constitution, le Tribunal fédéral ou les autres

⁶³⁸ Art. 109 du Projet 1977. Voir également le Rapport 1977, p. 173ss.

⁶³⁹ Voir art. 178 du projet « C » relatif à la réforme de la justice, Message 1996 p. 652s, ainsi que les explications du Conseil fédéral, Message 1996 p. 513ss.

⁶⁴⁰ Pour un aperçu des discussions aux Chambres, voir MAHON, *Petit commentaire ad art. 190 Cst.*, n° 6, et les réf. citées.

⁶⁴¹ FF 2002 2419. Voir également le Message RPT, p. 2326ss

⁶⁴² Le Conseil des Etats a, le premier, refusé la disposition proposée, contre l'avis majoritaire de sa commission. Voir BO CE 2002, p. 881s. Le Conseil national s'est rallié sans difficulté au Conseil des Etats, BO CN 2003, p. 1184ss.

⁶⁴³ Voir notamment l'intervention Carlo Schmid, BO CE 2002, p. 880s.

autorités d'application seront impuissantes à sanctionner cette violation. Il en va de même si la Confédération outrepassa, en édictant une loi fédérale, les limites mises à l'exercice de sa compétence, comme le respect du principe de subsidiarité ou de l'autonomie organisationnelle et procédurale des cantons. Le Tribunal fédéral pourra certes examiner la loi fédérale et tenter de lui conférer un sens conforme à la Constitution. Toutefois, s'il n'y parvient pas, la loi fédérale inconstitutionnelle devra néanmoins être appliquée. Les cantons sont dépourvus de moyens juridictionnels pour faire face à cet empiètement sur leurs attributions.

Il en résulte un déséquilibre sérieux du point de vue de l'égalité des armes : la Confédération pourra toujours se défendre contre un acte cantonal empiétant sur ses compétences, puisqu'il n'existe pas d'immunité du droit cantonal. En revanche, l'inverse ne sera généralement pas vrai.

Les moyens non juridictionnels à disposition des cantons, c'est-à-dire essentiellement leur droit de participer au processus menant à l'adoption d'une loi fédérale, prennent alors toute leur importance.

II. Aux Etats-Unis : immunité de fait des lois fédérales

386. *Problématique.* – Au contraire du droit constitutionnel suisse, aucun principe d'immunité des lois fédérales n'est consacré dans le droit constitutionnel positif des Etats-Unis. Au contraire, lorsque la Cour Suprême a revendiqué la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois, elle a commencé par le faire à propos des lois fédérales, dans l'arrêt fondateur *Marbury v. Madison* (1803), avant d'imposer le contrôle de constitutionnalité des lois étatiques⁶⁴⁴.

Ce pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales est demeuré largement incontesté lorsqu'il s'agit d'imposer le respect des droits fondamentaux. En revanche, lorsque la Cour Suprême entreprend d'imposer au Congrès le respect du partage constitutionnel des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés, sa compétence reste, encore à l'heure actuelle, sujette à controverses.

⁶⁴⁴ *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810). Voir, sur tout cela, le panorama proposé par AUER, *Supreme Law*, p. 19ss.

387. *Déférence en matière de clause de commerce inter-étatique.* – Pendant quelques décennies, à partir de la fin des années trente du XX^e siècle, la Cour Suprême a, de fait, renoncé à imposer le respect des limites mises par la Constitution aux compétences du législateur fédéral. Ce phénomène a concerné avant tout le domaine d’application de la clause du commerce inter-étatique (*commerce clause*).

Entre 1937, année charnière lors de laquelle la majorité à la Cour a basculé en faveur de la constitutionnalité de la législation fédérale économique et sociale adoptée dans le cadre du *New Deal*⁶⁴⁵, et 1976, date à laquelle l’arrêt *National League of Cities v. Usery* fut rendu, la Cour Suprême n’a plus invalidé une seule loi fédérale comme outrepassant les compétences de l’Union. Cette abstention judiciaire était le résultat à la fois d’une interprétation particulièrement large de la clause du commerce inter-étatique, d’une déférence pour les constatations de fait du Congrès et, si nécessaire, d’une interprétation étroite de la loi fédérale en cause⁶⁴⁶.

Il faut toutefois remarquer que, durant cette période, la Cour n’a jamais renoncé explicitement à son pouvoir de mettre en œuvre le partage constitutionnel des compétences. Pour traduire sa jurisprudence en termes de droit suisse, elle a toutefois limité son pouvoir d’examen à l’arbitraire, voir même à l’arbitraire grossier⁶⁴⁷. Le test constitutionnel appliqué était tellement large qu’il équivalait, en fin de compte, à donner au législateur fédéral un blanc-seing⁶⁴⁸.

Pendant une quarantaine d’années, il a donc régné, aux Etats-Unis, une immunité de fait des lois fédérales.

388. *Doctrin favorabile à l’immunité de fait des lois fédérales.* – Durant cette période de grande retenue de la Cour en matière de partage fédéraliste des compétences, un courant doctrinal s’est développé, prônant l’abstention de la Cour, ou à tout le moins une très grande retenue de sa part, lorsqu’il s’agit de revoir la conformité des lois fédérales avec le partage des compétences⁶⁴⁹.

Le pionnier en la matière fut HERBERT WECHSLER qui, dans un article publié en 1954 qui fait encore autorité aujourd’hui, a plaidé en faveur d’une position de déférence de la Cour vis-à-vis du Congrès lors de l’examen de la

⁶⁴⁵ *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937).

⁶⁴⁶ TRIBE, p. 816.

⁶⁴⁷ TRIBE, p. 816.

⁶⁴⁸ FRANKLIN, p. 74 : « [...] *the Commerce Clause becomes a “Hey, you-can-do-whatever-you-feel-like Clause”* ».

⁶⁴⁹ Pour un aperçu de la question, voir AUER, *Supreme Law*, p. 51s. ; CLARK, p. 93s.

constitutionnalité d'une loi fédérale⁶⁵⁰. Cette thèse est fondée sur l'idée que le processus politique conduisant à l'adoption d'une loi fédérale suffit à préserver les intérêts des Etats, étant donné que le Congrès est composé, en partie, de représentants des Etats et que les Etats ont en outre une influence sur la sélection des autres membres du Congrès. Il découle de cette théorie que la Cour n'a qu'une légitimité très mince lorsqu'elle prétend limiter les compétences de l'Union au bénéfice de l'autonomie des Etats, contre l'avis du Congrès au sein duquel les Etats ont eu, largement, leur mot à dire⁶⁵¹. En revanche, la juridiction constitutionnelle sur les lois étatiques doit être exercée pleinement, puisque le gouvernement central n'est pas représenté au sein des autorités étatiques.

D'autres auteurs ont repris et développé l'argumentation de WECHSLER, certains allant même jusqu'à considérer la conformité au partage des compétences d'une loi fédérale comme une question non justiciable, échappant dès lors à tout contrôle par la Cour Suprême⁶⁵².

389. *Consécration jurisprudentielle de l'abstention : l'arrêt Garcia.* – Si ces thèses ne font pas, et de loin, l'unanimité au sein de la doctrine, elles ont cependant trouvé un écho certain auprès d'une partie des juges à la Cour Suprême⁶⁵³.

De 1937 jusqu'à l'arrêt *National League of Cities v. Usery*, rendu en 1976⁶⁵⁴, la Cour s'est, de fait, conformée au schéma prôné par WECHSLER, tout en

⁶⁵⁰ WECHSLER, p. 543ss.

⁶⁵¹ WECHSLER, p. 559 : « *the Court is on weakest ground when it opposes its interpretation of the Constitution to that of Congress in the interest of the states, whose representatives control the legislative process and, by hypothesis, have broadly acquiesced in sanctioning the challenged Act of Congress* ».

⁶⁵² CHOPER, p. 171ss. Voir également KRAMER, p. 278ss, qui, tout en reconnaissant que les gardes-fous politiques résultant de la structure du gouvernement fédéral ont perdu de leur efficacité, est d'avis que d'autres instruments les ont remplacés pour protéger l'autonomie des Etats, en particulier l'existence de partis politiques organisés de manière décentralisée, avec pour résultat que les détenteurs de charges publiques au niveau fédéral dépendent, pour leur élection, du soutien et de l'aide de leur parti au niveau local.

⁶⁵³ Pour une vue d'ensemble des critiques, voir CLARK, p. 94ss, et les réf. citées. L'argument principal avancé à l'encontre de la thèse de WECHSLER est que le processus politique fédéral a changé depuis les débuts de l'Etat fédéral ; en particulier, les représentants au Sénat, de même que les électeurs présidentiels, sont désormais élus directement par le peuple, et non plus par les Etats.

⁶⁵⁴ 426 U.S. 833 (1976).

continuant à affirmer, du moins en théorie, son pouvoir d'imposer au législateur fédéral des limites à ses compétences⁶⁵⁵. Avec l'arrêt *National League of Cities*, cette phase de déférence vis-à-vis du législateur fédéral connut un arrêt momentané, puisqu'il se trouva alors une courte majorité de juges à la Cour pour invalider une loi fédérale fondée sur la clause de commerce inter-étatique⁶⁵⁶.

L'arrêt *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*⁶⁵⁷, rendu neuf ans plus tard et par lequel la Cour a renversé sa jurisprudence *National League of Cities*, a marqué la victoire des partisans de l'abstention judiciaire en matière de contrôle de conformité au partage des compétences des lois fédérales. Cet arrêt représente la consécration jurisprudentielle des thèses défendues par WECHSLER et ses héritiers. Dans *Garcia*, en effet, une courte majorité des juges à la Cour Suprême a jugé que les intérêts souverains des Etats seraient mieux protégés par les gardes-fous procéduraux inhérents à la structure fédérale que par un contrôle judiciaire des limites à l'exercice des compétences fédérales⁶⁵⁸. S'appuyant explicitement sur les thèses défendues par WECHSLER et CHOPER, les juges majoritaires ont observé que la composition du gouvernement fédéral au sens large permettait de protéger les Etats contre des abus de compétences du Congrès, et que, dès lors, les tribunaux devaient s'abstenir de contrôler les lois fédérales afin de vérifier qu'elles restent dans le cadre des compétences attribuées à l'Union⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ TRIBE, p. 816.

⁶⁵⁶ A ce sujet, voir FRANKLIN, p. 72, note 172.

⁶⁵⁷ 469 U.S. 528 (1985).

⁶⁵⁸ 469 U.S. 528, 552 : « *State sovereign interests, then, are more properly protected by procedural safeguards inherent in the structure of the federal system than by judicially created limitations on federal power* ».

⁶⁵⁹ 469 U.S. 528, 550s. : « *Apart from the limitation on federal authority inherent in the delegated nature of Congress' Article I powers, the principal means chosen by the Framers to ensure the role of the States in the federal system lies in the structure of the Federal Government itself. It is no novelty to observe that the composition of the Federal Government was designed in large part to protect the States from overreaching by Congress [référence aux articles de WECHSLER et CHOPER]. The Framers thus gave the States a role in the selection both of the Executive and the Legislative Branches of the Federal Government. The States were vested with indirect influence over the House of Representatives and the Presidency by their control of electoral qualifications and their role in Presidential elections [...]. They were given more direct influence in the Senate, where each State received equal representation and each Senator was to be selected by the legislature of his State* ».

390. *Abandon de facto de l'abstention judiciaire.* – La jurisprudence *Garcia* n'a jamais été formellement renversée par la Cour, et conserve donc sa validité à l'heure actuelle⁶⁶⁰. Toutefois, elle n'a pas empêché la Cour, les juges minoritaires dans *Garcia* y ayant retrouvé une majorité, d'invalider par la suite plusieurs lois fédérales fondées sur la clause de commerce inter-étatique⁶⁶¹. Dans ces arrêts, les juges minoritaires se sont opposés, en vain, à l'invalidation judiciaire des lois fédérales en cause en invoquant le rôle protecteur joué par le processus politique⁶⁶². La jurisprudence de la Cour dans ce domaine apparaît cependant relativement fragile et instable. Il n'est pas exclu qu'elle soit encore modifiée suite à un nouveau changement de majorité parmi les juges⁶⁶³.

Même en l'absence d'un tel changement de majorité, les arrêts les plus récents rendus par la Cour en matière de clause du commerce inter-étatique semblent dénoter une très grande réticence à invalider une loi fédérale. Ainsi, dans *Gonzales v. Raich*, rendu en 2005, la majorité de la Cour a refusé d'invalider une loi fédérale fondée sur la clause du commerce inter-étatique, alors même que les juges minoritaires et une partie de la doctrine étaient d'avis que la jurisprudence *Lopez* et *Morrison* aurait dû être appliquée⁶⁶⁴. Sans rejeter explicitement cette jurisprudence, les juges majoritaires lui ont donné une portée très étroite, donnant ainsi à penser que la majorité de la Cour n'était pas

⁶⁶⁰ Malgré les prédictions des juges minoritaires qui, dans *Garcia*, avaient annoncé un changement prochain de majorité. Voir l'opinion dissidente du juge Rehnquist, 469 U.S. 528, 580 : « [I] do not think it incumbent on those of us in dissent to spell out further the fine points of a principle that will, I am confident, in time again command the support of a majority of this Court ».

⁶⁶¹ Voir en particulier *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Également *New York v. U.S.* 505 U.S. 144 (1992). Selon les commentateurs, il faut déduire de ces arrêts que l'abstention judiciaire pronée dans *Garcia* a une portée très étroite, réduite au cas dans lequel les États sont visés « en tant qu'États » par une réglementation fédérale. A ce sujet, voir CLARK, p. 97s., et les réf. citées.

⁶⁶² Voir notamment l'opinion dissidente du juge Souter, auquel se sont joints les juges Stevens, Ginsburg et Breyer, dans *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 648 : « *The defect, in essence, is the majority's rejection of the Founders' considered judgment that politics, not judicial review, should mediate between state and national interests [...]* ».

⁶⁶³ Un tel scénario est cependant improbable au vu des orientations politiques des deux juges récemment nommés à la Cour Suprême, John Roberts et Samuel Alito.

⁶⁶⁴ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005). Il s'agissait dans cette affaire de juger de la constitutionnalité de la loi fédérale sur les stupéfiants (*Controlled Substances Act*), telle qu'appliquée à la culture et à la consommation purement locale et privée de cannabis à des fins médicales, laquelle était autorisée par la loi californienne.

près d'abandonner son attitude de déférence face au Congrès en matière d'application de la clause du commerce inter-étatique⁶⁶⁵.

III. Synthèse

391. *Persistence de l'immunité, de droit ou de fait, des lois fédérales.* – Même si la Constitution des Etats-Unis ne contient pas, à l'instar de la Constitution suisse, de clause prévoyant l'immunité des lois fédérales, la compétence des tribunaux de revoir la constitutionnalité des lois fédérales fait l'objet d'une contestation récurrente. La Cour Suprême a même conféré aux lois fédérales une immunité de fait pendant pratiquement toute la seconde moitié du XX^e siècle et, aujourd'hui encore, elle n'intervient qu'avec beaucoup de modération lorsqu'il s'agit de limiter les compétences attribuées à l'Union. En d'autres termes, ce que « *le Tribunal fédéral suisse n'a jamais pu faire, parce que la Constitution le lui interdit formellement – invalider une loi fédérale qui empiète sur les attributions des cantons –*, la Cour Suprême a, après quelques vaines tentatives, décidé de ne pas le faire »⁶⁶⁶. On peut en conclure que la question de l'autorité des tribunaux pour revoir les actes du législateur se pose dans tous les Etats démocratiques, et constitue un sujet « naturellement »

⁶⁶⁵ La majorité, composée des juges Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer (minoritaires dans *Lopez* et *Morrison*), Scalia et Kennedy (lesquels ont changé de camp par rapport à *Lopez* et *Morrison*), ont jugé que la jurisprudence *Lopez* et *Morrison* n'était pas applicable parce que l'activité en cause, soit la culture de cannabis à des fins médicales privées, était bien une activité économique (« *Unlike those at issue in Lopez and Morrison, the activities regulated by the CSA are quintessentially economic* ») et qu'il fallait prendre en compte l'ensemble de la loi sur les stupéfiants, laquelle règle toute une série d'états de fait dont le caractère inter-étatique ne fait aucun doute : « *Here, respondents ask us to excise individual applications of a concededly valid statutory scheme. In contrast, in both Lopez and Morrison, the parties asserted that a particular statute or provision fell outside Congress' commerce power in its entirety* » (opinion majoritaire rédigée par le juge Stevens). A cette argumentation, les juges minoritaires (O'Connor, Rehnquist et Thomas) ont rétorqué qu'une telle interprétation de la jurisprudence *Lopez* et *Morrison* ne servirait qu'à donner un mauvais signal au Congrès et à rendre vaine toute tentative de la Cour d'imposer des limites à la compétence fédérale en matière de clause du commerce inter-étatique : « *In my view, allowing Congress to set the terms of the constitutional debate in this way, i.e., by packaging regulation of local activity in broader schemes, is tantamount to removing meaningful limits on the Commerce Clause* » (opinion dissidente rédigée par le juge O'Connor).

⁶⁶⁶ AUER, *Supreme Law*, p. 53s.

controversé, même dans un pays dans lequel le peuple ne prend pas directement part au processus législatif fédéral.

Aux Etats-Unis, c'est en particulier le pouvoir des tribunaux de contrôler la conformité du droit fédéral avec le partage vertical des compétences qui a fait l'objet des oppositions les plus virulentes, alors que l'autorité d'assurer le respect des droits fondamentaux est demeurée quasiment incontestée. A cet égard, il est piquant de constater qu'en Suisse, où l'immunité des lois fédérales concerne tant le contrôle du respect des droits fondamentaux que celui du respect du partage fédéraliste des compétences, la dernière tentative en date de supprimer cette immunité concernait précisément le respect du fédéralisme⁶⁶⁷.

Par ailleurs, le fait que deux des plus anciens Etats fédéraux au monde aient pu fonctionner, pendant toute ou partie de leur histoire, avec une clause expresse ou tacite d'immunité des lois fédérales, tend à démontrer que le rôle de la juridiction constitutionnelle en tant que gardienne du fédéralisme n'est peut-être pas aussi grand que l'on veut bien le dire, et que l'intervention d'autres mécanismes de contrôle, qu'il s'agisse de principes non justiciables ou de la composition des autorités fédérales, joue un rôle tout aussi important.

§3 *Voies de droit*

I. En Suisse

392. *Procédure de recours et procédure d'action.* – En Suisse, la voie de droit adéquate pour saisir le Tribunal fédéral d'un litige concernant le partage vertical ou l'exercice des compétences dépend du type de contrôle souhaité, ainsi que de l'auteur de la norme attaquée. Globalement, on distingue deux catégories principales de voies de droit. La première catégorie est formée par les recours ordinaires ou extraordinaires. Ceux-ci permettent de contester, devant le Tribunal fédéral, le jugement d'une autorité judiciaire inférieure. La seconde catégorie est constituée par l'action de droit public. Celle-ci permet de s'adresser directement au Tribunal fédéral pour la résolution d'un litige fédératif, sans passer par une autorité inférieure.

⁶⁶⁷ Il s'agissait de la proposition du Conseil fédéral, faite dans le cadre de la RPT, d'instaurer un contrôle judiciaire sur les lois fédérales uniquement lorsqu'un canton se plaindrait d'une violation du partage vertical des compétences. Voir le Message RPT, p. 2326ss, ad art. 189, al. 2 du projet.

1. Contrôle abstrait sur une norme cantonale

393. *Recours en matière de droit public.* – Si la norme attaquée est une norme cantonale, la voie du recours en matière de droit public permet de demander au Tribunal fédéral d'en contrôler la constitutionnalité en dehors de tout cas d'application. En vertu de l'art. 82 let. b LTF, le recours en matière de droit public permet d'attaquer directement un acte normatif cantonal, quel que soit le domaine du droit concerné par celui-ci⁶⁶⁸. Les autres recours ordinaires – en matière civile ou en matière pénale – ne peuvent quant à eux jamais être dirigés directement contre un acte normatif. Le recours doit être déposé dans les 30 jours suivant la publication de l'acte selon le droit cantonal (art. 101 LTF).

Le recours en matière de droit public dirigé directement contre un acte normatif, en dehors de tout cas d'application, concerne uniquement les actes normatifs cantonaux, à l'exclusion des actes normatifs fédéraux. Il n'y a donc pas, dans ce contexte, de parallélisme entre le droit cantonal, qui peut être contrôlé, et le droit fédéral, qui échappe au recours⁶⁶⁹.

394. *Action.* – L'action, présentée plus en détail ci-dessous, permet notamment à la Confédération de déclencher le contrôle abstrait du Tribunal fédéral sur une norme cantonale.

⁶⁶⁸ En vertu de l'art. 82 let. b LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours dirigés contre des « *actes normatifs cantonaux* ». Cette notion correspond à celle d'« *arrêtés cantonaux* » (en allemand « *kantonale Erlasse* ») utilisée dans l'ancienne OJ (84 al. 1 OJ). Les actes visés demeurent les mêmes ; ils incluent toutes les règles générales et abstraites dont l'auteur est une autorité d'un ou de plusieurs cantons, ou encore une autorité communale. Ainsi, il peut s'agir de lois cantonales, d'ordonnances ou autre actes inférieurs ou encore de concordats intercantonaux ou de règlements communaux. Les constitutions cantonales y font exception, dans une certaine mesure, du fait du contrôle dont elles font l'objet de la part de l'Assemblée fédérale.

⁶⁶⁹ Cette situation résulte d'une part du principe de l'immunité des lois fédérales, qui interdit aux tribunaux, notamment au Tribunal fédéral, de sanctionner l'inconstitutionnalité des lois fédérales ; d'autre part et surtout, de la décision du législateur, prise en 1874 déjà, de limiter l'objet du recours de droit public, auquel a succédé le recours en matière de droit public, aux arrêtés cantonaux, alors que rien dans la Constitution ne l'obligeait à introduire une telle limitation, l'immunité ne s'étendant qu'aux lois fédérales, mais pas aux actes fédéraux inférieurs. A ce sujet, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol. I*, 1^{ère} éd. (2000), n° 1912, et AUBERT, *Contrôle*, p. 17.

2. Contrôle abstrait sur une norme fédérale

395. L'« action ». – Une norme fédérale peut également, dans des cas beaucoup plus exceptionnels, être attaquée « abstraitement » devant le Tribunal fédéral. L'instrument procédural permettant d'obtenir un tel contrôle abstrait est l'« action », prévue à l'art. 120, al. 1 LTF. Celle-ci correspond, pour l'essentiel, à la réclamation de droit public prévue, sous l'ancien droit, à l'art. 83 OJ.

L'art. 120, al. 1, let. a LTF consacre la compétence du Tribunal fédéral pour connaître des « conflits de compétence entre autorités fédérales et autorités cantonales ». Cette disposition, qui reprend mot pour mot la formulation de l'ancien art. 83 let. a OJ, vise donc les actions (autrefois réclamations de droit public) introduites par un ou plusieurs cantons ou la Confédération pour violation du partage des compétences. Cette voie de droit permet ainsi à un ou plusieurs cantons ou à la Confédération de saisir le Tribunal fédéral chaque fois qu'un conflit les oppose à propos de la délimitation de leurs compétences. L'action permet également de saisir le Tribunal fédéral en cas de différends entre cantons sur leurs compétences (art. 120, al. 1, let. b LTF)⁶⁷⁰.

Elle peut être dirigée soit contre une décision, fédérale ou cantonale, soit contre une disposition normative, fédérale ou cantonale. Dans ce dernier cas, l'action permet donc de déclencher le contrôle abstrait d'un acte législatif. Il peut s'agir d'un acte cantonal, auquel cas la réclamation sera généralement introduite par la Confédération. Mais il peut également s'agir d'un acte normatif fédéral, qui peut être attaqué par les cantons, sous réserve des conséquences de l'application de l'immunité des lois fédérales.

396. *Conséquences de l'immunité des lois fédérales.* – L'immunité des lois fédérales étant également applicable dans le cadre d'une action, un canton pourra déclencher le contrôle abstrait d'une ordonnance mais non d'une loi fédérale. Un canton estimant qu'une ordonnance adoptée par le Conseil fédéral

⁶⁷⁰ L'art. 120, al. 1, let. b LTF inclut dans son champ d'application les différends de droit public entre cantons, qui faisaient auparavant l'objet de l'art. 83, let. b OJ, mais également les contestations de droit public entre cantons et Confédération, de même que les contestations de droit civil entre cantons ou entre cantons et Confédération. Ces contestations de droit civil entre cantons ou entre cantons et Confédération correspondent aux procès directs prévus auparavant à l'art. 41 OJ.

Les contestations de droit public entre Confédération et cantons ou entre cantons, ainsi que les contestations portant sur des prétentions du chef de la responsabilité des magistrats, prévues à l'art. 120, al. 1, let. c LTF, correspondent au domaine d'application de l'ancienne action de droit administratif.

contient une violation des compétences cantonales pourra donc, en principe, attaquer celle-ci directement devant le Tribunal fédéral⁶⁷¹.

3. Contrôle concret sur une norme cantonale

397. *Voies de recours ordinaires.* – Au niveau du Tribunal fédéral, le contrôle concret des normes cantonales intervient dans le cadre du recours ordinaire prévu pour contester la décision d'application faisant l'objet de la contestation principale. Selon le système des voies de recours prévu par la LTF, la voie à emprunter dépend du domaine juridique auquel appartient la décision en cause.

Si la décision a été rendue en matière de droit civil, la voie de recours adéquate est le recours en matière de droit civil (art. 72ss LTF). Si elle a été rendue en matière pénale, il s'agira du recours en matière pénale (art. 78ss LTF). Si elle appartient au domaine du droit public, le recours adéquat sera celui en matière de droit public (art. 82ss LTF).

398. *Voie de recours extraordinaire.* – A ces voies de recours ordinaires s'ajoute celle, extraordinaire, du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113ss LTF). Celui-ci a été conçu par le législateur comme un recours extraordinaire, destiné à combler les lacunes créées par l'introduction des recours unifiés dans la protection des droits constitutionnels des individus.

Le recours constitutionnel subsidiaire est recevable lorsque le recourant invoque la violation de ses droits constitutionnels à l'encontre d'une décision émanant d'une autorité cantonale, pour autant que cette décision ne soit pas susceptible d'un recours ordinaire. Tel sera le cas notamment lorsque la valeur litigieuse est

⁶⁷¹ Un tel cas de figure s'est produit à quelques reprises au cours des deux dernières décennies. Ainsi en 1990, lorsque le canton de Genève, à l'occasion d'un litige l'opposant à la Confédération à propos de la compétence pour autoriser la consultation des documents de la Confédération établis pour assurer la sécurité de l'Etat (les « fiches »), s'en est pris directement à l'ordonnance du Conseil fédéral du 5 mars 1990 relative à ces documents. Le Tribunal fédéral a tranché le litige en faveur de la Confédération dans l'arrêt publié aux ATF 117 Ia 221, *Canton de Genève (fiches)*. De même, en 1998, le canton de St-Gall a attaqué par la voie de la réclamation de droit public l'ordonnance du Conseil fédéral sur les automates de jeu d'argent, au motif que celle-ci portait atteinte à la compétence cantonale d'autoriser l'exploitation d'appareils automatiques servant au jeu d'adresse. Le Tribunal fédéral a, là encore, rejeté l'action du canton, dans l'arrêt publié aux ATF 125 II 152, *Canton de St-Gall*.

insuffisante et que la contestation ne soulève pas une question juridique de principe (art. 74 et 85 LTF), ou lorsque la matière fait partie des exceptions au recours en matière de droit public (art. 83 LTF)⁶⁷². Dans une telle situation, le recours constitutionnel subsidiaire permet notamment de demander, à l'occasion d'un cas d'application, le contrôle concret d'une norme de droit cantonal, à condition de pouvoir invoquer, à l'appui du recours, la violation d'un droit constitutionnel. Tel sera le cas avec le grief de la primauté du droit fédéral, comme nous le verrons ci-dessous.

399. *Action.* – L'action peut également être dirigée, formellement, contre une décision d'application d'une norme cantonale et, par conséquent, permet de déclencher le contrôle concret de cette dernière.

4. Contrôle concret sur une norme fédérale

400. *Voies de recours ordinaires.* – En matière de contrôle concret des normes, les voies de recours sont les mêmes quel que soit l'auteur, fédéral ou cantonal, de la norme concernée. Le fait que la décision se fonde sur le droit cantonal ou le droit fédéral n'a, au contraire de l'ancien droit, plus d'incidence sur la voie de recours à emprunter⁶⁷³. Ainsi, lorsque le contrôle d'une norme fédérale est demandé à l'occasion d'un cas d'application, les voies de droit sont celles permettant d'attaquer la décision fondée sur la norme en cause, soit les recours ordinaires en matière de droit civil, en matière pénale et en matière de droit public.

Lorsque la norme fédérale contestée est appliquée par une autorité cantonale et que celle-ci a rendu une décision susceptible d'être attaquée, le contrôle concret de la norme fédérale pourra également avoir lieu par la voie du recours constitutionnel subsidiaire.

⁶⁷² L'existence de cette voie de recours subsidiaire a pour effet de réintroduire une partie des complications existant sous le régime de l'OJ. En particulier, ce recours ne permet d'invoquer que « la violation des droits constitutionnels » (art. 116 LTF). Le motif de recours joue donc à nouveau un rôle dans la détermination de la voie de recours à emprunter. Suivant les circonstances, le recourant pourra se voir contraint d'introduire deux recours : le recours ordinaire applicable au domaine juridique concerné, et le recours constitutionnel subsidiaire pour le cas où le recours ordinaire serait irrecevable ou ne permettrait pas de faire examiner les griefs soulevés.

⁶⁷³ Sur tout cela, voir le Message LTF, p. 4034, ainsi que BELLANGER, p. 44 et 47s.

401. *Action.* – L'action peut également être dirigée, formellement, contre une décision d'application d'une norme fédérale et, par conséquent, permet de déclencher le contrôle concret de cette dernière.
402. *Conséquences de l'immunité des lois fédérales.* – L'immunité des lois fédérales, entendue comme un *Anwendungsgebot* mais non comme un *Prüfungsverbot*, ne s'oppose pas à un contrôle de la norme à l'occasion d'un acte d'application. Une éventuelle inconstitutionnalité ne pourra cependant pas être sanctionnée.

II. Aux Etats-Unis

403. *Recours et action.* – Aux Etats-Unis, la Cour Suprême peut être appelée à trancher un litige ayant trait à la constitutionnalité d'une norme dans le cadre de deux procédures. La première est une procédure par voie d'action, dans laquelle la Cour Suprême intervient en tant qu'autorité de première instance (*original jurisdiction*). Cette procédure ne concerne cependant qu'un nombre très réduit de cas. La seconde est une procédure de recours, dans laquelle la Cour Suprême est appelée à contrôler, en tant qu'autorité de dernière instance, les jugements d'autorités judiciaires inférieures (*appellate jurisdiction*).

1. Juridiction originaire (procédure par voie d'action)

404. *Champ d'application.* – Les cas tombant dans la juridiction originaire de la Cour Suprême sont énumérés à l'art. III, section 2 de la Constitution américaine⁶⁷⁴. Il s'agit principalement des cas dans lesquels l'une des parties est

⁶⁷⁴ Art. III, section 2 Cst. U.S. : « *The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;--to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls;--to all cases of admiralty and maritime jurisdiction;--to controversies to which the United States shall be a party;--to controversies between two or more states;--between a state and citizens of another state;--between citizens of different states;--between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects. In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have **original jurisdiction**. In all the other cases before mentioned, the Supreme*

un Etat. Le nombre effectif de litiges auxquels un Etat est partie aboutissant par voie d'action devant la Cour Suprême est cependant beaucoup plus réduit que ne le laisse supposer cette disposition constitutionnelle.

405. *Jurisdiction originare, mais pas forcément exclusive.* – En effet, dans la plupart des cas, juridiction originare ne signifie pas juridiction exclusive (28 U.S.C. §1251). En d'autres termes, dans la plupart des litiges impliquant un Etat, une autre instance judiciaire que la Cour Suprême sera également compétente pour connaître du litige, et les juges de Washington seront alors prompts à se dessaisir de l'affaire en faveur de l'autre autorité compétente (en vertu de la doctrine du *forum non conveniens*)⁶⁷⁵. Tel sera généralement le cas dans les litiges entre l'Union et un Etat (28 U.S.C. §1251, let. b, ch. 2). Les seuls cas dans lesquels la Cour Suprême exerce une juridiction exclusive sont les litiges entre deux ou plusieurs Etats⁶⁷⁶.

2. *Jurisdiction sur recours*

406. *Champ d'application.* – Dans la très vaste majorité des cas, la Cour Suprême intervient dans un litige en tant qu'autorité judiciaire de dernière instance. Les cas tombant dans la juridiction sur recours sont énumérés à l'art. III, section 2 de la Constitution⁶⁷⁷. Il s'agit, principalement, des litiges donnant lieu à une « question de droit fédéral », autrement dit les cas qui soulèvent une question d'interprétation ou d'application de la Constitution fédérale, d'une loi fédérale ou d'un traité international, ainsi que des litiges auxquels les Etats-Unis sont partie.
407. *Jurisdiction facultative et obligatoire.* – La juridiction sur recours de la Cour Suprême peut être de deux types : obligatoire (*mandatory appellate jurisdiction*), ce qui signifie que la Cour est tenue de se saisir du recours qui lui

*Court shall have **appellate jurisdiction**, both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make [...]* » (c'est nous qui soulignons).

⁶⁷⁵ FALLON et al., p. 280 et 299ss. Pour un exemple, voir *Illinois v. City of Milwaukee*, 406 U.S. 91 (1972).

⁶⁷⁶ Pour un exemple, voir *Mississippi v. Louisiana*, 506 U.S. 73 (1992), et *Louisiana v. Mississippi*, 515 U.S. 22 (1995), qui concernaient un litige en matière de frontières étatiques. Même pour de tels litiges, qui entrent en principe dans la juridiction exclusive de la Cour, il arrive parfois que celle-ci refuse de se saisir du litige au motif qu'elle n'est pas l'autorité la mieux compétente. A ce sujet, voir FALLON et al., p. 301ss.

⁶⁷⁷ Art. III, section 2 Cst. U.S., reproduit ci-dessus, note 674.

est adressé, et facultative (*discretionary appellate jurisdiction*), ce qui signifie, au contraire, que la Cour est libre de décider si elle entend se saisir ou non du litige.

408. *Jurisdiction obligatoire inexistante en pratique.* – Depuis 1988, année au cours de laquelle le Congrès a modifié les règles régissant la Cour Suprême (*Judiciary Act*), il n'existe pratiquement plus de cas de juridiction obligatoire⁶⁷⁸. Cet aspect peut donc être entièrement laissé de côté pour la suite de ce chapitre.

409. *Jurisdiction facultative : procédure de certiorari.* – La Cour Suprême exerce sa juridiction facultative sur recours, qui concerne l'essentiel de son activité, dans le cadre de la procédure de *certiorari*. Le *writ of certiorari* est en réalité un acte délivré par la Cour elle-même, par lequel celle-ci se déclare d'accord d'examiner le litige qui lui est présenté par le recourant. L'autorité dont émane la décision attaquée peut être une cour suprême étatique ou une cour fédérale d'appel (28 U.S.C. §1254 et 28 U.S.C. §1257). L'important est que le litige tombe dans l'une des catégories soumises à la juridiction sur appel de la Cour Suprême, c'est-à-dire, en pratique, soulève une « question fédérale ».

410. *Une seule voie de droit en pratique pour les litiges en matière de compétences : la procédure de certiorari.* – En dépit de l'existence théorique d'une juridiction originaire – mais non exclusive – de la Cour Suprême sur les litiges entre l'Union et un Etat, l'effet conjugué d'une jurisprudence restrictive de la Cour en matière de juridiction originaire et de la quasi-exclusivité de la procédure de *certiorari* en matière de juridiction sur recours a pour résultat que, en pratique, tous les litiges mettant en jeu la répartition verticale ou l'exercice des compétences sont portés devant la Cour Suprême par la procédure de *certiorari*⁶⁷⁹.

§4 Griefs

I. En Suisse

⁶⁷⁸ TRIBE, p. 268s. ; FALLON et al., p. 1555.

⁶⁷⁹ Pour un exemple, voir *New York v. United States*, 505 U.S. 144, porté devant la Cour Suprême par la voie du *writ of certiorari* quand bien même il s'agissait d'un litige entre un Etat et l'Union qui, en cette qualité, entrait dans le champ d'application de la juridiction originaire de la Cour.

1. Lorsque la norme attaquée est une norme cantonale

411. *Rôle primordial du grief de la violation de la primauté du droit fédéral.* – Le principe de la primauté du droit fédéral joue un rôle essentiel dans le contrôle judiciaire du partage des compétences exercé dans le cadre de la juridiction constitutionnelle.

Comme son nom l'indique, ce grief est invoqué uniquement à l'encontre de normes – ou, éventuellement, de décisions – de droit cantonal. Si l'on entend faire valoir une violation du partage des compétences de la part de la Confédération, d'autres griefs doivent être utilisés.

412. *Droit constitutionnel invocable par les particuliers.* – Le rôle prééminent du grief de violation de la primauté du droit fédéral dans les litiges en matière de partage vertical des compétences lui a été conféré par le Tribunal fédéral lorsque celui-ci a reconnu, très tôt, que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral constituait un droit constitutionnel invocable par les particuliers dans un recours de droit public. Cette étape était cruciale dans la mesure où elle a eu pour effet de faire des citoyens les gardiens du partage constitutionnel des compétences, en leur permettant de faire valoir un droit individuel à ce que ce partage soit respecté. En effet, le recours de droit public qui, sous l'empire de l'OJ, constituait la voie principale par laquelle un individu pouvait se plaindre, devant le Tribunal fédéral, d'une violation de la Constitution, n'était pas recevable à l'encontre de n'importe quelle violation de la Constitution, mais uniquement à l'encontre de la violation de « droits constitutionnels » (art. 84, al. 1, let. a OJ). La jurisprudence du Tribunal fédéral a conféré un contenu à cette notion en précisant qu'elle englobait les droits fondamentaux individuels, ainsi qu'un nombre restreint de principes constitutionnels, essentiellement l'interdiction de la double imposition et, justement, la primauté du droit fédéral.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs eu l'occasion de préciser que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral pouvait être invoqué en tant que droit individuel également sous le régime de la Constitution mise à jour⁶⁸⁰.

413. *Champ d'application du grief de la violation de la primauté du droit fédéral.* – Comme nous l'avons mis en évidence plus haut dans ce travail, la violation de la primauté du droit fédéral revêt, dans la majeure partie des cas, deux facettes. La première se réfère au point de vue « constitutionnel », autrement dit à la violation, par un canton, du partage des compétences

⁶⁸⁰ ATF 130 I 82, *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich*, cons. 2.2.

législatives ou exécutives résultant de la Constitution. La seconde correspond au point de vue « légal », soit à la violation du droit fédéral par un acte cantonal, qui, dans la plupart des cas, mais pas dans tous, n'est que le résultat d'une violation du partage constitutionnel des compétences. Doté de ces deux facettes, le grief de la violation de la primauté du droit fédéral possède un caractère hybride, puisque l'invoquer signifie le plus souvent invoquer à la fois le caractère illégal et le caractère inconstitutionnel d'une norme ou d'un acte d'application. Dès lors, une norme cantonale est contraire à la primauté du droit fédéral lorsqu'elle se fonde sur une compétence constitutionnelle inexistante ou lorsqu'elle est contraire au droit fédéral infra-constitutionnel. Le grief de la primauté du droit fédéral permet ainsi également d'invoquer qu'un canton a outrepassé les limites mises à l'exercice de ses compétences en empêchant ou en rendant plus difficile l'application du droit fédéral, ce qui se traduit par une violation du droit fédéral infra-constitutionnel. Lorsque le recourant invoque la violation du droit fédéral infra-constitutionnel, autrement dit qu'il invoque l'existence d'un conflit de normes, le grief de la primauté du droit fédéral se résume à un simple grief d'illégalité, et le « détour » par la violation de la Constitution n'est plus forcément nécessaire.

414. *Rôle atténué sous le régime de la LTF.* – Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle organisation des voies de recours devant le Tribunal fédéral, introduite par la LTF, le grief de la primauté du droit fédéral en tant que droit constitutionnel des citoyens a, de toute manière, perdu de son importance. En effet, les nouveaux recours ordinaires, soit le recours en matière de droit civil, en matière pénale et en matière de droit public, peuvent être introduits pour toute violation du droit fédéral (art. 95, let. a LTF). La notion de « violation du droit fédéral » inclut les violations de la Constitution, mais également les violations du droit fédéral inférieur. S'agissant de la violation de la Constitution, les nouveaux recours permettent l'invocation de toutes les violations, y compris celles de principes constitutionnels ou de dispositions qui n'ont pas été érigées en « droit constitutionnel » par la jurisprudence. En d'autres termes, il est désormais possible, dans un recours ordinaire, de faire valoir l'inconstitutionnalité et / ou l'illégalité d'une norme cantonale, sans qu'il soit nécessaire de faire le détour par le droit constitutionnel au respect de la primauté du droit fédéral.

Il résulte de ces modifications que la qualité de droit constitutionnel conféré à la primauté du droit fédéral perd de son importance. Elle ne garde une signification cruciale qu'en matière de recours constitutionnel subsidiaire, qui

ne peut être introduit que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF).

415. *Griefs invocables dans l'action.* – La voie de l'action, réservée aux collectivités publiques, est destinée expressément à la résolution des conflits de compétences entre celles-ci⁶⁸¹. La violation du partage des compétences peut donc être invoquée directement, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer un détour par la violation d'un droit constitutionnel. Ainsi, si la Confédération souhaite s'en prendre à une norme cantonale, elle pourra le faire en invoquant directement la violation du partage vertical des compétences.

2. Lorsque la norme attaquée est une norme fédérale

416. *Recours introduit par un individu.* – Les individus peuvent demander le contrôle concret d'une norme fédérale non immunisée (voire même d'un acte immunisé) par la voie des recours ordinaires, en invoquant la violation du partage constitutionnel des compétences ou de tout autre principe constitutionnel justiciable limitant l'exercice des compétences de la Confédération. Si la voie du recours constitutionnel subsidiaire est utilisée, alors il faudra invoquer la violation du droit constitutionnel au respect de la primauté du droit fédéral.

⁶⁸¹ Le conflit peut porter sur la question de savoir laquelle des collectivités concernées est habilitée à édicter une règle régissant tel ou tel objet. A titre d'exemple, on peut citer le conflit ayant opposé le canton de Genève à la Confédération au sujet de la compétence de régler la consultation des documents établis pour assurer la sécurité de l'Etat (ATF 117 Ia 221, *Canton de Genève [fiches]*). Voir également ATF 125 II 152, *Canton de St-Gall*, sur la délimitation des compétences fédérales et cantonales pour autoriser les appareils automatiques servant aux jeux d'argent (compétence de la Confédération d'édicter l'ordonnance fédérale sur les automates de jeu d'argent, alors que le canton de St-Gall revendiquait la compétence de régler la même matière). Mais le conflit peut également porter sur l'exercice de la compétence que possède l'une ou l'autre collectivité. Un tel conflit a par exemple opposé le canton de Genève à la Confédération au sujet des autorisations nécessaires pour la construction de la centrale nucléaire de Verbois. Il s'agissait en particulier de savoir si la compétence appartenant à la Confédération en matière de construction et d'exploitation de centrales nucléaires incluait la faculté d'autoriser la construction d'une telle centrale sans égard au droit cantonal régissant l'affectation des terrains en cause (ATF 103 Ia 329, *Canton de Genève [Verbois]*).

417. *Recours introduit par un canton.* – Si un canton entend attaquer une norme fédérale – non immunisée –, il devra généralement passer par l'action, et invoquer la violation du partage vertical des compétences ou, éventuellement, de tout autre principe constitutionnel justiciable limitant l'exercice des compétences fédérales.

II. Aux Etats-Unis

418. *Question peu formalisée.* – Aux Etats-Unis, la question du grief à invoquer pour faire valoir une violation des règles régissant le partage vertical des compétences ou leur exercice n'a pas fait l'objet d'une analyse très formalisée. En effet, à l'instar de la situation prévalant en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LTF, la Cour Suprême peut, une fois qu'elle est saisie d'un recours, examiner toutes les questions de conformité à la Constitution fédérale ou au droit fédéral, pour autant qu'il s'agisse de questions justiciables.

419. *Lorsque la norme attaquée est une norme fédérale.* – Lorsqu'une loi fédérale est attaquée, le grief invoqué sera le plus souvent la violation de la Constitution, plus précisément de telle ou telle disposition attributive de compétence ou du X^e Amendement. Le grief de la violation du X^e Amendement a ainsi été invoqué dans la plupart des grands jugements récents de la Cour Suprême en matière de fédéralisme, notamment ceux dans lesquels la doctrine *anti-commandeering* a été développée.

420. *Lorsque la norme attaquée est une norme étatique.* – Lorsque la norme attaquée est une norme étatique, à laquelle on reproche une violation du partage vertical des compétences ou l'exercice excessif d'une compétence étatique, les griefs invoqués dépendront de la nature de la violation alléguée et du domaine dans lequel on se trouve. Il s'agira généralement du grief de violation des règles sur la « préemption » du droit étatique par le droit fédéral, ou de celui de violation de la « clause dormante du commerce inter-étatique »⁶⁸². Alternativement, on trouve parfois l'invocation de la violation de la primauté du droit fédéral (*supremacy clause*).

⁶⁸² Exemple dans lequel la loi étatique a été invalidée pour violation du principe de « préemption » : *American Insurance Ass'n v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003).

§5 *Qualité pour agir et pour défendre*

I. En Suisse

421. *Fonction de la voie de droit utilisée.* – La qualité pour agir et pour défendre dans un litige ayant trait au partage vertical ou à l'exercice des compétences dépend des règles procédurales régissant la voie de droit utilisée pour porter le litige devant le Tribunal fédéral. Les règles sur la qualité pour agir, en particulier, diffèrent suivant la voie employée. En revanche, la qualité pour défendre ne pose guère de problèmes.

1. Qualité pour agir

A. Particuliers

422. *Recours en matière de droit public dirigé directement contre un acte normatif (contrôle abstrait).* – La qualité pour introduire un recours en matière de droit public à l'encontre d'un acte normatif ne fait pas l'objet de règles particulières dans la LTF. L'art. 89 LTF, qui régit la qualité pour recourir en général, est applicable. Le recours sera ainsi recevable si le recourant, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une collectivité, démontre avoir participé à la procédure devant l'instance précédente, être particulièrement atteint par l'acte normatif attaqué et posséder un intérêt digne de protection à l'annulation de celui-ci.

423. *Intérêt virtuel.* – Sous le régime de l'ancien droit, la qualité pour introduire un recours dirigé contre un acte normatif dépendait de l'existence d'un intérêt virtuel à l'annulation de l'arrêté attaqué. Le Tribunal fédéral admettait l'existence d'un intérêt virtuel lorsqu'il existait une probabilité minimale que le recourant soit touché un jour dans ses intérêts juridiquement protégés par la norme en cause⁶⁸³. L'idée était que puisque l'arrêté n'avait pas encore pu produire ses effets au moment du recours, il fallait, pour justifier la qualité pour recourir, que la survenance d'une atteinte puisse être envisagée avec un minimum de vraisemblance. Il suffisait ainsi généralement d'être

⁶⁸³ ATF 130 I 306, *Helsana Versicherungen AG*, cons. 1, et les réf. citées. Egalement AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 1^{re} éd. (2000), *Vol. I*, n° 1952, et les réf. citées.

domicilié dans le canton dont émanait l'acte pour avoir qualité pour recourir⁶⁸⁴. En pratique, cette exigence d'un intérêt virtuel remplaçait ou incluait celle d'un intérêt juridique et personnel, généralement applicable dans l'ancien recours de droit public⁶⁸⁵.

424. *Suite.* – On peut dès lors raisonnablement penser que, dans le cadre du recours en matière de droit public introduit à l'encontre d'un acte normatif, le Tribunal fédéral devrait continuer à appliquer l'exigence d'un intérêt virtuel. En effet, si cette exigence était applicable dans le cadre de l'ancien recours de droit public, qui requérait en principe l'existence d'un intérêt juridiquement protégé, elle devrait être d'autant plus applicable dans le cadre du recours en matière de droit public, pour lequel les conditions générales régissant la qualité pour agir sont plus souples, puisque seul un intérêt de fait est nécessaire⁶⁸⁶.

Par ailleurs, l'exigence d'une atteinte « particulière », prévue à l'art. 89 let. b LTF, qui n'existait pas sous le régime de l'OJ, a été ajoutée dans le but de restreindre avant tout la qualité pour recourir de tiers à l'encontre de décisions dont ils ne sont pas destinataires, et non afin de restreindre la qualité pour recourir à l'encontre d'actes normatifs⁶⁸⁷.

425. *Recours en matière de droit public dirigé contre une décision (contrôle concret).* – Les exigences concernant la qualité pour recourir lorsque l'acte attaqué par la voie du recours en matière de droit public est, formellement, une décision, sont également énumérées à l'art. 89, al. 1 LTF. Comme dans le recours dirigé contre un acte normatif, il faut que le recourant ait un intérêt digne de protection l'annulation ou à la modification de la décision attaquée⁶⁸⁸,

⁶⁸⁴ KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerden*, p. 263s., et les réf. citées.

⁶⁸⁵ En règle générale, le Tribunal fédéral se contentait de vérifier la réalisation d'un intérêt virtuel, sans examiner spécifiquement si cet intérêt pouvait également être qualifié de personnel et de juridiquement protégé. On peut dès lors aller dans le même sens qu'AUER lorsque celui-ci concluait que « l'existence d'un intérêt virtuel, généreusement reconnue au surplus par la jurisprudence, rend pratiquement sans objet l'exigence d'un intérêt personnel et juridique à l'annulation de l'arrêt attaqué » (AUER, *Jurisdiction*, p. 194).

⁶⁸⁶ Dans ce sens, BELLANGER, p. 65. Voir désormais ATF 133 I 286, cons. 2.1 et 2.2, qui confirme l'application de l'exigence de l'intérêt virtuel.

⁶⁸⁷ Message LTF, p. 4127.

⁶⁸⁸ L'intérêt digne de protection peut être aussi bien un intérêt juridique qu'un intérêt de fait. Il suffit que le recourant ait un intérêt personnel et pratique à l'annulation de la décision. Tel n'est pas le cas lorsqu'il ne fait valoir que l'intérêt de tiers, ou un intérêt public. Voir, à ce sujet, KÖLZ/HÄNER, p. 194, et BELLANGER, p. 59s.

qu'il soit particulièrement atteint par la décision attaquée et qu'il ait participé à la procédure devant l'autorité précédente. La seule différence avec le recours dirigé contre un acte normatif est que le recourant doit avoir un intérêt actuel, et non simplement virtuel, à l'annulation de l'acte attaqué.

426. *Recours constitutionnel subsidiaire.* – Contrairement au recours en matière de droit public, dans lequel un intérêt de fait suffit, la qualité pour recourir en matière de recours constitutionnel subsidiaire est subordonnée à l'existence d'un intérêt juridiquement protégé (art. 115 let. b LTF). Le régime demeure donc le même que, précédemment, pour le recours de droit public, et la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral dans ce contexte reste applicable. L'exigence de l'intérêt juridiquement protégé implique que « *les intérêts que le recourant invoque doivent être protégés soit par une règle de droit fédéral ou cantonal, soit directement par un droit fondamental spécifique, pour autant que ces intérêts se trouvent dans le champ de protection de la norme constitutionnelle* »⁶⁸⁹. Le maintien de l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé a notamment pour effet de faire ressurgir un point controversé sous le régime du recours de droit public : celui du statut procédural du grief d'arbitraire et, par extension, du grief de violation de la force dérogatoire du droit fédéral⁶⁹⁰.

427. *Action.* – Les particuliers n'ont jamais qualité pour agir par la voie de l'action.

B. Autorités et collectivités publiques

428. *Principes.* – Selon la conception générale des voies de droit permettant de saisir le Tribunal fédéral d'un litige en matière de répartition verticale ou d'exercice des compétences, les collectivités publiques concernées à titre

⁶⁸⁹ ATF 126 I 81, P., cons. 3b.

⁶⁹⁰ S'agissant du grief de violation de la primauté du droit fédéral, la question est de savoir si son statut procédural soulève des problèmes similaires à ceux posés par l'arbitraire, autrement dit si le droit au respect de la primauté du droit fédéral constitue un droit constitutionnel spécifique conférant un intérêt juridiquement protégé ou si, au contraire, il s'agit d'une garantie générale qui, à l'instar de l'interdiction de l'arbitraire, ne confère pas en elle-même un intérêt juridiquement protégé, mais doit être invoquée en conjonction avec une autre norme qui, elle, confère un droit. Dans la doctrine, qui s'est cependant peu attardée sur la question, les deux opinions sont défendues. De l'avis que la force dérogatoire du droit fédéral suit le même régime que l'arbitraire : AUBERT, *Traité*, n° 1671. Apparemment de l'opinion inverse : SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 59.

principal, à savoir la Confédération et les cantons, doivent utiliser, pour faire valoir un tel grief, la voie de l'action, qui leur est réservée. A l'inverse, les voies de recours, ordinaires ou extraordinaires, sont en principe réservées aux particuliers. Elles ne peuvent être utilisées par les collectivités publiques ou leurs autorités que dans des circonstances particulières.

429. *Action.* – Comme le texte des art. 189, al. 2 Cst. et 120 LTF l'indique, l'action a pour objet de régler les conflits entre Confédération et cantons, principalement les conflits de compétence. Elle n'a donc pas pour but de protéger les droits et intérêts individuels⁶⁹¹. Dès lors, seules les collectivités publiques que sont la Confédération, les cantons et, dans une mesure limitée, les communes peuvent être parties à l'action⁶⁹².

Ils sont habituellement représentés par leur autorité exécutive suprême, soit le Conseil fédéral pour la Confédération et le gouvernement cantonal (Conseil d'Etat ou autres) pour les cantons⁶⁹³. Ils peuvent aussi l'être, cas échéant, par l'autorité plus particulièrement concernée, c'est-à-dire celle qui revendique la compétence contestée⁶⁹⁴ ou qui, au contraire, est l'auteur de l'empiètement allégué, par exemple parce que la décision litigieuse émane d'elle⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ HÄFELIN/HALLER, n° 2047.

⁶⁹² ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, cons. 1c.

⁶⁹³ Le gouvernement cantonal ne peut nier sa compétence pour représenter le canton dans la procédure de réclamation (action) au motif que la décision ayant donné lieu au conflit émane d'un tribunal et qu'il ne saurait intervenir dans les décisions du pouvoir judiciaire. Voir, à ce sujet, ATF 61 I 345, *Schweizerischer Bundesrat*, cons. 1.

⁶⁹⁴ ATF 74 I 157, *Direktion der Volkswirtschaft des Kantons Zurich*, cons. 3. HUGI YAR, p. 254; HALLER, *Art. 113 Cst.*, n° 32. HUGI YAR, loc. cit., note 91, cite l'exemple d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral, du 10 décembre 1991, dans lequel la qualité pour agir a été refusée à un préposé cantonal à la protection des données ayant introduit une réclamation de droit public en dépit d'une décision d'un gouvernement cantonal de ne pas entreprendre une telle action. Voir également ATF 108 Ib 392, *Schweizerische Eidgenossenschaft (droit de cité)*, cons. 1, dans lequel le canton de Bâle-Ville, défendeur, était représenté par son Grand Conseil, auteur de la loi contestée sur le droit de cité cantonal. Le Tribunal fédéral y affirme que le Grand Conseil ne saurait en revanche être directement partie.

⁶⁹⁵ Ainsi, à l'ATF 130 I 156, *Canton de Genève (marchés publics)*, la Confédération, défenderesse, était représentée par le Conseil fédéral et par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, qui avait rendu la décision à l'occasion de laquelle la réclamation de droit public a été introduite par le canton de Genève. A l'ATF 106 Ia 38, *Regierungsrat des Kantons St. Gallen*, la Confédération, défenderesse, était représentée par le Département fédéral de l'intérieur, dont la décision de se déclarer

430. *Recours.* – La question de la qualité pour recourir des collectivités publiques se pose surtout dans le cadre du recours en matière de droit public. Fondamentalement, les collectivités publiques peuvent avoir qualité pour recourir dans trois cas.

Premièrement, l'administration fédérale dispose d'un droit de recours spécial en vertu de l'art. 89, al. 2, let. a LTF, lequel prévoit la qualité pour recourir des départements fédéraux et, si le droit fédéral le prévoit, des offices, à l'encontre d'actes susceptibles de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attribution. Cette clause standard figure du reste également dans la réglementation des recours en matière civile et pénale⁶⁹⁶. Ce droit de recours de l'administration fédérale pourra viser les décisions émanant d'autorités fédérales indépendantes de l'administration, en particulier du Tribunal administratif fédéral, ainsi que des autorités cantonales de dernière instance (art. 82 LTF). A la différence du régime en vigueur sous l'OJ, le recours des autorités fédérales sera également ouvert à l'encontre d'actes normatifs cantonaux, en vertu de l'art. 82 LTF. Tel est du moins l'avis défendu par le Conseil fédéral dans son message, et par une partie de la doctrine⁶⁹⁷. On peut toutefois se demander si cette interprétation s'impose de manière impérative. En effet, si l'on admet que l'administration fédérale peut introduire un recours en matière de droit public à l'encontre d'un arrêté cantonal parce qu'il viole la législation fédérale, autrement dit qu'il porte atteinte à la force dérogatoire du droit fédéral, il se pose un problème de délimitation avec l'action, censée être à disposition pour résoudre les conflits de compétence entre cantons et

incompétent pour se prononcer sur un recours avait provoqué le conflit de compétence négatif objet de la réclamation de droit public. Enfin, à l'ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, la Confédération, demanderesse, était représentée par le Département fédéral de justice et police. Voir encore les exemples cités par AUBERT, *Traité*, n° 1630.

⁶⁹⁶ Cette disposition correspond à l'ancien art. 103 let. b OJ, en vertu duquel un département ou, éventuellement, une autre subdivision de l'administration fédérale compétente dans le domaine concerné pouvait introduire un recours de droit administratif à l'encontre de décisions, prises par une autorité fédérale extérieure à l'administration ou par une autorité cantonale de dernière instance, à condition que l'intérêt public en cause soit menacé dans un cas concret. A ce sujet, voir KÖLZ/HÄNER, p. 326s., et les réf. citées, ainsi que ZEN-RUFFINEN, p. 198.

⁶⁹⁷ Message LTF, p. 4127s. Dans le même sens, SEILER, *Kommentar BGG* ad art. 89, n° 42 et 44, et BELLANGER, p. 63. *Contra* : AEMISEGGER, p. 154.

Confédération⁶⁹⁸. Cette difficulté ne va pas sans rappeler les problèmes de délimitation existant, sous le régime de l'OJ, entre la réclamation de droit public et les autres voies de droit permettant d'accéder au Tribunal fédéral⁶⁹⁹. Si la LTF règle, à son article 120, al. 2, la relation entre l'action et le recours en matière de droit public lorsque l'acte attaqué est une décision – l'action est alors subsidiaire par rapport au recours⁷⁰⁰ –, elle ne dit en revanche rien de l'ordre de priorité entre action et recours lorsque l'acte attaqué est un acte normatif⁷⁰¹. On peut regretter que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la révision de l'organisation judiciaire fédérale pour clarifier définitivement le rapport entre l'action et les autres voies de droit devant le Tribunal fédéral. Pour le moment en tout cas, l'incertitude règne, et il faudra sans doute attendre un arrêt du Tribunal fédéral pour que la question soit résolue de manière définitive.

Deuxièmement, l'art. 89, al. 2 let. d OJ réserve les droits de recours conférés notamment aux autorités par des lois fédérales spéciales⁷⁰².

⁶⁹⁸ Dans ce sens : AEMISEGGER, p. 154. Pour cet auteur, le fait que l'art. 112, al. 4 LTF ne prévoit que la notification aux autorités fédérales des *décisions*, et non des actes normatifs, parle en faveur de l'exclusion du recours en matière de droit public de l'administration fédérale contre des actes normatifs. A cet argument s'ajoute, à notre sens, celui que l'art. 120, al. 2 LTF, qui prévoit la subsidiarité de l'action par rapport aux autres voies de droit devant le Tribunal fédéral, ne règle la question que lorsque l'objet attaqué est une *décision*, et non un acte normatif.

⁶⁹⁹ A ce sujet, voir MAHON, p. 415ss.

⁷⁰⁰ Voir MAHON, p. 431s.

⁷⁰¹ A notre avis, un critère de délimitation possible entre recours en matière de droit public et action pourrait alors être celui utilisé, semble-t-il, par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence récente concernant la relation entre réclamation de droit public et recours de droit administratif : lorsque le conflit porte sur une compétence cantonale *déléguée*, c'est-à-dire résultant d'une loi fédérale, la voie à suivre était le recours de droit administratif, alors que lorsque la compétence cantonale impliquée dans le conflit était une compétence cantonale *originale*, c'est-à-dire résultant directement de la Constitution, alors la voie à emprunter était celle de la réclamation de droit public. Cette jurisprudence pourrait être appliquée, *mutatis mutandis*, pour délimiter le champ d'application de l'art. 89, al. 2, let. a LTF (applicable pour les compétences cantonales *déléguées*) et l'art. 120 LTF (applicable pour les compétences cantonales *originaires*).

⁷⁰² De tels droits de recours spéciaux bénéficient soit à la Confédération (agissant par l'intermédiaire d'un département ou d'un office) à l'encontre de décisions prises par des autorités cantonales ou fédérales, soit aux cantons à l'encontre de décisions émanant d'autorités fédérales ou cantonales. A ce sujet, voir ZEN-RUFFINEN, p. 195ss et 199ss; MOOR, *Vol. II*, p. 650ss; KÖLZ/HÄNER, p. 206ss. Ce recours est souvent appelé « recours des autorités en vertu de la loi ». Néanmoins, l'autorité à laquelle est attribué le droit de

Troisièmement, les collectivités publiques peuvent avoir qualité pour introduire un recours en matière de droit public en se fondant sur la clause générale prévue à l'art. 89, al. 1 LTF⁷⁰³.

431. *Cantons.* – Puisque les actes normatifs fédéraux ne peuvent pas directement faire l'objet d'un recours en matière de droit public, le seul moyen pour les cantons d'attaquer directement un acte normatif fédéral reste l'action.

2. Qualité pour défendre

432. Il n'existe en Suisse aucune immunité juridictionnelle de la Confédération ou des cantons. Lorsqu'une norme, fédérale ou cantonale, est attaquée pour violation des règles régissant le partage vertical ou l'exercice des compétences, le défendeur sera l'auteur de la norme attaquée, soit le canton ou, parfois, la Confédération, généralement représentés par leur gouvernement. Tel est le cas tant dans la procédure d'action que dans les procédures de recours⁷⁰⁴.

II. Aux Etats-Unis

433. *Règles uniformes.* – Aux Etats-Unis, les règles concernant la qualité pour agir et pour défendre sont les mêmes quelle que soit la voie procédurale utilisée pour saisir la Cour Suprême. Comme souligné précédemment, cette voie sera de toute manière, dans la vaste majorité des cas, la procédure de *certiorari*.

1. Qualité pour recourir

recours intervient, selon KÖLZ/HÄNER, p. 208, en tant que représentante de la collectivité à laquelle elle appartient (voir également les réf. citées par MOOR, p. 653 note 691). Certaines lois fédérales octroient la compétence de recourir déjà devant les instances cantonales inférieures, alors que d'autres n'ouvrent le recours qu'à l'encontre des décisions cantonales de dernière instance. Voir les exemples cités par KÖLZ/HÄNER, p. 209ss.

⁷⁰³ Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait ainsi reconnu la qualité pour recourir des collectivités publiques en se fondant sur la clause générale dans deux cas : lorsqu'elles étaient touchées par la décision comme des particuliers et lorsqu'elles étaient atteintes dans leurs attributions de puissance publique. A ce sujet, voir KÖLZ/HÄNER, p. 203ss; ZEN-RUFFINEN, p. 187ss, et MOOR, Qualité pour agir, p. 102ss.

⁷⁰⁴ Pour la procédure de recours, voir KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 220s.

434. *Principes généraux.* – Particuliers et collectivités publiques sont, en principe, soumis aux mêmes règles générales concernant la qualité pour agir devant les tribunaux américains. Celle-ci est régie par deux grands principes.

Il faut, tout d’abord, que le litige en cause soit concret et actuel, autrement dit qu’il s’agisse d’un « *case or controversy* » au sens de l’art. III, section 2 Cst. U.S. Cette clause exclut notamment que la Cour Suprême rende des avis consultatifs ou se prononce sur la constitutionnalité d’une norme en-dehors de tout cas d’application⁷⁰⁵. Elle exclut aussi la recevabilité des recours concernant des litiges fictifs, c’est-à-dire des litiges « arrangés » par les parties afin de porter une question de constitutionnalité devant les tribunaux⁷⁰⁶.

Ensuite, le recourant doit avoir qualité pour recourir au sens étroit (*standing*). Les règles régissant la qualité pour recourir ont été développées par la jurisprudence. Selon la Cour Suprême, une partie de ces règles sont de nature constitutionnelle et découlent directement de l’exigence d’un *case or controversy* statuée à l’art. III, section 2 Cst. U.S. L’autre partie a une origine purement jurisprudentielle.

435. *Règles de nature constitutionnelle régissant la qualité pour recourir.* – Il découle ainsi de l’art. III, section 2 Cst. U.S., que pour posséder la qualité pour recourir, une partie doit avoir subi une atteinte à ses intérêts. Cette atteinte doit être concrète, actuelle et directe. Les intérêts touchés peuvent être économiques ou non économiques. Il faut ensuite qu’il existe un lien de causalité entre l’atteinte et le comportement contesté. Il faut enfin que l’atteinte puisse être redressée par une décision favorable des tribunaux⁷⁰⁷.

436. *Règles de nature jurisprudentielle régissant la qualité pour recourir.* – En plus de ces trois exigences de l’atteinte, du lien de causalité et de la redressabilité, la Cour Suprême exige encore que le recourant fasse valoir des droits qui lui appartiennent en propre, et non des droits appartenant à un tiers,

⁷⁰⁵ AUER, *Supreme Law*, p. 30s.

⁷⁰⁶ TRIBE, p. 361s.

⁷⁰⁷ L’arrêt topique en la matière est *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992). Voir également AUER, *Supreme Law*, p. 31, et GERSHENGORN, p. 1075 (note 55).

sauf exceptions⁷⁰⁸. Il faut également que le recourant soit plus touché qu'un autre par l'acte attaqué. L'action populaire n'est ainsi pas recevable⁷⁰⁹.

437. *Pas de condition supplémentaire régissant la qualité pour recourir.* – Si ces conditions sont remplies, le recours à la Cour Suprême est en principe ouvert tant aux particuliers qu'aux collectivités publiques – Etat ou Union. Il n'existe pas de règles supplémentaires régissant la qualité pour recourir de l'une ou l'autre de ces catégories de recourants. Toutefois, dans le contexte des litiges en matière de partage vertical des compétences, l'application des règles sur la qualité pour recourir aura parfois pour effet, suivant le grief invoqué, d'exclure le recours des particuliers ou, au contraire, des Etats.

A. Particuliers

438. *Absence de droit individuel au respect du partage des compétences.* – Lorsqu'un particulier entend invoquer qu'une loi fédérale empiète indûment sur les compétences des Etats, sa qualité pour recourir risque, suivant les cas, de susciter des difficultés. Toute la question est de savoir si le recourant a un intérêt personnel à ne pas se voir appliquer une loi fédérale contraire au partage des compétences. Il ne suffit pas, en effet, d'alléguer que le Congrès a adopté une loi inconstitutionnelle ; il faut encore que le particulier puisse démontrer qu'il subit personnellement et directement une atteinte du fait de cette loi et que l'atteinte est supérieure à celle subie par tout un chacun⁷¹⁰. Lorsque l'inconstitutionnalité alléguée consiste en une violation d'un droit fondamental, cette exigence ne soulève généralement pas de difficultés, puisque les droits fondamentaux appartiennent, par définition, aux individus. En revanche, la question est plus délicate lorsqu'un particulier entend invoquer une violation du partage des compétences ou une violation du X^e Amendement.

⁷⁰⁸ A la différence des trois exigences découlant de l'art. III, section 2 Cst. U.S., le Congrès peut, par une loi, modifier ces exigences jurisprudentielles. Il ne peut en revanche pas toucher à celles découlant de l'art. III, section 2.

⁷⁰⁹ Voir *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992), ainsi que GERSHENGORN, p. 1074s., et les réf. citées.

⁷¹⁰ Voir notamment l'arrêt *Com. of Massachusetts v. Mellon and Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923) : « *The party who invokes the power must be able to show, not only that the statute is invalid, but that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as the result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally* ».

En effet, la Cour Suprême n'a jamais reconnu expressément l'existence d'un droit individuel au respect du partage vertical des compétences.

439. *Jurisprudence peu claire.* – La jurisprudence de la Cour Suprême concernant la question de savoir si un particulier a qualité pour recourir lorsqu'il invoque la violation du X^e Amendement ou du partage vertical des compétences est, il faut l'avouer, relativement confuse et difficile à analyser, ce d'autant que les arrêts en la matière sont rares.

La Cour a ainsi retenu que lorsque le particulier se contente de faire valoir qu'une loi fédérale, adoptée en application de la compétence fédérale de taxer et dépenser (*conditional spending*), viole les compétences législatives des Etats garanties par le X^e Amendement, son recours n'est pas recevable, faute de qualité pour agir. En effet, selon la Cour, le recourant fait alors en réalité valoir l'intérêt de l'Etat à la protection de ses compétences⁷¹¹. En revanche, le même type de recours introduit par un particulier a été jugé recevable lorsque le recourant invoque que la loi fédérale en cause est contraire à la liberté religieuse protégée par le I^{er} Amendement⁷¹². Ce type de problématique se pose spécialement lorsqu'un particulier entend faire valoir qu'une loi fédérale est contraire à la doctrine *anti-commandeering*, déduite du X^e Amendement. S'il n'y a pas encore eu d'arrêt de la Cour Suprême sur cette question, les cours fédérales inférieures ont rendu en la matière une jurisprudence contradictoire⁷¹³.

En revanche, la qualité pour agir des particuliers ne semble pas poser de problèmes lorsqu'ils ont subi des sanctions pénales en application d'une loi fédérale et qu'ils recourent contre cette décision en invoquant que la loi fédérale en question excède les compétences attribuées au Congrès par l'art. I, section 8. Telle était notamment la question à la base des arrêts *United States v. Lopez* et *Gonzales v. Raich*⁷¹⁴.

⁷¹¹ L'arrêt topique en la matière est *Com. of Massachusetts v. Mellon and Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923). Voir également *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968) et l'analyse de l'arrêt *Frothingham* qui y figure : « *In essence, Mrs Frothingham was attempting to assert the States' interests in their legislative prerogatives and not a federal taxpayer's interests in being free of taxing and spending in contravention of specific constitutional limitations imposed upon Congress' taxing and spending power* ».

⁷¹² *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968).

⁷¹³ Pour une analyse de l'état de la jurisprudence, voir GERSHENGORN, p. 1075ss.

⁷¹⁴ Dans *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), Alfonso Lopez avait été condamné, en vertu de la loi fédérale prohibant la détention d'armes à l'école, pour avoir apporté un calibre 38 au lycée. Il a recouru contre sa condamnation en faisant valoir que la loi

440. *La qualité pour agir des particuliers ne va pas de soi.* – En dépit de cette relative confusion, l'on peut retenir que la qualité pour agir des particuliers est susceptible de soulever des difficultés lorsqu'il s'agit d'invoquer la violation du X^e Amendement, qui protège la « souveraineté » des Etats.

B. Collectivités publiques et autorités

441. *Qualité pour recourir des Etats.* – Puisque les particuliers n'ont pas forcément qualité pour recourir à l'encontre de lois fédérales empiétant sur les compétences des Etats, l'on pourrait supposer que, *a contrario*, les Etats possèdent toujours une telle qualité pour recourir. Cependant, là encore, la situation n'est pas aussi simple, et dépend du grief exact invoqué ou, plus exactement, de l'intérêt invoqué.

442. *Principes.* – En application du principe selon lequel la qualité pour agir appartient uniquement à celui qui fait valoir un droit lui appartenant en propre, les Etats n'ont, en règle générale, pas qualité pour agir pour faire valoir les intérêts de leurs citoyens. Il existe cependant des exceptions à ce principe, en particulier lorsque l'Etat fait valoir son intérêt « quasi-souverain » au bien-être de ses citoyens. Ainsi, la qualité pour agir de l'Etat a été reconnue dans des cas de pollution en provenance d'un autre Etat⁷¹⁵.

En revanche, les Etats ont qualité pour agir lorsqu'ils défendent leurs propres intérêts. Tel est le cas lorsqu'ils invoquent la violation de leurs droits souverains, ou leurs droits de propriété (*sovereign and proprietary interests*). Les droits souverains des Etats englobent le droit d'exercer la puissance publique sur les individus et entités à l'intérieur des Etats, et le droit au respect des frontières étatiques⁷¹⁶. Ainsi, la qualité pour recourir des Etats est

fédérale en cause était inconstitutionnelle car elle excédait la compétence du Congrès de légiférer en matière de commerce inter-étatique. Dans *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), les recourants (Raich et al.) se plaignaient de la destruction de plants de cannabis en application de la loi fédérale sur les stupéfiants, et alléguaient que cette loi outrepassait la compétence du Congrès en matière de commerce inter-étatique.

⁷¹⁵ Dans de tels cas, l'Etat agit en tant que *parens patriae*. Pour un aperçu de la jurisprudence à ce sujet, voir *Snapp & Son v. Puerto Rico*, 458 U.S. 592, 600s. (1982), et les références citées. Egalement *TRIBE*, p. 453s.

⁷¹⁶ *Snapp & Son v. Puerto Rico*, 458 U.S. 592, 601 (1982) : « *Two sovereign interests are easily identified: First, the exercise of sovereign power over individuals and entities within the relevant jurisdiction - this involves the power to create and enforce a legal code, both civil and criminal; second, the demand for recognition from other sovereigns*

généralement reconnue lorsqu'ils agissent afin de défendre la constitutionnalité de leurs lois, laquelle est mise en cause par un particulier ou, éventuellement, les Etats-Unis⁷¹⁷.

443. *Qualité pour agir généralement reconnue pour faire valoir la violation du X^e Amendement ou du partage des compétences.* – En revanche, la situation se complique lorsqu'un Etat souhaite attaquer une loi fédérale pour empiètement sur ses compétences. A nouveau, il est difficile de déduire de la jurisprudence de la Cour Suprême des règles claires.

L'arrêt topique et souvent cité en la matière est l'arrêt *Massachusetts v. Mellon*, de 1923, dans lequel la Cour Suprême a refusé de reconnaître à l'Etat du Massachusetts la qualité pour contester la constitutionnalité d'une loi fédérale à laquelle il reprochait d'empiéter indûment sur les compétences des Etats. Selon la Cour, le simple fait, pour un Etat, de se plaindre qu'une loi fédérale empiète sur la sphère de compétence étatique (violation du X^e Amendement) ne suffit pas à lui conférer la qualité pour agir, tant qu'aucune action n'a été prise sur la base de cette loi⁷¹⁸. Dans cet exemple, le problème provenait sans doute du fait que le recours revêtait un caractère abstrait assez prononcé.

Cependant, la Cour Suprême n'a fait aucune difficulté pour reconnaître la qualité pour agir de l'Etat de New York à l'encontre de la loi fédérale sur les déchets faiblement radioactifs, à laquelle il reprochait de violer le X^e Amendement, et ce quand bien même le litige se déroulait en-dehors de tout cas d'application⁷¹⁹. Il est donc assez difficile de distinguer cet arrêt, ainsi que d'autres de la même veine, de la jurisprudence *Massachusetts v. Mellon*, qui n'a pourtant jamais été renversée.

- *most frequently this involves the maintenance and recognition of borders* ». Voir également TRIBE, p. 453.

⁷¹⁷ TRIBE, p. 453s., et les réf. citées.

⁷¹⁸ *Massachusetts v. Mellon and Frothingham v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923) : « *In the last analysis, the complaint of the plaintiff state is brought to the naked contention that Congress has usurped the reserved powers of the several states by the mere enactment of the statute, though nothing has been done and nothing is to be done without their consent; and it is plain that that question, as it is thus presented, is political, and not judicial in character, and therefore is not a matter which admits of the exercise of the judicial power* ». Voir également TRIBE, p. 455, et AUER, *Supreme Law*, p. 31.

⁷¹⁹ *New York v. U.S.*, 505 U.S. 144 (1992). Voir également *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), dans lequel la qualité pour agir des recourants, parmi eux l'Etat de Californie, n'a pas suscité de problème, alors que le litige se déroulait, là-aussi, en-dehors d'un cas d'application.

Sur la base de ces arrêts plus récents, on peut cependant admettre que la qualité des Etats pour contester la constitutionnalité d'une loi fédérale est en principe admise, même si le litige se déroule en-dehors d'un cas d'application, lorsque la loi fédérale contestée est susceptible d'être appliquée, dans l'avenir, aux Etats, et que ceux-ci cherchent, justement, à en empêcher l'application⁷²⁰. Par ailleurs, il va de soi que si la norme fédérale est contestée à l'occasion d'un cas d'application, la qualité pour agir de l'Etat ne soulève pas de difficultés⁷²¹.

On peut donc retenir, au final, que la qualité des Etats pour agir à l'encontre d'une loi fédérale dont ils contestent la conformité au partage des compétences ou au X^e Amendement est généralement donnée.

444. *Qualité pour agir de l'Union.* – La qualité pour agir de l'Union n'a guère fait l'objet d'analyses spécifiques en doctrine ou dans la jurisprudence. On peut donc penser que des règles similaires à celles régissant la qualité pour recourir des Etats sont applicables.

2. *Qualité pour défendre : l'immunité juridictionnelle des Etats*

A. Principe

445. *Le XI^e Amendement.* – En vertu du XI^e Amendement, ajouté à la Constitution en 1798⁷²², les Etats jouissent de l'immunité juridictionnelle devant les cours fédérales pour les procès intentés contre eux par les citoyens d'un autre Etat.

Le XI^e Amendement a été introduit dans la Constitution à la suite de l'arrêt *Chisholm v. Georgia*⁷²³, rendu par la Cour Suprême en 1793, dans lequel elle avait jugé recevable la demande en paiement intentée par deux citoyens de Caroline du Sud à l'encontre de l'Etat de Géorgie. En réaction à cette décision judiciaire, le XI^e Amendement, prévoyant explicitement l'immunité

⁷²⁰ Contra : apparemment AUER, *Supreme Law*, p. 31.

⁷²¹ Voir par exemple *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), dans lequel la constitutionnalité de la loi fédérale était contestée à l'occasion d'un litige ayant opposé le SAMTA à l'un de ses employés, lequel invoquait l'application de cette loi.

⁷²² « *The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State or by Citizens or Subjects of any Foreign State* ».

⁷²³ 2 U.S. 419

juridictionnelle des Etats, fut promptement adopté par le Congrès et ratifié par les Etats, qui craignaient de ruineux procès en recouvrement des dettes contractées lors de la guerre d'indépendance

A l'heure actuelle, le XI^e Amendement revêt une portée allant bien au-delà du sens littéral du texte. Cet élargissement du champ d'application du XI^e Amendement est l'œuvre de la Cour Suprême qui, à partir de la fin du XIX^e siècle, a graduellement étendu le champ d'application de l'immunité juridictionnelle des Etats.

446. *Extension jurisprudentielle du champ d'application* – L'arrêt *Hans v. Louisiana*⁷²⁴, rendu en 1890, a constitué le tournant décisif en la matière. La Cour y a en effet jugé que la portée du XI^e Amendement allait au-delà de son sens purement littéral et incluait également les procès intentés contre un Etat par ses propres citoyens⁷²⁵.

Par la suite, la Cour a encore étendu le champ d'application du XI^e Amendement pour y inclure les litiges dans le domaine de l'amirauté⁷²⁶ et les procès intentés à l'encontre d'un Etat devant ses propres tribunaux⁷²⁷.

Ces arrêts reposent sur la thèse que le sens véritable du XI^e Amendement n'est pas à lire dans son texte, mais réside au contraire dans l'idée que cet amendement représente, à savoir que les Etats sont des entités souveraines jouissant, à ce titre, de l'immunité traditionnellement reconnue au prince (*the King can do no wrong*) en droit britannique⁷²⁸. En d'autres termes, le XI^e Amendement symboliserait l'existence d'une immunité souveraine générale des Etats⁷²⁹. Il en découle que les Etats ne peuvent, en principe, être attraités contre

⁷²⁴ 134 U.S. 1 (1890).

⁷²⁵ A l'heure actuelle, l'arrêt *Hans* est considéré comme fondé sur l'idée que l'immunité juridictionnelle des Etats statuée au XI^e Amendement était destinée non seulement à déroger à l'art. III section 2 clause 1 Cst. U.S., qui attribue aux cours fédérales la juridiction sur les litiges entre un Etat et les citoyens d'un autre Etat, mais également à déroger à la clause attribuant aux cours fédérales la juridiction sur tous les litiges soulevant une « question fédérale ». En d'autres termes, le XI^e Amendement interdirait pratiquement tous les procès intentés aux Etats. Voir TRIBE, p. 522.

⁷²⁶ *Welch v. Texas Dpt of Highways and Public Transportation*, 483 U.S. 468 (1987).

⁷²⁷ *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999) ; TRIBE, p. 525s.

⁷²⁸ TRIBE, p. 519.

⁷²⁹ *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44, 54 (1996) : « We have understood the Eleventh Amendment to stand not so much for what it says, but for the presupposition [...] which it confirms [...]. That presupposition, first observed over a century ago in *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890), has two parts: first, that each State is a sovereign

leur gré devant les tribunaux quels qu'ils soient, et quelle que soit l'origine du litige. Il faut cependant, pour que l'immunité s'applique, que le procès soit intenté par une personne privée. Les Etats ne sont en revanche pas immunisés contre les procès intentés par un autre Etat ou par l'Union⁷³⁰.

447. *Immunité juridictionnelle des Etats, même pour des violations de la Constitution.* – Le résultat de cette jurisprudence est que lorsqu'un Etat commet une violation de la Constitution au détriment d'un individu, celui-ci ne pourra pas attirer l'Etat devant les tribunaux pour demander réparation⁷³¹.

La Cour a cependant admis l'existence de certains tempéraments à ce principe.

B. Tempéraments

448. *Le consentement de l'Etat.* – Tout d'abord, un Etat peut consentir à être attiré devant les tribunaux. Dans ce cas, le consentement donné a pour effet de lever les effets de l'immunité juridictionnelle et de rendre le procès possible⁷³².

449. *Levée de l'immunité.* – Ensuite, la Cour Suprême a jugé que le Congrès pouvait, dans certains cas, lever l'immunité des Etats par le biais d'une disposition légale. Toutefois, les circonstances autorisant une telle levée ne sont pas nombreuses.

En vertu de la jurisprudence de la Cour, le Congrès ne peut avoir recours à ce procédé que lorsqu'il agit en se fondant sur la compétence conférée par la section 5 du XIV^e Amendement, qui octroie au Congrès l'autorité de mettre en œuvre par une législation appropriée les autres sections de cet article – lequel interdit, principalement, les discriminations⁷³³. Selon la Cour, le XIV^e

entity in our federal system; and second, that it is inherent in the nature of sovereignty not to be amenable to the suit of an individual without its consent » (citations internes omises).

⁷³⁰ TRIBE, p. 527.

⁷³¹ TRIBE, p. 522ss.

⁷³² TRIBE, p. 527.

⁷³³ *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445 (1976) ; TRIBE, p. 540. En cause dans cet arrêt, une clause de la loi sur l'égalité en matière d'emploi (*Equal Employment Opportunity Act*), qui interdisait notamment aux gouvernements et agences gouvernementales les pratiques discriminatoires en matière d'emploi et autorisait les employés à intenter des actions judiciaires en dommages et intérêts. Selon la Cour, une telle clause révélait clairement l'intention du Congrès d'abroger l'immunité conférée par le XI^e Amendement, ce qui constituait un procédé admissible en l'occurrence.

Amendement représente un cas particulier puisqu'il contient des interdictions dirigées expressément contre les Etats, autrement dit qu'il limite explicitement l'autorité des Etats. Dans un tel contexte, il est donc admissible que le Congrès, agissant sur la base de la compétence conférée par la section 5, autorise les actions en justice contre les Etats afin d'assurer que ces interdictions seront effectivement mises en œuvre.

En revanche, le Congrès ne peut pas lever l'immunité juridictionnelle des Etats lorsqu'il légifère sur la base de sa compétence en matière de commerce inter-étatique. Dans l'arrêt *Seminole Tribe of Florida v. Florida*⁷³⁴, la Cour a en effet retenu que la situation n'était alors pas la même que lorsque le Congrès agit sur la base du XIV^e Amendement. En effet, alors que la section 5 du XIV^e Amendement a été adoptée postérieurement au XI^e Amendement et visait précisément à modifier l'équilibre existant entre le pouvoir fédéral et le pouvoir étatique, tel n'était pas le cas de la clause du commerce inter-étatique⁷³⁵. La jurisprudence établie dans *Seminole Tribe* a été étendue aux autres attributions de compétences contenues à l'art. I Cst. U.S.⁷³⁶.

450. « *Clear statement rule* ». – Cependant, même lorsque le Congrès possède la compétence d'abroger l'immunité juridictionnelle des Etats, il faut qu'il exprime son intention dans ce sens de manière parfaitement claire dans le texte de la loi. Nous reviendrons plus bas sur cette exigence de texte clair.

451. *Actions contre des fonctionnaires étatiques*. – Enfin, la jurisprudence de la Cour autorise un autre moyen de contourner l'obstacle posé par l'immunité juridictionnelle des Etats.

Si un individu ne peut pas attaquer directement un Etat pour avoir commis, à son détriment, une violation du droit fédéral ou de la Constitution, il peut en revanche attirer devant les tribunaux le fonctionnaire étatique responsable de la violation, et demander la cessation de l'état contraire au droit, cela même si le fonctionnaire en question a agi en sa capacité officielle. Selon cette

⁷³⁴ 517 U.S. 44 (1996).

⁷³⁵ 517 U.S. 44, 65s. ; *Seminole Tribe v. Florida* a renversé une jurisprudence contraire établie sept ans auparavant dans *Pennsylvania v. Union Gas Co* (491 U.S. 1 [1989]), selon laquelle le Congrès pouvait abroger l'immunité juridictionnelle des Etats en agissant sur la base de sa compétence en matière de commerce inter-étatique. Cette décision avait été prise par une pluralité disparate de juges, sans qu'une majorité claire ne se dégage. Sa légitimité était donc limitée. A ce sujet, voir TRIBE, p. 541ss.

⁷³⁶ *Florida Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd. v. College Sav. Bank*, 527 U.S. 627 (1999). Voir également FALLON et al., p. 1027.

jurisprudence, établie au début du XX^e siècle et restée constante depuis lors⁷³⁷, de telles actions dirigées contre des fonctionnaires étatiques sont admissibles, alors même qu'il est clair que, indirectement, la décision judiciaire est dirigée contre l'Etat lui-même et que ce sont les fonds publics de l'Etat qui supporteront le coût du rétablissement de la situation conforme au droit⁷³⁸.

Dès lors, les procès dirigés contre des fonctionnaires permettent de contourner dans une large mesure l'obstacle représenté par le XI^e Amendement, à la réserve près que l'individu lésé n'a pas la possibilité, dans le cadre d'une telle procédure intentée à l'encontre de l'agent public en sa qualité officielle, de demander des dommages et intérêts⁷³⁹.

452. *Suite.* – En admettant largement la recevabilité des actions dirigées contre les fonctionnaires étatiques, la Cour Suprême a ainsi redonné d'une main ce qu'elle avait pris de l'autre, en élargissant le champ d'application du XI^e Amendement. Toutefois, avec les actions dirigées contre les fonctionnaires, l'atteinte à l'autonomie des Etats paraît, du moins formellement, plus faible. La doctrine américaine a cependant souvent souligné l'attitude quelque peu contradictoire de la Cour Suprême qui, d'un côté, protège sévèrement l'immunité juridictionnelle des Etats alors que, d'un autre côté, elle ne protège que très timidement l'autonomie des Etats en matière de compétences.

453. *Comparaison avec la Suisse.* – Comme déjà indiqué, il n'existe pas, en Suisse, d'équivalent procédural à l'immunité juridictionnelle des Etats en vigueur aux Etats-Unis. Les cantons ne jouissent d'une telle protection ni à l'encontre de procès intentés par les individus, ni à l'encontre d'actions en justice intentées par la Confédération. Cet aspect de l'autonomie qui, selon la conception anglo-saxonne, constitue un attribut de la souveraineté, n'appartient pas à la conception prévalant en droit suisse.

C. Immunité juridictionnelle de l'Union

454. *Immunité vis-à-vis des individus et des Etats.* – L'Union jouit également, au même titre que les Etats, d'une immunité juridictionnelle qui la protège contre les actions en justice intentées à son encontre sans son

⁷³⁷ *Ex parte Young*, 209 U.S. 123 (1908).

⁷³⁸ TRIBE, p. 534.

⁷³⁹ TRIBE, p. 536.

consentement. Cette immunité s'étend non seulement aux actions intentées par les citoyens, mais également aux actions intentées par les Etats⁷⁴⁰.

455. *Tempérament : action possible contre les fonctionnaires fédéraux.* – Cependant, de même que pour les Etats, cette limitation peut être assez aisément contournée en dirigeant le recours contre un fonctionnaire de l'Union. Ainsi, les actions en justice visant en réalité l'Union sont souvent, formellement, dirigées contre le Ministre de la justice (*Attorney General*) ou le Secrétaire au Trésor, pour ne mentionner que ces exemples⁷⁴¹.

§6 Synthèse

456. *Différences.* – Du point de vue du contrôle judiciaire des violations du partage vertical ou de l'exercice des compétences, on constate plusieurs similitudes entre le droit suisse et le droit américain, mais également, sur quelques points, des différences essentielles.

Ces différences sont au nombre de quatre. Chacune touche un point fondamental pour le contrôle judiciaire. Toutefois, leur impact réel peut, dans la plupart des cas, être nuancé.

La première et, sans doute, l'une des plus importantes, est que le contrôle abstrait des normes n'existe pas aux Etats-Unis, contrairement à la Suisse. Cette différence est importante car elle imprègne toute l'organisation du contrôle judiciaire aux Etats-Unis, et notamment les règles sur la qualité pour recourir, même s'il est vrai que la Cour accepte parfois de se saisir de litiges alors que le lien avec un cas d'application concret n'est pas particulièrement apparent. On constate donc, dans certains cas, un glissement en direction d'un contrôle abstrait.

La deuxième différence est que les Etats-Unis ne connaissent pas la clause d'immunité des lois fédérales. En dépit des nuances qui ont été apportées plus haut, il en résulte que l'accent, aux Etats-Unis, est surtout mis sur le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (même si celles-ci sont rarement déclarées

⁷⁴⁰ FALLON et al., p. 280s.

⁷⁴¹ Voir par exemple *Gonzales, Attorney General v. Raich*, qui s'appelait encore, devant l'instance précédente, *Raich v. Ashcroft, Attorney General*, ou *Massachusetts v. Mellon, Secretary of the Treasury*, ou encore *National League of Cities v. Usery, Secretary of Labor*.

inconstitutionnelles), alors qu'en Suisse il est mis sur le contrôle des lois cantonales.

La troisième différence réside dans le caractère facultatif de la juridiction de la Cour Suprême américaine, alors que la juridiction du Tribunal fédéral suisse est obligatoire. Il est cependant difficile d'apprécier les conséquences concrètes de cette réalité sur l'équilibre fédéraliste mais il semble néanmoins que, aux Etats-Unis, la Cour Suprême a plus tendance à se saisir de cas concernant la constitutionnalité de lois fédérales que concernant la constitutionnalité de lois étatiques.

Enfin, la quatrième différence est qu'aux Etats-Unis, les collectivités publiques composant l'Etat fédéral (Union et Etats) bénéficient d'une immunité juridictionnelle, qui n'existe pas en Suisse. Toutefois, les conséquences pratiques de cette immunité sont, au bout du compte, relativement faibles, puisqu'elle peut être aisément contournée en attaquant directement les fonctionnaires ou membres des autorités.

En fin de compte, ces différences peuvent être synthétisées en deux phrases. Aux Etats-Unis, il n'est pas possible, pour l'Union ou un particulier, d'attaquer directement devant la Cour Suprême une loi étatique qu'elle juge inconstitutionnelle, alors qu'un tel contrôle est possible en Suisse. A l'inverse, il n'est pas possible pour un canton suisse ou pour un particulier de demander au Tribunal fédéral de ne pas appliquer une loi fédérale contraire au partage des compétences, alors qu'un tel procédé est courant aux Etats-Unis.

457. *Similitudes.* – En dépit de ces différences, on constate que le contrôle judiciaire du respect du partage fédératif des compétences fonctionne finalement sur des bases assez semblables dans les deux ordres juridiques considérés.

Tant les particuliers que les collectivités publiques (Etat central et Etats fédérés) peuvent se plaindre, auprès des tribunaux et spécialement de la Cour Suprême, de la violation du partage vertical des compétences, en invoquant soit l'inconstitutionnalité de la norme contestée, soit en invoquant son illégalité s'il s'agit d'une norme cantonale ou étatique, et pour autant qu'ils remplissent les conditions régissant la qualité pour agir.

En Suisse, les cantons et la Confédération disposent d'une voie de droit spécifique, qui leur est réservée. Tel n'est pas (plus) le cas aux Etats-Unis, où les Etats et l'Union doivent généralement, en pratique, emprunter les mêmes voies que les particuliers. Cette différence n'est cependant guère significative dès lors que, tant en Suisse qu'aux Etats-Unis, il incombe avant tout aux

particuliers d'assurer le respect des règles régissant le partage des compétences, les recours introduits par les collectivités elles-mêmes étant l'exception.

Chapitre 2

Examen par les tribunaux : les moyens d'éviter les conflits

§1 *En droit suisse : l'interprétation conforme*

458. *Présentation.* – Le principe de l'interprétation conforme au droit fédéral ou à la Constitution a été développé par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence. Il signifie qu'une norme – généralement de droit cantonal – ne sera invalidée par un tribunal que s'il n'est pas raisonnablement possible de lui conférer un sens conforme au droit fédéral en général, et à la Constitution en particulier. En revanche, il suffit que la norme de droit cantonal soit susceptible d'une interprétation la rendant conforme au droit fédéral pour qu'elle ne soit pas invalidée. Ce principe a principalement été développé par le Tribunal fédéral dans le cadre du contrôle abstrait des normes cantonales, ainsi que dans celui de l'examen de la validité d'initiatives populaires cantonales.

Le principe de l'interprétation conforme à la Constitution ne constitue pas un principe applicable spécifiquement aux litiges en matière de répartition verticale des compétences, mais concerne de manière plus générale toute la question de la conformité du droit cantonal à la Constitution fédérale. Il en découle que ce principe est appliqué tant lorsqu'il s'agit de vérifier si une norme de droit cantonal viole un droit fondamental garanti par la Constitution fédérale que lorsque ce même droit cantonal est suspecté de porter atteinte à la répartition des compétences ou, d'être contraire au droit fédéral. C'est ainsi que le Tribunal fédéral utilise les termes de « *verfassungskonformer und bundesrechtskonformer Auslegung* »⁷⁴².

459. *But.* – L'application de ce principe poursuit un double but : premièrement, éviter autant que possible les déclarations d'invalidité de

⁷⁴² Voir notamment ATF 111 Ia 292, cons. 2.

dispositions de droit cantonal⁷⁴³ ; deuxièmement, préserver au mieux « l'autonomie et le pouvoir normatif ou décisionnel des cantons »⁷⁴⁴.

460. *Applications : contrôle abstrait des normes.* – On distingue, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, deux applications principales de ce principe.

La première, qui concerne le contrôle abstrait des normes cantonales, est exprimée dans la formule suivante : « Il [le Tribunal fédéral] examine [...] s'il est possible, selon les principes généraux d'interprétation, de donner à la norme attaquée une portée qui la fasse apparaître conforme aux droits constitutionnels invoqués. Ce n'est que si la disposition cantonale ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution que le Tribunal fédéral l'annulera ; il s'en abstiendra si l'une des interprétations peut être admise de façon soutenable »⁷⁴⁵.

L'idée est que, dans le cadre d'un contrôle abstrait, il n'est pas possible de connaître avec certitude la manière dont la norme contestée sera interprétée, ni tous les cas de figure auxquels elle pourra être appliquée, si bien que s'il existe une chance pour que cette norme soit interprétée et appliquée de manière conforme à la Constitution, elle doit être conservée, étant entendu qu'un recours contre un cas d'application sera toujours possible.

461. *Suite.* – Le principe de l'interprétation conforme est applicable principalement dans le contexte du contrôle abstrait des normes. Dans celui du contrôle concret, en effet, la situation se présente différemment dans la mesure où le juge constitutionnel a devant lui un cas d'application de la norme. Il n'a donc plus à effectuer des prédictions quant à la manière dont la disposition en cause sera appliquée. Il doit au contraire juger si, dans le cas particulier en question, la norme a été interprétée et appliquée de manière contraire à la Constitution⁷⁴⁶. Par ailleurs, les conséquences de son arrêt ne seront pas les mêmes que dans le cas du contrôle abstrait puisque, avec le contrôle concret, seul l'acte d'application, et non la norme elle-même, sera annulé. Dès lors, l'application d'un principe d'interprétation conforme n'est pas nécessaire dans le cas du contrôle concret.

462. *Applications : initiatives populaires cantonales.* – La seconde application intervient dans le cadre du contrôle de la validité d'initiatives

⁷⁴³ ATF 125 I 227, « Genève République de Paix », cons. 4a.

⁷⁴⁴ DUBEY, p. 449s.

⁷⁴⁵ ATF 111 Ia 23, cons.2. Pour la formule en allemand, voir notamment ATF 122 I 18, G. (privation de liberté à des fins d'assistance), cons. 2a.

⁷⁴⁶ ZIMMERMAN, p. 41.

populaires cantonales. Le Tribunal fédéral utilise alors la formulation suivante : « *L'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, elle doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité* »⁷⁴⁷.

463. *Condition d'application : norme sujette à interprétation.* – Il ressort de ces extraits de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le principe de l'interprétation conforme ne peut être appliqué que si le sens de la norme n'est pas clair, autrement dit qu'il est, justement, sujet à interprétation⁷⁴⁸. Lorsque le sens de la norme n'est pas clair ou que le texte est lacunaire, il faut lui appliquer les méthodes reconnues d'interprétation (littérale, systématique, téléologique, historique). Si l'application de ces méthodes d'interprétation permet de dégager un sens, parmi d'autres possibles, qui soit conforme à la Constitution et au droit supérieur, c'est celui-ci qui devra être choisi, et l'acte en question ne sera pas invalidé.
464. *Examen.* – Lorsqu'il procède à cet examen, le juge constitutionnel doit notamment considérer les circonstances concrètes dans lesquelles la norme sera appliquée dans le futur. Il ne doit pas se contenter d'examiner dans l'abstrait la possibilité de conférer à la norme une interprétation conforme ; au contraire, il est tenu de prendre en compte la probabilité que la norme soit appliquée conformément à la Constitution. Dans ce cadre, les déclarations des autorités chargées de l'application de la norme en cause peuvent être prises en compte. La possibilité incertaine que la norme concernée fasse l'objet, dans certains cas particuliers, d'une application inconstitutionnelle, ne suffit pas encore à justifier une invalidation au stade du contrôle abstrait⁷⁴⁹.
465. *Moyen d'éviter les cas d'application de la primauté du droit fédéral.* – En obligeant le juge constitutionnel à s'assurer, avant d'invalider une norme cantonale, qu'il n'existe aucune interprétation possible permettant de rendre ladite norme conforme au droit fédéral, le principe de l'interprétation conforme constitue un moyen de réduire les cas de conflits avérés entre droit cantonal et droit fédéral et, partant, les cas d'application de la primauté du droit fédéral. Le

⁷⁴⁷ ATF 125 I 227, « *Genève République de Paix* », cons. 4a. Pour la formule en allemand, voir notamment ATF 111 Ia 292, cons. 2.

⁷⁴⁸ Voir notamment ATF 109 Ia 273, cons. 12b, et HÄFELIN/HALLER, n° 154.

⁷⁴⁹ ATF 129 I 12, V., cons. 3.2.

développement de ce principe par la jurisprudence dénote une certaine réticence des juges à invalider des normes de droit cantonal et, par conséquent, le souci de respecter le plus possible l'autonomie cantonale.

466. *Application aux normes de droit fédéral.* – Lorsque le Tribunal fédéral contrôle – abstraitement – la constitutionnalité de normes fédérales, il applique également le principe de l'interprétation conforme. De tels cas se produisent cependant rarement, puisque les ordonnances fédérales ne font l'objet que d'un contrôle concret, et que les lois fédérales ne sont que rarement attaquées à cause de l'immunité qui leur est conférée par l'art. 190 Cst. Puisque ce principe, tel qu'il est appliqué à l'heure actuelle, n'implique qu'un *Anwendungsgebot*, mais pas de *Priifungsverot*, il arrive parfois que le Tribunal fédéral examine la constitutionnalité – ou la conventionalité – d'une loi fédérale. Il cherchera alors à conférer à la norme fédérale en cause un sens conforme à la Constitution, pour autant qu'il existe une marge d'interprétation⁷⁵⁰.

§2 *En droit américain*

467. *Existence de principes similaires.* – Il n'existe pas, en droit constitutionnel américain, d'équivalent tout à fait exact au principe de l'interprétation conforme. Toutefois, plusieurs doctrines constitutionnelles s'en rapprochent beaucoup et jouent un rôle similaire. Il s'agit, tout d'abord, de la règle selon laquelle une loi doit être interprétée de manière à éviter, le plus possible, les problèmes de compatibilité avec la Constitution. Il s'agit, ensuite, des règles régissant l'invalidation « abstraite » des normes. Il existe, enfin, diverses exigences de « langage clair » (*clear statement*) imposées par la Cour Suprême dans certaines situations. Comme en Suisse, ces exigences ont été développées essentiellement afin de protéger les compétences et l'autonomie des Etats membres.

I. Principe de l'évitement des problèmes constitutionnels

468. *Interprétation restrictive des lois dont la constitutionnalité est douteuse.* – Lorsque la question de la constitutionnalité d'une loi est portée devant les

⁷⁵⁰ Voir par exemple ATF 128 I 254, *Gilgen-Müller (préfets bernois)*, cons. 3.8.1, et les références citées.

tribunaux, ceux-ci appliquent un principe général d'interprétation selon lequel la loi doit être interprétée de manière à éviter, si possible, de la déclarer inconstitutionnelle en tout ou partie. On trouve dans la doctrine différents intitulés qui, tous, recouvrent ce même principe : *constitutional avoidance*, *narrowing interpretation*, *saving construction*⁷⁵¹.

469. *Formulations par la jurisprudence.* – Selon la formulation classique de ce principe, lorsqu'une loi est susceptible de deux (ou plusieurs) interprétations raisonnables, et que l'une de ces interprétations la rend inconstitutionnelle, alors que l'autre permet de lui conserver sa validité, les tribunaux sont tenus de choisir cette dernière⁷⁵².

A l'heure actuelle, la Cour Suprême applique une version élargie de ce principe, en vertu de laquelle les tribunaux doivent écarter les interprétations qui soulèvent « de sérieux problèmes constitutionnels », pour privilégier celle ou celles qui ne posent pas de tels problèmes⁷⁵³. En vertu de ce principe élargi, les tribunaux ont donc non seulement l'obligation d'éviter les déclarations d'inconstitutionnalité non indispensables, mais également d'éviter de résoudre des questions de constitutionnalité lorsque cela n'est pas nécessaire.

470. *Interprétation conforme.* – Pour reprendre la terminologie existant en droit suisse, la Cour Suprême et les autres cours fédérales appliquent donc un principe d'interprétation des lois conformément à la Constitution, qu'il s'agisse des droits fondamentaux ou de la répartition constitutionnelle des

⁷⁵¹ Le principe de *constitutional avoidance*, souvent invoqué dans ce contexte, a été défini dans une célèbre opinion concurrente du juge Brandeis dans *Ashwander v. Tenn. Valley. Auth.*, 297 U.S. 288, 341 (1936). Ce principe signifie, en substance, que les tribunaux doivent éviter de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi fédérale lorsqu'ils n'y sont pas obligés. Il en découle toute une série de sous-principes, dont celui de l'interprétation des lois conforme à la Constitution. Voir également TRIBE, p. 327s.

⁷⁵² Voir notamment *Plymouth Coal Co v. Pennsylvania*, 232 U.S. 531, 546 (1914) : « ... *it is a general and fundamental rule that if a statute be reasonably susceptible of two interpretations, one of which would render it unconstitutional and the other valid, it is the duty of the courts to adopt that construction which will uphold its validity ; [...]* ». Voir également BUCK/RIENZI, p. 391s., et les réf. citées ; VERMEULE, p. 1949, et les réf. citées.

⁷⁵³ *Edward J. DeBartolo Corp. v. Fla. Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council*, 485 U.S. 568, 575 (1988) : « *Where an otherwise acceptable construction of a statute would raise serious constitutional problems, the Court will construe the statute to avoid such problems unless such construction is plainly contrary to the intent of Congress* ». Voir également BUCK/RIENZI p. 393s., et VERMEULE, p. 1949.

compétences⁷⁵⁴. Comme en droit suisse, ce principe n'est applicable que si la loi en cause est susceptible de plusieurs interprétations. Si le texte et/ou l'intention du législateur sont absolument clairs, il n'y a alors pas de place pour une telle interprétation conforme.

471. *Actes concernés.* – Ce principe s'applique tant aux lois fédérales qu'aux lois étatiques. Il joue donc aussi bien en faveur du législateur fédéral que du législateur étatique.

S'agissant des lois fédérales, l'application de ce principe d'interprétation conforme a souvent permis de « sauver » des lois représentant un usage extensif de la compétence du Congrès de régler le commerce inter-étatique⁷⁵⁵. Ainsi, depuis les arrêts *Lopez* et *Morrison* – dans lesquels la Cour Suprême a jugé inconstitutionnelles les lois fédérales concernées car elles ne pouvaient se fonder sur la compétence de l'Union en matière de commerce inter-étatique –, la Cour Suprême n'a plus invalidé d'autres lois fédérales fondées sur la *commerce clause*, justement parce qu'elle a pu éviter de recourir à cette extrémité en interprétant les lois en question conformément à la Constitution. Elle a par exemple jugé que le champ d'application de la loi fédérale sur les eaux ne s'étendait pas aux plans d'eaux confinés à l'intérieur d'un Etat et abritant des oiseaux migrateurs, de sorte que la loi fédérale en cause ne soulevait pas de questions de constitutionnalité quant à la compétence du Congrès pour l'édicter⁷⁵⁶.

II. Invalidation « abstraite » : renvoi

472. On observe un certain parallélisme entre le principe de l'interprétation conforme, développé en Suisse, et la jurisprudence de la Cour Suprême des

⁷⁵⁴ FRANKLIN, p. 75 ; VERMEULE, p. 1947.

⁷⁵⁵ Par exemple, dans *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), la Cour a constaté que la loi fédérale réglant le salaire minimal et la durée du travail maximale des travailleurs dans l'industrie était ambiguë quant à la question de savoir si toutes les entreprises étaient visées, ou seulement celles impliquées dans le commerce inter-étatique. La Cour a alors interprété la loi comme s'appliquant uniquement aux entreprises participant au commerce inter-étatique, si bien que la loi en cause relevait bien de la compétence du Congrès de régler le commerce inter-étatique. VERMEULE, p. 1952s. Pour d'autres exemples, voir FRANKLIN, p. 75s.

⁷⁵⁶ *Solid Waste Agency of N. Cook County v. U.S. Army Corps of Eng'rs*, 531 U.S. 159 (2001). Pour d'autres exemples, voir FRANKLIN, p. 76.

Etats-Unis relative à l'invalidation « abstraite » d'une norme, selon laquelle une norme (de droit fédéral ou de droit étatique) ne sera invalidée « abstraitement », c'est-à-dire pour tous les cas d'application possibles, que si l'on ne peut envisager aucune application conforme avec la Constitution. Pour le surplus, nous renvoyons à ce qui sera dit plus bas à ce sujet.

III. Exigences de texte clair (« clear statement »)

473. *Gregory v. Ashcroft.* – Dans l'arrêt *Gregory v. Ashcroft*, rendu en 1991⁷⁵⁷, la Cour Suprême a jugé que si le Congrès entendait, par l'adoption d'une loi fédérale, interférer avec « la répartition usuelle des compétences entre Etat central et Etats fédérés », il devait exprimer cette intention de manière particulièrement claire dans le langage de la loi en question. Il s'agissait d'un arrêt dans la lignée de *National League of Cities* et de *Garcia*, dans lequel il était question de l'usage fait par le Congrès de sa compétence fondée sur la *commerce clause*, plus particulièrement de la question de savoir si la *commerce clause* autorisait le Congrès à réglementer les conditions de travail des fonctionnaires étatiques. En l'espèce, il était question de l'âge de la retraite des juges étatiques. Conformément à sa jurisprudence *Garcia*, la Cour a retenu qu'il ne lui appartenait pas d'imposer au Congrès des limites quant à l'étendue de sa compétence en matière de commerce inter-étatique. Elle a cependant nuancé la portée de cette déférence due au Congrès en affirmant que si le Congrès entendait s'appuyer sur cette compétence pour légiférer dans un domaine traditionnellement réglé par les Etats, il lui appartenait d'exprimer son intention dans la loi de manière parfaitement claire, faute de quoi la loi fédérale serait interprétée comme laissant subsister les compétences traditionnelles des Etats.

474. *Protection des compétences traditionnelles des Etats.* – Avec l'arrêt *Gregory*, on a ainsi vu ressurgir le critère du « domaine traditionnellement réglé par les Etats » déjà utilisé dans *National League of Cities*, avec des conséquences atténuées toutefois puisque, avec la jurisprudence *Gregory*, l'intervention fédérale dans un tel domaine ne provoque qu'une exigence accrue de clarté rédactionnelle. Selon celle-ci, lorsqu'il existe un doute sur le sens d'une loi fédérale, celle-ci doit être interprétée dans un sens favorable aux compétences des Etats. Au contraire du principe de l'interprétation conforme existant en droit suisse, il s'agit ici d'un principe d'interprétation du droit

⁷⁵⁷ 501 U.S. 452 (1991).

fédéral, et non du droit cantonal. Toutefois, les effets des deux principes sont similaires dans la mesure où ils tendent à faire subsister le droit étatique ou cantonal à moins qu'une conséquence contraire ne découle inévitablement du droit fédéral. Dans cette mesure, l'exigence de *clear statement* élaborée dans *Gregory* constitue un moyen de minimiser les cas de conflits entre droit fédéral et droit étatique.

475. *Exception à l'immunité juridictionnelle des Etats (XI^e Amendement)*. – Une jurisprudence comparable existe en matière d'application du XI^e Amendement. Cette disposition constitutionnelle consacre, on l'a vu, le principe de l'immunité juridictionnelle des Etats, en vertu duquel un Etat ne peut pas être attaqué directement devant une autorité judiciaire contre sa volonté.

La Cour Suprême a cependant admis l'existence d'un certain nombre d'exceptions à l'immunité juridictionnelle des Etats. Elle a en particulier reconnu que lorsque le Congrès agit en vertu de la compétence attribuée par la section 5 du XIV^e Amendement – compétence de mettre en œuvre les dispositions de cet Amendement, lequel interdit notamment les discriminations –, il peut supprimer l'immunité juridictionnelle des Etats⁷⁵⁸.

La Cour a néanmoins pris soin de conserver cette faculté du Congrès dans des limites étroites en exigeant que, lorsque le Congrès souhaite restreindre ou supprimer l'immunité juridictionnelle des Etats, il exprime sa volonté dans ce sens de manière parfaitement claire dans le texte de la loi⁷⁵⁹.

476. « *Conditional spending* ». – La Cour Suprême applique également une exigence de « *clear statement* » dans le cadre de l'examen de l'admissibilité des conditions mises au versement de fonds fédéraux à destination des Etats. Pour être conformes à la Constitution, de telles conditions mises à charge des Etats doivent en effet être prévues de manière non ambiguë dans l'acte octroyant les subventions en question⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445 (1976).

⁷⁵⁹ *Atascadero State Hospital v. Scanlon*, 473 U.S. 234, 242 (1985) : Congress's intention has to be made « *unmistakably clear in the language of the statute* » ; *Hilton v. South Carolina Public Railways Commission*, 502 U.S. 197, 204 (1991) : « *Congressional intent to abrogate Eleventh Amendment immunity must be expressed in the text of the statute ; the Court will not look to legislative history in making its inquiry* ».

⁷⁶⁰ *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987). Voir également SOMIN, p. 120, et MERRILL, p. 825.

477. *Présomption à l'encontre de la « préemption » du droit étatique par le droit fédéral.* – Comme présenté plus haut dans ce travail, on parle de « préemption » lorsque l'adoption d'une loi fédérale a pour effet de faire perdre sa validité au droit étatique existant dans le même domaine. Depuis une soixantaine d'années, la Cour Suprême applique, du moins en théorie, une présomption à l'encontre de la préemption, c'est-à-dire qu'elle ne reconnaît l'existence d'un effet préemptif du droit étatique sur le droit fédéral que lorsque le Congrès a manifesté une intention non équivoque dans ce sens⁷⁶¹. Cette exigence de clarté est particulièrement forte lorsque le domaine en cause fait partie des compétences traditionnelles des Etats. A nouveau, il s'agit donc d'une exigence de *clear statement*.

La Cour Suprême applique principalement cette présomption à l'encontre de la préemption dans les cas où l'effet dérogatoire du droit fédéral se produit parce que le législateur fédéral a réglé exhaustivement le domaine concerné (*field preemption*). La réglementation fédérale est alors interprétée étroitement, de manière à privilégier une interprétation permettant de conclure qu'il reste de la place pour du droit étatique.

La Cour Suprême a souligné à plusieurs reprises qu'une interprétation étroite du droit fédéral était particulièrement nécessaire dans les domaines relevant traditionnellement de la compétence étatique, comme la santé, la sécurité et, de manière générale, tous les domaines relevant du pouvoir de police⁷⁶².

Cependant, il subsiste un certain nombre de doutes quant à la portée exacte de cette jurisprudence de la Cour. En règle générale, la Cour a affirmé que lorsque plusieurs interprétations d'une disposition de droit fédéral sont possibles, les tribunaux doivent choisir celle permettant d'éviter la conclusion qu'il ne reste plus de place pour le droit étatique. Dans cette mesure, on est très proche de la philosophie de l'interprétation conforme existant en droit suisse.

Toutefois, dans certains autres cas, la Cour a rejeté l'idée que le droit fédéral doive systématiquement être interprété de manière étroite.

478. *En résumé : « clear statement rule » chaque fois que l'Etat central restreint l'autonomie des Etats.* – Si l'on additionne tous les domaines dans lesquels la Cour Suprême a développé une exigence de *clear statement*, il en

⁷⁶¹ *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218, 230 (1947) : « So we start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress ».

⁷⁶² *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996) ; DRAHOZAL, p. 113.

ressort qu'une telle exigence est applicable chaque fois que le Congrès, par sa législation, entend modifier « l'équilibre constitutionnel entre les Etats et le gouvernement fédéral »⁷⁶³, qu'il s'agisse de préemption du droit étatique dans un domaine de compétence traditionnel des Etats, de l'octroi de fonds fédéraux assortis de conditions, du droit de régler les conditions de travail des hauts fonctionnaires étatiques ou de l'abrogation de l'immunité juridictionnelle des Etats⁷⁶⁴.

L'exigence imposée par la Cour au Congrès d'exprimer l'intention d'exclure le droit étatique d'un certain domaine dans un texte clair vise, indéniablement, à protéger l'autonomie et les compétences des Etats, en particuliers dans des domaines dans lesquels le pouvoir du Congrès n'est sujet qu'à de rares limitations⁷⁶⁵.

L'obligation de texte clair (*clear statement*) intervient ainsi dans des domaines représentant des « zones sensibles » (*zones of sensitivity*), autrement dit lorsque l'action du législateur fédéral est souvent proche des limites de sa compétence⁷⁶⁶.

479. *Justifications et critiques.* – L'imposition d'une telle exigence au Congrès permet alors d'obliger celui-ci à prendre conscience des problèmes constitutionnels posés par la législation envisagée et à décider délibérément de porter atteinte à l'équilibre fédéral⁷⁶⁷. Elle permet également d'alerter les Etats en les rendant attentifs au fait qu'une réglementation visant directement leurs attributions est en préparation, de manière à ce qu'ils puissent, s'ils le jugent nécessaire, intervenir au Congrès⁷⁶⁸.

Selon les partisans de l'exigence d'un texte clair, celle-ci constitue donc un moyen de garantir que le processus politique, censé selon eux protéger les

⁷⁶³ *Atascadero State Hospital v. Scanlon*, 473 U.S. 234, 242 (1985) : « *the usual constitutional balance between the States and the Federal Government* ».

⁷⁶⁴ TRIBE, p. 551s. Voir également MERRILL, p. 825, et *Note*, p. 1968.

⁷⁶⁵ *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 461 (1991) : « *This plain statement rule is nothing more than an acknowledgement that the States retain substantial sovereign powers under our constitutional scheme, powers with which Congress does not readily interfere* ».

⁷⁶⁶ MERRILL, p. 827.

⁷⁶⁷ *Will v. Michigan Dept. Of State Police*, 491 U.S. 58, 65 (1989) : « *In traditionally sensitive areas, such as legislation affecting the federal balance, the requirement of clear statement assures that the legislature has, in fact, faced and intended to bring into issue, the critical matters involved in the judicial decision* ». FRANKLIN, p. 84s.

⁷⁶⁸ MERRILL, p. 833.

intérêts des Etats, pourra effectivement remplir ce rôle⁷⁶⁹. Elle permettrait ainsi de protéger, dans une certaine mesure, l'autonomie des Etats tout en accordant aux décisions du Congrès la déférence qu'elle mérite.

Pour les détracteurs de cette solution, au contraire, celle-ci ne peut en aucun cas remplacer la mise en œuvre par les tribunaux de limites au champ d'application ou à l'exercice des compétences fédérales. Pour les auteurs concernés, l'exigence d'un texte clair ne permet, dans le meilleur des cas, que de freiner une extension des compétences de l'Etat central. Mais cet obstacle peut être aisément contourné par un Congrès bien décidé à parvenir à ses fins⁷⁷⁰.

La doctrine est dès lors très partagée sur l'efficacité des *clear statement rules* en tant que moyen pour protéger l'autonomie des Etats.

§3 Synthèse

480. *Réticence des juges constitutionnels face aux déclarations d'invalidité, en matière de partage vertical des compétences.* – Tant aux Etats-Unis qu'en Suisse, les tribunaux rechignent à déclarer des normes inconstitutionnelles. En Suisse, cette prudence de principe joue uniquement en faveur des normes de droit cantonal puisque les normes fédérales sont largement protégées contre les déclarations d'inconstitutionnalité par le principe de l'immunité des lois fédérales. Aux Etats-Unis, cette prudence joue tant en faveur du droit étatique que du droit fédéral, puisque les juges constitutionnels sont également habilités à contrôler la constitutionnalité des normes fédérales.

Dans le contexte des litiges concernant le partage vertical des compétences, cette réticence des tribunaux s'exprime dans toute une série de principes d'interprétation visant, le plus possible, à minimiser les cas de conflits entre le droit fédéral et le droit des entités fédérées. De cette manière, l'application de la primauté du droit fédéral, qui aurait pour conséquence l'invalidation du droit cantonal ou étatique, peut être évitée.

Au travers de ces divers principes d'interprétation transparait, en somme, une déférence des tribunaux pour le législateur, même aux Etats-Unis où l'on reproche pourtant beaucoup à la Cour Suprême de trop se substituer au

⁷⁶⁹ MERRILL, p. 833, et les réf. citées.

⁷⁷⁰ SOMIN p. 137, et les réf. citées note 126. Voir également la description des arguments critiques chez MERRILL, p. 831ss. Egalement *Note*, p. 1967s.

législateur. En particulier, les juges constitutionnels témoignent ainsi d'une déférence considérable pour l'autonomie et les compétences des Etats fédérés, si bien que dans ce contexte au moins, les juges constitutionnels jouent effectivement leur rôle de gardien du fédéralisme, et se posent en protecteurs de l'autonomie des Etats.

Chapitre 3

Effet du jugement : Conséquence juridique de l'application du principe de la primauté du droit fédéral

481. *Problématique.* – Jusqu'à présent, nous avons utilisé, à dessein, pour désigner les conséquences de l'application du principe de la primauté du droit fédéral, des termes un peu flous, du type « le droit cantonal – ou étatique – doit s'écarter » ou « perd sa validité ». Il reste donc à déterminer la conséquence juridique exacte entraînée par l'application du principe de la primauté du droit fédéral, puis de celui de la « primauté » du droit des Etats fédérés.

§1 En droit suisse

I. Norme cantonale contraire au droit fédéral

1. Principes

482. *Nullité absolue ou annulabilité ?* – D'un point de vue purement théorique, une norme cantonale contraire au droit fédéral ne devrait jamais avoir été adoptée ou devrait avoir cessé d'exister au moment où la Confédération a fait usage de sa compétence. La conséquence juridique correspondante est la nullité, qui intervient de plein droit et déploie ses effets *ex tunc* et *erga omnes*.

La norme cantonale sera donc considérée comme ayant cessé d'exister au moment de la survenance de sa contrariété au droit fédéral⁷⁷¹.

Cependant, à moins que le législateur cantonal ne tire lui-même la conséquence de l'incompétence du canton et / ou du conflit avec le droit fédéral et n'abroge de sa propre initiative la norme cantonale contestée, celle-ci continuera de faire partie du droit cantonal en vigueur. Pour lui faire perdre sa validité formelle, il faudra au moins une décision d'une autorité d'application du droit constatant la nullité de la norme. Or, si la non-conformité de la norme cantonale avec le droit fédéral est constatée par une autorité dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, l'application du principe de la nullité absolue ne va pas sans poser un certain nombre de problèmes pratiques, particulièrement du point de vue de la sécurité du droit. Se pose ainsi la question de savoir ce qu'il advient des décisions prises antérieurement en application de la norme cantonale contestée. De l'avis de plusieurs auteurs, il est nécessaire de nuancer la sanction accompagnant l'application de la primauté du droit fédéral⁷⁷². Selon cette thèse, la nullité absolue ne représente guère plus qu'une fiction, laquelle est remplacée, dans la pratique, par la règle de l'annulabilité de la norme contraire au droit fédéral. La doctrine actuelle majoritaire défend ainsi l'idée selon laquelle, lorsque la norme cantonale est annulée par un tribunal, il ne s'agit que de nullité relative ; l'arrêt ne déploie donc que des effets *ex nunc*⁷⁷³.

483. *Avis du Tribunal fédéral.* – Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral reste d'ailleurs assez flou lorsqu'il décrit les conséquences juridiques de la primauté du droit fédéral, en utilisant des formules du type « *cède le pas* » ou « *weichen* »⁷⁷⁴. Lorsqu'il s'agit de tirer la conséquence de l'application de la primauté du droit fédéral dans un cas particulier, le Tribunal fédéral parle le plus souvent d'« *annulation* » (*Aufhebung*) de la norme jugée contraire au droit fédéral⁷⁷⁵. Mais on trouve également dans quelques arrêts la référence à la

⁷⁷¹ Voir HÄFELIN/HALLER, n° 1191 ; DUBEY, p. 414 ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 42 ; AUBERT, *Traité*, n° 638.

⁷⁷² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Vol I*, n° 1043 ; DUBEY, p. 414s.; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 42.

⁷⁷³ KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 398.

⁷⁷⁴ ATF 114 Ia 350, cons. 4a: « *Les normes cantonales qui seraient contraires au droit fédéral [...] doivent ainsi céder le pas devant le droit fédéral* »; ATF 119 Ia 390, cons. 5a : « *Kantonale Normen, die insbesondere durch Zweck oder vorgesehene Mittel bundesrechtswidrig sind, müssen dem Bundesrecht weichen* ».

⁷⁷⁵ ATF 125 I 474, *MediService SA*, cons. 4f : « *annulation formelle* »; 122 I 18, cons. 2c.bb : « *Die kantonale Vorschrift [...] ist aufzuheben* ». Voir également ATF 108 Ib

nullité absolue de la disposition cantonale⁷⁷⁶. Ces derniers cas représentent cependant plutôt l'exception que la règle.

484. *Annulabilité.* – On peut donc retenir qu'en principe, lorsqu'une règle cantonale contraire au droit fédéral a été adoptée, celle-ci reste valable jusqu'à ce qu'une autorité judiciaire ou une autre autorité prononce son annulation en application du principe de la primauté du droit fédéral.

485. *Annulation partielle.* – La norme en cause ne sera cependant annulée que dans la mesure où elle est contraire au droit fédéral. Si la ou les dispositions, ou parties de disposition contraires au droit fédéral peuvent être séparées du reste de l'acte contesté sans que celui-ci en perde tout son sens, seules ces parties seront invalidées⁷⁷⁷. Le principe est donc celui de l'annulation partielle. Celle-ci pourra porter sur un ou plusieurs articles ou un ou plusieurs alinéas, parfois même sur un mot ou une partie de phrase, ou même sur un sens particulier donné à la norme en cause⁷⁷⁸.

Exceptionnellement, il arrive que le Tribunal fédéral invalide un acte normatif cantonal dans son entier⁷⁷⁹. Le Tribunal fédéral semble, pour ce cas, appliquer des critères semblables à ceux qu'il utilise lorsque se pose la question de l'invalidation partielle ou totale d'une initiative populaire cantonale, ou qu'il utilise l'Assemblée fédérale pour l'invalidation d'une initiative populaire fédérale⁷⁸⁰. Il faut donc soit que la partie valide de l'acte n'ait pas de portée

392, *Schweizerische Eidgenossenschaft (droit de cité)*, cons. 4 (« *Aufhebung* »), et 98 Ia 395, dispositif.

⁷⁷⁶ ATF 120 Ia 89, cons. 2c : « *Il est au surplus sans importance que la législation fédérale ne contienne pas de clause abrogeant expressément des dispositions contraires de droit cantonal, ces dernières étant nulles de plein droit, dans la mesure où elles dérogent au droit fédéral* ». Voir également ATF 78 I 208.

⁷⁷⁷ Voir par exemple le dispositif de l'ATF 108 Ib 392, *Schweizerische Eidgenossenschaft (droit de cité)*. Également SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 52.

⁷⁷⁸ GERBER, p. 148ss. Au sujet de la troisième catégorie d'annulation, appelée par GERBER *l'annulation par description*, qui consiste à n'invalider qu'une interprétation particulière de la norme, cet auteur cite en particulier l'ATF 106 Ia 389, *Chevalley*, dans lequel le Tribunal fédéral a invalidé l'article de loi en cause « *dans la mesure où il vise des immeubles qui sont la propriété privée de l'Etat* ».

⁷⁷⁹ Voir KÄLIN, p. 398, et les réf. citées, et GERBER, p. 144s, et les réf. citées.

⁷⁸⁰ Si seule une partie d'une initiative populaire est contraire au *jus cogens*, que sa séparation ne porte pas atteinte à une disposition centrale de l'initiative, et que la partie qui subsiste forme un tout cohérent qui puisse encore correspondre à la volonté des initiants, alors l'Assemblée fédérale peut décider de n'invalider que la partie problématique tout en laissant subsister le reste du texte. Voir FF 1994 III 1471, 1487s,

propre et, partant, soit dépourvue de sens et de but en l'absence des dispositions invalidées, soit que l'on puisse partir de l'idée que l'auteur de l'acte normatif n'aurait pas édicté celui-ci en l'absence des dispositions inconstitutionnelles⁷⁸¹.

486. *Application.* – Le principe de la primauté du droit fédéral sera le plus souvent appliqué par une autorité, administrative ou judiciaire. Ces autorités seront amenées à constater la violation du droit fédéral par la norme cantonale dans le cadre de différents types de procédures, pour lesquelles leur pouvoir de décision peut varier. La conséquence attachée en pratique à la constatation de la violation du droit fédéral dépendra à la fois du cadre procédural et du pouvoir d'appréciation du juge, et ne sera pas toujours la même⁷⁸².

A ce titre, la distinction principale est celle existant entre le contrôle abstrait et le contrôle concret d'une norme cantonale.

2. Contrôle abstrait des normes

487. *Principe.* – En vertu de l'art. 82 let. b LTF, le Tribunal fédéral suisse connaît notamment des recours en matière de droit public dirigés directement contre les actes normatifs cantonaux. Pour qu'un tel recours soit recevable, il faut en particulier que le recours intervienne dans les trente jours à compter de la publication de l'acte (art. 101 LTF)⁷⁸³. Quelques cantons confèrent également à leur tribunal supérieur la compétence de connaître des recours dirigés

à propos de l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable » ; la possibilité d'une invalidation partielle a cependant été écartée dans ce cas, au motif que la partie contraire au *jus cogens* concernait justement l'un des principaux objectifs des auteurs de l'initiative. Voir également HANGARTNER, *Art. 139, al. 3 Commentaire SG*, n° 37.

⁷⁸¹ GERBER, p. 145s.

⁷⁸² DUBEY, p. 415s.

⁷⁸³ La notion de publication consacrée à l'art. 101 LTF est la même que celle qui était prévue, sous l'ancien droit, à l'art. 89 OJ. Voir le Message LTF, p. 4139, ainsi que VON WERDT, *Kommentar BGG* ad art. 101. Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 89 OJ, « Le recours de droit public doit être formé dans le délai de trente jours dès la communication, selon le droit cantonal, de l'acte attaqué [...]. Lorsque celui-ci, tel une loi cantonale, est soumis au référendum obligatoire ou facultatif, le délai court dès la publication de l'arrêté de promulgation par lequel le pouvoir exécutif constate que l'acte est définitivement adopté » (ATF 121 I 291, cons. 1b, et les réf. citées. Pour la même formule en allemand, voir notamment ATF 130 I 82, *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich*, cons. 1.2).

directement contre certains types d'actes normatifs⁷⁸⁴. Cependant, dans la plupart des cas, le Tribunal fédéral est la seule instance judiciaire compétente pour opérer un tel contrôle abstrait, si bien qu'il intervient le plus souvent en tant qu'instance unique.

488. *Effet cassatoire du recours en matière de droit public dirigé contre une norme cantonale.* – Au contraire du recours de droit public, auquel il succède en partie, le recours en matière de droit public n'a pas un effet uniquement cassatoire. En vertu de l'art. 107, al. 2 LTF, le Tribunal fédéral a également la possibilité de statuer lui-même sur le fond. Toutefois, lorsque le recours en matière de droit public est dirigé contre un acte normatif cantonal, son effet devrait demeurer uniquement cassatoire. La nouvelle LTF n'était en effet pas destinée à modifier, sur ce point, le régime prévalant sous l'ancien droit. Le Tribunal fédéral « ne saurait donc substituer sa propre appréciation et édicter une réglementation cantonale à la place [du législateur cantonal] sans violer le principe de la séparation des pouvoirs »⁷⁸⁵. Il se limitera, en règle générale, à annuler la norme cantonale attaquée.

489. *Annulation de la norme avec effet erga omnes et ex nunc.* – Si la norme est annulée à l'issue d'un contrôle abstrait, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure se déroulant devant le Tribunal fédéral, avant ou peu de temps après l'entrée en vigueur de la norme en question, et dont l'objet est la norme elle-même, en-dehors de tout cas d'application, alors l'arrêt du Tribunal fédéral a un effet *erga omnes* : la norme attaquée perd sa validité vis-à-vis de tous, sans qu'une intervention subséquente du pouvoir législatif soit nécessaire. Il appartient cependant ensuite aux autorités cantonales compétentes de procéder à l'abrogation formelle de la loi en cause et, cas échéant, d'adopter un nouvel acte, cette fois conforme au droit fédéral⁷⁸⁶.

La doctrine majoritaire défend par ailleurs l'opinion selon laquelle l'invalidation de la norme cantonale déploie en principe uniquement des effets *ex nunc*, c'est-à-dire à partir de l'entrée en force du jugement⁷⁸⁷. Toutefois, la question de l'effet *ex tunc* ou *ex nunc* de la décision judiciaire n'a pas une très

⁷⁸⁴ Voir note 585, ci-dessus.

⁷⁸⁵ Message LTF, p. 4143 : « L'al. 2 n'accroît pas non plus le pouvoir de décision lors de recours contre des actes normatifs cantonaux ». Voir également VON WERDT, *Kommentar BGG* ad art. 107.

⁷⁸⁶ KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 397s ; AUER, *Juridiction*, p. 261 ; AUBERT, *Traité*, n° 1726.

⁷⁸⁷ KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 398, et les réf. citées ; AUER, *Juridiction*, p. 260.

grande incidence pratique, puisque, en principe, la norme est invalidée avant son entrée en vigueur ou peu de temps après, si bien que dans la plupart des cas, aucun acte d'application n'aura été pris sur cette base.

490. *Exceptions : jugements constatatoires et « Appellentscheide ».* – Dans certains cas, le Tribunal fédéral se contente de constater l'inconstitutionnalité d'une norme de droit cantonal, sans pour autant l'annuler. Il a recours à ce procédé, principalement, dans deux cas de figure⁷⁸⁸.

Premièrement, le Tribunal fédéral se limite parfois à constater que l'application de la disposition cantonale contestée est contraire à la Constitution en tant qu'elle est appliquée au recourant, et, partant, qu'elle ne peut lui être opposée, mais sans pour autant annuler la norme attaquée. Le Tribunal fédéral a récemment eu recours à ce procédé dans une situation où la norme attaquée était contraire à la primauté du droit fédéral telle qu'appliquée à la recourante, mais restait conforme à la Constitution appliquée à d'autres cas de figure. D'après le Tribunal fédéral, il ne se justifiait pas, dans de telles circonstances, d'annuler la disposition cantonale en cause⁷⁸⁹. On a donc ici une sorte d'annulation concrète (annulation telle qu'appliquée, *as-applied*), prononcée dans le cadre d'un contrôle abstrait. Cette pratique, qui à notre connaissance n'a pour le moment pas été répétée par le Tribunal fédéral, constitue en quelque sorte le pendant procédural de l'interprétation conforme : puisque le Tribunal fédéral, dans le cadre du contrôle abstrait, n'annule que les normes auxquelles l'on ne peut attribuer aucun sens qui la rende conforme à la Constitution, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, il ne pouvait pas annuler la norme en cause⁷⁹⁰. Toutefois,

⁷⁸⁸ Pour d'autres cas de figure, qui concernent quant à eux plutôt le contrôle concret, voir KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 402, et AUER, *Juridiction*, p. 262s.

⁷⁸⁹ ATF 125 I 474, *MédiService SA*, cons. 4f : « Toutefois, une annulation formelle de la partie de l'art. 4 du Règlement afférente à l'envoi postal de médicaments par des pharmacies n'apparaît pas justifiée. D'une part, il est possible [...] que cette disposition reste conforme à la Constitution hors du champ d'application de la loi sur le marché intérieur [...]. D'autre part, elle pourrait également s'appliquer valablement aux pharmacies externes qui, cas échéant, exerceraient l'activité d'envoi postal de médicaments sans remplir les conditions nécessaires de sécurité. En conséquence, il convient de se limiter à constater que l'interdiction, prévue par l'art. 4 du Règlement, de l'envoi postal de médicaments par des pharmacies ne peut être opposée à la recourante, de sorte que celle-ci peut accéder librement au marché suisse en vertu de la loi sur le marché intérieur ».

⁷⁹⁰ Pour une analyse des modes d'expression de l'interprétation conforme, tels que « l'annulation par description », le rejet avec renvoi aux motifs ou la constatation, voir GERBER, p. 151.

puisqu'elle aboutissait, dans le cas de la recourante, à un résultat inconstitutionnel, il a bien fallu trouver une formule permettant de tenir compte de cet état de fait⁷⁹¹.

Deuxièmement, lorsque l'annulation de la réglementation contestée aurait pour effet de faire revivre une norme elle-aussi contraire à la constitution. Le Tribunal fédéral préfère alors intimor au législateur cantonal concerné d'adopter, dans un délai approprié, une législation conforme à la Constitution (*Appellentscheid*)⁷⁹². Pour le moment, cette jurisprudence n'a concerné que les violations du principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst. et art. 4 aCst.)⁷⁹³. Elle ne concerne donc pas les cas de violation du principe de la primauté du droit fédéral.

On peut penser que, sous le régime de la nouvelle LTF, le Tribunal fédéral continuera d'avoir recours à ces procédés.

3. Contrôle concret des normes

491. *Principes.* – Le Tribunal fédéral, ainsi que, en principe, toutes les autres autorités d'application du droit, sont habilitées à contrôler, à l'occasion d'un cas d'application, la conformité du droit cantonal au droit fédéral. En ce qui concerne plus particulièrement le Tribunal fédéral, le contrôle concret d'un acte cantonal peut être demandé par la voie des recours ordinaires (recours en matière de droit public, recours en matière civile, recours en matière pénale), ainsi que par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, puisque toutes ces voies de recours permettent d'invoquer, à titre préjudiciel, la violation du droit fédéral, y compris de la Constitution (art. 95 let. a LTF).

492. *Effet en principe limité au cas d'espèce.* – La question de la conséquence juridique de l'application de la primauté du droit fédéral se présente alors un peu différemment. D'une part, l'examen du tribunal ne porte que sur la norme telle qu'appliquée dans le cas concret, et, d'autre part, l'examen de la norme a souvent lieu longtemps après l'entrée en vigueur de la norme, si bien que celle-ci a déjà pu servir de base à un certain nombre de cas d'application antérieurs à la procédure. Surtout, l'objet du recours n'est plus la

⁷⁹¹ Pour un cas semblable, voir ATF 99 Ia 638, cité par GERBER, p. 152.

⁷⁹² KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 403, et les réf. jurisprudentielles citées, notamment les arrêts *Hegetschweiler*, ATF 110 Ia 7, et *Staatliche Pensionskasse des Kantons Solothurn*, ATF 117 V 318.

⁷⁹³ GERBER, p. 177.

norme elle-même mais bien l'acte d'application. L'arrêt du tribunal n'aura donc d'effet qu'entre les parties au litige, et n'aura pour conséquence que d'annuler l'acte d'application, et non la loi elle-même. Juridiquement, celle-ci demeure intacte⁷⁹⁴. Les autorités cantonales peuvent donc la maintenir en vigueur, à moins qu'elles ne décident spontanément de la modifier ou de l'abroger⁷⁹⁵. Toutefois, même si la norme est maintenue en vigueur, les autorités cantonales renonceront souvent à l'appliquer dans des cas similaires à celui ayant provoqué la constatation de non-conformité au droit fédéral⁷⁹⁶.

L'entrée en vigueur de la nouvelle LTF n'apporte pas de modification à ce régime pour ce qui est des conséquences de l'arrêt du Tribunal fédéral sur la validité de la norme fondant l'acte attaqué. Comme déjà souligné, l'arrêt rendu dans le cadre du contrôle concret n'a en principe pas pour effet d'annuler la norme contestée, mais seulement son acte d'application. Sous l'empire du nouveau droit, l'acte d'application pourra, en revanche, non seulement être cassé, mais également remplacé par une nouvelle décision (art. 107, al. 2 LTF)⁷⁹⁷.

493. *Sort des actes d'application de la norme viciée.* – Par ailleurs, lorsqu'une règle cantonale est déclarée non conforme au droit fédéral dans le cadre d'un contrôle concret, on peut s'interroger sur le sort des actes d'application antérieurs de la norme en cause. Cette question ne se pose guère lorsque la norme est annulée dans le cadre d'un contrôle abstrait, dès lors que celui-ci a lieu en principe avant l'entrée en vigueur de la norme, ou très peu de temps après.

Dans la mesure où, comme l'admettent la jurisprudence et la doctrine actuelles, la validité juridique de la norme n'est en principe pas touchée lors d'un contrôle concret, l'acte d'application seul étant annulé, il est clair que l'arrêt ne saurait

⁷⁹⁴ AUER, *Juridiction*, p. 261. Voir par exemple ATF 113 Ia 69, cons. 5a, avec d'autres références : « *Der Verstoss einer kantonalen Vorschrift gegen eine Bestimmung der Bundesverfassung [...] kann auch noch bei der Anfechtung eines gestützt darauf ergangenen Anwendungsaktes geltend gemacht werden. Erweist sich der Vorwurf als begründet, so führt dies freilich nicht zur formellen Aufhebung der Vorschrift; die vorfrageweise Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit [...] hat nur zur Folge, dass die Vorschrift auf den Beschwerdeführer nicht angewendet und der gestützt auf sie ergangene Entscheid aufgehoben wird* ». Pour une analyse détaillée et critique de cette jurisprudence constante depuis 1880, voir GERBER, p. 126ss.

⁷⁹⁵ KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 398s. et 399s. ; AUBERT, *Traité*, n° 1726.

⁷⁹⁶ KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, p. 400. Aussi AUER, *Effet*, p. 561s., n° 15.

⁷⁹⁷ Message LTF, p. 4143.

alors déployer d'effets sur des actes d'application antérieurs. Leur validité demeure donc intacte, à moins de faire, à leur tour, l'objet d'un recours. Autrement dit, les actes d'application antérieurs à une décision constatant, à l'occasion d'un autre acte d'application, qu'une norme cantonale est contraire au droit fédéral, sont annulables, et non nuls de plein droit⁷⁹⁸.

Cependant, certains auteurs défendent l'idée selon laquelle de tels actes d'application antérieurs peuvent parfois être nuls. A l'appui de cette opinion, ils invoquent la théorie des actes administratifs viciés, selon laquelle un acte administratif souffrant d'un vice est en principe annulable mais peut parfois être nul de plein droit si le vice est particulièrement grave et facilement reconnaissable, et que l'intérêt à la nullité de l'acte est supérieur à celui à la sécurité du droit⁷⁹⁹. Dès lors, la nullité de plein droit des actes d'application antérieurs pourrait être admise, lorsque la contrariété au droit fédéral de la norme cantonale concernée était manifeste⁸⁰⁰. Cette façon de voir a été confirmée au moins à une reprise par le Tribunal fédéral⁸⁰¹. Dans d'autres arrêts en revanche, celui-ci s'est limité à prononcer l'annulation – avec effets *ex nunc* – de la décision d'application, sans examiner si la nullité – avec effets *ex tunc* – était possible⁸⁰².

II. Droit fédéral contraire au partage des compétences

494. *Nullité théorique.* – Lorsqu'une norme fédérale outrepassant les compétences de la Confédération, et dès lors portant atteinte aux compétences cantonales, voire au droit cantonal édicté, est adoptée, son statut est, théoriquement, la nullité, dès lors que la Confédération ne saurait adopter une norme lorsqu'elle n'en a pas la compétence. Une telle règle ne devrait donc jamais avoir été adoptée, ou avoir été abrogée au moment de la révision constitutionnelle restituant aux cantons la compétence en jeu. Lorsqu'une telle norme existe néanmoins, son absence de validité devra, en principe, être

⁷⁹⁸ AUBERT, *Traité*, n° 638. Dans le même sens, GERBER, p. 183.

⁷⁹⁹ HÄFELIN/HALLER, n° 956.

⁸⁰⁰ TSCHANNEN, *Staatsrecht*, p. 320 ; SALADIN, *Art. 2 disp. trans.*, n° 46.

⁸⁰¹ ATF 117 Ia 202, *Schweizerische Eidgenossenschaft (fiches)*, cons. 8, dans lequel le TF applique sa jurisprudence en matière d'actes administratifs viciés et parvient à la conclusion que la décision d'application doit être déclarée nulle.

⁸⁰² Par exemple ATF 106 IV 288, cons. 3b, et ATF 101 Ia 575, cons. 4b.

constatée ou prononcée par une autorité judiciaire. Le sort de la norme dépendra alors de son niveau hiérarchique.

495. *Lois fédérales.* – S’il s’agit d’une loi fédérale, le principe de l’immunité, examiné précédemment, la protège contre toute sanction juridictionnelle, puisque les tribunaux, de même que les autres autorités d’application, sont tenus d’appliquer une loi fédérale, même viciée.

496. *Ordonnances fédérales.* – Si l’acte normatif fédéral édicté contrairement au partage des compétences est une ordonnance, alors celle-ci ne bénéficie en principe pas de la protection de l’immunité des lois fédérales. Les ordonnances fédérales, qu’elles émanent de l’Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral, peuvent faire l’objet d’un contrôle concret, à l’occasion d’un acte d’application ; en revanche, contrairement aux actes normatifs cantonaux, elles ne peuvent pas faire l’objet d’un contrôle abstrait. L’art. 82 LTF limite en effet le contrôle abstrait aux seuls actes normatifs cantonaux. Il en découle que, à l’instar de ce qui se passe pour les actes cantonaux faisant l’objet d’un contrôle concret, seul l’acte d’application, et non la norme elle-même, sera annulé. Quant à l’ordonnance, elle conserve donc sa validité. Il appartient à son auteur de décider s’il entend l’abroger ou la conserver. S’agissant des actes d’application pris antérieurement sur la base de l’ordonnance viciée, ils seront annulables.

On relèvera par ailleurs que, à la différence des actes cantonaux, le constituant fédéral pourra en tout temps décider d’octroyer à la Confédération la compétence d’édicter l’acte contesté. Dans cette hypothèse, si l’on part de l’idée que l’acte vicié est simplement annulable, l’adoption de la base constitutionnelle adéquate aura pour effet de guérir le vice, sans que l’acte en cause n’ait jamais cessé d’exister.

§2 *En droit américain*

I. Principes

497. *Pas d’immunité des lois fédérales.* – A la différence de la Suisse, le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales n’est pas limité aux Etats-Unis. La Cour Suprême, ainsi que les autres tribunaux, possèdent donc la compétence de refuser d’appliquer, voire même d’invalider, une loi fédérale qu’ils jugent contraire à la Constitution. Dès lors, les développements qui suivent concernent

tant le cas d'une loi fédérale inconstitutionnelle que celui d'une loi étatique contraire à la Constitution ou au droit fédéral.

498. *Lois fédérales ou étatiques contraires à la répartition constitutionnelle des compétences : nullité de principe.* – Comme en Suisse, la position traditionnelle aux Etats-Unis est que les lois, fédérales ou étatiques, contraires à la Constitution, et notamment à la répartition constitutionnelle des compétences, n'ont pas d'existence valable et n'en ont jamais eu⁸⁰³. Autrement dit, de telles lois sont, en théorie, nulles *ab initio* et de plein droit.

Toutefois, si une telle loi a malgré tout été adoptée, selon les formes et procédures prescrites, et que son inconstitutionnalité est constatée après coup par un tribunal, se pose la question de savoir quel sera l'effet du jugement rendu par ce dernier. S'agira-t-il d'une simple constatation de la nullité de la loi, ou au contraire d'une annulation ? Dans ce dernier cas, il s'agit de déterminer si le jugement n'aura d'effet qu'entre les parties au litige, ou s'il aura un effet *erga omnes*, pour tous les litiges futurs.

499. *Invalidation par les autorités judiciaires.* – De même qu'en Suisse, doctrine et jurisprudence américaines ont renoncé à traduire littéralement, en termes judiciaires, la nullité théorique d'une loi contraire à la Constitution, et ont préféré opter pour la solution pragmatique consistant à admettre qu'en principe, la constatation de l'inconstitutionnalité d'une loi par un tribunal équivaut à une annulation de la loi en cause.

Le terme le plus couramment utilisé est celui d'« invalidation » (*invalidation*), qui traduit la même idée que le mot « annulation ».

500. *Procédures susceptibles d'aboutir à une invalidation : exigence de principe d'un cas concret.* – Il faut cependant répéter ici la remarque déjà faite à propos de la Suisse : l'effet concret des jugements des autorités, spécialement judiciaires, constatant l'inconstitutionnalité d'une loi dépend de la procédure dans le cadre de laquelle cette autorité agit, ainsi que du type de contrôle opéré.

Contrairement à la Suisse, le système américain de juridiction constitutionnelle ne connaît pas la procédure de contrôle abstrait. Les instances judiciaires fédérales peuvent être saisies de la question de la constitutionnalité d'une loi uniquement à l'occasion d'un acte d'application. De ce point de vue, le contrôle opéré est donc exclusivement concret. S'agissant des cours fédérales, cette

⁸⁰³ TRIBE, p. 214.

situation résulte de l'exigence, déduite de l'art. III Cst. U.S., d'un *case or controversy*, autrement dit d'un litige concret que le tribunal doit résoudre⁸⁰⁴.

En d'autres termes, selon la conception en vigueur aux Etats-Unis, les tribunaux fédéraux ont pour unique rôle de trancher des litiges existants, et non pas de donner des avis consultatifs à propos de questions constitutionnelles n'ayant pas donné lieu à un litige concret, ou qu'il n'est pas nécessaire de résoudre pour trancher un tel litige⁸⁰⁵.

En revanche, les tribunaux étatiques ne sont pas liés par l'exigence d'un *case or controversy*, puisque l'art. III Cst. U.S. ne s'applique qu'aux juridictions fédérales. Or les cours étatiques peuvent être amenées à traiter de la question de la constitutionnalité de lois étatiques, voire de lois fédérales. Leurs décisions dans ce domaine ne pourront donc pas toutes être revues par la Cour Suprême⁸⁰⁶.

La question de la conformité d'une loi, fédérale ou étatique, avec le partage constitutionnel des compétences sera donc toujours portée devant les tribunaux fédéraux à l'occasion d'un cas d'application de la loi en cause⁸⁰⁷.

II. Invalidation « concrète » et « abstraite »

501. *Contrôle abstrait et contrôle concret.* – Toutefois, le contrôle opéré par les tribunaux ne correspondra pas toujours au contrôle concret tel qu'on le connaît en Suisse. Il arrive parfois que les tribunaux américains procèdent à un contrôle abstrait à l'occasion d'un cas d'application. Le recourant, lorsqu'il s'en prend à une loi en invoquant son inconstitutionnalité, ainsi que le tribunal saisi du litige lorsqu'il procède à l'examen de la constitutionnalité, peuvent en effet considérer la loi attaquée sous deux angles différents.

502. *Contrôle concret.* – Le tribunal saisi du litige peut, d'une part, examiner si la loi, telle qu'elle a été appliquée dans le cas du recourant, est contraire à la

⁸⁰⁴ Cette exigence d'un *case or controversy* a été déduite de l'art. III Cst. U.S. par la jurisprudence dès le début de l'Etat fédéral. Voir, en 1793, le refus de la Cour Suprême, sous la présidence du *Chief Justice* John Jay, de donner un avis consultatif au Président Washington, au sujet d'une question touchant à la neutralité des Etats-Unis dans le conflit opposant la France au Royaume-Uni. A ce sujet, voir FALLON et al., p. 78ss.

⁸⁰⁵ TRIBE, p. 328ss ; FALLON et al., p. 85ss.

⁸⁰⁶ TRIBE, p. 320ss.

⁸⁰⁷ FALLON, *As-applied*, p. 1327 et 1336s. ; DORF, p. 294.

Constitution. Si le tribunal parvient à la conclusion que tel est le cas, il invalide la loi telle qu'elle a été appliquée dans le cas d'espèce.

La doctrine américaine parle alors de *as-applied challenge*, respectivement de *as-applied invalidation*.

503. *Contrôle abstrait à l'occasion d'un cas concret.* – Le tribunal saisi de l'affaire peut, d'autre part, examiner si la loi attaquée est, en elle-même, contraire à la Constitution. Le juge fait alors abstraction des circonstances du cas concret pour considérer la loi pour elle-même, telle qu'elle est écrite. Doctrine et jurisprudence parlent alors de *facial challenge*, respectivement de *facial invalidation*⁸⁰⁸ : si la loi contrôlée est considérée comme contraire à la Constitution, l'invalidation concernera la loi elle-même, dans tous ses cas d'application potentiels.

Dans ce cas, la loi fait, *de facto*, l'objet d'un contrôle abstrait, même si celui-ci a été déclenché à l'occasion d'un cas concret.

Dans la suite de ce travail, nous parlerons ici d'un contrôle abstrait, même si ce terme ne recouvre pas tout à fait la même notion qu'en droit suisse.

504. *Invalidation dans les considérants du jugement.* – La portée des jugements d'invalidation, en particulier la question de savoir s'il s'agit d'une invalidation « concrète » (*as-applied*) ou « abstraite » (*facial*), ne ressort cependant pas toujours très clairement de l'arrêt du tribunal, car l'invalidation de la loi ne figure pas dans le dispositif du jugement, mais seulement dans ses considérants. En effet, puisque la question de la constitutionnalité de la loi se pose toujours dans le cadre d'un cas d'application, le dispositif du jugement se limite à casser ou à confirmer la décision de l'autorité inférieure appliquant la loi en cause, autrement dit à résoudre le litige concret porté devant le tribunal⁸⁰⁹.

505. *Effet d'un jugement d'invalidation en fonction du type de contrôle opéré.* – L'effet d'un jugement d'invalidation sera différent suivant que l'invalidation vise la loi telle qu'appliquée ou la loi en elle-même, du moins en théorie⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ FRANKLIN, p. 53s.

⁸⁰⁹ Voir, par exemple, le dispositif de l'arrêt *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898, 935 : « *Accordingly* [puisque le Congrès ne possède pas la compétence de contraindre les fonctionnaires étatiques à mettre en œuvre ses lois], *the judgment of the Court of Appeals for the Ninth Circuit is reversed* ».

⁸¹⁰ METZGER, p. 880s. ; DORF, p. 236.

Si la loi est invalidée à l'issue d'un contrôle concret, le jugement n'aura d'effet que pour les parties au litige, ainsi que, en pratique, pour les personnes dans une situation semblable. Les autorités pourront donc, en principe, continuer d'appliquer la loi en question à tous les cas dont les caractéristiques sont différentes de celles du cas tranché.

En revanche, si la loi est invalidée à l'issue d'un contrôle abstrait, la portée du jugement sera beaucoup plus grande puisque la loi est déclarée invalide dans tous les cas d'application possibles. Les autorités ne pourront en principe plus appliquer la loi en question, sous peine de s'exposer au risque, voire à la certitude – si le jugement émane de la Cour Suprême – de voir leur décision cassée en raison de l'invalidité de la loi appliquée.

Dans tous les cas, un jugement d'invalidité, qu'il soit abstrait ou concret, n'aura pas pour effet d'abroger formellement la loi en cause⁸¹¹. Pour des raisons assez évidentes de séparation des pouvoirs, cette compétence appartient à l'auteur de la loi, soit généralement le législateur.

506. *Effet d'un jugement d'invalidation en fonction du rang du tribunal dont il émane.* – Les considérations émises au paragraphe précédent doivent cependant être nuancées en fonction de la position occupée par le tribunal dont émane le jugement d'invalidation⁸¹².

En effet, en raison du principe de *stare decisis* en vigueur aux Etats-Unis, un jugement d'inconstitutionnalité rendu par la Cour Suprême lie toutes les instances judiciaires, qu'elles soient fédérales ou étatiques. Un jugement d'invalidation abstraite aura alors, de fait, l'effet d'une abrogation formelle de la loi, puisque toute autorité d'application s'exposera à voir sa décision cassée par un tribunal⁸¹³.

Un jugement d'invalidité concrète rendu par la Cour Suprême aura quant à lui pour effet d'empêcher l'application de la loi en cause à tous les cas similaires à celui tranché par la Cour⁸¹⁴.

⁸¹¹ FALLON, *As-applied*, p. 1339.

⁸¹² METZGER, p. 881 ; FALLON, *As-applied*, p. 1339s.

⁸¹³ Si la loi en cause est une loi étatique, la Cour Suprême de l'Etat concerné conserve cependant la possibilité de « sauver » la loi invalidée en proposant une interprétation plus étroite de cette loi, ou en séparant les applications ou dispositions inconstitutionnelles du reste de la loi. Voir DORF, p. 236 et 283s.

⁸¹⁴ FRANKLIN, p. 67.

En revanche, si le jugement est prononcé par une Cour fédérale inférieure (cour de district ou cour d'appel), seules les instances fédérales de niveau inférieur situées dans sa juridiction seront formellement liées par le précédent ainsi créé. Pour les autres instances fédérales, ainsi que pour les tribunaux étatiques, ce jugement n'aura qu'une valeur persuasive, mais non une valeur de précédent à respecter obligatoirement.

507. *Type de contrôle appliqué dans le domaine du fédéralisme.* – Traditionnellement, la Cour Suprême a adopté, à propos du contrôle abstrait des lois, une position restrictive selon laquelle le contrôle concret doit rester la règle, et le contrôle abstrait l'exception⁸¹⁵. La Cour a ainsi posé des conditions très restrictives à l'admissibilité d'un recours dirigé contre la loi elle-même⁸¹⁶.

Toutefois, la doctrine unanime reconnaît que la pratique de la Cour concernant le contrôle abstrait des lois est en réalité beaucoup moins restrictive que celle-ci ne l'affirme⁸¹⁷. Plusieurs auteurs ont ainsi mis en évidence un certain nombre de domaines dans lesquels la Cour procède quasiment systématiquement à un contrôle abstrait de la loi, quelle que soit la manière dont le recours a été formulé⁸¹⁸.

Or, parmi ces domaines, on trouve en particulier ceux dans lesquels la question constitutionnelle litigieuse porte sur l'étendue et l'exercice des compétences de l'Union. La plupart des grands arrêts de la Cour Suprême rendus au cours des quinze dernières années en matière de fédéralisme ont ainsi donné lieu à un contrôle abstrait de la loi fédérale attaquée.

508. *Compétence fédérale en matière de commerce inter-étatique.* – Tel a été le cas, en particulier, des arrêts concernant l'étendue de la compétence fédérale découlant de la *commerce clause*.

⁸¹⁵ Voir notamment *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 580 (1998) : « *Facial invalidation is, manifestly, strong medicine that has been employed by the Court sparingly and only as a last resort* », citant un arrêt de 1973, *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601. Voir également FRANKLIN, p. 43 et 55s. ; FALLON, *As-applied*, p. 1321s.

⁸¹⁶ *U.S. v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), dans lequel la Cour a exposé qu'un recours abstrait pourrait être introduit avec succès uniquement si le recourant démontre qu'il n'existe aucune situation dans laquelle une application de la loi serait conforme à la Constitution. Voir également FRANKLIN, p. 56.

⁸¹⁷ FRANKLIN, p. 62 ; METZGER, p. 878s., et les réf. citées ; FALLON, *As-applied*, p. 1336 ; DORF, p. 236ss.

⁸¹⁸ FRANKLIN, p. 47, note 21 ; METZGER, p. 894ss ; DORF, p. 251ss et 281s.

Dans l'arrêt *Lopez*⁸¹⁹, la Cour a ainsi invalidé la loi fédérale prévoyant l'interdiction des armes à feu dans les zones scolaires (*Gun-Free School Zones Act*), au motif que, en tant que telle et sans égard aux circonstances du cas d'espèce, elle excédait la compétence fédérale en matière de commerce inter-étatique. Les juges majoritaires ont donc invalidé la loi en question non pas parce que, dans le cas du recourant, l'arme n'avait jamais traversé les frontières inter-étatiques, mais parce que la loi en elle-même sortait de la sphère de compétence du Congrès, puisqu'elle visait une activité qui ne pouvait être qualifiée de commerciale⁸²⁰.

Dans l'arrêt *Morrison*, la disposition incriminée de la loi fédérale sur la violence envers les femmes (*Violence Against Women Act*) a été jugée contraire à la Constitution pour les mêmes raisons, à nouveau sans égard aux circonstances du cas concret⁸²¹.

509. *Limites à l'exercice des compétences fédérales (anti-commandeering).* – On observe une préférence semblable pour le contrôle abstrait dans les cas d'application de la doctrine dite « *anti-commandeering* », autrement dit les cas dans lesquels la Cour Suprême a jugé que le Congrès ne pouvait pas contraindre les Etats ou leurs employés à mettre en œuvre les lois fédérales.

Ainsi, dans *New York v. U.S.* et dans *Printz v. U.S.*⁸²², la disposition fédérale en cause a été invalidée en tant que telle, sans égard aux circonstances du cas particulier.

⁸¹⁹ *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

⁸²⁰ *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549, 561: the statute « *by its terms has nothing to do with commerce* » or any sort of economic enterprise ». Voir également FRANKLIN, p. 47s. et 74 ; METZGER, p. 876 et 907.

⁸²¹ *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 613 (2000) : « *gender-motivated crimes of violence are not, in any sense of the phrase, economic activity* ». FRANKLIN, p. 47s. ; METZGER, p. 907.

Voir également *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), dans lequel la loi fédérale sur les substances contrôlées (*Controlled Substances Act*) a été jugée, en tant que telle, conforme à la Constitution, puisqu'elle visait une activité commerciale inter-étatique, sans tenir compte des circonstances du cas concret (en l'occurrence celui de consommateurs de marijuana pour raisons médicales, qui cultivaient eux-mêmes leurs plantes ; dans leur cas, il n'existait donc aucun élément de commerce inter-étatique, si bien que l'application de la loi à leur cas était probablement inconstitutionnelle). A ce sujet, voir FRANKLIN, p. 43 et 51s.

⁸²² *New York v. U.S.*, 505 U.S. 144 (1992) ; *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997).

510. *Conditional spending et XIV^e Amendement.* – En revanche, dans un autre domaine touchant le fonctionnement du fédéralisme, à savoir les restrictions mises à l'exercice de la compétence de l'Union de subordonner le versement de subsides fédéraux au respect de certaines conditions (*conditional spending*), la Cour Suprême a adopté une attitude inverse. Dans ces cas, en effet, elle procède systématiquement à un contrôle concret de la loi incriminée⁸²³.

De même, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'étendue de la compétence fédérale se fondant sur la section 5 du XIV^e Amendement, en particulier le pouvoir du Congrès d'abroger l'immunité juridictionnelle des Etats, la Cour a récemment démontré une tendance favorable au contrôle concret, après avoir, pendant une période, procédé à un contrôle abstrait de tels cas⁸²⁴.

511. *Critères pour l'application d'un contrôle concret.* – La Cour Suprême n'a pas fourni d'explications quant aux raisons pour lesquelles elle favorise dans certains cas le contrôle abstrait, en particulier pour les questions touchant au fédéralisme.

Certains auteurs récents sont parvenus à la conclusion que le type de contrôle appliqué par la Cour dépend en fin de compte des critères appliqués pour juger de la constitutionnalité de la norme. En effet, certains tests constitutionnels impliquent automatiquement une prise en compte des circonstances du cas d'espèce, alors que d'autres visent plutôt la loi telle qu'elle est rédigée⁸²⁵.

Ainsi, dans le contexte du respect du partage constitutionnel des compétences, l'on pourrait justifier le contrôle abstrait par le fait que la loi peut soit encore entrer dans la sphère de compétence de l'Etat central, soit ne plus y entrer. Par exemple, soit on admet que la possession d'armes à feu dans certaines zones est une activité économique ayant un lien avec le commerce inter-étatique, soit on ne l'admet pas. Dans ce dernier cas, le vice constitutionnel affecte la loi dans son ensemble, et non pas seulement certaines de ses applications⁸²⁶.

⁸²³ FRANKLIN, p. 47, et les réf. jurisprudentielles citées ; METZGER, p. 908. Voir en particulier *Sabri v. U.S.*, 541 U.S. 600 (2004).

⁸²⁴ La jurisprudence de la Cour Suprême paraît cependant relativement instable en la matière. Voir METZGER, p. 894ss, ainsi que FRANKLIN, p. 47, 52 et 86s., et les réf. jurisprudentielles citées.

⁸²⁵ METZGER, p. 910 ; FALLON, *As-applied*, p. 1324 ; DORF, p. 294.

⁸²⁶ FRANKLIN, p. 77s. Cet auteur rejette cette conception pour proposer une autre justification de l'application du contrôle abstrait dans les cas concernant le partage des compétences.

512. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence de la Cour n'apparaît pas encore particulièrement bien fixée dans ce domaine⁸²⁷.

513. *Lois étatiques.* – Pour les lois étatiques également, la Cour procède parfois à un contrôle abstrait à l'occasion d'un cas concret. Ce phénomène existe en particulier dans le cadre des violations du 1^{er} Amendement.

En ce qui concerne l'invalidation de lois étatiques pour violation de la répartition constitutionnelle des compétences, il s'agira le plus souvent de cas d'application de la doctrine de la *preemption*, ou de celle de la *dormant commerce clause*.

514. *Preemption.* – Lorsqu'une loi étatique est invalidée, en application de la doctrine de la *preemption*, parce que le droit fédéral ne laisse pas de place à du droit étatique complémentaire dans le domaine en cause, elle est généralement invalidée telle qu'appliquée dans le cas concret. Dans certains cas, cependant, la loi étatique en cause peut aussi être déclarée invalide abstraitement (*on its face*). Les tribunaux procéderont à une telle invalidation lorsque la loi étatique, considérée abstraitement, rend obligatoire ou autorise des actes qui constituent nécessairement une violation du droit fédéral. Autrement dit, il faut qu'il existe, dans tous les cas d'application imaginables, un conflit irrémédiable entre le droit fédéral et le droit étatique⁸²⁸. Lorsqu'ils requièrent le contrôle et l'invalidation abstraits d'une loi étatique, les recourants ont la possibilité de demander aux tribunaux, avant même l'entrée en vigueur de la loi en cause, d'en interdire l'application. On aboutit donc, dans de tels cas, à un véritable contrôle abstrait des lois étatiques⁸²⁹.

515. *Dormant commerce clause.* – Lorsqu'une violation de la *dormant commerce clause* est alléguée à l'encontre d'une loi étatique, les tribunaux vérifient en substance si la loi en cause poursuit un but protectionniste ou impose un obstacle exagéré au commerce. Dans certains cas, ce contrôle peut avoir pour résultat l'invalidation abstraite (*on its face*) de la loi en question, en particulier lorsque les juges arrivent à la conclusion que celle-ci a été édictée dans un but de protectionnisme économique.

516. *Effet du jugement.* – Si une loi étatique est invalidée par la Cour Suprême, le tribunal supérieur de l'Etat, à qui revient l'autorité ultime pour interpréter le droit étatique, peut encore « sauver » la loi en question en en

⁸²⁷ FRANKLIN, p. 47.

⁸²⁸ *Rice v. Norman Williams Co.*, 458 U.S. 654, 659ss (1982).

⁸²⁹ *Rice v. Norman Williams Co.*, 458 U.S. 654, 654 et 659 (1982).

proposant une nouvelle interprétation, plus étroite, ou en séparant la partie ou l'application inconstitutionnelle du reste de la loi⁸³⁰.

III. Invalidation partielle

517. *Invalidation partielle et « séparabilité »*. – Une fois la question de la constitutionnalité de la loi résolue par la négative, il reste à décider si toute la loi sera invalidée, ou seulement une partie de celle-ci. Aux Etats-Unis, on parle à ce propos de « séparabilité » (*severability*).

Doctrines et jurisprudence reconnaissent l'admissibilité de principe d'une invalidation partielle. Si l'inconstitutionnalité constatée ne touche qu'un article de la loi, la possibilité existe, à certaines conditions, de séparer du reste de la loi la disposition incriminée, et de n'invalider que celle-ci. Ainsi, dans *New York v. U.S.*⁸³¹, la Cour a jugé que la disposition inconstitutionnelle obligeant les Etats à devenir propriétaires des déchets radioactifs pouvait être séparée du reste de la loi. Seule la disposition contestée a donc été invalidée, et ce de manière abstraite. La possibilité de laisser subsister les parties de l'acte conformes à la Constitution existe également lorsque seules certaines applications de la loi sont inconstitutionnelles⁸³². Concrètement, ce cas ne se présentera que si la loi est invalidée telle qu'appliquée dans le cas concret.

A l'heure actuelle, une loi est en règle générale présumée séparable, à moins que la partie restante ne constitue pas un tout cohérent ou qu'il existe des raisons de penser que le Congrès n'aurait pas adopté la loi en question en l'absence de la disposition inconstitutionnelle⁸³³.

⁸³⁰ DORF, p. 283s.

⁸³¹ 505 U.S. 144, 186-187 (1992).

⁸³² METZGER, p. 885s., mentionne, à titre d'exemple, l'arrêt *U.S. v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), dans lequel la Cour Suprême a constaté l'inconstitutionnalité d'une loi interdisant l'utilisation d'affiches, banderoles et autres objets dans le bâtiment de la Cour Suprême et sur son terrain uniquement en tant qu'elle s'appliquait aux trottoirs entourant le bâtiment, quand bien même les trottoirs n'étaient pas mentionnés expressément dans la loi. En d'autres termes, la Cour procède, dans de tel cas, à un amendement de la loi, en y ajoutant une exception : les pancartes et banderoles sont interdites dans le bâtiment et les terrains de la Cour Suprême, à l'exception des trottoirs.

⁸³³ SHUMSKY, p. 243 ; DORF, p. 290s. On précisera par ailleurs que les cours fédérales, y compris la Cour Suprême, n'ont pas le pouvoir de décider à titre définitif du caractère

Cela signifie qu'une invalidation de la loi telle qu'appliquée dans le cas concret aura parfois, en pratique, les mêmes effets qu'une invalidation abstraite. En effet, si l'application problématique ou la disposition invalide abstraitement ne peut pas être séparée du reste de la loi, celle-ci sera invalidée dans son intégralité, au motif que l'existence de l'application inconstitutionnelle constatée pervertit l'ensemble de l'acte de telle manière que celui-ci sera inconstitutionnel dans tous les cas⁸³⁴.

518. *Clauses de séparabilité ou de non-séparabilité.* – Les législateurs fédéral et étatiques tentent souvent de se prémunir contre une invalidation judiciaire complète des lois qu'ils adoptent en munissant celles-ci de clauses de séparabilité. Ces clauses prévoient en substance que, en cas d'invalidation d'une disposition de la loi, le reste de l'acte continuera d'exister⁸³⁵.

A l'inverse, il arrive également que le législateur prévoie une clause de non-séparabilité précisant que, en cas d'invalidation d'une disposition de la loi, l'acte dans son entier perdra sa validité⁸³⁶.

Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour Suprême, les tribunaux ne sont pas liés par de telles clauses. Celles-ci revêtent uniquement la portée d'une présomption, réfragable, de séparabilité ou de non-séparabilité⁸³⁷.

En revanche, l'absence d'une clause de séparabilité n'engendre pas de présomption de non-séparabilité⁸³⁸.

séparable ou non d'une loi étatique. Cette décision appartient, en dernière instance, à la cour suprême de l'Etat concerné.

⁸³⁴ FRANKLIN, p. 66.

⁸³⁵ Par exemple, la section 401 de la loi sur le financement des campagnes électorales (*Bipartisan Campaign Reform Act*) a la teneur suivante : « *If any provision of this Act [...], or the application of a provision or amendment to any person or circumstance, is held to be unconstitutional, the remainder of this Act [...], and the application of the provisions and amendment to any person or circumstance, shall not be affected by the holding* ».

⁸³⁶ SHUMSKY, p. 243s.

⁸³⁷ *Alaska Airlines v. Brock*, 480 U.S. 678, 680 (1987) : « *When Congress has explicitly provided for severance by including a severability clause in the statute, [...] the inclusion of such a clause creates a presumption that Congress did not intend the validity of the statute in question to depend on the validity of the constitutionally offensive provision. In such a case, unless there is strong evidence that Congress intended otherwise, the objectionable provision can be excised from the remainder of the statute* ». Voir également SHUMSKY, p. 230 et 241.

⁸³⁸ SHUMSKY, p. 242.

IV. Effet rétroactif

519. *Conséquences sur les actes d'application antérieurs.* – La Cour Suprême a développé une jurisprudence complexe à propos de l'effet rétroactif d'un jugement déclarant une loi fédérale ou étatique contraire à la Constitution, que ce soit en matière pénale ou dans les autres domaines du droit. Sans entrer ici dans les détails de cette jurisprudence, on peut en retenir que la rétroactivité constitue le principe, alors que la non-rétroactivité constitue l'exception⁸³⁹. Ainsi, si une loi fiscale étatique est déclarée inconstitutionnelle par la Cour Suprême, cet arrêt s'étendra aux actes d'application de la loi pris antérieurement à l'arrêt de la Cour, pour autant que ceux-ci n'aient pas déjà fait l'objet d'une décision judiciaire. Il appartient ensuite à l'Etat concerné de décider comment il entend réparer le vice dont souffrent désormais les actes d'application antérieurs⁸⁴⁰.

Le point le plus controversé porte sur le sort des litiges pendants devant les tribunaux, soit en première instance soit en instance de recours. Pour les litiges ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif, la rétroactivité n'est pas admise ; autrement dit, la force de chose jugée n'est pas remise en question. Pour les cas encore pendants, la règle est celle de l'application rétroactive⁸⁴¹.

§3 Synthèse

520. *Un sujet plus étudié aux Etats-Unis qu'en Suisse.* – La question de l'effet de l'application du principe de la primauté du droit fédéral en général, et plus particulièrement celle de l'effet des jugements constatant la violation de ce

⁸³⁹ FALLON et al., p. 1325.

⁸⁴⁰ TRIBE, p. 226.

⁸⁴¹ En matière pénale, la Cour Suprême a élaboré une règle spéciale qui concerne les défendeurs condamnés devant les tribunaux étatiques en vertu d'une loi jugée ensuite inconstitutionnelle. Ces personnes ont le droit de demander, en tout temps, le réexamen de leur cas par les cours fédérales en invoquant la règle constitutionnelle de l'*habeas corpus*. Cependant, le fait que la loi en vertu de laquelle ils ont été condamnés a été déclarée inconstitutionnelle ne suffit généralement pas à faire aboutir un tel recours. Dans ce cas, il n'y a donc pas d'application rétroactive de la décision judiciaire d'inconstitutionnalité (*Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 [1989]). A ce sujet, voir TRIBE, p. 227 ; FALLON et al., p. 1327ss. Des exceptions sont cependant possibles (TRIBE, p. 218ss ; FALLON et al., p. 74ss).

principe, a fait l'objet de développements doctrinaux et jurisprudentiels plus poussés aux Etats-Unis qu'en Suisse. Plusieurs éléments intéressants sont à relever.

521. *Nécessité d'une invalidation « abstraite » dans le cadre du contrôle concret.* – Premièrement, quand bien même le contrôle abstrait des normes n'existe pas aux Etats-Unis, dans le sens où une loi, fédérale ou étatique, ne peut pas être attaquée directement, en-dehors de tout cas d'application, le besoin s'est néanmoins fait sentir de pouvoir contrôler et, cas échéant, invalider la loi concernée en faisant abstraction des circonstances du cas d'espèce. En Suisse en revanche, où à la fois le contrôle abstrait et le contrôle concret existent, le Tribunal fédéral s'en tient à une stricte distinction entre les deux formes de contrôles : dans le cadre du contrôle abstrait, il n'invalide la norme que si elle n'est susceptible d'aucune interprétation conforme à la Constitution, alors que dans le cadre du contrôle concret, il examine la norme en cause uniquement telle qu'elle a été appliquée au recourant, et reste aveugle à ses autres applications potentielles.
522. *Importance du contexte procédural.* – Deuxièmement, l'effet d'un tel jugement est souvent étroitement lié au type de procédure et au type de contrôle opéré par le tribunal concerné. Si la loi en cause est contrôlée abstraitement, c'est-à-dire en-dehors de tout cas d'application, la décision d'invalidation visera la loi en elle-même. Le jugement déploiera donc des effets *erga omnes*, même si les tribunaux n'ont pas la compétence, ni en Suisse ni aux Etats-Unis, d'abroger formellement une loi jugée inconstitutionnelle. Si la loi contestée est contrôlée concrètement, à l'occasion et, en principe, dans le contexte d'un cas d'application, l'effet du jugement pourra être de deux ordres. Généralement, le contrôle ne portera que sur la loi telle qu'appliquée dans le cas d'espèce. Le jugement n'aura alors d'effets que dans le cadre limité du cas d'application, c'est-à-dire uniquement entre les parties au litige. Le reste dépend ensuite du niveau hiérarchique du tribunal ayant statué et de la valeur obligatoire ou non de ses arrêts. Toutefois, il arrive que le juge constitutionnel élargisse son examen et considère la norme en cause non seulement telle qu'appliquée dans le cas d'espèce, mais également dans tous les autres cas d'application potentiels. S'il constate dans ce cadre que la norme n'est susceptible d'aucune application conforme au droit supérieur, alors le jugement pourra invalider la loi en tant que telle, avec effet *erga omnes*.
523. *Effet rétroactif.* – La question la plus délicate, dans les deux systèmes, est celle de l'effet rétroactif des jugements d'invalidation. A ce titre, la doctrine et la jurisprudence suisses sont très réticentes à conférer un effet rétroactif à de

tels jugements, alors qu'aux Etats-Unis, le principe de l'effet rétroactif est globalement admis. On constate donc, sur ce point, une différence entre les deux systèmes, que l'on peut attribuer, au moins partiellement, au prestige et à l'autorité très grands attribués outre-Atlantique au pouvoir judiciaire en général, et à la Cour Suprême en particulier.

Conclusion

524. Au terme de cette étude, il reste à déterminer si, comme le suggère le titre de ce travail, le partage vertical des compétences joue effectivement le rôle de garant de l'autonomie des Etats fédérés.
525. *Principes et règles régissant le partage vertical des compétences.* – L'existence, dans la Constitution fédérale, d'une répartition des compétences entre l'Etat central et les Etats fédérés n'implique pas, en soi, une protection particulière de l'autonomie des Etats fédérés. Un tel partage des compétences, inhérent à l'existence d'une structure fédéraliste, se contente de statuer quelles compétences incombent à quelle collectivité. Il n'implique pas encore de protection particulière des compétences des Etats fédérés. Toutefois, la règle générale de partage des compétences telle qu'elle est formulée dans les Constitutions américaine et suisse est plutôt orientée en faveur des Etats fédérés. En effet, ceux-ci bénéficient d'une clause générale et subsidiaire de compétence, alors que l'Etat central n'a que les compétences qui lui sont attribuées par la Constitution. Par conséquent, considéré d'un point de vue statique, le partage vertical des compétences tel qu'il est réglé dans les Constitutions américaine et suisse implique un biais en faveur des Etats fédérés.
526. *Mécanismes correctifs.* – Dans sa conception, un tel système est relativement rigide en ce qui concerne l'Etat central, dont les compétences sont limitées à ce que lui attribue la Constitution. Cependant, si l'on considère ce système d'un point de vue dynamique, on constate que, rapidement, des mécanismes d'assouplissement se sont mis en place. Ces mécanismes revêtent diverses formes. Il s'agit, tout d'abord, de la possibilité de modifier la liste des compétences attribuées à l'Etat central par la voie de la révision constitutionnelle. Cette manière de faire a surtout été utilisée en Suisse, où la Constitution, en n'imposant pas d'obstacles trop élevés aux révisions constitutionnelles, prévoit elle-même un tel mécanisme. La pratique a ensuite fait un usage fréquent de cette possibilité. Il s'agit ensuite de la reconnaissance de compétences implicites et du recours à une interprétation extensive des compétences attribuées à l'Etat central. Ce phénomène a été particulièrement apparent aux Etats-Unis, mais a aussi existé en Suisse. On peut encore mentionner, au titre de ces mécanismes correcteurs, les pouvoirs d'urgence reconnus en Suisse au législateur fédéral et qui lui permettent, temporairement, de ne pas s'en tenir aux compétences constitutionnellement énumérées, ainsi

que la reconnaissance, en Suisse et aux Etats-Unis, d'une compétence générale de l'Etat central en matière d'affaires étrangères.

Ces divers mécanismes d'assouplissement ont, pour l'essentiel, été développés par la pratique des autorités. Ils ont joué un rôle favorable à l'Etat central et, par conséquent, plutôt défavorable à l'autonomie des Etats fédérés. Toutefois, ni en Suisse ni aux Etats-Unis, la volonté ou la nécessité d'un assouplissement en faveur du centre n'a, pour le moment, eu pour effet la reconnaissance d'une clause générale de compétence en faveur de l'Etat central, qui pourrait découler, par exemple, du principe de subsidiarité.

Ces mécanismes correcteurs ayant fait pencher la balance en faveur de l'Etat central, on a, pour rétablir l'équilibre, développé en Suisse le principe du fédéralisme d'exécution, qui n'existe pas en tant que tel aux Etats-Unis, ainsi que d'autres principes tendant à limiter les compétences de l'Etat central.

527. *Règles de conflit.* – Le principe de primauté du droit fédéral est consacré tant par la Constitution américaine que par la Constitution suisse. Si l'on comprend ce principe uniquement comme une règle prévoyant que le droit de la collectivité compétente l'emporte sur le droit de la collectivité incompétente, alors sa portée juridique est faible, puisqu'il ne fait que répéter ce qui découle déjà de l'existence même d'une répartition verticale des compétences. De plus, ce principe est alors neutre du point de vue de l'équilibre entre Etat central et Etats fédérés. En revanche, la règle de la primauté du droit fédéral revêt une portée significative si elle est interprétée comme une solution au conflit entre deux normes, l'une étatique et l'autre fédérale, toutes deux conformes au partage des compétences. Interprété dans ce sens par le juge constitutionnel en Suisse comme aux Etats-Unis, le principe de la primauté du droit fédéral joue alors en faveur de l'Etat central, et constitue par conséquent un instrument allant à l'encontre de l'autonomie des Etats fédérés. Une telle interprétation n'est imposée ni par la nature du fédéralisme, ni par l'existence d'une répartition verticale des compétences. Elle est toutefois essentielle au bon fonctionnement de l'Etat fédéral, puisqu'elle empêche que les Etats fédérés ne se servent de leurs compétences pour empêcher la réalisation du droit fédéral. Ainsi, la règle selon laquelle les Etats fédérés ne sauraient user de leurs compétences pour faire obstacle à l'application du droit fédéral a été développée par les tribunaux tant en Suisse qu'aux Etats-Unis, et ce de façon remarquablement parallèle, quand bien même elle se fonde sur des concepts juridiques en partie différents. Le principe de primauté du droit fédéral s'est ainsi transformé en une limitation à l'exercice des compétences des Etats fédérés.

528. *Correctifs.* – Cependant, comme pour contre-balancer cet effet, on constate que les tribunaux reconnaissent de moins en moins facilement l'existence d'un conflit, autrement dit d'un cas d'application de la primauté du droit fédéral. Cette tendance, relativement récente, est bien sûr favorable à l'autonomie des Etats fédérés. Ainsi, aux Etats-Unis, la Cour Suprême considérera qu'une réglementation fédérale ne déploie pas d'effet dérogatoire sur le droit étatique édicté dans le même domaine, à moins que le législateur fédéral ait clairement voulu cet effet. On constate une tendance semblable en Suisse, même si le Tribunal fédéral n'a pas, du moins pas encore, exprimé ce principe aussi clairement. Toutefois, sa jurisprudence récente aboutit, en pratique, plus ou moins au même résultat.

529. *Limites aux compétences fédérales. Limites intrinsèques.* – Il découle de l'existence même d'un partage vertical des compétences que les compétences de l'Etat central s'arrêtent là où commencent les compétences des Etats fédérés. La protection de l'autonomie des Etats fédérés dépend donc étroitement des limites mises aux compétences de l'Etat central. Comme la Constitution fédérale ne contient en principe, en Suisse comme aux Etats-Unis, que les attributions de compétences à l'Etat central, l'étendue des compétences des Etats fédérés dépend du champ d'application, plus ou moins large, des attributions de compétences à l'Etat central. On parle alors de limites intrinsèques aux compétences fédérales. L'efficacité de ces limites dépend de l'interprétation, qui peut être restrictive ou, au contraire, extensive, des attributions de compétences à l'Etat central. Or, cette interprétation incombe non seulement aux tribunaux, mais également au législateur fédéral lui-même. Celui-ci tend sans doute à faire preuve de plus de retenue en Suisse qu'aux Etats-Unis, où le conflit entre le président Roosevelt et la Cour Suprême dans les années trente reste, malgré son ancienneté, symptomatique des relations parfois tendues entre le pouvoir politique et les juges constitutionnels. Quant aux tribunaux, ils ont joué un rôle somme toute relativement limité dans l'interprétation des attributions de compétences à l'Etat central, soit parce qu'ils étaient empêchés juridiquement de se prononcer, comme cela est le cas en Suisse, soit parce qu'ils se sont auto-imposé une grande retenue en la matière, comme cela est le cas aux Etats-Unis.

Le respect des limites intrinsèques aux compétences fédérales dépend donc surtout du législateur fédéral lui-même. Or la bonne volonté de celui-ci est susceptible de dépendre des contingences politiques du moment, et non d'une orientation de base favorable (ou non) à l'autonomie des Etats, si bien que la protection de l'autonomie des Etats ne sera, par ce biais, pas très fiable. Il faut

cependant relever que la relative facilité de révision de la Constitution suisse, de même que la possibilité, pour le législateur fédéral, d'édicter une législation d'urgence contraire à la Constitution, a probablement pour effet que le législateur suisse sera moins tenté d'interpréter extensivement ses propres compétences.

530. *Limites aux compétences fédérales. Limites extrinsèques.* – En dépit de ce facteur, le manque d'efficacité des limites intrinsèques a favorisé l'émergence, tant en Suisse qu'aux Etats-Unis, d'une autre catégorie de limites aux compétences de l'Etat central : les limites extrinsèques, autrement dit les limites à l'exercice des compétences fédérales. Ces limites s'expriment dans une série de principes développés par la pratique et, en Suisse, repris par le constituant, comme le principe de subsidiarité ou le fédéralisme d'exécution. Toutefois, l'efficacité de ces limites en tant que garantes de l'autonomie des Etats fédérés est sujette à caution : en Suisse, parce que les tribunaux ne peuvent pas intervenir efficacement à l'encontre des lois fédérales, à cause de la justiciabilité limitée des principes restreignant l'exercice des compétences fédérales et à cause de l'immunité des lois fédérales ; aux Etats-Unis, parce que l'effet réel des principes développés par la jurisprudence pour limiter l'Etat central dans l'exercice de ses compétences est relativement réduit en pratique. Par conséquent, le respect des limites extrinsèques dépend largement, encore une fois, de la bonne volonté du législateur fédéral. C'est néanmoins sur ces principes que semblent se concentrer, à l'heure actuelle, les efforts pour préserver l'autonomie des Etats fédérés. Telle est du moins la direction dans laquelle se dirige la Cour Suprême aux Etats-Unis, et on peut observer une tendance semblable en Suisse, avec, notamment, la réflexion actuelle sur le principe de subsidiarité ou l'auto-retenue dont a fait preuve le législateur fédéral dans le cas de la loi sur les allocations familiales.

531. *Contrôle judiciaire.* – Tant aux Etats-Unis qu'en Suisse, le contrôle judiciaire du partage vertical des compétences se heurte, jusqu'à un certain point en tout cas, à une méfiance profondément enracinée. En Suisse, cette méfiance, qui s'étend à l'ensemble du contrôle judiciaire sur les lois fédérales, est ancrée dans la Constitution elle-même, puisque celle-ci consacre le principe de l'immunité des lois fédérales. Aux Etats-Unis, où la Constitution ne dit rien à propos du contrôle judiciaire des lois, la Cour Suprême s'est auto-censurée lorsqu'il s'est agi de contrôler la conformité des lois fédérales avec le partage fédéraliste des compétences, suivant en cela un mouvement doctrinal puissant. L'idée qui sous-tend cette méfiance vis-à-vis du contrôle judiciaire en matière de fédéralisme est la suivante : pourquoi le juge constitutionnel devrait-il

intervenir pour protéger l'autonomie des Etats fédérés là où le processus législatif fédéral, dans lequel les Etats fédérés sont représentés et ont leur mot à dire, considère qu'une solution législative unifiée est nécessaire ? Autrement dit, faut-il vraiment protéger les Etats fédérés contre leur gré ? Cette interrogation perpétuelle place le juge constitutionnel dans une situation délicate, si bien qu'il n'a, jusqu'à présent, pas pu ou pas voulu jouer un rôle décisif.

En dehors de cette grande tendance, commune au système suisse et au système américain, la présente étude a permis de mettre en évidence d'autres points communs ayant trait aux modalités du contrôle judiciaire du partage des compétences en Suisse et aux Etats-Unis, notamment la conception du respect de ce partage comme un droit individuel qu'il incombe avant tout aux particuliers de faire respecter, même si les collectivités publiques directement concernées ont également la possibilité d'intervenir elles-mêmes devant les tribunaux. On peut également mentionner l'accent mis sur l'interprétation conforme à la Constitution, qui témoigne, dans les deux systèmes, de la réticence des juges constitutionnels à invalider une loi, qu'elle soit fédérale ou étatique.

En dépit de ces points communs, il subsiste une différence de base dans le contrôle judiciaire du partage vertical des compétences en Suisse et aux Etats-Unis : alors que dans le système helvétique, ce contrôle reste centré sur les lois cantonales, l'accent est au contraire mis sur les lois fédérales aux Etats-Unis. Cette différence est symptomatique d'une orientation générale des modalités constitutionnelles du partage vertical des compétences qui, en Suisse, témoignent de davantage de confiance vis-à-vis du législateur fédéral qu'aux Etats-Unis, où transparaît, en filigrane, une méfiance séculaire à l'égard de l'Etat central.

532. *Réserves quant aux enseignements à tirer.* – A ce stade, et avant de passer à la conclusion finale, une restriction s'impose. Les résultats de la présente étude ne permettent pas, en effet, de peindre un tableau complet de l'état réel du fédéralisme en Suisse et aux Etats-Unis, et ce pour deux raisons. Premièrement, parce que, comme signalé en introduction, l'aspect « participation des Etats fédérés aux décisions du gouvernement central » n'a pas été examiné. Or, les différentes formes que peut revêtir cette participation constituent autant de moyens, pour les Etats fédérés, de défendre leur autonomie. Deuxièmement, parce que l'aspect « quantitatif » du partage vertical des compétences n'est pas reflété dans la présente étude. Avant de faire un bilan des fédéralismes en Suisses et aux Etats-Unis, il faut garder à l'esprit que les

Etats américains, en dépit de l'accroissement du gouvernement central, conservent des pans entiers de compétences dans lesquels celui-ci n'intervient pas, comme le droit de la famille. Tel n'est plus le cas en Suisse, où il devient difficile de trouver un seul domaine de compétences dans lequel l'Etat central n'est pas actif à un titre ou à un autre.

Le présent travail n'autorise donc pas de conclusions définitives sur la vigueur du fédéralisme en Suisse et aux Etats-Unis. Mais il permet néanmoins de tirer un certain nombre d'enseignements.

533. *En guise de conclusion générale.* – Deux choses sont, nous semble-t-il, à retenir de cette étude. Premièrement, le partage vertical des compétences, tel qu'opéré par les Constitutions suisse et américaine, ne permet pas, à lui seul, de protéger l'autonomie des Etats fédérés. Il y faut autre chose, d'autres principes, qui limitent l'exercice des compétences attribuées à l'Etat central. Deuxièmement, le contrôle par les tribunaux, en particulier par le juge constitutionnel, de ce partage vertical des compétences ainsi que des limites à l'exercice des compétences fédérales ne suffit pas à en assurer le respect. Il faut, avant tout, que le législateur fédéral prenne sur lui de ne pas outrepasser les limites mises à ses propres compétences. S'il ne le fait pas de son propre gré, les tribunaux n'occupent pas une position leur permettant de lui imposer ce respect dans tous les cas.

Il ne suffit donc pas d'adopter des règles constitutionnelles et de demander aux tribunaux de les faire respecter. Pour qu'une organisation fédéraliste fonctionne et vive, ce qui implique une certaine protection de l'autonomie des Etats fédérés, il lui faut décidément, dans tous ses rouages, cette fameuse goutte d'huile dont parlait BURCKHARDT il y a déjà cent ans⁸⁴².

534. *Conséquences pour les systèmes fédéraux en devenir.* – Conclure à la nécessité d'une « goutte d'huile » revient, en fin de compte, à affirmer que le fédéralisme, pour exister, a besoin d'être « vécu ». Il y faut la – bonne – volonté de toutes les parties concernées : l'Etat central, les entités décentralisées ou fédérées, ainsi que les populations concernées. Autrement dit, le fédéralisme doit exister d'abord dans les esprits. Si tel n'est pas le cas, les règles juridiques les mieux conçues ne suffiront pas à assurer sa survie, comme tend à le démontrer l'exemple de la Belgique à l'heure actuelle. Un fédéralisme imposé d'en haut ne sera jamais qu'un tigre de papier. Quand l'heure de futures

⁸⁴² BURCKHARDT, p. 17 (édition 1931 ; la première édition de l'ouvrage date de 1905) : « ... so bedarf das juristische Räderwerk dieses Tropfen Öl ».

consultations populaires à propos de la construction de l'UE sonnera, certains dirigeants européens feront peut-être bien de s'en souvenir.