

Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999 in: Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle ; Genève [etc.], Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 3-27.

Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999

par

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

I. Introduction

1. Dans un bel article sur les chemins pédestres qu'il m'a aimablement adressé il y a quatre ans¹, le Professeur Henri-Robert SCHÜPBACH a pris la peine d'observer que j'avais été muet pendant toute la délibération de la loi fédérale sur les chemins pour piétons du 4 octobre 1985². C'est vrai, c'est une loi à laquelle j'ai pris peu d'intérêt. Mais je dois aussi avouer à mon ami Henri-Robert que j'ai même voté, le 18 février 1979, contre la révision de la Constitution qui donnait à la Confédération la compétence de faire cette loi³. J'ai voté non parce que j'estimais que les cantons suffisaient parfaitement à régler la matière et que, là où l'on pouvait craindre des lacunes, les compétences dont le législateur fédéral disposait dans les domaines de l'aménagement du territoire et des routes lui permettaient de les combler aisément.

En lisant l'article d'Henri-Robert, il m'a semblé qu'au contraire il a dû, lui, voter oui en 1979, à moins qu'il ne se soit converti depuis lors: il a eu, en tout cas, des paroles très flatteuses pour la loi de 1985.

2. Pour simplifier, j'admettrai qu'il a voté oui et je sais que j'ai voté non. En votant non, j'ai obéi, sans m'en douter, au principe de subsidiarité qui allait devenir si célèbre douze ans plus tard. En votant oui, Henri-Robert a probablement suivi le même principe, il a fait une pesée du même genre, mais lui a considéré que, sur le chapitre des chemins pédestres, les cantons étaient dépassés et qu'il était néces-

1 Henri-Robert SCHÜPBACH, «Chemins pédestres», in: Andreas AUER/Piermarco ZEN-RUFFINEN (éd.), *De la Constitution*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 553-571, spécialement p. 570.

2 RS 704.

3 Art. 37 quater de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, devenu l'art. 88 de la nouvelle Constitution fédérale de 1999.

saire que la Confédération fasse en la matière quelques règles uniformes. Voilà donc deux personnes de bonne foi qui ont tiré du même principe, appliqué à une même situation, deux solutions diamétralement opposées⁴.

C'est en pensant à cette petite histoire que l'envie m'est venue de dissertar, le temps de quelques paragraphes, sur la signification du principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale.

II. Une idée ancienne, un mot nouveau

3. L'idée de la subsidiarité est certainement ancienne. On la fait remonter à Thomas d'Aquin, voire à Aristote⁵. Dans sa généralité, elle consiste à laisser agir, autant que possible, les particuliers ou les petits groupes et à n'admettre l'intervention de collectivités plus grandes et finalement celle de l'Etat ou d'une communauté d'Etats que si les particuliers ou les petits groupes ne peuvent pas donner de réponse satisfaisante aux problèmes qui leur sont posés. Pour la solution de ces problèmes, l'action des particuliers et des petits groupes a donc la priorité, l'intervention de collectivités supérieures, plus grandes, plus distantes aussi, ne vient qu'après; c'est en ce sens qu'elle est «subsidaire».

4. Le mot doit être, lui aussi, relativement ancien dans les écrits des philosophes et des théologiens.

En revanche, il est vraiment nouveau dans la langue usuelle, du moins dans la langue française⁶. Je ne l'ai pas trouvé chez Littré, je m'y attendais d'ailleurs; mais je ne le trouve pas non plus dans mon édition du Grand Robert, de 1990, ni dans celle du Grand Larousse, de 1991. Pas encore dans le Petit Robert de 1992, mais bien dans celui de 1996. On peut donc dater assez exactement l'apparition

4 Si nous considérons que l'idée de subsidiarité a été déterminante en ce scrutin, 424000 l'ont comprise comme moi et 1467000 comme Henri-Robert. Il n'y a eu de majorité de mon opinion que dans le canton du Valais; FF 1979 II 10.

5 Hans STADLER, *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus*, Fribourg 1951, p. 13; Astrid EPINEY, «Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz», in: *Rapports suisses présentés au XIV^e Congrès international de droit comparé*, Zurich 1994, pp. 9–33, spécialement p. 11; John W. BRIDGE, «Subsidiarity as a principle of constitutional law», in: *Rapports généraux, XIV^e Congrès international de droit comparé*, Athènes/La Haye 1996, pp. 611–631, spécialement p. 612.

6 Il est venu un peu plus tôt dans la langue allemande. Cf. Peter HÄBERLE, «Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119 (1994), pp. 169–205, spécialement p. 177.

du mot dans le français courant, elle a eu lieu dans la première moitié des années quatre-vingt-dix. Et chacun sait pourquoi le mot est entré à ce moment-là dans les dictionnaires: c'est le Traité d'Union de 1992 qui, en l'introduisant dans le Traité de 1957 instituant la Communauté européenne (art. 3 B II TCE, ci-dessous, n° 8), l'a soudain rendu populaire.

III. Définition stricte de l'idée de subsidiarité

5. Selon les auteurs, on a fait entrer dans l'idée de subsidiarité les contenus les plus variés⁷. Il peut donc être utile d'en resserrer la définition. On en exclura notamment ce qui se rapporte à l'intervention des collectivités publiques dans l'activité des *particuliers* ou des groupes *privés*. Le discours qui tend à réduire le rôle de l'Etat – et qui jouit, depuis quelque temps, d'une faveur croissante sous le nom de «dérégulation» – paraît en effet relever plutôt de l'idée de *proportionnalité*: l'ingérence de l'Etat dans l'autonomie de la volonté est combattue parce qu'elle est jugée «disproportionnée»⁸.

6. Je laisserai aussi de côté les cas où l'action de l'Etat est subordonnée à une activité des particuliers ou des groupes privés. C'est une figure qu'on rencontre toutes les fois que les prestations de l'Etat sont soumises à la condition que les bénéficiaires aient fait, dans le même but auquel ces prestations sont destinées, les efforts qu'on peut attendre d'eux⁹. Il est vrai qu'ici nous sommes plus près de la stricte notion de subsidiarité. Mais la perspective n'est pas la même: la prestation de l'Etat est souhaitée et c'est l'Etat qui la refuse quand la condition n'est pas remplie, tandis qu'avec la subsidiarité entendue au sens étroit l'intervention d'une collectivité publique n'est justement pas souhaitée et l'invocation du principe tend à l'empêcher.

7. Finalement, la subsidiarité dont il est question dans cet article est celle qui peut s'appliquer aux *rapports entre collectivités publiques*, et plus précisément entre collectivités territoriales *superposées*. Elle se conçoit dans les Etats unitaires, pour peu qu'ils admettent une part de décentralisation: rapports entre la République française et les régions ou les départements, par exemple¹⁰, ou, plus près de

7 Voir, sur ce point, BRIDGE, «Subsidiarity» (n. 5).

8 «Plus de liberté, moins d'Etat», comme on disait il y a vingt ans.

9 Voir, par exemple, les art. 41 I *in initio* et 102 à 104 de la Constitution fédérale suisse.

10 Voir la plaisante relation d'un voyage de parlementaires français qui s'étaient rendus en Bavière

nous, rapports entre les cantons et les communes. Mais le terrain d'élection de la subsidiarité est la structure fédérale ou confédérale. C'est d'ailleurs dans le cadre de la Communauté européenne que le principe a commencé sa fulgurante carrière (ci-dessus, n° 4 *in fine*). Et c'est dans les rapports entre la Confédération et les cantons suisses que j'aimerais maintenant vérifier sa signification.

8. Seulement, avant d'aller plus loin, il me paraît important de préciser deux points. Et, pour les préciser, il est utile de reproduire ici le texte «fondateur». Ce texte, annoncé dans le dernier paragraphe de l'art. B du Traité d'Union signé à Maastricht le 7 février 1992, a été inséré le même jour dans un nouvel art. 3 B du Traité instituant la Communauté européenne (plusieurs fois révisé) et renuméroté art. 5 par une nouvelle révision du même Traité signée à Amsterdam le 2 octobre 1997. Quoique la subsidiarité n'apparaisse qu'à l'alinéa II, il vaut la peine de citer l'article tout entier:

«La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc¹¹, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.»

Cet article, et spécialement son deuxième alinéa, nous montrent au moins deux choses.

9. Premièrement, le principe de subsidiarité est appliqué ici à l'usage que fait la Communauté de compétences qu'elle tient d'autres dispositions du Traité. Ce qui

pour étudier ce que la subsidiarité pouvait bien signifier; *Neue Zürcher Zeitung*, n° 97, 26 avril 2000, p. 7.

11 A vrai dire, j'ai un peu de peine à m'expliquer le «donc»: de ce que les Etats font mal les choses, il ne s'ensuit pas *nécessairement* que la Communauté les fasse bien. Voir, sur ce point, Joseph VOYAME, «Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons», in: *Mélanges Kurt Eichenberger*, Bâle/Francfort 1982, pp. 121–129, spécialement pp. 127–128.

nous invite à distinguer soigneusement deux types d'opérations: le *partage* des compétences entre les Etats membres de la Communauté et la Communauté elle-même et l'*exercice*, par la Communauté, des compétences qui lui ont été conférées par le partage. Comme il ressort clairement de l'alinéa premier, l'art. 5 II TCE ne vise pas le partage; le partage est le fait des Etats membres qui, par contrat (le Traité et ses révisions)¹², décident de mettre certaines compétences en commun. L'art. 5 II vise l'*exercice des compétences qui ont été mises en commun*¹³ – quand toutefois il ne s'agit pas de compétences exclusives. La suite des trois alinéas doit, en d'autres termes, se lire ainsi: 1° la Communauté exerce les compétences qui lui ont été conférées et elle les exerce pour atteindre les buts qui lui ont été assignés; 2° elle ne les exerce même pas, ou pas entièrement, si le respect du principe de subsidiarité l'en empêche; 3° quand elle les exerce, elle doit le faire sans excès, d'une manière proportionnée au but qu'elle cherche à atteindre.

Reste évidemment la question de l'*interprétation* des clauses attributives de compétences. Dans une structure fédérative, c'est l'affaire des autorités fédérales. Dans une structure confédérale, le problème est plus délicat, mais on peut admettre, du moins pour la Communauté européenne, que ce sont, ici également, les organes communautaires qui interprètent les clauses¹⁴. D'un point de vue théorique, on pourrait soutenir que cette interprétation des clauses relève du partage des compétences. En pratique, toutefois, elle ne se dissocie guère de l'exercice des compétences. Ce qui revient à dire que le principe de subsidiarité s'applique, selon l'art. 5 II du Traité, à l'exercice que la Communauté fait de ses compétences telles qu'elle les comprend.

10. Deuxièmement, l'art. 5 II du Traité a donné au principe, sur proposition de l'Allemagne, une portée restrictive¹⁵. Cette portée restrictive résulte de l'exigence d'une *double condition*. Il n'est pas dit, en effet, que la Communauté peut intervenir dès lors qu'une action communautaire permet de mieux atteindre le but visé que ne le pourraient faire les Etats membres. Il faut encore que l'action des Etats membres ne puisse l'atteindre «de manière suffisante»¹⁶. On ne peut donc pas se

12 Eventuellement aussi par la procédure de l'art. 308 (ancien art. 235) TCE, où il faut toutefois une décision unanime du Conseil.

13 EPINEY, Subsidiarität (n. 5), p. 12, note 15.

14 Mais ceci n'est pas admis partout. Voir, à ce sujet, un fameux arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 12 octobre 1993, BVerfGE 89 155, 182 et ss.

15 Cf. Dietrich SCHINDLER, «Schweizerischer und europäischer Föderalismus», *ZBl*, vol. 93 (1992), pp. 193–223, spécialement p. 215.

16 Sur la double condition, voir les précisions qu'en donne un Protocole, joint au Traité d'Amster-

contenter de dire: la Communauté ferait mieux; on doit aussi montrer que *les Etats ne font pas bien*, qu'ils sont au-dessous de ce qui est suffisant¹⁷. Cette restriction est capitale. Elle seule empêche que le principe de subsidiarité ne se travestisse en un principe de pure centralisation¹⁸.

IV. La subsidiarité dans l'histoire constitutionnelle de la Suisse

11. La subsidiarité sera comprise ici, successivement, comme un *précepte politique*, puis comme un *principe juridique*. D'abord comme un précepte de sagesse, qui a pu inspirer le comportement des acteurs politiques, Conseil fédéral, Assemblée fédérale, peuple et cantons. Ensuite comme un principe juridique obligatoire, que les mêmes acteurs se seraient sentis tenus de respecter.

A. La subsidiarité comme précepte politique

12. Il est généralement reconnu que l'idée de subsidiarité convient très bien à une structure fédérative. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle y soit inhérente. On peut concevoir, en effet, qu'un Etat fédéral soit animé par des majorités de tendance plutôt jacobine. Le parti radical suisse, qui a contribué plus que tout autre à la création de la Confédération en 1848, a eu pendant longtemps une aile puissante qui souhaitait l'unification, voire la centralisation de la politique de l'ensemble du pays. Et pourtant, malgré l'existence durable d'un courant centralisateur, il faut convenir que, dans le long terme, la pratique des autorités suisses a été plutôt

dam, relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, notamment en son chiffre 5. Cf. aussi Astrid EPINEY, «Das Subsidiaritätsprinzip – Eine Kompetenzausübungsregel zur Begrenzung gemeinschaftlicher Tätigkeit», *AJP/PJA* 1993, pp. 950–962, spécialement pp. 957–960.

17 Ajoutons que la Cour de Justice a reconnu, dans un arrêt du 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, la justiciabilité du principe de subsidiarité; mais un commentaire récent ne signale aucune décision où un acte normatif de la Communauté aurait été déclaré contraire à ce principe; cf. Isabelle PINGEL-LENUZZA, in: Philippe LÉGER (éd.), *Commentaire des traités UE et CE*, Bâle/Paris/Bruxelles 2000, ad art. 5, n° 11, p. 178; même observation chez Gerd LANGGUTH, in: Carl Otto LENZ (éd.), *EG-Vertrag Kommentar*, 2^e éd., Cologne/Bâle/Vienne 1999, ad art. 5, n° 40, p. 110.

18 Le Professeur VOYAME a déjà réclamé l'application de la double condition dans les rapports entre la Confédération et les cantons, cf. *Le principe* (n. 11), spécialement pp. 121 et 126: la Confédération ne doit être chargée que des tâches que les cantons ne peuvent maîtriser de façon satisfaisante.

fidèle au précepte de subsidiarité. C'est assez clair en ce qui concerne le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, un peu moins évident peut-être pour l'exercice des compétences fédérales.

1. Le précepte politique de subsidiarité dans le partage des compétences

13. A la question: le constituant fédéral a-t-il, au cours d'un siècle et demi, attribué à la Confédération des compétences qu'il aurait fort bien pu laisser aux cantons sans compromettre l'accomplissement des tâches nécessaires au pays? Chacun peut naturellement répondre selon son inclination; c'est une affaire de goût. Mais je crois qu'on peut résumer toute cette histoire en disant que les attributions, dans l'ensemble, n'ont pas été excessives. Elles étaient même modestes en 1848, un peu plus nombreuses lors de la révision totale de 1874; mais il s'agissait alors de fortifier un petit pays entouré de grands voisins et ce renforcement passait presque nécessairement par une certaine unification. Et si l'on examine les attributions qui ont été faites plus tard à coups de révisions partielles? La plupart étaient normales. Il était normal que la Confédération eût des compétences dans des domaines tels que la nationalité, l'armée, la politique extérieure, le droit civil, l'exécution des dettes, le droit pénal, l'émission des billets de banque, la condition des travailleurs, la sécurité sociale, les transports, l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, l'énergie. Je n'aurais des doutes que dans un petit nombre de cas, l'aide aux écoles primaires, le calendrier scolaire, les chemins pédestres comme je l'ai dit dans l'Introduction, ou encore (mais je m'avance prudemment, parce qu'en ces matières on se fait vite des ennemis et guère d'amis) le cinéma, la gymnastique, la protection des animaux, la protection des marais et quelques autres.

14. Ce qui me confirme dans le sentiment que le précepte de subsidiarité a été assez fidèlement suivi, c'est que l'attribution de compétences n'a souvent été que partielle, faite sous forme d'énumérations plutôt que de clauses générales¹⁹, ou limitée à une législation dite «*de principe*»²⁰, ou affectée de restrictions matérielles²¹. Enfin, on n'oubliera pas les occasions où une révision a été jugée excessive

19 Voir les art. 24 bis (sur les eaux) et 24 octies (sur l'énergie) de l'ancienne Constitution, devenus les art. 76 et 89 de la nouvelle Constitution.

20 On trouve, dans l'actuelle Constitution, ce genre de compétences législatives «limitées aux principes» notamment aux art. 75 I (aménagement du territoire), 76 II (utilisation de l'eau pour la production d'énergie), 77 II (protection des forêts), 79 (pêche et chasse), 88 I (chemins pédestres), 89 II (utilisation de l'énergie), 129 I (harmonisation formelle des impôts directs cantonaux).

21 Voir, par exemple, l'art. 128 I de l'actuelle Constitution, où sont fixés les taux maximaux de l'impôt fédéral direct.

par l'Assemblée fédérale et surtout par le peuple et/ou par les cantons: rejet de l'essai de révision totale de 1872, de l'initiative de crise en 1935 et, dans les dernières décennies, d'un article sur l'enseignement, du premier article conjoncturel, d'une harmonisation fiscale matérielle, d'une unification des rapports entre l'Etat et l'Eglise, du premier article sur l'énergie, d'une politique coordonnée des transports, de compétences fédérales nouvelles en matière de culture. Il est vrai que certains de ces votes négatifs s'expliquent par le souci de défendre des libertés ou des intérêts tenus pour menacés davantage que par une référence à l'idée de subsidiarité.

2. Le précepte politique de subsidiarité dans l'exercice des compétences

15. Ici, le jugement est plus difficile. Il faudrait, pour le rendre avec équité, passer en revue toutes les lois fédérales qui ont été faites depuis le siècle dernier et aussi celles qui n'ont pas été faites ou qui ont été rejetées en référendum. Ce n'est qu'à cette condition qu'il serait possible de dire si le législateur fédéral n'a usé qu'avec mesure de ses compétences constitutionnelles et s'il a pris soin, à chaque fois, de vérifier que l'exercice d'une compétence était bien justifié au regard du précepte de subsidiarité. Une pareille tâche n'est guère concevable pour un petit exposé comme celui-ci, qui ne peut pas prétendre être autre chose qu'un survol.

Tout ce que je peux suggérer, c'est que la Confédération n'a pas laissé en friche beaucoup de ses compétences. Elle les a presque toutes utilisées, parfois il est vrai en rétrocédant aux cantons le soin de régler certains points²². Les cas de véritable inaction sont rares. On peut citer le domaine des allocations familiales, que le législateur fédéral a la faculté d'unifier depuis plus d'un demi-siècle²³, mais qu'il a, jusqu'à maintenant, abandonné aux cantons sauf dans le secteur de l'agriculture²⁴. Si, en revanche, une assurance-maternité fédérale complète n'a, pendant la même période, pas été instituée, on sait bien que ce n'est pas faute d'action législative, mais parce que deux tentatives ont échoué dans des votes populaires qui n'avaient rien à voir avec la subsidiarité²⁵. C'est d'ailleurs le lieu de rappeler que la plupart des lois qui ont été rejetées en référendum l'ont été pour des raisons étrangères au fédéralisme: elles heurtaient, comme on l'a déjà dit

22 Il y a, par exemple, plusieurs délégations de ce genre dans le code civil.

23 Voir l'art. 34 quinquies II de l'ancienne Constitution (1945), devenu l'art. 116 II de la nouvelle Constitution.

24 Une commission du Conseil national vient toutefois de proposer une loi générale; voir un projet du 20 novembre 1998 (initiative Fankhauser), FF 1999 2942.

25 En décembre 1987 et en juin 1999.

du partage, certaines libertés ou certains intérêts, ou elles paraissaient trop coûteuses, ou, plus simplement encore, les solutions qu'elles proposaient n'ont pas convaincu le corps électoral.

B. La subsidiarité comme principe juridique

1. Le principe juridique de subsidiarité dans le partage des compétences

16. Admettre l'existence d'un tel principe *juridique* n'est pas une mince affaire. Cela voudrait dire que l'attribution d'une compétence à la Confédération par le *constituant fédéral* serait inconstitutionnelle si elle n'était pas justifiée par la double considération que le législateur fédéral ferait bien les choses et que les législateurs cantonaux les font mal, c'est-à-dire «de manière insuffisante». Il y aurait donc dans la Constitution une règle supérieure (non écrite) qui serait opposable à la volonté du constituant. J'avoue que j'ai une peine insurmontable à accepter cela. Je dois bien reconnaître que certaines règles du droit *international* sont impératives pour notre constituant national²⁶. Mais le principe de subsidiarité n'en est évidemment pas une.

17. Notre collègue Madame Astrid EPINEY, à qui l'on doit l'une des études les plus pénétrantes sur le principe de subsidiarité appliqué à la Suisse²⁷, n'a pas reculé devant la difficulté. Elle a discerné le principe, non pas dans les nuées du droit non écrit, mais dans la lettre même de l'art. 3 de la Constitution, qui dit que «les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale»²⁸. Si donc, tel est l'argument, les cantons sont souverains, c'est que cet adjectif doit signifier quelque chose. Il indique que les cantons sont des Etats. Or il n'y a pas d'Etat qui n'ait des compétences, et même des compétences substantielles. Il en résulte que, si toutes les compétences ou trop de compétences cantonales sont transférées à la Confédération, les cantons ne seront plus «souverains» et la Constitution ne sera pas respectée. Il vient donc un moment où, les transferts s'étant additionnés, le point est atteint à partir duquel il y a violation de la Constitution.

Tout cet enchaînement est parfaitement compréhensible (je passe sur l'inhibition dont je souffre à l'égard des limites matérielles autonomes à la révision de la Constitution). Je me demande pourtant si la construction est praticable. D'abord,

26 Voir maintenant les art. 139 III, 193 IV et 194 II de la Constitution.

27 EPINEY, Subsidiarität (n. 5).

28 Comme on le sait, la nouvelle Constitution a, sur ce point, repris fidèlement le texte de l'ancienne.

avec ces problèmes de limites quantitatives (il me semble que c'en est un), on ne sait jamais exactement «quand le point est atteint»²⁹. Ensuite, le rapport avec la subsidiarité n'est pas établi: on peut imaginer qu'en raison de péchés antérieurs la limite soit passée lors d'un transfert de compétence lui-même tout à fait justifié; il faudrait alors restituer d'autres compétences aux cantons et l'affaire se compliquerait singulièrement. Et il se pose évidemment la question du contrôle. L'Assemblée fédérale peut bien contrôler le Conseil fédéral; mais elle fera comme il lui plaira³⁰. Elle peut aussi invalider une initiative populaire; pour une raison aussi conjecturale, cela fera un beau scandale. Quant à un contrôle judiciaire, même si la Suisse développe sa justice constitutionnelle, une fois que le peuple et les cantons auront accepté une révision, on cherchera longtemps le tribunal qui se permettra de casser cette décision.

18. Non, vraiment, je crois qu'il ne faut pas trop attendre de l'adjectif «souverain». Après tout, on peut l'expliquer aussi autrement. La Diète de 1848 a dit «souverain», je pense surtout à l'art. 1^{er} de la première Constitution, parce qu'au moment où elle choisissait ses mots, au printemps de cette année-là, les cantons étaient encore souverains, au moins dans un sens juridique facile à comprendre. Et puis ils ont cessé de l'être; mais, en gardant le mot dans la Constitution, les délégués donnaient à entendre qu'à leurs yeux les cantons, entrés comme Etats dans le nouveau système, continueraient d'être des Etats – seulement, désormais, avec les attributs que la Constitution leur laisserait. Cette Constitution avait des règles sur sa révision: le contour de la souveraineté n'était donc pas immuable, l'avenir res-

29 On rencontre une difficulté du même genre avec l'autonomie communale. Soit une Constitution cantonale qui garantit aux communes leur autonomie. Cette garantie ne se conçoit en général que dans les limites de la législation cantonale. Mais, ici aussi, on peut penser qu'une législation cantonale trop exubérante finirait par vider de sa substance la garantie donnée par la Constitution. Ce serait d'autant plus facile à imaginer qu'il s'agirait, cette fois-ci, de mettre en cause la constitutionnalité non d'une révision constitutionnelle, mais d'une loi. Et pourtant il ne semble pas que le Tribunal fédéral ait jamais invalidé une loi cantonale pour cette raison; voir, par exemple, sur son attitude à cet égard, ATF 103 Ia 191, 195, *Commune de Moosseedorf*, du 8 juin 1977; 117 Ia 352, 356, *Ville de Klotten*, du 19 juin 1991; 119 Ia 285, 295, *Ville de Winterthur*, du 17 juin 1993.

30 Exemple pour la petite histoire: Madame EPINEY estimait, en 1994, qu'il n'y avait pas lieu d'unifier la procédure civile; cf. Subsidiarität (n. 5), p. 26; je trouve qu'elle avait raison. Mais l'Assemblée fédérale n'a vu aucune difficulté à soutenir le contraire en 1999. Pire encore: quand est venu le jour du référendum, le 12 mars 2000, j'ai refusé ce transfert de compétence, mais nous n'étions que 250 000 à penser ainsi; et nous avions contre nous plus de 1 600 000 personnes qui (parmi d'autres arguments, il est vrai) ont compris autrement que nous le principe de subsidiarité; *Neue Zürcher Zeitung*, n° 61, 13 mars 2000, p. 9.

tait ouvert et les cantons, ainsi que la population (puisque, dit-on, la subsidiarité est faite pour elle), n'avaient qu'à se défendre pour empêcher un excès de centralisation.

19. Un autre de nos collègues, Monsieur Heinrich KOLLER, qui a lui aussi consacré un important article au principe de subsidiarité³¹, s'est arrêté à une signification moins ambitieuse. Pour lui, le principe ne désigne qu'un «thème d'argumentation»: avant de statuer, l'autorité devra examiner si la mesure qu'elle entend prendre est bien compatible avec la notion de subsidiarité – si donc, pour en rester à la phase du partage de compétences, il est bien établi que les cantons ne suffisent pas à leur tâche et que la Confédération la remplirait mieux.

Idee facile à suivre, mais dont il faut voir les limites. Au Conseil fédéral, il est certainement possible de demander d'«argumenter»; il suffit, pour cela, d'ajouter un paragraphe à l'actuelle loi sur les rapports entre les conseils³². Plus loin, c'est déjà plus délicat. On a pu, c'est vrai, charger l'Assemblée fédérale de procéder à certains contrôles juridiques, dire par exemple si une Constitution cantonale est conforme au droit fédéral ou si une initiative populaire respecte l'unité de la matière. Mais faut-il lui imposer l'obligation de discuter d'une notion aussi floue que la subsidiarité? Le législateur peut-il ainsi lui dicter sa manière de délibérer? Enfin, au terme du processus, c'est-à-dire devant le peuple et les cantons, toute prescription deviendrait *impertinente* et le Professeur KOLLER n'en propose évidemment pas: le peuple et les cantons argumentent comme ils veulent ou, s'il leur plaît, n'argumentent pas du tout.

2. Le principe juridique de subsidiarité dans l'exercice des compétences

20. Ici, nous touchons un sol plus ferme. Il n'est plus question de fixer des bornes au constituant lui-même. Il s'agit de voir s'il existe une règle qui prescrive au *législateur fédéral*, usant de ses compétences et sauf dispositions constitutionnelles détaillées, de ne faire que ce qui est nécessaire, en laissant aux cantons un champ d'action aussi large que possible. A cet égard, nous trouvons quelque chose qui s'en approche dans les termes mêmes de la Constitution, lorsque celle-ci, comme nous l'avons vu plus haut (au n° 14), enjoint au législateur de n'énoncer que des principes.

Quel que soit le sens qu'il faut donner à cette sorte de compétence, on voit bien qu'ici c'est la Constitution elle-même qui cherche à exprimer l'idée de subsidia-

31 Heinrich KOLLER, «Subsidiarität als Verfassungsprinzip», in: *Mélanges Yvo Hangartner*, Saint-Gall/Lachen 1998, pp. 675–696, en particulier p. 696.

32 RS 171.11 (une lettre à l'alinéa III de l'art. 43).

rité. Du moins c'est ainsi que la chose est généralement comprise. Mais, au-delà de ce type d'attribution limitée, l'ancienne Constitution n'a, à aucun moment, interdit au législateur fédéral d'aller jusqu'au bout de ses pouvoirs. Nous n'avons pas connu ce que l'Allemagne a eu, depuis 1949, avec l'art. 72 II de la Loi fondamentale³³.

21. Quant au contrôle du respect des compétences limitées aux principes, nous avons évidemment un instrument de *contrôle politique* dans le référendum facultatif. Il a déjà servi. On peut citer notamment l'exemple de la première loi fédérale sur l'aménagement du territoire, de 1974, rejetée en juin 1976. Je me rappelle très bien les raisons invoquées par les adversaires: il y avait, d'une part, la défense de la propriété privée, qui n'est pas en cause ici. Mais il y avait, d'autre part, le reproche fait au législateur d'avoir réglé des détails et d'être par conséquent descendu au-dessous du niveau des principes. On peut supposer que la première raison avait le plus de poids, mais on conviendra que la seconde donnait à la demande de référendum une petite touche juridique qui était du meilleur effet.

22. Enfin, si notre pays se dote d'une juridiction constitutionnelle plus complète qu'aujourd'hui, on peut admettre que celle-ci pourrait servir au *contrôle judiciaire* de la notion de principe, comme cela se fait en Allemagne³⁴. La tâche ne serait peut-être pas simple, mais en tout cas beaucoup moins exorbitante de nos conceptions ordinaires que celle qui consisterait à vérifier la conformité à la Constitution d'une révision constitutionnelle adoptée par la majorité du peuple et des cantons (cf. n° 17 *in fine*).

33 D'après cet alinéa, le législateur fédéral, s'il dispose d'une compétence concurrente, ne peut en user qu'à la condition *supplémentaire* qu'une unification soit bien justifiée. Il est vrai que, jusqu'en 1994, le texte se contentait d'un «besoin» d'unification (*Bedürfnis*); le Tribunal constitutionnel fédéral, jugeant le terme trop vague, en a abandonné l'interprétation à l'autorité politique et n'en a rien tiré pour lui. Depuis une révision du 27 octobre 1994, il faut que le législateur fédéral s'assure qu'une unification est vraiment «nécessaire» (*Erforderlichkeit*). Cette révision avait pour but manifeste de réactiver un contrôle juridictionnel défaillant; le Tribunal constitutionnel en a même été expressément chargé, art. 93 I 2a GG (nouveau). Cf. Rupert STETTNER, in: Horst DREIER (éd.), *Grund-Gesetz Kommentar*, vol. II, Tubingue 1998, ad art. 72, pp. 1345 ss; Hermann VON MANGOLDT/Friedrich KLEIN/Christian PESTALOZZA, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, vol. 8, 3^e éd., Munich 1996, ad art. 72, p. 191, n°s 344–346; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg 1995, n° 240, pp. 105–106; Gerd STURM, in: Michael SACHS (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich 1996, ad art. 93, p. 1541, n° 50.

34 Voir l'art. 75 de la Loi fondamentale. Ici, le Tribunal constitutionnel fédéral a dès l'origine exercé un contrôle juridictionnel.

V. La subsidiarité dans la préparation de la Constitution fédérale du 18 avril 1999

23. Les travaux préparatoires de la nouvelle Constitution ont commencé sérieusement au printemps de l'année 1994. Il en est sorti d'abord un projet départemental publié en juin 1995. Comme la subsidiarité était dans l'air, on en trouve quelque écho, mais confiné dans le *commentaire*. La notion qu'en avaient les rédacteurs était d'ailleurs si éclectique qu'ils ont réussi le tour de force d'employer le mot dans deux sens différents et opposés, en l'appliquant, dans leurs rapports réciproques, aux cantons aussi bien qu'à la Confédération³⁵.

24. Puis est venu le temps de la consultation. Et là les cantons sont montés au créneau avec une revendication plus précise: ils voulaient qu'on inscrive, cette fois-ci dans le *texte* de la Constitution, que la Confédération était limitée par le principe de subsidiarité. Pour ne pas se créer des adversaires sur ce front-là, le Conseil fédéral écrivit donc docilement, dans son projet du 20 novembre 1996, à l'alinéa III d'un art. 34 relatif à la collaboration fédérale: «La Confédération observe le principe de subsidiarité».

25. Petit excursus. Cette phrase a visiblement été écrite pour faire plaisir aux cantons, sans que sa portée ait longuement retenu l'attention de ses auteurs. Et la question se pose: une Constitution doit-elle contenir ainsi des mots dont la signification juridique est obscure et qui ont pour fonction principale de «faire plaisir»? Comme la Constitution est au premier chef un document politique soumis à référendum, je crois qu'on ne peut pas répondre autre chose que oui: il faut, pour la rendre aimable, y mettre quelques-uns de ces «mots qui font plaisir». Souhaitons simplement qu'ils ne se multiplient pas. La Constitution de 1999 en contient tout de même plusieurs³⁶.

26. Maintenant, regardons bien cet article 34 III, qui est le point de départ d'un parcours assez sinueux. Même si on ne peut pas en dire grand-chose de précis³⁷, il

35 *Exposé des motifs du projet de Constitution 1995*, ad art. 32, p. 68: la compétence des cantons est «subsidiare»; le fédéralisme suisse est aménagé selon le «principe de subsidiarité». Même ambivalence du terme dans la version allemande, *Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995*, ad art. 32, p. 68.

36 Je ne les mentionnerai pas pour ne pas me créer des ennemis supplémentaires.

37 Les explications du message sont un peu confuses; il y est question, pêle-mêle, de droit et de politique, de partage et d'exercice, de norme et de réalité, du système de l'art. 3, de la législation «de principe», etc.; cf. FF 1997 I 211.

y a un point qui est clair: l'alinéa *ne peut pas viser le partage* des compétences, mais seulement l'*exercice* des compétences attribuées à la Confédération. Ceci résulte de l'ordonnance même du texte: l'art. 34 a pour objet la «collaboration» entre la Confédération et les cantons et cette collaboration se rapporte à l'«accomplissement de leurs tâches» respectives (sic, l'alinéa premier); ces tâches ont donc été partagées en vertu d'*autres* dispositions (voir les art. 3 et 49 et ss du projet). Le langage utilisé confirme cette opinion: l'alinéa III parle de la Confédération (Bund). Or ce n'est pas la Confédération qui partage les compétences; c'est la Confédération et les cantons³⁸ ou, si l'on s'en tient aux acteurs finals, le peuple et les cantons.

Conclusion: l'art. 34 III du projet du Gouvernement s'adresse aux autorités fédérales, Assemblée fédérale, Conseil fédéral, dans l'*exercice* de leurs compétences³⁹. Ainsi compris, l'alinéa n'est pas dépourvu de sens; il signifie notamment que le législateur fédéral, là où la Constitution lui en laisse le choix, n'épuisera pas, ou pas totalement, la compétence législative de la Confédération si les cantons remplissent convenablement les mêmes tâches. Autrement dit, ce qui n'était, dans l'ancienne Constitution, qu'un précepte politique peu suivi (ci-dessus, n° 15) se transformerait en un principe juridique à la manière allemande (ci-dessus, n° 20 *in fine*).

27. Le projet du Conseil fédéral sera soumis, au cours de l'année 1997, à l'examen des commissions parlementaires, qui ont elles-mêmes créé, en vue d'un débroussaillage préalable, des sous-commissions⁴⁰.

C'est ainsi que la discussion initiale sur la subsidiarité s'est déroulée devant la troisième sous-commission du Conseil des Etats, le 17 février 1997⁴¹. Et, dès l'en-

38 C'est-à-dire la «Confédération suisse» («*Schweizerische Eidgenossenschaft*»), qui, dans la terminologie de la Constitution de 1999, est évidemment une entité distincte de la «Confédération» («*Bund*»). Comparer le langage des art. 1^{er} et 2 de la Constitution avec celui de l'art. 3.

39 Il est vrai que le représentant du Gouvernement devait déclarer, l'année suivante, devant une sous-commission du Conseil national, que l'art. 34 III visait aussi le *partage* et que sa rédaction était simplement un peu maladroite; cf. PV (note suivante) 3207! Aveu qui a été ensuite répété à plusieurs reprises. L'interprétation des textes constitutionnels est décidément une entreprise hasardeuse.

40 Les procès-verbaux des délibérations des commissions et des sous-commissions ont été réunis dans un CD-Rom (ci-après, PV), à pagination continue, 1 à 8131: d'abord le Conseil national, puis le Conseil des Etats; ensuite, pour chacun des conseils, d'abord les commissions, puis les sous-commissions; enfin, à l'intérieur de ces catégories, les procès-verbaux sont placés dans l'ordre chronologique. – Malgré les critiques qu'on peut leur adresser sur un point ou sur un autre, il faut reconnaître que ces délibérations forment un ensemble impressionnant.

41 PV 6501–6505, 6552.

trée, le système proposé par le Gouvernement va faire l'objet d'un sérieux remaniement. Au lieu de commencer par parler de la «collaboration» entre la Confédération et les cantons, le chapitre devra s'ouvrir sur des dispositions générales relatives aux «tâches» respectives de la Confédération et des cantons, avec la conséquence que l'idée de subsidiarité, montant d'un cran, se rapportera désormais au *partage* des compétences aussi bien qu'à l'*exercice* des compétences fédérales⁴². Naturellement, cette prétention d'appliquer la subsidiarité au *partage* a été accompagnée, dans cette séance et les suivantes, de toutes sortes de bonnes paroles: il ne s'agissait que d'une maxime, d'une directive, d'un fil conducteur, le peuple et les cantons décideraient librement de ce qu'ils voulaient unifier, de toute façon il n'y avait pas de tribunaux pour les contrôler, etc.

Enfin, le «principe de subsidiarité» lui-même, jugé trop vague, sera remplacé par une locution qui était supposée dire la même chose en termes plus clairs. La sous-commission s'accordera sur le texte suivant:

«Art. 34a.

1. La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la constitution.
2. Elle préserve la souveraineté des cantons.»

Le remaniement avait pour lui une bonne raison: on partage avant de collaborer. L'alinéa premier est limpide et échappe à la critique. L'alinéa II, en revanche, est moins réussi. Il était censé concerner aussi le *partage* et ne s'adresse toutefois qu'à la Confédération, non au constituant. Il ne peut donc toucher, à strictement parler, comme le faisait le projet gouvernemental (ci-dessus, n° 26), que l'exercice des compétences fédérales.

La commission du Conseil des Etats adopta la version de sa sous-commission dans sa séance du 30 avril 1997⁴³.

28. Dans l'intervalle, le 26 mars, la troisième sous-commission du Conseil national avait proposé d'en rester à la conception du Conseil fédéral ainsi qu'à la men-

42 On a dit parfois que la subsidiarité dans l'*exercice* des compétences résultait plutôt de l'art. 37 II du projet du Conseil fédéral, devenu l'art. 46 II de la Constitution («La Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible [...]»). Ce n'est pas certain, l'art. 37 (46) vise, d'après son titre, la mise en œuvre du droit fédéral par les *cantons*, tandis que l'«exercice» dont il est question ici se rapporte à l'usage que le législateur *fédéral* fait de ses propres compétences; mais il y a sans doute un lien entre les deux notions. Quoi qu'il en soit, on trouverait au moins autant et probablement davantage dans l'art. 38 (devenu 47), qui enjoint à la Confédération de «respecter l'autonomie des cantons».

43 PV 3939.

tion expresse du principe de subsidiarité⁴⁴; elle fut suivie par la commission le 3 septembre 1997⁴⁵.

29. Le 17 septembre suivant, la commission du Conseil des Etats, munie désormais d'un rapport de l'Office fédéral de la justice⁴⁶, décida de reconsidérer sa décision d'avril et de revoir l'alinéa II, dont elle n'était pas très heureuse⁴⁷. Elle retint, cette fois-ci, la formule suivante:

«2. Elle (la Confédération) n'assume que les tâches qui réclament une réglementation uniforme.»

On notera que, par le choix du verbe et de son complément, cette manière de parler pouvait s'appliquer, ainsi qu'il était d'ailleurs voulu, au partage des compétences aussi bien qu'à leur exercice.

Puis le sujet fut repris deux mois plus tard, le 26 novembre, pour discuter du «ne... que»⁴⁸.

30. Cela, il faut bien le comprendre: *le «ne... que» est naturel*. Si l'intention est d'exprimer l'idée de subsidiarité, il est important de dire «ne... que». Le Traité instituant la Communauté européenne (ci-dessus, n° 8), qu'on peut considérer comme un prototype, dit «ne... que». L'encyclique papale «*Quadragesimo anno*», souvent citée en cette matière comme un modèle du genre, emploie aussi une tournure négative⁴⁹. En supprimant le «ne... que», on risque de dénaturer la phrase: non seulement on lui ôte son effet protecteur, mais on pourrait bien, ainsi qu'un commissaire l'observa justement, y voir une attribution directe et générale de compétence et lui faire donc dire tout autre chose que ce qu'on a dans l'esprit.

Et pourtant, chose curieuse, le représentant du Conseil fédéral plaida pour la suppression. Ainsi le même Gouvernement, qui avait en 1996 voulu faire plaisir aux cantons, défendait maintenant un changement de formule qui leur était mani-

festement contraire. On a de la peine à s'expliquer cette variation. Faut-il admettre que le Conseil fédéral n'a jamais cru à la subsidiarité et qu'il ne l'avait soutenue que du bout des lèvres? Ou faut-il plutôt penser que, s'apercevant qu'il s'agissait désormais de l'appliquer aussi au *partage* des compétences, il a jugé inutile de prétendre limiter le *constituant* par une phrase négative? Sans pouvoir l'affirmer avec certitude, j'ai l'impression que c'est cette seconde explication qui est la bonne.

A une courte majorité de huit voix contre six, la commission conserva toutefois le «ne... que».

31. C'est avec ce bagage que les deux commissions se présentèrent devant leurs conseils respectifs: celle du Conseil national reprenait l'art. 34 du projet du Conseil fédéral inchangé; celle du Conseil des Etats proposait l'art. 34a tel qu'il a été reproduit ci-dessus (aux n°s 27 et 29)⁵⁰.

Les conseils semblèrent d'abord disposés à se livrer une petite guerre de tranchées. Le Conseil des Etats appuya sa commission, le 21 janvier 1998, en maintenant le «ne... que» par 27 voix contre 7 qui voulaient le supprimer⁵¹; le Conseil national suivit la sienne, le 28 avril, par 82 voix contre 62 qui auraient préféré la version du Conseil des Etats⁵².

Puis la commission du Conseil des Etats se réunit, le 4 juin, pour examiner les divergences. Et alors se passa quelque chose d'assez stupéfiant. Quand les commissaires arrivèrent à l'art. 34a, le représentant du Conseil fédéral répéta que celui-ci souhaitait la suppression du «ne... que»⁵³. Cela, à vrai dire, on le savait déjà. Ce qui, en revanche, n'était guère prévisible, c'est la facilité avec laquelle, cette fois-ci, la commission s'est laissée convaincre: il ne lui a fallu que quelques minutes pour abandonner ce que la majorité absolue du Conseil avait accepté en janvier. Mieux encore, si l'on peut dire: le Conseil, deux semaines plus tard, le 18 juin, biffa le «ne... que» sans la moindre discussion⁵⁴. L'article, *dénaturé*, devint donc ceci:

44 PV 3206-3214.

45 PV 478.

46 PV 4576 (allemand), 4582 (français).

47 PV 4541-4544.

48 PV 4687-4688.

49 On trouve les textes notamment, en latin, chez STADLER, *Subsidiaritätsprinzip* (n. 5), pp. 10-11, et chez VOYAME, *Le principe* (n. 11), p. 121, notes 1 et 2, et, en allemand, chez HÄBERLE, *Das Prinzip* (n. 6), p. 190.

50 Les projets des commissions, datés des 21 et 27 novembre 1997, ont été publiés dans la Feuille fédérale; voir, pour les art. 34 et 34a, FF 1998 303 et 376.

51 BO 1998 CE 60-61 (dans le tiré à part du Bulletin officiel qui a été consacré à la révision de la Constitution, ci-après TP, CE 62).

52 BO 1998 CN 900-907 (TP CN 249-255).

53 PV 5005.

54 BO 1998 CE 702 (TP CE 166). Il est intéressant de rappeler ici les trois adjectifs qui, au plenum, ont fini par faire préférer la nouvelle formule: elle est «positive», elle est «svelte» («*schlank*»), elle est «belle».

«Art. 34a.

1. La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la constitution.
2. Elle assume les tâches qui réclament une réglementation uniforme.»

32. Dans sa séance du 2 septembre, la commission du Conseil national examina s'il fallait en rester à l'art. 34 III ou se rallier à l'art. 34a dans la version que le Conseil des Etats venait de lui donner⁵⁵. Elle ne fit ni l'un ni l'autre, mais un peu des deux. Elle adopta la *structure* de l'art. 34a, passant ainsi de la «collaboration» au «partage des tâches»; mais, dans cette nouvelle perspective, elle décida de garder la mention *expresse* du principe de subsidiarité, qui lui tenait visiblement à cœur. La disposition prenait ainsi le tour suivant:

«Art. 34a.

1. La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la constitution.
2. Elle observe le principe de subsidiarité.»

On sait ce qu'une telle formule a de problématique, tant pour l'idée qu'elle exprime que pour le sujet même de l'alinéa II (ci-dessus, n° 26 et 27). On ne va pas le répéter ici. Mais le débat est aussi intéressant par ce qui y a été dit de la version du Conseil des Etats. Ici également il y eut une intervention pour en signaler le danger: la phrase pourrait être comprise comme une attribution de compétences. A quoi le représentant du Gouvernement répondit qu'au contraire la phrase était excellente, qu'elle n'attribuait aucune compétence et qu'elle était même restrictive (on se demande alors pourquoi il s'était obstiné à supprimer le «ne... que», n°s 30 et 31). Mais cette réponse ne rencontra qu'un scepticisme poli: le maintien du «principe de subsidiarité» fut voté à l'unanimité.

Le Conseil national suivit, le 23 septembre, la proposition de sa commission⁵⁶.

33. De son côté également, la commission du Conseil des Etats décida, le 1^{er} octobre, par 8 voix contre 1, de recommander à la chambre de maintenir sa version⁵⁷. Ce qui donna l'occasion au représentant du Gouvernement de dire qu'il ne voyait, au fond, pas de différence matérielle entre les deux conseils, que les deux voulaient la subsidiarité pour le partage et pour l'exercice, mais que le texte du Conseil des Etats était plus clair.

55 PV 1386–1388.

56 BO 1998 CN 1787 (TP CN 439).

57 PV 5309.

Le Conseil des Etats statua en ce sens dans sa séance du 7 octobre⁵⁸.

34. Nouvelle petite surprise devant la commission du Conseil national, réunie le 12 novembre⁵⁹: le représentant du Gouvernement l'invite à maintenir également, les cantons veulent le mot «subsidiarité», il faut qu'il figure en toutes lettres dans la Constitution! La commission propose donc de maintenir, mais cette fois-ci avec une petite brèche assez révélatrice, par 22 voix contre 6.

Le 30 novembre, le Conseil national maintient effectivement, il n'y a même pas de discussion⁶⁰. Les députés sont fatigués de cet objet; d'ailleurs, selon la loi, l'affaire est mûre pour la conférence de conciliation⁶¹.

35. La conférence de conciliation siège le 11 décembre⁶². Quand il y a plusieurs divergences, il est d'usage que chaque conseil cède sur un certain nombre de points et que les concessions soient à peu près équilibrées. Pour l'art. 34a, c'est, si j'ose dire, au tour du Conseil national de faire un petit sacrifice. On avait dit et répété que la «subsidiarité» était un terme vague. On ira maintenant jusqu'à prétendre que le texte du Conseil des Etats apporte davantage aux cantons que celui du Conseil national (on se demande comment, mais cela a été dit et figure dans le procès-verbal). Résultat: par 24 voix contre 1, la conférence de conciliation propose aux deux conseils d'adopter le texte du Conseil des Etats. Et les deux conseils l'adoptent, les 14 et 15 décembre 1998⁶³. Légèrement retouchée par la commission de rédaction et décalée de quelques rangs ensuite de la mise en ordre de la numérotation, la disposition définitive se présente ainsi:

«Art. 42 Tâches de la Confédération

1. La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution.
2. Elle assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme.»

58 BO 1998 CE 1107 (TP CE 211).

59 PV 1478–1479.

60 BO 1998 CN 2369–2370 (TP CN 471).

61 Divergence persistante après trois délibérations dans chacun des conseils, art. 17 I de la loi sur les rapports entre les conseils, RS 171.11: voir les décisions des 21 janvier (CE), 28 avril (CN), 18 juin (CE), 23 septembre (CN), 7 octobre (CE) et 30 novembre 1998 (CN).

62 PV 1593–1594.

63 BO 1998 CN 2598–2599 (TP CN 489–490); CE 1340–1341 (TP CE 225–226). On notera que le rapporteur, commentant une dernière fois l'art. 34a devant le Conseil des Etats, disait: «Nur die Aufgaben, welche einer einheitlichen Regelung in der ganzen Eidgenossenschaft bedürfen, werden dem Bund übertragen». Ce qui montre que, quand on parle normalement, on ne peut pas s'empêcher de dire «nur».

En allemand:

«Art. 42 Aufgaben des Bundes

1. Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist.
2. Er übernimmt die Aufgaben, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.»

Tel est l'article que les conseils ont adopté en votes finals le 18 décembre 1998 et que le peuple et les cantons ont accepté le 18 avril 1999.

VI. Et alors, que signifie l'article 42 II de la Constitution?

36. Commençons par un constat: l'alinéa II de l'art. 42 est vraiment mal venu.

a) Cet alinéa, dégagé de son contexte, est *équivoque*. Il peut être compris dans deux sens, celui d'une *attribution* directe de compétences ou celui d'une *règle sur l'attribution* et l'exercice de compétences. Quoique l'hésitation ne soit guère permise, c'est tout de même un défaut malheureux.

b) Cet alinéa est *impertinent*. S'il faut y voir une règle sur l'attribution de compétences, il prétend donner au constituant une leçon dont celui-ci n'a pas besoin.

c) Cet alinéa est *dépourvu de substance*. Il dit au fond, sans autre critère matériel, que le législateur fédéral doit pouvoir unifier les domaines qu'il faut régler de manière uniforme. Les Allemands, eux, se sont au moins donné la peine d'indiquer quelques raisons qui justifient une unification⁶⁴.

d) Cet alinéa *passé à côté de son but*. S'il doit rendre l'idée de subsidiarité, il lui manque la particule négative qui est inhérente à cette notion.

e) Cet alinéa est *dangereusement elliptique*. Il ne nous dit pas si une législation fédérale est justifiée dès lors qu'elle paraît *plus efficace* qu'une pluralité de législations cantonales ou seulement si ces législations cantonales sont *insuffisantes*.

64 Art. 72 II de la Loi fondamentale (ci-dessus, note 33): «Der Bund hat in diesem Bereich [i. e. celui des compétences législatives concurrentes] das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht». Le hasard a d'ailleurs voulu que le constituant suisse recoure au verbe «bedürfen» (ci-dessus, n° 35) quatre ans après que le constituant allemand l'avait abandonné parce qu'il le jugeait trop mou, c'est-à-dire trop défavorable aux Länder.

Cette lacune est particulièrement regrettable: après tout ce qui a été publié depuis une dizaine d'années sur la subsidiarité, on aurait pu espérer que cette question centrale (ci-dessus, n° 10) serait éclaircie⁶⁵.

37. Bref, l'art. 42 II est raté. M. Urs Thalmann, qui l'a analysé l'an dernier en le soumettant à une critique sévère, pense aussi qu'il est raté⁶⁶. Mais il conclut en disant qu'il est malgré tout réjouissant d'avoir ainsi, dans la Constitution, un texte sur la subsidiarité⁶⁷. Je serai plus simple: pour moi, l'art. 42 II est raté et je ne vois rien de réjouissant à le trouver dans la Constitution; il aurait mieux valu qu'il n'y fût pas entré.

38. Mais voilà, il y est entré; il faut bien lui donner un sens.

La première chose qu'on peut dire avec certitude, c'est qu'*en aucun cas il ne doit être interprété comme une attribution directe et générale de compétences* qui permettrait à la Confédération d'agir dans toutes sortes de nouveaux domaines sans révision préalable de la Constitution⁶⁸. Tout – sauf le texte pris isolément – conduit à cette conclusion. L'histoire de l'alinéa, qui est censé exprimer l'idée de subsidiarité, c'est-à-dire régler non une attribution, mais un *mode* d'attribution des compétences; la systématique de la Constitution, qui consacre d'autres dispositions, et surtout un *autre* chapitre, aux attributions spécifiques de compétences; les propos qui ont jalonné les travaux préparatoires⁶⁹; enfin, me

65 Le représentant du Gouvernement l'avait expressément rappelé en sous-commission et il avait même laissé entendre que le projet du Conseil fédéral s'accommodait fort bien de la double condition; cf. PV 3207. Il est vrai que le message était moins nuancé; cf. FF 1997 I 211, où il est dit que la Confédération ne doit pas s'attribuer des tâches que les cantons peuvent accomplir «aussi bien qu'elle».

66 Urs THALMANN, «Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung», in: *La nouvelle Constitution suisse*, Institut du fédéralisme (Fribourg), Bâle/Genève/Munich 2000, pp. 149–169, spécialement pp. 164–166.

67 THALMANN, Subsidiaritätsprinzip (n. 66), p. 167: «richtig und wichtig».

68 Du même avis: expressément, THALMANN, Subsidiaritätsprinzip (n. 66), pp. 165–166; implicitement, Rainer J. SCHWEIZER, «Die revidierte Bundesstaatsverfassung», *AJP/PJA* 1999, pp. 666–676, spécialement p. 672; Ulrich ZIMMERLI, «Bund – Kantone – Gemeinden», in: *Die neue Bundesverfassung*, Berne 2000, pp. 35–62, spécialement p. 45; Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Supplément à la 4^e édition, «Die neue Bundesverfassung», Zurich 2000, p. 16, n° 262 ss. D'un avis contraire: Thomas FLEINER, Introduction à La nouvelle Constitution suisse (n. 66), p. 2, où l'auteur a été manifestement abusé par la rédaction équivoque de l'art. 42.

69 Voir, en particulier, PV 4687–4688, 1386–1388 (fortes déclarations de quelques commissaires et du représentant du Gouvernement).

semble-t-il, une intuition politique élémentaire: si le texte avait signifié une attribution directe et générale, la Constitution aurait été tout simplement rejetée le 18 avril 1999⁷⁰.

39. Un deuxième point qu'on est bien obligé de reconnaître, c'est que, dans l'esprit de ceux qui l'ont rédigé, l'alinéa vise non seulement l'exercice, mais aussi le *partage des compétences* et s'adresse donc au *constituant* fédéral. J'ai dit ce que je pensais de ce genre de disposition (ci-dessus, nos 16 et 19). Je répète qu'elle n'a vraiment d'effet qu'à l'égard du Conseil fédéral, qui pourra être tenu d'expliquer que ses projets de révisions constitutionnelles, lorsqu'ils consistent à donner une nouvelle compétence à la Confédération, lui paraissent porter sur un domaine «qui doit être réglé de manière uniforme». Pour l'Assemblée fédérale, le texte ne sert au fond qu'à doubler le débat politique, qui est naturel, d'une petite querelle juridique tout à fait artificielle: les partisans du projet soutiendront évidemment qu'il est conforme à l'art. 42 II, les adversaires répondront peut-être qu'il ne l'est pas, après quoi on passera au vote, où de toute façon la politique l'emportera sur le droit – beau progrès. Enfin, devant le peuple et les cantons, l'alinéa, quoi qu'on en ait pu dire, est totalement déplacé.

40. En revanche, troisième observation, on peut très bien admettre que l'alinéa s'adresse au *législateur* fédéral, quand il s'apprête à *exercer une compétence* que lui donne la Constitution. Nous retrouvons ici l'idée qui figurait dans le projet du Conseil fédéral (à l'art. 34 III, cf. n° 26) et qu'on n'aurait pas dû diluer dans un alinéa informe. Le Parlement, quand il sera saisi d'un projet de loi, devra se demander non seulement (ce qu'il a toujours dû faire) si la Confédération a une compétence législative en la matière, mais encore (ceci est nouveau) si, dans le cadre de cette compétence, une «réglementation uniforme» est vraiment nécessaire sur tous les points touchés par le projet – de la même manière qu'il doit se demander, aujourd'hui déjà, dans les domaines où la compétence fédérale est «limitée aux principes», si le projet qu'il examine respecte bien cette barrière constitutionnelle. Bien entendu, on pourra penser qu'ici également la discussion juridique va se fonder dans le débat politique. Il y a tout de même une différence, nous ne sommes plus en présence du même rapport. Ce n'est plus la Constitution qui cherche à diriger le constituant; c'est la Constitution qui donne des ordres au législateur.

Ce rapport hiérarchique nous ramène à la question du contrôle. Le législateur doit obéir à la Constitution, c'est une obligation juridique. Et cette obligation se

prête à un *contrôle judiciaire*⁷¹. C'est entendu, nous n'avons pas chez nous ce contrôle judiciaire, mais c'est une particularité suisse qui pourrait un jour être supprimée. Il ne faut pas oublier qu'au moment où le Conseil fédéral déposait son projet de Constitution (novembre 1996), il présentait un autre projet, intitulé «Réforme de la Justice», qui habilitait le Tribunal fédéral à exercer un certain contrôle sur la constitutionnalité des lois fédérales⁷². Ce projet prévoyait notamment qu'à la demande d'un canton le Tribunal fédéral examinerait «si une loi fédérale violait des compétences cantonales garanties par la Constitution»⁷³. Or l'idée de subsidiarité ne peut avoir d'effet que dans les domaines où la Confédération a une compétence *concurrente*. Il s'ensuit que, si la Confédération mésuse de sa compétence, elle viole celle des cantons. Le Conseil fédéral n'a pas dit, dans son message sur la réforme de la justice, si les cantons pourraient invoquer le principe de subsidiarité⁷⁴. Mais cette faculté n'a pas non plus été exclue, ce qui fait que rien n'aurait empêché le Tribunal fédéral de se saisir un jour de ce grief⁷⁵.

Evidemment, nous savons tous comment l'affaire s'est terminée: la réforme de la justice a été amputée du contrôle de constitutionnalité, la «particularité suisse» a été maintenue⁷⁶; mais l'art. 42 II n'en a pas moins conservé, sur ce point précis, une justiciabilité virtuelle, qui pourrait devenir actuelle si la réforme était complétée.

VII. Conclusion

41. Henri-Robert, s'il est arrivé jusqu'ici, a dû s'en apercevoir: cette histoire de subsidiarité m'intrigue, pour ne pas dire qu'elle m'inquiète. Je me demande parfois si nous n'assistons pas à l'éclosion d'un nouveau mode de Constitution, où une sorte de dirigisme intellectuel cherche à s'affirmer aux dépens de l'esprit démocratique. Parce que mon récit n'est pas tout à fait terminé: il faut encore que je raconte en quelques mots ce qui est en train de se passer avec la nouvelle péréquation financière. Cette nouvelle péréquation est une opération politique entreprise

71 Voir l'exemple de l'Allemagne, ci-dessus, notes 33 et 34, et celui de la Communauté européenne, ci-dessus, note 17.

72 Le «Projet C», FF 1997 I 651.

73 Art. 178 II du Projet C.

74 FF 1997 I 519, 542.

75 Certains auteurs l'ont nié, de même que certaines personnes qui ont pris part aux travaux des commissions. Mais ce sont là des opinions qui n'avaient laissé aucune trace dans le texte. Sur ce point, la Constitution restait donc ouverte et nul n'aurait su dire ce qu'un tribunal en aurait tiré.

76 FF 1999 7831.

70 On se rappellera qu'une attribution du même genre, quoique plus modeste, a bien contribué à discrediter le projet de Constitution de 1977 (voir l'art. 52 de ce projet, FF 1985 III 187).

il y a déjà quelques années⁷⁷, mais qui a atteint, dans notre affaire, avec un rapport du 31 mars 1999 préparé par des représentants des cantons et du Département fédéral des finances, un nouveau palier⁷⁸. Je ne parle pas des chiffres, ni de l'intéressante esquisse de redistribution des compétences qui les accompagne, mais de leur garniture constitutionnelle.

42. Les auteurs du rapport de mars 1999 ont, en effet, présenté en annexe une proposition de révision partielle de la future Constitution. Cette proposition, qui porte sur plusieurs articles, mérite d'être citée au moins pour deux d'entre eux⁷⁹.

«Art. 3 bis Subsidiarité

L'attribution et l'accomplissement de tâches étatiques doivent se baser sur le principe de subsidiarité.

Art. 42 II⁸⁰

Lors de l'attribution et de l'accomplissement de tâches étatiques, les principes suivants doivent notamment être observés:

- a. la Confédération assume les tâches qui dépassent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme;
- b. le bénéficiaire d'une prestation de l'Etat doit en supporter les coûts;
- c. le débiteur des coûts d'une prestation de l'Etat doit pouvoir décider de ces prestations;
- d. les tâches étatiques doivent pouvoir être accomplies d'une manière optimale et adaptée aux besoins;
- e. chacun doit avoir la même possibilité de faire valoir son droit aux prestations étatiques de base.»

On voit le progrès. L'art. 42 II de la Constitution de 1999 était raté, mais on pouvait tout de même lui donner un sens acceptable (ci-dessus, n° 40). Les art. 3 bis et

77 *Der neue Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen, Grundzüge*, Berne et Lucerne, 1^{er} février 1996.

78 *La nouvelle péréquation financière entre la Confédération et les cantons, Concrétisation*, Berne et Soleure, 31 mars 1999.

79 Annexe A au rapport de 1999, pp. 3–4.

80 C'est sans doute par l'effet d'un lapsus que l'article proposé est numéroté 42 bis. En réalité, il est destiné à remplacer l'actuel art. 42, non pas à le doubler.

42 II du projet ne permettent plus cela. C'est la subsidiarité partout, pour la Confédération, pour les cantons, pour les communes, pour les particuliers. C'est, *expressément*, la subsidiarité pour le partage des compétences aussi bien que pour leur exercice. C'est même tout un système de critères qui devra servir de «guide» aux citoyens⁸¹. Et les commentateurs précisent, avec un aplomb inouï: «Le principe de subsidiarité constitue une maxime politique à suivre en matière d'attribution des tâches au niveau approprié [...] Il est incontesté que le constituant doit lui aussi se fonder sur ce principe».

43. *Il est incontesté*, disent-ils. Cela, je le conteste absolument. Parler comme ils le font n'est plus seulement une impertinence, je suis bien près de penser que cela frise l'insolence: le constituant n'a pas «à se fonder» sur des principes de politique intérieure, il les suit ou ne les suit pas, à son gré. Ceux qui veulent faire de la Constitution un réservoir de maximes politiques, c'est-à-dire un pense-bête pour citoyens majeurs, ne réussiront qu'à la déprécier. J'espère, en conséquence, que les deux articles demeureront définitivement à l'état de projet⁸², que notre Constitution ne sera pas déparée par ces règlements de technocrates et que nous pourrions encore, Henri-Robert et moi, voter sur les chemins pédestres ou la procédure civile sans avoir à nous soucier des leçons d'un guide-âne officiel.

81 Je ne caricature pas, le mot est dans le rapport, p. 32. J'ajouterai encore, en passant, qu'il n'est pas du tout certain que les cinq critères de l'art. 42 II proposé soient vraiment favorables aux cantons.

82 C'est aussi, m'a-t-il semblé, l'avis de notre collègue ZIMMERLI, qui, satisfait de l'actuel art. 42 II, trouve que le projet de 1999 va décidément trop loin; cf. Bund (n. 68), p. 45.