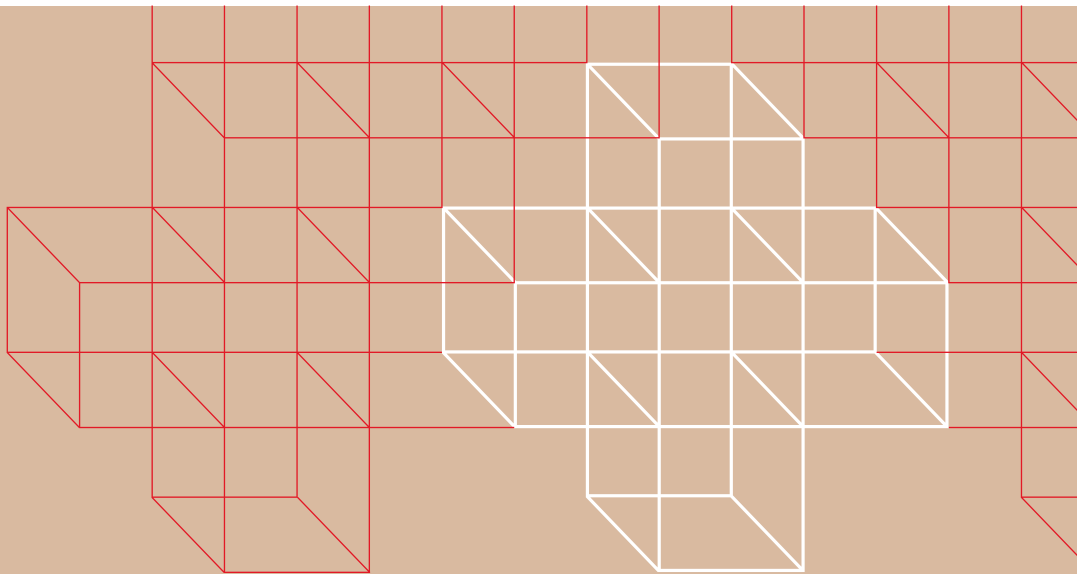


Limites matérielles au droit d'urgence du gouvernement

Analyse et réflexions au sujet du droit fédéral
et du droit cantonal

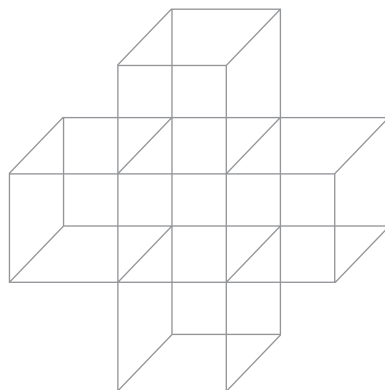
ROMANE LOVIAT



Herausgegeben von
Nadja Braun Binder
Andreas Glaser

Romane Loviat

**Limites matérielles au droit d'urgence
du gouvernement**



Herausgegeben von:

Prof. Dr. iur. Nadja Braun Binder, MBA

Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Basel

Prof. Dr. iur. Andreas Glaser

Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht
unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen
an der Universität Zürich

Leiter der Abteilung c2d am Zentrum für Demokratie Aarau

Limites matérielles au droit d'urgence du gouvernement

Analyse et réflexions au sujet du droit fédéral et du droit cantonal

ROMANE LOVIAT

DIKE 

ZÜRCHER DISSERTATION

Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich genehmigten Dissertation.

Open-Access-Gold

La préimpression de cette publication bénéficie du soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

Publié par :

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

© Romane Loviat 2024

ISBN (Hardback): 978-3-03891-632-1 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-049-9

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-049-9>



Cet ouvrage fait l'objet de
la licence Creative Commons CC BY-NC-ND.



À Fanette, Noa et Normand

Avant-propos

Le droit d'urgence du gouvernement est un thème passionnant par le fait qu'il entraîne des changements dans les principes fondamentaux d'un État de droit démocratique. Il est également intrigant, car les aspects de sécurité publique qui lui sont liés ont beaucoup évolué au fil des dernières décennies. Ce sont les raisons qui m'ont convaincue lorsque mon directeur de thèse, le professeur Andreas Glaser, m'a suggéré ce sujet. La pandémie de Covid-19 a ensuite révélé, non seulement à quel point le droit d'urgence du gouvernement était actuel, mais aussi à quel point certaines questions à son propos étaient confuses. Par la rédaction de cette thèse, j'espère avoir répondu à certaines d'entre elles et avoir clarifié les éléments essentiels du droit d'urgence des gouvernements suisses.

Je tiens à remercier le professeur Andreas Glaser pour son soutien engagé et ses conseils de qualité lors de ces trois années de rédaction. Je le remercie également pour le cadre d'échanges et de collaboration qu'il a su créer, tant au Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA) qu'à sa chaire à l'Université de Zurich. Un grand merci également à mes collègues doctorants pour les discussions enrichissantes, et particulièrement à Marzia Piampiano pour les longs échanges concernant les divers mécanismes de droit d'urgence.

Cette thèse ne serait pas ce qu'elle est sans l'aide précieuse de Matthias Zinniker, Joey Jüstrich et Gabriel Steffen qui m'ont assistée avec beaucoup de soin dans mes recherches et dans la mise en forme de mon texte lors de leur activité d'aide-assistant-e au ZDA. Finalement, un grand merci à mes chers parents, Catherine Faehndrich et Denis Loviat, ainsi qu'à Loriane Kohler pour la relecture attentive du texte.

La littérature, les travaux législatifs et la jurisprudence ont été pris en compte jusqu'à début janvier 2023.

Bienne, le 18 février 2023

Romane Loviat

Table des matières

Avant-propos.....	VII
Table des matières.....	IX
Table des abréviations.....	XIII
Table des législations.....	XVII
Bibliographie.....	XXIII
Travaux législatifs et autres documents.....	XXXI
Présentation du sujet.....	1
Première partie : Limites matérielles au droit d’urgence du Conseil fédéral.....	5
Chapitre 1 : Limites découlant de l’art. 185 al. 3 Cst.	7
I. Introduction.....	7
II. Protection contre certains troubles.....	8
III. Protection de certains biens.....	11
A. Évolution de la compréhension des biens protégés par l’art. 185 al. 3 Cst. ...	11
1. En général.....	11
2. Protection des biens de police.....	11
3. Protection indirecte des biens de police.....	12
4. Protection de biens juridiques importants.....	14
5. Protection de tous les biens juridiques ?.....	15
B. Analyse : quels biens peuvent être protégés par l’art. 185 al. 3 Cst. ?.....	18
1. Notions d’ordre public, de sécurité extérieure et de sécurité intérieure ...	18
2. Origines de la limitation des biens protégés.....	20
3. Systématique de la limitation des biens protégés.....	21
4. Buts d’une limitation des biens protégés.....	23
5. Résultat de l’analyse.....	24
C. Examen des mesures secondaires lors de la pandémie de Covid-19.....	25
IV. Conclusions.....	27
Chapitre 2 : Limites découlant de la Constitution fédérale.....	29
I. Introduction.....	29
II. Positions concernant le respect de la Constitution.....	29
A. Principe : respect de la Constitution.....	29
B. Exception pour la répartition verticale des compétences.....	32
C. Possibilité de s’écarter de la Constitution si la situation l’exige.....	33
D. Limites minimales à respecter dans tous les cas.....	34

III. Analyse : dans quelle mesure la Constitution est-elle une limite au droit d'urgence du Conseil fédéral ?.....	36
A. But de l'analyse.....	36
B. Attraction de compétence au niveau fédéral	37
1. Compétences fédérales en matière de sécurité	37
2. Intervention fédérale	37
3. Attraction de compétence possible pour l'Assemblée fédérale.....	39
4. Résultat de l'analyse	40
C. Adaptation du respect de la Constitution en fonction du cas concret.....	41
1. Argument historique et droit d'urgence extraconstitutionnel	41
2. Argument démocratique	43
3. Interprétation systématique.....	43
4. Buts du droit d'urgence.....	44
5. Résultat de l'analyse	45
IV. Examen du respect des droits fondamentaux	46
A. En général	46
B. Peines pénales dans les ordonnances d'urgence	48
C. Restriction des droits politiques.....	53
V. Conclusions	56
Chapitre 3 : Limites découlant des actes législatifs de l'Assemblée fédérale.....	59
I. Introduction	59
II. Limites découlant des lois fédérales.....	60
A. Précisions nécessaires	60
1. Importance de certaines distinctions.....	60
2. Distinction entre subsidiarité et mesures <i>praeter legem</i>	60
3. Distinction entre mesures <i>praeter legem</i> et mesures <i>contra legem</i>	62
B. Évolution de la compréhension du respect des lois fédérales.....	63
1. Origines et positions sur la question.....	63
2. Changement de pratique	64
C. Analyse de la question du respect des lois fédérales	67
1. But de l'analyse	67
2. Interprétation historique.....	67
3. Interprétation systématique.....	68
4. Buts du droit d'urgence.....	71
5. Résultat de l'analyse	73
D. Conditions et exceptions à la possibilité de déroger aux lois fédérales	74
III. Limites découlant des autres actes législatifs de l'Assemblée fédérale	77
A. En général	77
B. Les actes de droit d'urgence de l'Assemblée fédérale.....	77
1. Ordonnances ou arrêtés fédéraux d'urgence.....	77
2. Lois fédérales urgentes	80

C. Actes de droit ordinaire de l'Assemblée fédérale	81
IV. Conclusions	82
Deuxième partie : Limites matérielles au droit d'urgence des gouvernements cantonaux	85
Chapitre 4 : Limites découlant du droit fédéral	87
I. Introduction	87
II. Limites découlant de la Constitution fédérale	87
A. Primauté du droit fédéral	87
B. Répartition verticale des compétences	89
1. Pour le droit d'urgence	89
2. En matière d'ordre public et de sécurité	90
C. Autres limites découlant de la Constitution fédérale	92
1. Respect de la souveraineté des autres cantons	92
2. Exigences pour les constitutions cantonales et garantie de celles-ci	94
3. Autonomie communale	96
III. Limites découlant du droit fédéral ordinaire	97
IV. Conclusions	99
Chapitre 5 : Limites matérielles selon le droit cantonal	101
I. Catégorisation des différents systèmes de droit d'urgence cantonal	101
II. Aspects importants hors catégorie	102
III. Constitutions cantonales contenant une compétence directe pour le droit d'urgence du gouvernement	103
A. Description de la catégorie	103
B. Avec limitations concernant les buts poursuivis	104
C. Sans limites matérielles	106
D. Avec possibilité de s'écarter du droit ordinaire	108
IV. Constitutions cantonales donnant la compétence au législateur de régler le droit d'urgence du gouvernement	109
A. Description de la catégorie et limitation des buts poursuivis	109
B. Possibilité de s'écarter de la constitution cantonale	110
C. Concrétisation légale	112
V. Constitutions cantonales sans disposition pour le droit d'urgence du gouvernement	115
A. Description de la catégorie	115
B. République et canton du Tessin	116
C. Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures	117
VI. Conclusions	119

Troisième partie : Réflexions sur l’encadrement du droit d’urgence du gouvernement	121
Chapitre 6 : Réflexions pour le droit d’urgence du Conseil fédéral	123
I. Introduction	123
II. Implication des pouvoirs législatif et judiciaire	124
A. Possibilités d’encadrement du droit d’urgence	124
B. Résumé de la situation	126
C. Solutions et évaluation	127
III. Réglementation du droit d’urgence du Conseil fédéral	130
A. Possibilités d’encadrement du droit d’urgence	130
B. Résumé de la situation	131
C. Solutions et évaluation pour les règles formelles	133
D. Solutions et évaluation pour les limites matérielles	135
1. Biens protégés	135
2. Respect de la Constitution fédérale	137
3. Respect des actes législatifs de l’Assemblée fédérale	138
IV. Conclusions	140
Chapitre 7 : Réflexions pour le droit d’urgence des gouvernements cantonaux	141
I. Introduction	141
II. Implication des pouvoirs législatif et judiciaire	141
A. Encadrement du droit d’urgence	141
B. Situation actuelle	142
C. Solutions et évaluation	144
III. Réglementation du droit d’urgence	145
A. Encadrement du droit d’urgence	145
B. Conditions et règles formelles	145
C. Limites matérielles	147
1. Constitutions cantonales contenant une compétence directe pour le droit d’urgence du gouvernement	147
2. Constitutions cantonales donnant la compétence au législateur de régler le droit d’urgence du gouvernement	148
3. Constitutions cantonales sans disposition pour le droit d’urgence du gouvernement	150
IV. Conclusions	151

Table des abréviations

Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
al.	alinéa(s)
APARIUZ	Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
art./Art.	article(s), Artikel
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BaKomm	Basler Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung
BE	Kanton Bern
BGer	Bundesgericht
bGS/AR	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausserrhoden
BGS/SO	Solothurnische bereinigte Gesetzessammlung
BGS/ZG	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Kanton Basel-Landschaft
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BR	Bündner Rechtsbuch
BS	Kanton Basel-Stadt
BU	Bollettino ufficiale delle leggi del Cantone Ticino
BVKomm	Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung
c.	contre
CE	Conseil des États
cf.	confer
CGAS	Communauté genevoise d'action syndicale
ch.	chiffre
CN	Conseil national
Co-Cst./JU	Commentaire de la constitution jurassienne
consid.	considérant(s)
CoRo	Commentaire romand – Constitution fédérale

Table des abréviations

CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Covid-19	Corona virus disease 2019
Dr	Docteur-e
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
et al.	et alii
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FR	État de Fribourg
GDB	Gesetzesdatenbank OW
GE	République et Canton de Genève
GL	Kanton Glarus
GR	Kanton Graubünden
GS/AI	Systematische Gesetzessammlung AI
GS/GL	Sammlung des glarnerischen Rechts
Handkomm	Handkommentar
i.e.	id est
IFF	Institut du Fédéralisme, Fribourg
iv. pa.	Initiative parlementaire
JO/JU	Journal officiel de la République et Canton du Jura
JOAC/JU	Journal officiel de l'Assemblée constituante de la République et Canton du Jura
JU	République et Canton du Jura
Komm	Kommentar
KR-Nr.	Kantonsrat-Nummer (ZH)
let.	lettre
LS	Loseblattsammlung ZH
LU	Kanton Luzern
NE	République et Canton de Neuchâtel
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung
n°/n ^{os}	numéro(s)
Nr.	Nummer
NW	Kanton Nidwalden
OW	Kanton Obwalden
p.	page(s)

p. ex.	par exemple
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
Prof.	Professeur-e
RB/TG	Rechtsbuch TG
RB/UR	Urner Rechtsbuch
RDS	Revue de droit suisse
RL	Raccolta delle leggi del Cantone Ticino
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique bernois
RS/GE	Recueil systématique de la législation genevoise
RS/VD	Recueil systématique VD
RS/VS	Recueil systématique VS
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSJU	Recueil systématique jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâtoise
s./ss	et suivant(es)
S&R	Zeitschrift Sicherheit & Recht
SA	Société anonyme
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SG	Kanton St. Gallen
SG/BS	Systematische Gesetzessammlung BS
SGKomm	St. Galler Kommentar Bundesverfassung
SGS/BL	Systematische Gesetzessammlung BL
sGS/SG	Systematische Gesetzessammlung SG
SH	Kanton Schaffhausen
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SO	Kanton Solothurn
SRL	Systematische Rechtssammlung LU
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung SZ
St/St.	Saint/Sankt
StKB	Standeskommissionbeschluss (AI)
SZ	Kanton Schwyz
TF	Tribunal fédéral
TG	Kanton Thurgau

Table des abréviations

UBS	Union Bancaire Suisse
UDC	Union démocratique du centre, Unione democratica di Centro
UR	Kanton Uri
USA	United States of America
vol.	volume
VS	Canton du Valais
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZDA	Zentrum für Demokratie Aarau
ZG	Kanton Zug
ZH	Kanton Zürich

Table des législations

–	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RO 50 709)
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RO 1 1)
aCst./GL	Verfassung des Kantons Glarus du 22 mai 1887
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft du 18 avril 1999 (RS 101)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
Covid-19-Härtefallerlass/UR	Erlass (UR) über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie du 22 décembre 2020 (RB/UR 70.1612)
Covid-19-Verordnung 2	Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) du 13 mars 2020 (RO 2020 773)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst./AG	Verfassung des Kantons Aargau du 25 juin 1980 (SAR 110.000)
Cst./AI	Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell Innerrhoden du 24 novembre 1872 (GS/AI 101.000)
Cst./AR	Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden du 30 avril 1995 (bGS/AR 111.1)
Cst./BE	Constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993 (RSB 101.1)
Cst./BL	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft (SGS/BL 100)
Cst./BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt du 23 mars 2005 (SG/BS 111.100)
Cst./FR	Constitution du Canton de Fribourg du 16 mai 2005 (RSF 10.1)
Cst./GE	Constitution de la République et Canton de Genève du 14 octobre 2012 (RS/GE A 2 00)
Cst./GL	Verfassung des Kantons Glarus du 1 ^{er} mai 1988 (GS/GL I A/1/1)

Table des législations

Cst./GR	Verfassung des Kantons Graubünden du 14 septembre 2003 (BR 110.100)
Cst./JU	Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (RSJU 101)
Cst./LU	Verfassung des Kantons Luzern du 17 juin 2007 (SRL 1)
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (RSN 101)
Cst./NW	Verfassung des Kantons Nidwalden du 10 octobre 1965 (NG 111)
Cst./OW	Verfassung des Kantons Obwalden (Kantonsverfassung) du 19 mai 1968 (GDB 101.0)
Cst./SG	Verfassung des Kantons St. Gallen du 10 juin 2001 (sGS/SG 111.1)
Cst./SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen du 17 juin 2002 (SHR 101.000)
Cst./SO	Verfassung des Kantons Solothurn du 8 juin 1986 (BGS/SO 111.1)
Cst./SZ	Verfassung des Kantons Schwyz du 24 novembre 2010 (SRSZ 100.100)
Cst./TG	Verfassung des Kantons Thurgau du 16 mars 1987 (RB/TG 101)
Cst./TI	Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino du 14 décembre 1997 (RL 101.000)
Cst./UR	Verfassung des Kantons Uri du 28 octobre 1984 (RB/UR 1.1101)
Cst./VD	Constitution du Canton du Vaud du 14 avril 2003 (RS/VD 101.01)
Cst./VS	Constitution du Canton du Valais du 8 septembre 1907 (RS/VS 101.1)
Cst./ZG	Verfassung des Kantons Zug du 31 janvier 1894 (BGS/ZG 111.1)
Cst./ZH	Verfassung des Kantons Zürich du 27 février 2005 (LS 101)
Decreto elezioni comunali/TI	Decreto esecutivo (TI) concernente l'annullamento e il rinvio delle elezioni comunali per il periodo 2020–2024 du 18 mars 2020 (BU 13/2020, p. 83–100)
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (Epidemiengesetz) du 2 septembre 2012 (RS 818.101)
Gemeindegesetz/AR	Gemeindegesetz (AR) du 7 juin 1998 (bGS/AR 151.11)

Gemeindegesezt/GL	Gemeindegesezt (GL) du 3 mai 1992 (GS/GL II E/2)
Gesezt ausserordentliche Lage/TG	Gesezt (TG) über die Bewältigung von ausserordentlichen Lagen du 27 septembre 2004 (RB/TG 530.1)
Katastrophengesezt/SO	Gesezt (SO) über Massnahmen für den Fall von Katastrophen und kriegerischen Ereignissen (Katastrophengesezt) du 5 mars 1972 (BGS/SO 122.151)
LAP	Loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays (Loi sur l'approvisionnement du pays) du 17 juin 2016 (RS 531)
LGC/TI	Legge (TI) sul Gran Consiglio e sui rapporti con il Consiglio di Stato du 24 février 2015 (RL 171.100)
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies) du 28 septembre 2012 (RS 818.101)
LFiEl	Loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique du 30 septembre 2022 (RS 734.91)
LLC	Loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques (Loi sur les langues) du 5 octobre 2007 (RS 441.1)
LMSI	Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997 (RS 120)
LOCE/VD	Loi (VD) sur l'organisation du Conseil d'État du 11 février 1970 (RS/VD 172.115)
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010)
Loi Covid-19	Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 du 25 septembre 2020 (RS 818.102)
Loi sur l'assurance chômage	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage) du 25 juin 1982 (RS 837.0)
Loi sur les banques	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement) du 13 décembre 2002 (RS 171.10)

Table des législations

LPPCi	Loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile du 20 décembre 2019 (RS 520.1)
LProtPop/AG	Gesetz (AG) über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz im Kanton Aargau (Bevölkerungsschutz- und Zivilgesetzschutzgesetz Aargau) du 4 juillet 2006 (SAR 515.200)
LProtPop/AI	Einführungsgesetz (AI) zum Bundesgesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz sowie zum Bundesgesetz über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten du 24 avril 2005 (RS/AI 520.000)
LProtPop/GL	Gesetz (GL) über den Bevölkerungsschutz (Bevölkerungsschutzgesetz) du 6 mai 2012 (GS/GL V G/1)
LProtPop/JU	Loi (JU) sur la protection de la population et la protection civile du 13 décembre 2006 (RS/JU 521.1)
LProtPop/SO	Einführungsgesetz (SO) zur eidgenössischen Bevölkerungsschutz- und Zivilschutzgesetzgebung, du 2 février 2005 (BGS/SO 531.1)
LProtPop/SZ	Gesetz (SZ) über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz, du 16 mars 2005 (SRSZ 512.100)
LProtPop/TI	Legge (TI) sulla protezione della popolazione du 26 février 2007 (RL 500.100)
LProtPop/UR	Gesetz (UR) über den Bevölkerungsschutz im Kanton Uri (Bevölkerungsschutzgesetz) du 25 septembre 2005 (RB/UR 3.6201)
LProtPop/VS	Loi (VS) sur la protection de la population et la gestion des situations particulières et extraordinaires du 15 février 2013 (RS/VS 501.1)
LProtPop/ZG	Gesetz (ZG) betreffend den Schutz der Bevölkerung (Bevölkerungsschutzgesetz) du 26 septembre 2019 (BGS/ZG 541.1)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence) du 17 décembre 2004 (RS 152.3)
Notorganisations- reglement/NW	Reglement (NW) über die Notorganisation des Kantons Nidwalden (Notorganisationsreglement) du 2 mars 2004 (NG 152.511)
Notstandgesetz/NW	Gesetz (NW) für den Fall von Katastrophen und kriegsrischen Ereignissen (Notstandsgesetz) du 28 avril 1974 (NG 152.5)

OFiEl	Ordonnance du sur des aides financières destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique du 5 septembre 2022 (RO 2022 492)
Ordonnance « Al-Qaïda »	Ordonnance instituant des mesures à l'encontre du groupe « Al-Qaïda » et d'organisations apparentées du 7 novembre 2001 (RO 2001 3040)
Ordonnance « État islamique »	Ordonnance interdisant le groupe « État islamique » et les organisations apparentées du 8 octobre 2014 (RO 2014 3255)
Ordonnance 2 Covid-19	Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Covid-19) du 13 mars 2020 (RO 2020 773) Ainsi que modification du 16 mars 2020 (RO 2020 783), modification du 20 mars 2020 (RO 2020 867), modification du 25 mars 2020 (RO 2020 1065), modification du 3 avril 2020 (RO 2020 1155)
Ordonnance Covid-19 examens de maturité gymnasiale	Ordonnance relative à l'organisation des examens cantonaux de la maturité gymnasiale 2020 dans le contexte de la pandémie de coronavirus du 19 avril 2020 (RO 2020 1399)
Ordonnance Covid-19 asile	Ordonnance sur les mesures prises dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus du 1 ^{er} avril 2020 (RS 142.318)
Ordonnance Covid-19 assurance-chômage	Ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (Covid-19) du 20 mars 2020 (RO 2020 877)
Ordonnance Covid-19 bail à loyer et bail à ferme	Ordonnance sur l'atténuation des effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme du 27 mars 2020 (RO 2020 1099)
Ordonnance Covid-19 dans le secteur de la culture	Ordonnance sur l'atténuation des conséquences économiques du coronavirus (Covid-19) dans le secteur de la culture du 20 mars 2020 (RO 2020 855)
Ordonnance Covid-19 délais dans les procédures civiles et administratives	Ordonnance sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (Covid-19) du 20 mars 2020 (RO 2020 849)
Ordonnance Covid-19 délais droits politiques	Ordonnance sur la suspension des délais applicables aux initiatives populaires fédérales et aux demandes de référendum au niveau fédéral du 20 mars 2020 (RO 2020 847)
Ordonnance Covid-19 insolvabilité	Ordonnance instaurant des mesures en cas d'insolvabilité pour surmonter la crise du coronavirus du 16 avril 2020 (RO 2020 1233)

Table des législations

Ordonnance Covid-19 justice et droit procédural	Ordonnance instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural du 16 avril 2020 (RO 2020 1229)
Ordonnance Covid-19 obligation d'annoncer les postes vacants	Ordonnance sur les mesures concernant l'obligation d'annoncer les postes vacants en lien avec le coronavirus du 25 mars 2020 (RO 2020 1071)
Ordonnance Covid-19 sport	Ordonnance sur les mesures d'accompagnement dans le domaine du sport visant à atténuer les conséquences des mesures prises par la Confédération pour lutter contre le coronavirus du 20 mars 2020 (RO 2020 851)
Ordonnance Covid-19/JU	Ordonnance (JU) portant introduction de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière, modification du 29 octobre 2020 (JO/JU 2020 n° 40, p. 841)
Ordonnance sur le port d'armes à feu	Ordonnance sur l'acquisition et le port d'armes à feu par des ressortissants yougoslaves du 18 décembre 1991 (RO 1993 23)
Ordonnance UBS SA	Ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA du 15 octobre 2008 (RO 2008 4741)
Reglement Unterstutzungsleistungen/UR	Reglement (UR) über die Ausrichtung von Unterstutzungsleistungen aus dem Wirtschaftsförderungs-fonds zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie du 2 juin 2020 (Amtsblatt Nr. 24, du 12 juin 2020, p. 944 ss)
RProtPop/TI	Regolamento (TI) sulla protezione della popolazione (RProtPop) du 18 octobre 2017 (RL 500.110)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
StKB ausserordentlichen Lagen/AI	Standeskommissionsbeschluss (AI) über die Organisation in ausserordentlichen Lagen du 15 mai 2001 (GS/AI 501.001)
StKB Covid-19/AI	Standeskommissionsbeschluss (AI) betreffend die Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie du 14 avril 2020 (GS/AI 120.001)
StKB Urnenabstimmungen/AI	Standeskommissionsbeschluss (AI) über ausserordentliche Urnenabstimmungen du 9 juin 2020 (GS/AI 120.002)
Volksabstimmungsbeschluss/TG	Regierungsratbeschluss (TG) betreffend Volksabstimmungen in den Politischen Gemeinden, Schulgemeinden und Bürgergemeinden Urnenabstimmungen anstelle von Gemeindeversammlungen du 31 mars 2020 (Amtsblatt Nr. 14, du 3 avril 2020, p. 948–949).

Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel Suisse – Supplément 1967–1982*, Neuchâtel 1982.
- AUER ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016.
- BASILLEN-GAINCHE MARIE-LAURE, *État de droit et états d'exception – Une conception de l'État*, Paris 2013.
- BELSER EVA MARIA/MASSÜGER NINA, art. 52 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BELSER/MASSÜGER, in : BaKomm, art. 52 Cst.).
- BELSER EVA MARIA/STÖCKLI ANDREAS/WALDMANN BERNHARD, *Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus*, Sonderausgabe Newsletter IFF 2020 (cité : BELSER ET AL., Föderalismus).
- BERNARD FRÉDÉRIC, *État de droit et situations extraordinaires*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel).
- BERNARD FRÉDÉRIC, *Le rôle du Parlement dans des situations extraordinaires*, Jusletter du 15 février 2021 (cité : BERNARD, Rôle du Parlement).
- BERNARD FRÉDÉRIC, *Les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral dans la lutte contre les épidémies*, ZBl 2021, 131 ss (cité : BERNARD, Pouvoirs extraordinaires).
- BERNARD FRÉDÉRIC, *Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux*, S&R 2020, 130 ss (cité : BERNARD, Droits fondamentaux).
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : BIAGGINI, in : BVKomm, art. ... Cst.).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Die polizeiliche Generalklausel : ein verkanntes Rechtsinstitut*, ZBl 2012, 35 ss (cité : BIAGGINI, Polizeiliche Generalklausel).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Der coronavirusbedingte Fristenstillstand bei eidgenössischen Volksbegehren – eine Fallstudie zur Tragfähigkeit von Art. 185 Abs. 3 BV*, ZBl 2020, 277 ss (cité : BIAGGINI, Fristenstillstand).
- BIAGGINI GIOVANNI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 239 ss (cité : BIAGGINI, Kritik).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit*, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 7).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Die Verfassung im Normengefüge*, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 9).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Der Bundesrat als Regierung des Bundes*, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), *Staatsrecht*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 19).

- BIAGGINI GIOVANNI, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, 28. Mai 2020, AN.2020.00004 ; rechtskräftig, ZBI 2021, 153 ss (cité : BIAGGINI, Verwaltungsgericht ZH).
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 24. Februar 2022, 1C_147/2021, ZBI 2022, 264 ss (cité : BIAGGINI, Kommentar 1C_147/2021).
- BIAGGINI GIOVANNI, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBI 2022, 59 ss (cité : BIAGGINI, Stresstest).
- BLEICKER OLIVIER, art. 57 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst.).
- BRUNNER FLORIAN/WILHELM MARTIN/UHLMANN FELIX, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts – Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, PJA 2020, 685 ss.
- BURRICHTER ANNIKA/VISCHER MORITZ, Der Vergehenstatbestand nach Art. 10f Abs. 1 der Covid-19-Verordnung 2, forumpoenale 2020, 300 ss.
- CANDRIAN JÉRÔME, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou : poursuites, immunité et arbitrage sous le signe de l'État de droit, BISchK 2007, 85 ss.
- CARONI ANDREA/SCHMID STEFAN G., Notstand im Bundeshaus – Die Rolle der Bundesversammlung in der (Corona-)Krise, PJA 2020, 710 ss.
- CUENI DAMIAN, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. September 2021, 2C_290/2021 ; Online ; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen – Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 3. September 2021, 2C_308/2021 ; Online ; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBI 2022, 101 ss.
- DÉPRAZ ALEX, Parlement et Gouvernement dans la nouvelle Constitution : une évolution plutôt qu'une revolution, in : Moor Pierre (édit.), La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, Berne 2004 (cité : DÉPRAZ, in : La Constitution vaudoise du 14 avril 2003).
- DIGGELMANN OLIVER/ALTWICKER TILMANN, art. 57 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : DIGGELMANN /ALTWICKER, in: BaKomm, art. 57 Cst.).
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, vol. I – Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2018 (cité : DUBEY, Droits fondamentaux, vol. I).
- DUBEY JACQUES, art. 163 et art. 165 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : DUBEY, in : CoRo, art. ... Cst.).
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014.
- EGE GIAN/ESCHLE DAVID, Das Strafrecht in der Krise – Eine Untersuchung der Strafbestimmungen in der Covid-19-Verordnung 2 und welche Lehren daraus zu ziehen sind, sui generis 2020, 279 ss.
- EICHENBERGER KURT, art. 102 ch. 10 aCst., in : Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, vol. IV, Bâle/Zurich/Berne 1996 (cité : EICHENBERGER, in : Komm-1874, art. 102 ch. 10 aCst.).

- FRÉSARD JULIETTE, Das Notrecht des Bundesrates bei der Bekämpfung von Epidemien – Eine Untersuchung des Zusammenspiels von Art. 185 Abs. 3 BV und Art. 7 EpG im Lichte rechtsstaatlicher Prinzipien, Jusletter du 23 août 2021.
- GÄCHTER THOMAS, Selbständiges Verordnungsrecht des Bundesrates und Gesetzesvorbehalt für Freiheitsstrafen, in : Ackermann Jürg (édit.), Strafrecht als Herausforderung – Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zurich 2019 (cité : GÄCHTER, Selbständiges Verordnungsrecht).
- GÄCHTER THOMAS, Demokratie und Dringlichkeit – Gedanken zur Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts der schweizerischen Bundesverfassung, in : Häner Isabelle (édit.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte – Beiträge für Alfred Kölz, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit).
- GÄCHTER THOMAS, Überblick, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : GÄCHTER, in : Staatsrecht, § 22).
- GERBER KASPAR, Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen – Bedeutung für die laufende und künftige Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, Jusletter du 16 août 2021.
- GLASER ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA, Die Verschiebung von Volkswahlen und Volksabstimmungen, ZBl 2021, 591 ss.
- GLASER ANDREAS/GFELLER KATJA, Das Ringen des Parlaments um mehr Macht – Rückschlag infolge der Coronapandemie, Jusletter du 5 octobre 2020.
- GLASER ANDREAS/KLEY ANDREAS, Demokratie, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : GLASER /KLEY, in : Staatsrecht, § 3).
- GONIN LUC, art. 173 et art. 185 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : GONIN, in : CoRo, art. ... Cst.).
- GONIN LUC, Droit constitutionnel suisse, Genève/Zurich 2021 (cité : GONIN, Droit constitutionnel).
- GRAF DAMIAN K., art. 1 CP, in : Graf Damian K. (édit.), Annotierter Kommentar StGB, Berne 2020.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich/St-Gall 2020 (cité : HÄFELIN ET AL., Verwaltungsrecht).
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.
- HÄNER ISABELLE, art. 72 Cst./ZH, in : Häner Isabelle/Rüssli Markus/Schwarzenbach Evi (édit.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zurich 2007 (cité : HÄNER, in : Komm-Cst./ZH, art. 72 Cst./ZH).
- HÖFLER STEFAN, Notrecht als Krisenkommunikation ? – Redaktionelle Fallgruben in der Covid-19-Verordnung 2, PJA 2020, 702 ss.

- HOTTELIER MICHEL, art. 31 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : HOTTELIER, in : CoRo, art. ... Cst.).
- HURTADO POZO JOSÉ/ILLÁNEZ FEDERICO, art. 1 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2^e éd., Bâle 2021 (cité : HURTADO POZO/ILLÁNEZ, in : CoRo, art. 1 CP).
- HUSMANN MARKUS, Zum Handlungsspielraum der Kantone bei ausserordentlichen Umständen – Kantonale Kompetenzen bei Dringlichkeit und Not, in : Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (édit.), Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Berne 2011 (cité : HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0).
- KIENER REGINA, Allgemeine Grundrechtslehren, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich/St.Gall 2021 (cité : KIENER, in : Staatsrecht, § 30).
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3^e éd., Berne 2018 (cité : KIENER ET AL., Grundrechte, § ...).
- KLEY ANDREAS, « Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen. » – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 268 ss (cité : KLEY, Staatsrechtliches Lehrstück).
- KLEY ANDREAS, Staatsleitende Prozesse ausserhalb der Rechtsetzung, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : KLEY, in : Staatsrecht, § 25).
- KÜNZLI JÖRG, art. 184 et art. 185 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : KÜNZLI, in : BaKomm, art. ...Cst.).
- KUSTER SUSANNE, Navigieren auf Sicht – Grundsatzentscheide hinter den Kulissen zu den Notverordnungen des Bundesrates in der Covid-19-Krise, Jusletter du 15 février 2021.
- LEHNER CAROLINE, Notverordnungsrecht – die Kompetenzen des schweizerischen Bundesrats, des spanischen Ministerrats und des französischen Staatspräsidenten, thèse, Berne 2016.
- LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATA, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 2020, 111 ss.
- LOEVY KARIN, Emergencies in Public Law – The Legal Politics of Containment, Cambridge 2016.
- MÄCHLER AUGUST/HENSLER JOSEF, Gesetze und Verordnungen im Kanton Schwyz, in : Entscheide 2020 der Gerichts- und Verwaltungsbehörden – EGV-SZ, D, 260 ss.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, vol. I et II, 4^e éd., Berne 2021 (cité : MALINVERNI ET AL., vol. ...).
- MARKIĆ LUKA, Einschränkungen der politischen Rechte in Notsituationen – Zur Rechtsprechung betreffend Einschränkungen der demokratischen Mitwirkungsrechte während der Coronavirus-Pandemie, in : Lehner Irina/Rausch Caroline/Schneider Lea Ina/Stauffer Anna Elisa (édit.), Recht in der Krise, APARIUZ XXIII, Zurich 2022 (cité : MARKIĆ, in : Recht in der Krise).

- MÄRKLI BENJAMIN, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der Covid-19-Verordnungen, S&R 2020, 59 ss.
- MARTENET VINCENT, La séparation des pouvoirs, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : MARTENET, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel).
- MARTENET VINCENT, art. 49 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : MARTENET, in : CoRo, art. 49 Cst.).
- MERKER MICHAEL/CONRADIN PHILIP, art. 173 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : MERKER/CONRADIN, in : Bakomm, art. 173 Cst.).
- MOECKLI DANIEL, Sicherheitsverfassung, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel).
- MOHLER MARKUS, Zur Verständlichkeit der Verfassung und ihrer Krisentauglichkeit, Jusletter du 5 décembre 2022.
- MORITZ JEAN, Commentaire de la Constitution jurassienne, vol. II (art. 55 à 81), Courrendlin 2002 (cité : MORITZ, in : Co-Cst./JU).
- MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel – Ein Instrument mit Reformbedarf, S&R 2008, 4 ss.
- MÜLLER RETO PATRICK, Innere Sicherheit Schweiz – Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848, thèse, Egg bei Einsiedeln 2009.
- PETER HANSJÖRG, Les tableaux du Musée Pouchkine de Moscou, BISchK 2006, 61 ss.
- RECHSTEINER DAVID, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen – Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, thèse, Zurich/St-Gall 2016 (cité : RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen).
- RECHSTEINER DAVID, Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, S&R 2016, 143 ss (cité : RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel).
- RECHSTEINER DAVID, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht – Präzisierungen und Weiterentwicklungen im Recht der besonderen und ausserordentlichen Lagen, S&R 2020, 118 ss (cité : RECHSTEINER, Auswirkungen der Corona-Pandemie).
- REICH JOHANNES, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2021 (cité : REICH, in : Staatsrecht).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016.
- RUCH ALEXANDER, art. 49 et art. 51 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (cité : RUCH, in : SGKomm, art. 49 Cst.).

- SAXER URS, art. 173 et art. 185 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (cité : SAXER, in : SGKomm, art. 49 Cst.).
- SCHEFER MARKUS/MÜLLER RETO, *Schutz der inneren Sicherheit – historische Entwicklung und aktuelle Fragestellungen*, S&R 2010, 57 ss.
- SCHMID EVELYNE, art. 184 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques ( dit.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, B le 2021 (cité : SCHMID, in : CoRo, art. 184 Cst.).
- SCHOTT MARKUS/KÜHNE DANIELA, *An den Grenzen des Rechtsstaates: exekutive Notverordnungs- und Notverf gungsrechte in der Kritik*, ZBI 2010, 409 ss.
- SCHWEIZER RAINER J., art. 44 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. ( dit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e  d., Zurich/St-Gall 2014 (cité : SCHWEIZER, in : SGKomm, art. 44 Cst.).
- SCHWEIZER RAINER J., *Bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Polizei- und Sicherheitsrecht*, S&R 2012, 185 ss (cité : SCHWEIZER, *Polizei- und Sicherheitsrecht*).
- SCHWEIZER RAINER J., *Verfassung des Kantons Glarus – Kommentar zum Entwurf*, vol. II, Glarus 1981 (cité : SCHWEIZER, *Cst./GL, Kommentar zum Entwurf*).
- SCHWENDIMANN FELIX/TSCHAN-TRUONG BINH/TH RER DANIEL, art. 184 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. ( dit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3^e  d., Zurich/St-Gall 2014 (cité : SCHWENDIMANN ET AL., in : SGKomm, art. 184 Cst.).
- SEILER HANSJÖRG, § 56 Cst./LU, in : Richli Paul/Wicki Franz ( dit.), *Kommentar der Kantonsverfassung Luzern*, Berne 2010 (cité : SEILER, in : *Komm-Cst./LU*, § 56 Cst./LU).
- SOHI-H CHNER CLAUDIA/BERGAMIN FLORIAN/RAAFLAUB FRANZISKA, *Rechtsprechung zu Covid-19 : Eine Analyse ausgewählter Aspekte*, Newsletter IFF 2021.
- STÖCKLI ANDREAS, *Regierung und Parlament in Pandemiezeiten*, RDS 2020 Sondernummer « *Pandemie und Recht* », 9 ss (cité : STÖCKLI, *Pandemiezeiten*).
- STÖCKLI ANDREAS, *Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis ?*, Jusletter du 15 février 2021 (cité : STÖCKLI, *Gewaltenteilung*).
- TANQUEREL THIERRY, *La procédure d’adoption et de révision des constitutions cantonales et communales*, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin ( dit.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich/B le/Genève 2020 (cité : TANQUEREL, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*).
- THÉVENAZ ALAIN, art. 50 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques ( dit.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, B le 2021 (cité : THÉVENAZ, in : CoRo, art. 50 Cst.).
- TRÜMPLER RALPH, *Notrecht – Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege feranda*, thèse, Zurich 2011.
- TRÜMPLER RALPH/UHLMANN FELIX, *Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht*, in : Helbing Lichtenhahn Verlag ( dit.), *Covid-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, B le 2020 (cité : TRÜMPLER/UHLMANN, in : *Covid-19*).

- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5^e éd., Berne 2021 (cité : TSCHANNEN, Staatsrecht).
- TSCHANNEN PIERRE, art. 165 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (cité : TSCHANNEN, in : SGKomm, art. 165 Cst.).
- UHLMANN FELIX, Coronavirus – Fragen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht der beiden Basel, BJM 2022, 289 ss (cité : UHLMANN, Basel).
- UHLMANN FELIX/WILHELM MARTIN, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in : Uhlmann Felix/Höfler Stefan (édit.), Notrecht in der Corona-Krise – 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Zurich/St-Gall 2021 (cité : UHLMANN/WILHELM, in : Notrecht in der Corona-Krise).
- VERDE MICHEL, Das Legalitätsprinzip und die Strafnorm Art. 10f Abs. 1 Covid-19-Verordnung 2, Jusletter du 10 mai 2021.
- VEST HANS, art. 31 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014 (cité : VEST, in : SGKomm, art. 165 Cst.).
- WALDMANN BERNHARD, art. 49 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : WALDMANN, in : BaKomm, art. 49 Cst.).
- WALDMANN BERNHARD, Staatsrechtliche Herausforderungen, in : Uhlmann Felix/Höfler Stefan (édit.), Notrecht in der Corona-Krise – 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Zurich/St-Gall 2021 (cité : WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise).
- WILDHABER ISABELLE, Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund, S&R 2015, 170 ss.
- WILHELM MARTIN, Kantonales Notrecht : Bewährungsprobe bestanden ?, in : Lehner Irina/Rausch Caroline/Schneider Lea Ina/Stauffner Anna Elisa (édit.), Recht in der Krise, APARIUZ XXIII, Zurich 2022 (cité : WILHELM, in : Recht in der Krise).
- WILHELM MARTIN/UHLMANN FELIX, Herausforderungen für Parlamente in der Corona-Krise – Versuch eines Überblickes, Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires 2020, 4 ss (cité : WILHELM/ UHLMANN, Parlamente).
- WOHLERS WOLFGANG, art. 1 CP, in : Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4^e éd., Berne 2020 (cité : WOHLERS, in : Handkomm, art. 1 CP).
- WOHLERS WOLFGANG/HENEGHAN SEAN/PETERS RENA, Strafrecht in Zeiten der Pandemie – Der Einsatz strafrechtlichen Zwangs zur Bekämpfung normwidrigen Verhaltens in « ausserordentlichen » Lagen, Zurich/Bâle/Genève 2021 (cité : WOHLERS ET AL., Strafrecht in Zeiten der Pandemie).
- WYSS DAMIAN, Sicherheit und Notrecht – Ein Überblick über die Anwendung des Epidemengesetzes und das konstitutionelle Notrecht des Bundesrates in der Covid-19-Krise und im Allgemeinen, Jusletter du 25 mai 2020.

Bibliographie

- WYTTENBACH JUDITH, art. 165 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : WYTTENBACH, in : BaKomm, art. 165 Cst.).
- ZIELNIEWICZ AGATA, Zur stärkeren Beteiligung der Bundesversammlung in ausserordentlichen Lagen, Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires 2010, 24 ss.
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 2011, 261 ss (cité : ZÜND/ERRASS, Generalklausel).
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, RDS 2020, 69 (cité : ZÜND/ERRASS, Pandemie).

Travaux législatifs et autres documents

Confédération

Arrêté fédéral concernant la garantie fédérale de la constitution du futur canton du Jura du 28 septembre 1977 (FF 1977 III p. 266) (cité : Garantie Cst./JU [FF 1977 III 266]).

Avis du Conseil fédéral sur le Rapport du 27 janvier 2022 de la Commission des institutions politiques du Conseil national, concernant : Initiatives parlementaires. Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise, du 16 février 2022 (FF 2022 [38] 433) (cité : Avis Conseil fédéral sur le Rapport Commission CN droit de nécessité [FF 2022 433]).

Chancellerie fédérale, Législation dans le domaine des mesures contre le Covid-19 : aperçu (état le 13 mai 2020), disponible sur « https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/legislation/rapport_du_cf_concernant_lexercice_de_ses_compétences_en_matière_de_droit_de_nécessité_et_la_mise_en_oeuvre_des_motions_de_cocommissi_transmises_depuis_le_debut_de_la_crise_du_coronavirus.html » (consulté le 30 janvier 2022) (cité : Chancellerie fédérale, aperçu législation Covid-19).

COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES CN, Initiative parlementaire 20.437 « Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise », du 29 mai 2020 (cité : COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES CN, iv. pa. 20.437).

Département fédéral des affaires étrangères, Communiqué de presse, Collection du Musée Pouchkine : Le Conseil fédéral lève la saisie des tableaux du 16 novembre 2005, disponible sur « https://www.admin.ch/cp/f/437b71c6_1@fwsrvg.html » (consulté le 30 janvier 2023) (cité : Communiqué de presse Musée Pouchkine).

Département fédéral de justice et police, Communiqué de presse, Affaire Tinner : le Conseil fédéral maintient sa décision de détruire les documents du 1^{er} juillet 2009, disponible sur « <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2009/2009-07-013.html> » (consulté le 30 janvier 2023) (cité : Communiqué de presse Affaire Tinner).

GRÜNE FRAKTION, Initiative parlementaire 20.430 « Ordonnances de nécessité. Contrôle abstrait des normes », du 6 mai 2020 (cité : GRÜNE FRAKTION, iv. pa. 20.430).

Message concernant la loi fédérale sur des aides financières subsidiaires destinées au sauvetage des entreprises du secteur de l'électricité d'importance systémique et l'arrêté fédéral portant approbation d'un crédit d'engagement à cet effet du 18 mai 2022 (FF 2022 [99] 1183) (cité : Message aides financières [FF 2022 1183]).

Message concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp) du 3 décembre 2010 (FF 2011 [2] p. 291) (cité : Message LEp [FF 2011 291]).

Message concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse du 5 novembre 2008 (FF 2008 [48] p. 8027) (cité : Message renforcer le système financier [FF 2008 8027]).

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 (FF 1997 I [1] 1) (cité : Message Cst. [FF 1997 I 1]).

Projet de modification de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl) (Amélioration du fonctionnement du Parlement, notamment en situation de crise) (FF 2022 [30] p. 302) (cité : Projet modification LParl [FF 2022 302]).

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national concernant : Initiatives parlementaires. Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise, du 27 janvier 2022 (FF 2022 [30] p. 301) (cité : Rapport Commission CN droit de nécessité [FF 2022 301]).

Rapport de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales concernant : Affaire Tinner : gestion du dossier par le Conseil fédéral et légalité des mesures ordonnées, du 19 janvier 2009 (FF 2009 [27] p. 4493) (cité : Rapport Délégation Commissions de gestion, Affaire Tinner [FF 2009 4493]).

Rapport du Conseil fédéral concernant l'exercice de ses compétences en matière de droit de nécessité et la mise en œuvre des motions de commission transmises depuis le début de la crise du coronavirus, du 27 mai 2020, disponible sur « https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/legislation/rapport_du_cf_concernant_l'exercice_de_ses_compétences_en_matière_de_droit_de_nécessité_et_la_mise_en_œuvre_des_motions_de_commission_transmises_depuis_le_début_de_la_crise_du_coronavirus.html » (cité : Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité).

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au Postulat Malama 10.3045, « Sécurité intérieure. Clarification des compétences » du 2 mars 2012 (FF 2012 [17] p. 4161) (cité : Rapport Malama [FF 2012 4161]).

Réforme de la Constitution fédérale (BO tiré à part 1998 CE 1) (cité : Réforme Cst. [BO tiré à part 1998 CE 1]).

Réforme de la Constitution fédérale (BO tiré à part 1998 CN 1) (cité : Réforme Cst. [BO tiré à part 1998 CN 1]).

Réforme de la Constitution fédérale – Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérales du 21 novembre 1997 (FF 1998 I [6] p. 286) (cité : Projets Commissions révisions constitutionnelle [FF 1998 I 286]).

Cantons

AG

Botschaft des Regierungsrates (AG) du 13 décembre 2000, *Demokratiereform, Änderung der Kantonsverfassung und verschiedener Gesetze, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung* (cité : Botschaft des Regierungsrates [AG], *Demokratiereform*).

AI

Amtliche Bekanntmachung (AI), *Kantonale Volksabstimmung du 9 mai 2021, Ausarbeitung einer neuen Kantonsverfassung*, disponible sur « <https://www.ai.ch/politik/landsgemeinde/archiv-landsgemeinden/9-mai-2021> » (consulté le 17 février 2023) (cité : Amtliche Bekanntmachung [AI] *Volksabstimmung*).

- Entwurf neue Kantonsverfassung (AI) du 30 septembre 2022, Fassung Vernehmlassungsverfahren, disponible sur « <https://www.ai.ch/politik/standeskommission/kantonale-vernehmlassungen> » (consulté le 14 février 2023) (cité : Entwurf neue Cst./AI).
- Standeskommissionsbeschluss (AI) über ausserordentliche Urnenabstimmungen, Erläuternder Bericht du 9 juin 2020, disponible sur demande auprès de l'administration cantonale (cité : Rapport explicatif StKB Urnenabstimmungen/AI).
- Totalrevision Kantonsverfassung (AI), Entwurf für Vernehmlassungsverfahren, Erläuternder Bericht der Standeskommission du 30 septembre 2022, disponible sur « <https://www.ai.ch/politik/standeskommission/kantonale-vernehmlassungen> » (consulté le 14 février 2023) (cité : Erläuternder Bericht Totalrevision Cst./AI).
- Vorentwurf Staatsorganisationsgesetz (AI) du 30 septembre 2022, Begleitdokument Vernehmlassungsverfahren neue Kantonsverfassung, disponible sur « <https://www.ai.ch/politik/standeskommission/kantonale-vernehmlassungen> » (consulté le 14 février 2023) (cité : Vorentwurf Staatsorganisationsgesetz [AI]).

GL

- Memorial (GL) für die Landsgemeinde des Kantons Glarus, 1972, disponible sur le site internet du Archivinformationssystem Kanton Glarus « <https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/> » (consulté le 17 février 2023) (cité : Memorial Landsgemeinde [GL] 1972).
- Memorial (GL) für die Landsgemeinde des Kantons Glarus, 1987, disponible sur le site internet du Archivinformationssystem Kanton Glarus « <https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/> » (consulté le 17 février 2023) (cité : Memorial Landsgemeinde [GL] 1987).
- Memorial (GL) für die Landsgemeinde des Kantons Glarus, 1988, disponible sur le site internet du Archivinformationssystem Kanton Glarus « <https://archivverzeichnis.gl.ch/home/#/> » (consulté le 17 février 2023) (cité : Memorial Landsgemeinde [GL] 1988).
- Protokoll der Landsgemeinde (GL), du 7 mai 1972 (cité : Protokoll Landsgemeinde [GL] 1972).
- Protokoll der Landsgemeinde (GL), du 3 mai 1987 (cité : Protokoll Landsgemeinde [GL] 1987).
- Protokoll der Landsgemeinde (GL), du 1^{er} mai 1988 (cité : Protokoll Landsgemeinde [GL] 1988).

JU

- Décision du Gouvernement (JU) du 13 mars 2020, JO/JU n° 11, du 19 mars 2020, p. 199–200 (cité : Décision du Gouvernement [JU] [JO/JU 2020 n° 11 p. 199]).
- Décision du Gouvernement (JU) du 23 mars 2020, JO/JU n° 12, du 26 mars 2020, p. 219–220 (cité : Décision du Gouvernement [JU] [JO/JU 2020 n° 12 p. 219]).
- Débats parlementaires (JU) du 18 novembre 2020, concernant la Motion n° 1314 « Loi instituant le droit de nécessité », Journaux des débats 2020, disponibles sur demande auprès du Secrétariat du Parlement jurassien (cité : Débats parlementaires [JU] du 18 novembre 2020).
- COMTE PIERRE-ANDRÉ, Motion (JU) n° 1314 « Loi instituant le droit de nécessité », du 18 novembre 2020 (cité : COMTE, Motion n° 1314).
- Prise de parole de M. SAUCY JACQUES, JOAC/JU n° 12, p. 30 (cité : JOAC/JU 12).

Prise de parole de M. SAUCY JACQUES, JOAC/JU n° 6, p. 28 (cité : JOAC/JU 6).

Prise de parole M. SAUCY JACQUES, JOAC/JU n° 15, p. 7 (cité : JOAC/JU 15).

NE

GRUPE LIBÉRAL-RADICAL, Projet de loi n° 20.161 portant modification de la Loi sur l'organisation du Conseil d'État et de l'administration cantonale (Situation d'urgence), du 24 août 2020 (cité : GRUPE LIBÉRAL-RADICAL, Projet de loi 20.161).

SG

STAATSWIRTSCHAFTLICHE KOMMISSION (SG), Motion 42.21.06 « Handlungsfähigkeit des Kantonsrates sicherstellen », geänderter Wortlaut du 22 septembre 2021 (cité : STAATSWIRTSCHAFTLICHE KOMMISSION [SG], Motion 42.21.06).

TI

Consiglio di stato (TI), Messaggio 5785, concerne Legge sulla protezione della popolazione, du 9 mai 2006 (cité : Messaggio [TI] 5785, LProtPop/TI).

Consiglio di stato (TI), Messaggio 7893, concerne Covid-19 : misure e aspetti finanziari, du 1^{er} octobre 2020 (cité : Messaggio [TI] 7893, Covid-19).

Consiglio di stato (TI), Messaggio 7943, Rapporto del Consiglio di Stato sull'iniziativa parlamentare 24 maggio 2020 presentata nella forma generica da Sergio Morisoli e cofirmatari « Lo Stato di necessità quando è necessario », du 9 décembre 2020 (cité : Messaggio [TI] 7943, iniziativa parlamentare Stato di necessità).

Dipartimento delle istituzioni (TI), Messaggio 8216, Revisione della Legge sulla protezione della popolazione, du 14 décembre 2022 (cité : Messaggio [TI] 8216, Revisione LProtPop/TI).

MORISOLI SERGIO/GRUPPO UDC, Iniziativa parlamentare generica IG703 « Lo Stato di necessità quando è necessario », du 24 mai 2020 (cité : MORISOLI/GRUPPO UDC, iv. pa. IG703).

VS

Constituante (VS), Projet de Constitution après la deuxième lecture, octobre 2022, disponible sur « <https://www.vs.ch/fr/web/constituante> » (consulté le 30 janvier 2023) (cité : Constituante [VS], Avant-projet, 2^e lecture).

ZH

Protokoll des Zürcher Verfassungsrates (ZH), 16. Sitzung du 26 septembre 2002, Archives de l'État de Zurich (cité : Protokoll Zürcher Verfassungsrates).

GESCHÄFTSLEITUNG KANTONSRAT (ZH), Parlamentarische Initiative KR-Nr. 452/2022 « Notstandsgesetzgebung, gewappnet für neue Krisen », du 28 novembre 2022 (cité : GESCHÄFTSLEITUNG KANTONSRAT [ZH], iv. pa. KR-Nr. 452/2022).

ZG

Bericht und Antrag des Regierungsrates (ZG), Gesetz betreffend den Schutz der Bevölkerung (Bevölkerungsschutzgesetz), objet n°2891.1, du 18 décembre 2018, disponible sur « https://kr-geschaeft.zug.ch/dokumente/7817/2891-1-15835_Bev%C3%B6lkerungsschutz.pdf » (consulté le 17 février 2023) (cité : Bericht und Antrag des Regierungsrats [ZG], LProtPop/ZG).

Présentation du sujet

Certaines situations de crise demandent à l'État une réaction particulièrement rapide. Dans ces situations, la procédure législative, surtout dans un État démocratique, peut s'avérer trop lente¹. C'est pourquoi il est attribué des compétences spéciales aux pouvoirs étatiques, et en général au gouvernement, afin que celui-ci puisse réagir rapidement². Ces pouvoirs particuliers du gouvernement revêtent une importance fondamentale pour la capacité d'un État à gérer une situation de crise, mais ils créent aussi un écart majeur à la séparation des pouvoirs et au principe de la légalité, qui sont tous deux des principes fondamentaux des États de droit démocratiques³.

Par conséquent, la limitation et le contrôle des pouvoirs spéciaux du gouvernement sont aussi importants que l'existence de ceux-ci⁴. Il y a plusieurs manières par lesquelles le contrôle et la limitation de ces pouvoirs peuvent se faire, et l'une d'entre elles est la réglementation dans une disposition de droit adoptée dans le respect de la procédure ordinaire⁵. C'est ce que prévoit le droit suisse en établissant dans le droit ordinaire les compétences du gouvernement pour le droit d'urgence, tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal.

Par droit d'urgence, on entend le droit édicté sur la base d'une compétence spéciale permettant de prendre des mesures ou d'adopter des normes de droit afin de faire face à des situations extraordinaires. Le critère déterminant est le fait que la compétence n'est pas donnée en temps ordinaire. Il faut donc une situation créant le besoin pour l'État de réagir rapidement, ce qui justifie que l'on s'écarte de la procédure législative ordinaire. Pour l'examen de la présente thèse, nous avons choisi le droit d'urgence du gouvernement, car celui-ci est particulièrement intéressant au regard des changements dans la séparation des pouvoirs et l'exception au principe de la légalité qu'il implique.

Nous avons décidé d'examiner les limites matérielles à ce droit d'urgence, c'est-à-dire les aspects qui restreignent la marge de manœuvre du gouvernement concernant les mesures qu'il peut prendre et leur contenu. Ces limites se distinguent des

¹ BASILIEN-GAINCHE, p. 237.

² BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 12.

³ BASILIEN-GAINCHE, p. 23.

⁴ BASILIEN-GAINCHE, p. 235.

⁵ BASILIEN-GAINCHE, p. 238 ; BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, nos 13–28.

limites formelles telles que les délais de validité ou les obligations d'information qui ne limitent pas le contenu. Les limites matérielles se distinguent également des conditions pour l'utilisation de la compétence d'urgence qui, elles, définissent dans quelles circonstances le gouvernement est autorisé à faire usage de sa compétence. La question des limites matérielles en droit suisse consiste principalement à savoir si le droit d'urgence du gouvernement doit respecter le droit ordinaire, y compris la constitution, et s'il est limité à la protection de certains biens juridiques.

- 5 Au niveau de la Confédération, le droit d'urgence du gouvernement est prévu par l'art. 185 al. 3 Cst. Cette disposition permet au Conseil fédéral d'édicter des ordonnances ou de prendre des décisions en se basant directement sur celle-ci. Il peut le faire dans le but de « parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ». On trouve au niveau cantonal des dispositions similaires octroyant des compétences de droit d'urgence au gouvernement, dispositions contenant parfois quelques variantes.
- 6 L'examen sera limité aux compétences octroyées sous la forme d'une clause générale, c'est-à-dire une disposition permettant au gouvernement de prendre des mesures dans des domaines qui ne sont pas précisément délimités. Nous nous intéresserons aux dispositions qui peuvent être considérées comme des expressions de la clause générale de police. C'est cet aspect général qui rend le sujet particulièrement intéressant, car le gouvernement dispose alors, exceptionnellement, de pouvoirs législatifs larges, ce qui crée un écart à la répartition usuelle des pouvoirs.
- 7 Nous laisserons de côté l'examen de l'art. 184 al. 3 Cst. qui a été utilisé par le passé simultanément à l'art. 185 al. 3 Cst. Comme pour ce dernier, l'art. 184 al. 3 Cst. permet au Conseil fédéral d'adopter des ordonnances ou de prendre des décisions en se basant directement sur la disposition constitutionnelle. La différence de l'art. 184 al. 3 Cst. est qu'il se limite à la politique étrangère et que l'article ne comporte pas d'élément d'urgence⁶. Cette disposition n'est donc généralement pas considérée comme une clause générale de police⁷.
- 8 Au niveau fédéral, il existe des compétences d'urgence non écrites en faveur du Conseil fédéral que l'on désigne en doctrine comme du droit d'urgence extra-constitutionnel⁸. Ce droit d'urgence se situe en dehors de la Constitution fédérale et peut être utilisé dans des cas d'extrême nécessité⁹. On considère qu'il s'agit de

⁶ Cf. SCHWENDIMANN ET AL., in : SGKomm, art. 184 Cst., n° 21.

⁷ Cf. p. ex. RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n°s 494–497.

⁸ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 117.

⁹ RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n° 578.

situation de *réel* état d'urgence dans le sens où c'est l'existence même de l'État qui est mise en danger¹⁰. Il a été fait usage de ce mécanisme pendant la Première et la Seconde Guerre mondiale¹¹. L'examen dans cette thèse sera limité au droit d'urgence écrit, c'est-à-dire au droit d'urgence intraconstitutionnel, car c'est la forme de droit d'urgence qui est régulièrement utilisé en pratique en Suisse.

9
Finalement, il faut mentionner que le droit d'urgence du gouvernement fait l'objet de débat quant à sa dénomination¹². On peut trouver pour le désigner l'expression de mesures ou d'ordonnance de police, qui vient du fait qu'il s'agisse d'une expression de la clause générale de police¹³. Néanmoins, cette dénomination est critiquée, car la question de savoir si la protection du droit d'urgence ne couvre que des biens de police est controversée au niveau fédéral, et la protection n'est pas toujours limitée à ce type de biens au niveau cantonal¹⁴.

10
On trouve couramment l'appellation de droit de nécessité ou d'ordonnance de nécessité, ce qui correspond à l'expression usuelle en allemand de *Notrecht* ou *Notverordnungen*¹⁵. Nous avons décidé d'utiliser la dénomination de droit d'urgence pour cette thèse, car le critère déterminant pour la délimitation de notre sujet est celui de la condition d'une situation d'urgence. En effet, c'est parce que le temps manque que le gouvernement est autorisé à prendre des mesures en s'écarrant du principe de la légalité. Les autres aspects du droit d'urgence peuvent varier selon la réglementation en question.

¹⁰ TRÜMPLER, n^{os} 199–200.

¹¹ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 117.

¹² Pour une analyse détaillée à ce sujet, cf. TRÜMPLER, n^{os} 1–41.

¹³ RECHSTEINER, *Polizeiliche Generalklausel*, p. 143.

¹⁴ Cf. infra Chapitre 1 et Chapitre 5.

¹⁵ P. ex. Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301) ; LEHNER, p. 47.

Première partie :

**Limites matérielles au droit d'urgence
du Conseil fédéral**

Chapitre 1 : Limites découlant de l'art. 185 al. 3 Cst.

I. Introduction

Le Conseil fédéral a la compétence d'édicter des ordonnances et de prendre des 11
décisions d'urgence en se basant directement sur l'art. 185 al. 3 Cst. Le texte de
l'art. 185 al. 3 Cst. a la teneur suivante : « Il [le Conseil fédéral] peut s'appuyer
directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des déci-
sions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement
l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Ces ordonnances
doivent être limitées dans le temps. »

À la lecture de l'art. 185 al. 3 Cst., on peut constater que, outre la limitation tempo- 12
relle des ordonnances, l'article contient plusieurs conditions concernant la compé-
tence pour le Conseil fédéral d'édicter du droit d'urgence sur cette base. Elles sont
exprimées par la partie de l'article « en vue de parer à des troubles existants ou
imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité
intérieure ». La doctrine résume cette phrase en plusieurs éléments et en parle
comme des conditions pour l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst.¹⁶. Ces éléments sont
l'existence d'une situation exceptionnelle, une urgence matérielle et une urgence
temporelle¹⁷.

Il est intéressant d'analyser les mesures prises concrètement et de se demander si 13
elles peuvent faire l'objet du droit d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst., et non
de chercher à savoir si le Conseil fédéral est compétent dans une situation donnée.
Une situation concrète peut justifier la compétence du Conseil fédéral d'édicter du
droit d'urgence, mais les mesures, ou une partie de celles-ci, considérées séparé-
ment, peuvent ne pas respecter les limites de l'art. 185 al. 3 Cst.

En ce qui concerne ces limites, le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. ne spécifie pas si 14
le droit d'urgence du Conseil fédéral doit rester dans le cadre constitutionnel ou
légal. Néanmoins, sa formulation indique que le droit d'urgence doit poursuivre
un certain but. En effet, l'expression « en vue de », respectivement « *um...zu* » en

¹⁶ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n°s 62 et 67 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 140.

¹⁷ GONIN, Droit constitutionnel, n°s 3228–3233 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n°s 62–67 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 18 ss.

allemand et « *per* » en italien, donne la direction que doivent prendre les mesures d'urgence¹⁸.

- 15 Si l'on s'en tient au texte, le Conseil fédéral peut prendre uniquement des mesures respectant le but décrit par l'art. 185 al. 3 Cst. Par conséquent, le droit d'urgence et les mesures qu'il contient doivent servir à « parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ». Ainsi, ce que la doctrine retient comme des conditions d'application de l'art. 185 al. 3 Cst. correspond également aux limites matérielles du droit d'urgence.
- 16 D'après l'art. 185 al. 3 Cst, le but à poursuivre se décompose en deux aspects. Le premier concerne les troubles qu'il s'agit d'écarter. Cela correspond à ce que la doctrine retient comme les conditions de l'urgence matérielle et temporelle. Le second aspect concerne l'objet menacé par les troubles, c'est-à-dire l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. On parle à ce sujet des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. Ce point est particulièrement controversé en doctrine¹⁹.

II. Protection contre certains troubles

- 17 Les mesures prises dans du droit d'urgence doivent servir à « parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement » les biens protégés²⁰. Le contenu de la mesure est donc limité à la protection contre certains troubles, suffisamment concrets et d'une intensité particulière²¹.
- 18 La menace doit être grave, ce qui suppose une importance au-delà de ce qui est normal, usuel ou régulier²². Ici, c'est l'intensité du danger qui est centrale²³. C'est ce qu'on appelle, en doctrine, la condition de l'urgence matérielle²⁴. Le danger

¹⁸ Dans ce sens, MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1650.

¹⁹ Cf. infra Chapitre 1 : III.

²⁰ Art. 185 al. 3 Cst.

²¹ GONIN, Droit constitutionnel, n° 3230 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 19.

²² KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 32 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 19 ; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, p. 292.

²³ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 128.

²⁴ P. ex. TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1672.

dont il est question doit avoir le potentiel de causer des dommages considérables²⁵. L'examen de cette condition doit se faire au vu des circonstances au moment où la mesure a été prise²⁶.

Ensuite, le trouble doit être existant ou imminent, ce qui correspond à la condition 19 de l'urgence temporelle²⁷. Le danger doit être assez urgent pour exiger une réaction rapide, qui justifie l'utilisation du droit d'urgence à la place de la procédure législative ordinaire²⁸. Il peut être difficile, au moment de la prise des mesures, de déterminer si la menace est réellement urgente temporellement parlant²⁹. Toutefois, les mesures ne doivent pas être prises si l'on dispose du temps nécessaire pour que l'Assemblée fédérale prenne les mesures en question³⁰. Cela signifie que les mesures prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. sont subsidiaires aux mesures de droit ordinaire³¹.

Elles ne doivent pas non plus être adoptées si elles sont fondées sur la simple 20 crainte d'une évolution négative. Un danger potentiel ne suffit pas, il doit être hautement probable³². Le danger en question doit donc être suffisamment concret, ce qui signifie qu'une détérioration des biens protégés est certaine ou hautement probable d'après les circonstances³³. Pour les détails sur ces questions, on peut se référer à la jurisprudence et à la doctrine relatives à la clause générale de police de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst.³⁴.

Les exigences d'une urgence matérielle et temporelle ont été ajoutées par les 21 Chambres fédérales lors de la révision de la Constitution fédérale afin de préciser dans quelles circonstances le Conseil fédéral pouvait intervenir³⁵. L'exigence de l'urgence n'est pas contestée en doctrine et le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. ne laisse

²⁵ KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 32 ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 58.

²⁶ RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 450.

²⁷ P. ex. GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 65.

²⁸ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1863 ; TRÜMLER, n° 285.

²⁹ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 128.

³⁰ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10.

³¹ Nous nous rattachons en cela à BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10a ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 84 ; ZÜND/ERRASS, Generalklausel, p. 292.

³² KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 33 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 128.

³³ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 83 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 19.

³⁴ P. ex. ATF 137 II 431.

³⁵ Projets Commissions révisions constitutionnelle (FF 1998 I 286), p. 73.

pas de doute sur celle-ci³⁶. Elle va dans le sens du but du droit d'urgence, qui est d'intervenir lorsque la situation demande une réaction rapide, ce que le droit ordinaire ne permet pas, car la procédure législative serait trop lente.

- 22 Il découle de ce qui précède que le droit d'urgence ne doit contenir que des mesures urgentes. Toutes les mesures qui ne sont pas suffisamment urgentes doivent être prises par d'autres moyens. Il en va de même pour la gravité du danger : les mesures prises doivent servir à écarter une menace grave, et pas n'importe quelle menace. Ce qui signifie que le Conseil fédéral doit laisser la responsabilité des mesures qui ne remplissent pas la condition d'urgence ou celle de la gravité de la menace à l'Assemblée fédérale, qui dispose aussi de compétences d'urgence³⁷. Il faut donc que cette dernière prenne ses responsabilités en situation d'urgence et ne se retire pas du plan politique.
- 23 Certains auteurs soulignent que les conditions de l'urgence temporelle et matérielle sont devenues les seules, d'un point de vue pratique, à délimiter les compétences du Conseil fédéral, car la notion des biens protégés est devenue très large³⁸. Cela permettrait au Conseil fédéral d'avoir une marge de manœuvre importante et donc de pouvoir agir afin de protéger d'autres biens juridiques que ceux prévus, tout en étant limité de manière que sa compétence reste une compétence d'urgence et exceptionnelle³⁹. À noter qu'on trouve parfois en doctrine une confusion entre la condition de l'urgence matérielle, c'est-à-dire de la gravité de la menace, et la condition de l'importance des biens protégés⁴⁰.

³⁶ P. ex. KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 32 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 30.

³⁷ Concernant les compétences d'urgence de l'Assemblée fédérale, cf. RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n° 133 ss et 208 ss.

³⁸ SCHOTT/KÜHNE, p. 438.

³⁹ SCHOTT/KÜHNE, p. 438.

⁴⁰ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 64 ; WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 19, « la mise en danger doit atteindre une certaine ampleur, dans le fait notamment qu'un bien juridique fondamental est menacé de manière existentielle ou du moins dans une mesure considérable ».

III. Protection de certains biens

A. Évolution de la compréhension des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst.

1. En général

Le second aspect du but que doivent poursuivre les mesures de droit d'urgence est celui des biens touchés par les troubles que l'on vient d'examiner. En effet, d'après le texte de l'art. 185 al. 3 Cst., les troubles que l'on cherche à parer doivent menacer l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. On parle à ce sujet des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst.⁴¹ Il est donc important de définir ce que comprend la protection de l'ordre public et de la sécurité extérieure et intérieure. 24

La doctrine est particulièrement divisée sur cette question. La compréhension de ce qui fait partie de l'ordre public et de la sécurité a beaucoup évolué ces dernières années. La pratique du Conseil fédéral lors de la pandémie de Covid-19, au printemps 2020, a ravivé les controverses à ce sujet en élargissant considérablement la compréhension de cette question⁴². C'est pourquoi nous commencerons par présenter l'évolution de la compréhension des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst., avant d'analyser juridiquement la disposition et de tenter de savoir laquelle de ces positions est la plus juste⁴³. 25

2. Protection des biens de police

Le premier courant doctrinal sur la question des biens protégés reste proche du texte de l'art. 185 al. 3 Cst. Il interprète la norme restrictivement en considérant que seuls les biens de police, compris traditionnellement, peuvent faire l'objet de mesures au sens de l'art. 185 al. 3 Cst⁴⁴. En effet, les notions d'ordre public et de sécurité sont en général l'expression classique des biens de police⁴⁵. D'après la compréhension traditionnelle et l'expression jurisprudentielle consacrée, les biens 26

⁴¹ P. ex. SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 75.

⁴² GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 117.

⁴³ Cf. infra Chapitre 1 : III. B.

⁴⁴ P. ex. HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1867b.

⁴⁵ KLEY, in : Staatsrecht, § 25, n°s 47 et 49 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1672 ; KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 36 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 122 ; GÄCHTER, Selbständiges Verordnungsrecht, p. 246.

de police comprennent la protection de la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publiques, ainsi que la bonne foi en affaires⁴⁶.

- 27 Cette position doctrinale se justifie par un besoin de limiter le changement de répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ainsi que de limiter l'amoindrissement du principe de légalité qui s'opère lors de l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst.⁴⁷ En effet, le Conseil fédéral devient compétent pour édicter des normes de droit, y compris des normes importantes devant être réglées, en situation ordinaire, dans des lois fédérales, comme il est prescrit par l'art. 164 Cst⁴⁸. Un tel changement dans les principes de l'État de droit ne peut être justifié que par des raisons exceptionnelles et donc par la mise en danger de biens particulièrement importants⁴⁹. Ainsi, une interprétation restrictive de l'art. 185 al. 3 Cst. est nécessaire⁵⁰.

3. Protection indirecte des biens de police

- 28 Un développement important au sujet des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. a eu lieu dans le cas de la recapitalisation de l'UBS⁵¹. En octobre 2008, le Conseil fédéral édicte une ordonnance d'urgence basée à la fois sur l'art. 184 al. 3 Cst. et sur l'art. 185 al. 3 Cst. dans laquelle il décide la recapitalisation de la banque à l'aide de fonds étatiques⁵². Cette ordonnance a été critiquée en doctrine, car elle sert à protéger un bien économique et non un bien de police et par conséquent la condition de la protection de la sécurité et de l'ordre public n'était pas remplie⁵³.
- 29 Cependant, il a été argumenté que les mesures prises étaient nécessaires afin de conserver la paix intérieure, car l'effondrement d'un acteur économique aussi important que l'UBS aurait conduit à des troubles importants pour l'ensemble du

⁴⁶ ATF 110 Ia 99, consid. 5a) ; ATF 119 Ia 41, consid. 4a) ; MALINVERNI ET AL., vol. II, n° 221 ; KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 36 ; MÜLLER/JENNI, p. 13. Pour les développements jurisprudentiels plus récents, cf. infra Chapitre 1 : III. A. 3.

⁴⁷ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 76 ; MÜLLER/JENNI, p. 13.

⁴⁸ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 89.

⁴⁹ MÜLLER/JENNI, p. 13–14 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 123–124.

⁵⁰ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 9 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 123–124.

⁵¹ Pour plus de développement sur cette affaire, cf. SCHOTT/KÜHNE, p. 432 ss ; TRÜMLER, n°s 405–448.

⁵² Ordonnance UBS SA ; Message renforcer le système financier (FF 2008 8027).

⁵³ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1867b ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 218 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 142.

pays⁵⁴. La mesure était nécessaire, car elle protégeait indirectement des biens de police⁵⁵. Il s'ensuit qu'une partie de la doctrine reconnaît qu'un bien économique peut constituer, dans certains cas, un danger indirect pour la sécurité et l'ordre public⁵⁶.

Un second développement important a eu lieu à la suite de la jurisprudence, très 30 débattue en doctrine, du Tribunal fédéral concernant une décision de la FINMA obligeant l'UBS à transmettre des données au sujet de ses clients au Département de Justice des États-Unis⁵⁷. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral interprète les biens de police largement en reconnaissant que, selon les cas, la protection de buts économiques tels que la protection des marchés financiers ou la stabilité économique peut correspondre à la protection de biens de police⁵⁸. En effet, selon l'importance de la protection de nature économique, la mesure constitue une mesure de police économique plutôt qu'une mesure de politique économique – cette dernière ne pourrait pas justifier l'utilisation de la clause générale de police – cela, car les biens de police classiques que sont la propriété et la bonne foi sont en danger⁵⁹.

Cette jurisprudence élargit la définition de la protection des biens de police, en 31 considérant que, dans certaines circonstances, la protection de certains biens économiques peut correspondre à la protection de biens de police. Mais elle garde comme ancrage ces derniers en démontrant un lien relativement direct avec ceux-ci. Cette argumentation a parfois été comprise comme étant une possibilité d'utiliser l'art. 185 al. 3 Cst. pour la protection de biens économiques, sans prendre en compte le rattachement à la protection des biens de police. En effet, certains auteurs considéraient que les mesures prises étaient appropriées et souhaitables et que la protection de l'art. 185 al. 3 Cst. devait aller au-delà des biens de police⁶⁰. À l'inverse, une autre partie de la doctrine considérait que la nouvelle interprétation permettait des mesures trop larges dépassant l'interprétation possible de la

⁵⁴ Message renforcer le système financier (FF 2008 8027), p. 8044.

⁵⁵ TRÜMLER, n° 426.

⁵⁶ SCHOTT/KÜHNE, p. 438.

⁵⁷ ATF 137 II 431, faits C ; pour plus de développements sur cet arrêt et un examen des autres points controversés, cf. p. ex. BIAGGINI, Polizeiliche Generalklausel. Arrêt à ne pas confondre avec l'ordonnance UBS SA.

⁵⁸ ATF 137 II 431, consid. 4.1.

⁵⁹ ATF 137 II 431, consid. 4.1.

⁶⁰ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 114 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 140–141 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 22.

norme⁶¹. D'après cette position, l'argumentation du Tribunal fédéral considérant les mesures en question comme des mesures de police économique ne serait pas convaincante, car il s'agirait en vérité de mesures de politique économique⁶².

- 32 Dans tous les cas, cette jurisprudence a soulevé la question de la protection indirecte d'un bien de police⁶³. En effet, l'acceptation du Tribunal fédéral selon laquelle, dans certains cas, la protection d'un bien économique serait possible car elle correspond à la protection d'un bien de police signifie qu'il est possible de protéger un bien de police indirectement. LIENHARD ET ZIELNIEWICZ considèrent sur ce point que la chaîne de réaction qu'une protection indirecte peut provoquer doit être arrêtée par un lien de causalité étroit⁶⁴. La signification concrète de ceci reste à déterminer. BRUNNER ET AL. proposent de le déterminer dans le cas concret⁶⁵. Il s'agit de minces indices, la limite pourrait donc être extrêmement flexible en fonction de l'argumentation choisie.

4. Protection de biens juridiques importants

- 33 Par la suite, un courant doctrinal a remis en question la compréhension de la protection possible de l'art. 185 al. 3 Cst. comme se limitant aux biens de police. Il la considère tout simplement comme trop étroite, trop restrictive et ne permettant pas au Conseil fédéral d'agir efficacement⁶⁶. La protection de cet article doit être plus large, et couvrir d'autres biens importants pour les individus et la collectivité, sans qu'ils fassent nécessairement partie des biens de police⁶⁷. Selon cette doctrine, l'art. 185 al. 3 Cst. devrait couvrir des intérêts considérés essentiels par la société contemporaine, tels que l'écologie ou le réseau d'information et de communica-

⁶¹ MÄRKLI, p. 61.

⁶² HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1867b.

⁶³ Cf. LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 126 s.

⁶⁴ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 126 s.

⁶⁵ BRUNNER ET AL., p. 695.

⁶⁶ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 78 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 141 ; TRÜMPLER, n° 289 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 22 ; WYSS, n° 16.

⁶⁷ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 78 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 140–141 ; TRÜMPLER, n° 289 ; WYSS, n° 16.

tion⁶⁸. Les biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. devraient ainsi être interprétés de manière extensive et prospective⁶⁹.

Cette doctrine se justifie par un besoin d'agir en cas d'urgence afin de protéger les biens mis en danger. Vu l'importance de pouvoir agir rapidement dans certaines circonstances, une pesée de l'ensemble des intérêts devrait dominer le critère des biens à protéger⁷⁰. De plus, un inconvénient de la limitation aux biens de police est que celle-ci ne permet pas de prendre en compte les obligations positives et le caractère préventif de certains droits fondamentaux⁷¹. 34

En conséquence, cette doctrine procède à une interprétation large des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. Elle soutient que la notion de sécurité a évolué et que celle-ci, dans sa compréhension moderne, plus large que sa notion initiale, comprend des aspects sociaux et économiques⁷². On peut donc en déduire une dimension universelle, prospective et politique⁷³. Certains auteurs reconnaissent également à cet article une dimension politique en plus de la dimension de police⁷⁴. Par conséquent, les biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. vont au-delà des biens de police⁷⁵. À noter néanmoins que l'on conserve ici une notion d'importance et un lien avec la notion de sécurité. 35

5. Protection de tous les biens juridiques ?

Finalement, l'importance du droit d'urgence selon l'art. 185 al. 3 Cst. a fondamentalement changé lors de la pandémie de Covid-19 au printemps 2020⁷⁶. En 36

⁶⁸ TRÜMPLER, n° 282.

⁶⁹ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 79 ; SCHOTT/KÜHNE, p. 438 ; TRÜMPLER, nos 282 et 286 ; WYSS, n° 17.

⁷⁰ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 78 ; BRUNNER ET AL., p. 695 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n° 10.

⁷¹ BRUNNER ET AL., p. 695 ; WYSS, n° 19.

⁷² BRUNNER ET AL., p. 695 ; TRÜMPLER, n° 282 ; TRÜMPLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 32 ; WYSS, n° 16.

⁷³ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 79.

⁷⁴ BRUNNER ET AL., p. 695 ; WYSS, n° 11.

⁷⁵ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 79 ; SCHOTT/KÜHNE, p. 438 ; TRÜMPLER, nos 282 et 286.

⁷⁶ Cf. KLEY, in : Staatsrecht, § 25, n° 48 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 141.

effet, pour faire face à cette situation exceptionnelle, le Conseil fédéral a édicté un nombre considérable d'ordonnances d'urgence créant un cas sans précédent⁷⁷.

- 37 Les mesures concernant directement la santé publique ont été prises sur la base de la LEp qui donne les compétences nécessaires au Conseil fédéral dans ce domaine⁷⁸. Cette première série de mesures très restrictives, appelées « mesures primaires », a affaibli considérablement le bon fonctionnement social et économique du pays⁷⁹. Pour atténuer ces conséquences, le Conseil fédéral a pris d'autres mesures, appelées « mesures secondaires »⁸⁰. Ces mesures secondaires ont été édictées dans des ordonnances principalement basées sur l'art. 185 al. 3 Cst.⁸¹. Elles sont nombreuses, ont été modifiées plusieurs fois lors du printemps 2020, et contiennent des mesures diverses, touchant à beaucoup de domaines différents⁸².
- 38 En conséquence, l'utilisation des ordonnances d'urgence par le Conseil fédéral, qui avait été jusqu'alors extrêmement rare, est devenue courante pendant cette période. Cependant, la quantité d'ordonnances d'urgence n'est pas problématique en tant que telle, la question soulevée est plutôt celle des buts poursuivis par les mesures secondaires qui ne correspondent pas à la protection de biens de police. Cette pratique ravive la question de la protection de biens économiques et de la protection d'autres biens juridiques.
- 39 La variété des mesures prises sur la base de la compétence d'urgence de l'art. 185 al. 3 Cst. est si large que certains auteurs parlent de cet article comme étant devenu une clause générale de bien-être, afin de souligner le fait que certaines mesures n'ont plus de rapport avec des mesures de police⁸³. Ceci est critiqué par une partie de la doctrine, qui considère que la pratique du Conseil fédéral s'écarte trop du texte constitutionnel pour pouvoir être conforme à celui-ci⁸⁴. Certains auteurs ne sont critiques qu'envers certaines mesures, car ils considèrent que seules certaines

⁷⁷ Chancellerie fédérale, aperçu législation Covid-19.

⁷⁸ Concernant les compétences du Conseil fédéral sur la base de la LEp, cf. KLEY, *Staatsrechtliches Lehrstück* ; STÖCKLI, *Pandemiezeiten*, p. 18 ss.

⁷⁹ BRUNNER ET AL., p. 694 ; KUSTER, n° 18.

⁸⁰ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 32 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 7 ; WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 17–18.

⁸¹ BIAGGINI, *Kritik*, p. 253–254 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 7.

⁸² GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 117.

⁸³ BIAGGINI, *Kritik*, p. 257, « *Wohlfahrtsstaats-Generalklausel* » ; BRUNNER ET AL., p. 694 ; CARONI/SCHMID, p. 714.

⁸⁴ GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 123 ; BIAGGINI, *Kritik*, p. 257 ss.

d'entre elles vont trop loin pour faire partie de ce qui peut être protégé par le droit d'urgence⁸⁵. Plusieurs auteurs considèrent qu'il était juste d'agir pendant la pandémie de Covid-19, sur la base de la responsabilité de l'État ou d'un devoir de protection de celui-ci⁸⁶. Les mesures paraissaient nécessaires, même lorsqu'elles ne protégeaient pas un bien de police⁸⁷. Il faudrait dans tous les cas procéder à une pesée des intérêts en présence⁸⁸, et n'exiger que l'existence d'un intérêt public prépondérant⁸⁹.

40
Finalement, la Commission des institutions politiques du Conseil national a rendu un rapport concernant notamment l'usage du droit d'urgence du Conseil fédéral. Le rapport considère que la position selon laquelle l'art. 185 al. 3 Cst. est limité à la protection de biens de police ne correspond ni à ce qu'a voulu le constituant ni à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁰. La Commission argumente également qu'il aurait été contraire à la volonté du constituant de ne pas prendre les mesures nécessaires pour aider les personnes touchées sur le plan économique et social, qu'il aurait été intolérable de laisser ces personnes sans aide de l'État et d'attendre pour cela que l'Assemblée fédérale adopte une loi urgente⁹¹. La Commission conclut en disant qu'elle renonce à une définition plus stricte de l'art. 185 al. 3 Cst.⁹².

41
Ainsi, la pratique relative aux biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. a beaucoup changé et le changement le plus important est récent. Bien que cette pratique soit acceptée assez largement, il est difficile de savoir si elle a un effet préjudiciel ou si elle se limitera à la situation particulière de la pandémie de Covid-19. La dernière ordonnance basée sur l'art. 185 al. 3 Cst., datant du 5 septembre 2022, est l'OFiEl qui concerne l'approvisionnement en électricité de la Suisse⁹³. Comme son nom l'indique, cette ordonnance reprend le critère de l'importance systémique, déve-

⁸⁵ MÄRKLI, p. 61 ; dans ce sens également, BRUNNER ET AL., p. 695.

⁸⁶ KUSTER, n° 19 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n° 10 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 33.

⁸⁷ BRUNNER ET AL., p. 695 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n°s 32–33.

⁸⁸ KUSTER, n° 18.

⁸⁹ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 78 ; KUSTER, n° 18.

⁹⁰ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 55.

⁹¹ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 55.

⁹² Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 54 ss.

⁹³ Art. 1 al. 1 OFiEl.

loppé lors du cas de l'UBS et dans la jurisprudence FINMA, présentés précédemment⁹⁴.

- 42 La question de savoir quels biens juridiques peuvent être protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. reste donc entière. Il est avant tout important de savoir si une interprétation plus large que la compréhension classique des biens à protéger permet de couvrir n'importe quels biens juridiques ou s'il y a une limite à ce qui peut être protégé par l'art. 185 al. 3 Cst.

B. Analyse : quels biens peuvent être protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. ?

1. Notions d'ordre public, de sécurité extérieure et de sécurité intérieure

- 43 Pour commencer, il convient de rester proche du texte et d'examiner ce qui peut être compris dans les notions d'ordre public, de sécurité extérieure et de sécurité intérieure mentionnées par l'art. 185 al. 3 Cst. Ces notions sont abstraites et nécessitent une interprétation. C'est ce besoin d'interprétation qui conduit à la controverse doctrinale concernant les biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst.
- 44 La protection de l'ordre public est reconnue, surtout dans le cadre de la clause générale de police de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst., comme signifiant la protection des biens de police⁹⁵. Ce qui est compris comme biens de police peut évoluer comme l'a montré la jurisprudence du Tribunal fédéral présentée précédemment⁹⁶. Selon l'expression traditionnelle, la protection de l'ordre public vise à assurer « la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques, ainsi que la bonne foi en affaires »⁹⁷. Ces termes comprennent à leur tour plusieurs aspects de la vie commune. Par exemple, la tranquillité publique peut englober tout ce qui concerne la tranquillité de la population, la nuit et les jours fériés⁹⁸.

⁹⁴ Cf. art. 1 al. 2 et art. 2 OFiEl ; cf. supra Chapitre 1 : III. A. 3.

⁹⁵ DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. I, n° 649 ; HÄFELIN ET AL., *Bundesstaatsrecht*, n° 312 ; HÄFELIN ET AL., *Verwaltungsrecht*, n° 2549 ; MALINVERNI ET AL., vol. II, n° 221 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 123.

⁹⁶ Cf. supra Chapitre 1 : III. A. 3.

⁹⁷ ATF 97 I 499, consid. 4b ; ATF 110 Ia 99, consid. 5a) ; HÄFELIN ET AL., *Verwaltungsrecht*, nos 2546–2561 ; HALLER ET AL., n° 1143 ; MÜLLER/JENNI, p. 13 ; ZÜND/ERRASS, *Pandemie*, p. 271.

⁹⁸ HÄFELIN ET AL., *Verwaltungsrecht*, n° 2551.

Quant à la notion de sécurité, elle n'est pas une notion uniforme n'ayant qu'une seule définition. Au contraire, son utilisation dans la Constitution fédérale varie et, par conséquent, sa compréhension aussi, dépendant du contexte dans lequel elle se trouve⁹⁹. C'est donc une notion très évolutive¹⁰⁰. Elle peut être comprise, dans son sens traditionnel, comme concernant la protection de l'État et de ses institutions et, dans un sens plus récent, comme concernant la protection des individus, de leurs biens et besoins fondamentaux¹⁰¹. En prenant en compte ces deux définitions, on arrive à la conclusion que la sécurité comprend tant la protection des biens juridiques des individus que la protection des biens communs¹⁰². 45

Dans tous les cas, la sécurité a pour objet des situations de troubles qui sont qualifiés et touchent la politique étatique, tout trouble de l'ordre public ne constituant pas une menace à la sécurité¹⁰³. La protection de cette dernière peut comprendre, par exemple, la protection des institutions étatiques, la préservation de la société ou la protection de normes à la base de la paix commune¹⁰⁴. En ce qui concerne l'origine de la menace, elle peut être diverse, telle que politique, militaire, économique ou écologique¹⁰⁵. 46

La distinction entre la sécurité extérieure et la sécurité intérieure se fait principalement quant à la source du danger¹⁰⁶. À noter cependant que la distinction entre ces deux aspects de la sécurité est considérée comme désuète, car la plupart des sources de dangers ne peuvent plus, de nos jours, être séparées comme provenant uniquement de l'extérieur ou de l'intérieur du pays¹⁰⁷. 47

En résumé, les notions d'ordre public et de sécurité sont des notions vagues et larges qui nécessitent une concrétisation. Il est reconnu que ce sont des notions qui 48

⁹⁹ MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, nos 2–3 ; DIGGELMANN/ALTWICKER, in : *BaKomm*, art. 57 Cst., n° 11.

¹⁰⁰ DIGGELMANN/ALTWICKER, in : *BaKomm*, art. 57 Cst., n° 9.

¹⁰¹ MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n° 2 ; DIGGELMANN/ALTWICKER, in : *BaKomm*, art. 57 Cst., n° 9.

¹⁰² MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n° 2.

¹⁰³ MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n° 4.

¹⁰⁴ *Message Cst.* (FF 1997 I 1), p. 406 (au sujet de l'actuel art. 173 al. 1) ; MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n° 4.

¹⁰⁵ GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 14 ; KÜNZLI, in : *BaKomm*, art. 185 Cst., n° 11 ; SAXER, in : *SGKomm*, art. 185 Cst., n° 19.

¹⁰⁶ BIAGGINI, in : *Staatsrecht*, § 19, n° 47 ; SAXER, in : *SGKomm*, art. 185 Cst., n° 18.

¹⁰⁷ MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n° 5 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 122.

évoluent au fil du temps et peuvent avoir une signification différente selon ce que l'époque considère comme faisant partie de la sécurité et de l'ordre public¹⁰⁸. On peut donc en conclure qu'une interprétation de ces notions couvrant un aspect plus large que seulement les biens de police est possible. Comme l'art. 185 al. 3 Cst. ne demande qu'alternativement la protection de la sécurité ou de l'ordre public, il suffit que ce dernier, qui couvre des aspects plus larges que la sécurité, soit donné¹⁰⁹. Cependant, il faut remarquer que l'ordre public est également rattaché à une notion d'importance pour la population et l'État. Il n'est donc pas possible d'étendre la compréhension de ces notions à n'importe quel objet.

2. Origines de la limitation des biens protégés

- 49 Il est parfois opposé à une interprétation large des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. la volonté du constituant qui, lors de la révision de la Constitution actuelle, a décidé d'ajouter à la proposition du Conseil fédéral les notions d'ordre public, de sécurité extérieure et de sécurité intérieure¹¹⁰. Une interprétation large irait donc à l'encontre de la volonté du constituant¹¹¹.
- 50 En effet, le premier texte de l'article, proposé par le Conseil fédéral lors de la révision de la Constitution fédérale, ne donnait aucune indication sur le but à poursuivre¹¹². Il exprimait une simple condition fondant la compétence du Conseil fédéral : « lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent, il peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires »¹¹³. Ce texte a été modifié à la suite de la proposition de la Commission du Conseil national pour le texte actuel qui apporte une direction bien plus précise à ces ordonnances en introduisant la protection de l'ordre public et de la sécurité¹¹⁴. De la comparaison des deux versions de l'article, il ressort que la version actuelle exige la poursuite d'un but déterminé et non pas de n'importe quel but d'intérêt public. Il s'ensuit que les aspects qui délimitent ce but particulier sont importants en ce qui concerne le contenu possible du droit d'urgence.

¹⁰⁸ Cf. MÜLLER.

¹⁰⁹ Utilisation de « ou » en français, « oder » en allemand, et « o » en italien.

¹¹⁰ BIAGGINI, Kritik, p. 258–259.

¹¹¹ CARONI/SCHMID, p. 714.

¹¹² Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 638, alors art. 173 al. 3 du projet.

¹¹³ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 638.

¹¹⁴ Projets Commissions révisions constitutionnelle (FF 1998 I 286), p. 348 ; Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CN 1).

Si l'on examine en détail le processus de révision de la Constitution, on peut constater que la Commission du Conseil national a proposé de modifier la première phrase de l'art. 185 al. 3 Cst. pour remplacer « lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent, ... » proposé par le Conseil fédéral, par le texte que l'on connaît actuellement¹¹⁵. Le Conseil des États s'est ensuite joint à cette volonté de préciser les « circonstances extraordinaires »¹¹⁶. On ne trouve cependant pas d'autre débat parlementaire à ce sujet¹¹⁷. 51

On peut effectivement déduire de cela une volonté du constituant de préciser ce qu'on entendait par circonstances extraordinaires et, par là, en partie du moins, de limiter la possibilité d'action du Conseil fédéral. Cependant, on ne peut pas déduire des débats parlementaires et des travaux préparatoires une volonté claire de limiter le champ des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. aux biens de police. À notre sens, une interprétation large des notions de sécurité et d'ordre public n'est pas à exclure sur la base de cet argument, car, du moment que l'interprétation reste dans le cadre de ce qu'il est raisonnable de comprendre par sécurité et ordre public, on ne peut dire que cela va à l'encontre de la volonté du constituant. 52

De plus, le Message relatif à la Constitution fédérale définit la notion de sécurité intérieure assez largement dans le cadre de la compétence concurrente en matière de sécurité de l'Assemblée fédérale¹¹⁸. Il mentionne en effet, entre autres, l'empêchement des crises sociales, puis la dimension prospective de la sécurité intérieure¹¹⁹. Le Message ne dit rien au sujet des notions de sécurité et d'ordre public dans le contexte de l'art. 185 Cst.¹²⁰ 53

3. Systématique de la limitation des biens protégés

L'art. 185 al. 3 Cst. fait partie d'un ensemble de dispositions constitutionnelles contenant des aspects de sécurité et permettant de prendre des mesures dans des situations particulières¹²¹. Il est ainsi à lire, d'abord en rapport avec les autres alinéas de l'article, mais aussi dans son rapport avec l'art. 184 al. 3 Cst. qui lui octroie 54

¹¹⁵ Projets Commissions révisions constitutionnelle (FF 1998 I 286), p. 73.

¹¹⁶ Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CE 1), p. 194.

¹¹⁷ Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CN 1), p. 115, 367, 369, 476 ; Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CE 1), p. 144, 194.

¹¹⁸ Art. 173 al. 1 let. b Cst. ; Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406.

¹¹⁹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406 ; cf. également KUSTER, n° 28.

¹²⁰ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426–427.

¹²¹ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 7.

également une possibilité d'adopter des ordonnances ou de prendre des décisions dans des circonstances particulières. La compétence concurrente pour l'adoption du droit d'urgence de l'Assemblée fédérale selon l'art. 173 al. 1 let. c Cst. est aussi importante, ainsi que l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. qui permet également d'agir sans base légale formelle.

- 55 L'art. 185 Cst. concerne les compétences du Conseil fédéral en matière de sécurité comme cela ressort du titre de l'article et de ses al. 1 et 2. Son aspect sécuritaire ressort également de la comparaison avec l'art. 184 al. 3 Cst. qui octroie également au Conseil fédéral une compétence d'édicter des ordonnances indépendantes, utilisant une formulation non sécuritaire. Les mesures prises sur cette base peuvent avoir des aspects politiques et ne sont pas limitées aux mesures de police¹²². Le fait que l'art. 184 al. 3 Cst. soit prévu pour permettre la « sauvegarde des intérêts du pays » dans le domaine des relations extérieures, est d'ailleurs la caractéristique distinctive de cet article par rapport à l'art. 185 al. 3 Cst.¹²³. Ceci conduit à penser que l'art. 185 al. 3 Cst. doit protéger des domaines plus sécuritaires que simplement les intérêts du pays.
- 56 L'Assemblée fédérale a également la compétence d'adopter du droit d'urgence pour préserver la sécurité intérieure et extérieure du pays sur la base de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. Cet article est formulé de manière moins détaillée que l'art. 185 al. 3 Cst., mais il concerne également la sécurité publique¹²⁴. Comme expliqué auparavant, le Message relatif à la Constitution fédérale décrit, pour cet article, la sécurité de manière plutôt large et mentionne son aspect prospectif¹²⁵. Pour le reste, l'art. 173 al. 1 let. c Cst. couvre les mêmes domaines que l'art. 185 al. 3 Cst., c'est pourquoi la doctrine y applique les mêmes arguments que pour ce dernier¹²⁶. En cela, la comparaison avec cet article n'apporte pas un éclairage particulier sur la question.
- 57 Finalement, l'art. 185 al. 3 Cst. étant une expression de la clause générale de police¹²⁷, on peut le rapprocher de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. Pour pouvoir se prévaloir de cette dernière disposition, il faut chercher à protéger l'ordre public ou des

¹²² Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 425.

¹²³ Cf. supra Présentation du sujet, n° 7.

¹²⁴ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 57.

¹²⁵ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406.

¹²⁶ GONIN, in : CoRo, art. 173 Cst., n° 48 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 531.

¹²⁷ P. ex. RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel, p. 143–144.

biens juridiques fondamentaux pour l'État ou les privés¹²⁸. Comme nous l'avons déjà vu, la protection de l'ordre public est reconnue comme correspondant à la protection des biens de police¹²⁹. Cela fait donc pencher la balance en faveur d'une limitation de l'art. 185 al. 3 Cst. à la protection des biens de police.

Cependant, la comparaison avec l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. est difficile, car bien que l'art. 185 al. 3 Cst. soit une expression de la clause générale de police, les deux articles ne sont pas identiques¹³⁰. L'art. 185 al. 3 Cst. est formulé beaucoup plus précisément dans ses conditions d'application que l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. et sert un but différent, car il permet la prise de mesures générales et abstraites, donnant une compétence législative exceptionnelle au Conseil fédéral, et ne concerne pas uniquement les cas de restriction des libertés fondamentales¹³¹. C'est pourquoi, à notre sens, bien que la clause générale de police puisse servir d'orientation pour comprendre l'art. 185 al. 3 Cst., on ne peut se baser sur celle-ci pour déterminer si le champ d'application de l'art. 185 al. 3 Cst. doit être interprété restrictivement ou au contraire largement¹³². De plus, le rapprochement avec la clause générale de police au sens de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. est utilisé tant par la doctrine plaidant pour une interprétation restrictive des biens protégés que par celle plaidant contre celle-ci¹³³.

4. Buts d'une limitation des biens protégés

Quant au but de l'art. 185 al. 3 Cst., il consiste à permettre au Conseil fédéral d'agir rapidement, comme le fait remarquer une partie de la doctrine¹³⁴. Il est vrai qu'une trop grande restriction de ce pouvoir d'action reviendrait à enlever à la norme sa raison d'être. Cependant, une interprétation téléologique ne peut soutenir totalement ce point de vue, car le but de l'article est clairement limité à

¹²⁸ KIENER ET AL., Grundrechte, § 9, nos 87–88.

¹²⁹ ATF 97 I 499, consid. 4b) ; DUBEY, Droits fondamentaux, vol. I, n° 648 ; MALINVERNI ET AL., vol. II, n° 221. Cf. supra Chapitre 1 : III. B. 1.

¹³⁰ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., nos 9 et 11.

¹³¹ Dans ce sens, SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 13 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 32 ; WYSS, p. 10.

¹³² Dans ce sens, WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 16.

¹³³ Pour une interprétation large cf. SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 13 ; SCHOTT/KÜHNE, p. 438 ; Pour une interprétation restrictive cf. LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 127.

¹³⁴ P. ex. SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 78 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n° 10.

des situations particulières et soumis à des conditions¹³⁵. Il ne consiste donc pas uniquement à donner un pouvoir d'action au Conseil fédéral¹³⁶. Il a parallèlement pour but d'assurer que le gouvernement ne dispose pas de pouvoirs illimités et d'éviter que celui-ci abuse de ses compétences d'urgence¹³⁷.

- 60 Par conséquent, l'interprétation téléologique pourrait également être utilisée comme argument pour une interprétation restrictive des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. Il s'agit ici de trouver un équilibre adéquat entre la protection de l'État de droit et de la démocratie et la possibilité d'agir efficacement pour faire face à un danger¹³⁸. Est-ce que cet équilibre est mieux atteint par une limitation à la protection de biens de police ou par la possibilité de protéger d'autres biens juridiques ? À notre avis, l'équilibre est optimal lorsqu'on permet au Conseil fédéral d'agir lorsque d'autres biens juridiques sont en danger, mais à condition que ceux-ci soient importants pour le bon fonctionnement de l'État et de la société. La restriction aux seuls biens de police classiques paraît trop limitée, mais il n'est pas pour autant adéquat de s'écarter de la procédure législative ordinaire pour protéger n'importe quel intérêt.

5. Résultat de l'analyse

- 61 En résumé, le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. n'empêche pas une interprétation prospective des notions d'ordre public et de sécurité, car ces notions sont abstraites. Il y a cependant une limite à l'interprétation de ces notions, car elles impliquent une importance pour l'État et la population.
- 62 Ensuite, l'interprétation historique ne limite pas la protection de l'art. 185 al. 3 Cst. aux seuls biens de police. Il semble que la notion de sécurité intérieure ait été comprise assez largement. En revanche, on peut constater une volonté de limiter l'objet du droit d'urgence à un but précis, contenant la protection de l'ordre public de la sécurité. De l'interprétation systématique, on ne peut déduire que peu de choses, si ce n'est, à nouveau, l'aspect sécuritaire de la disposition, par comparaison à l'art. 184 al. 3 Cst. et en lisant l'art. 185 Cst. dans son ensemble.
- 63 Finalement, l'interprétation téléologique, souvent avancée pour justifier un large pouvoir d'action du Conseil fédéral, ne fait qu'indiquer la nécessité de trouver un

¹³⁵ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 123–124 ; TRÜMPLER, n° 290.

¹³⁶ Cf. LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 123–124.

¹³⁷ MALINVERNI ET AL., vol. II, n°s 210–211, pour l'art. 36 al. 1 Cst.

¹³⁸ Dans ce sens, BERNARD, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n°s 12 et 29 ; SCHOTT/KÜHNE, p. 441.

équilibre entre efficacité et pouvoir d'action, et limitation de celui-ci pour protéger l'État de droit et la démocratie. Cet équilibre peut être atteint si les biens protégés sont limités à des biens importants pour l'État et ses citoyens.

En fin de compte, la question des biens protégés est une affaire d'interprétation des notions de sécurité et d'ordre public. Une interprétation prospective de celle-ci est tout à fait possible et parfois même souhaitée afin qu'elle puisse être en phase avec l'évolution de la société au fil du temps¹³⁹. Cependant, l'interprétation du texte constitutionnel s'oppose à certaines limites au-delà desquelles on ne peut s'aventurer, car il revient alors au constituant de modifier la teneur de la norme constitutionnelle en question¹⁴⁰. 64

À notre avis, cette limite est dépassée lorsque l'on ne peut plus considérer les biens protégés comme faisant partie de l'ordre public ou de la sécurité publique. Pour rester dans cette limite, il faut que l'aspect d'importance du bien protégé pour l'État ou la population subsiste, un simple intérêt public ne suffit pas. Une interprétation extensive permettant tout type de mesures nécessaires ne respecterait donc plus le sens qui a été donné à l'art. 185 al. 3 Cst. et ne respecterait par conséquent plus la Constitution¹⁴¹. Ce que cela implique reste malgré tout abstrait, c'est pourquoi les mesures secondaires prises pendant la pandémie de Covid-19 seront examinées ci-après, afin de se faire une meilleure idée de cette limite. 65

C. Examen des mesures secondaires lors de la pandémie de Covid-19

L'analyse de l'art. 185 al. 3 Cst. montre qu'il y a une certaine limite dans l'interprétation prospective des notions d'ordre public et de sécurité. Il est donc temps d'examiner les mesures dites secondaires prises pendant la pandémie de Covid-19 à la lumière du résultat de notre analyse. Comme expliqué, ces mesures sont au centre des débats doctrinaux sur la question des biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst.¹⁴². Pour rappel, ces mesures ont servi à compenser les conséquences économiques et sociales des mesures primaires qui, elles, servaient directement à endiguer la pandémie. 66

¹³⁹ RHINOW ET AL., nos 490 et 494 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 134.

¹⁴⁰ Dans ce sens, BIAGGINI, Kritik, p. 259 ; KLEY, Staatsrechtliches Lehrstück, p. 276.

¹⁴¹ Dans ce sens, ATAF 2021/V/2, consid. 2.2.6 ; BIAGGINI, Kritik, p. 259.

¹⁴² Cf. supra Chapitre 1 : III. A. 1.

- 67 Tout d'abord, on trouve des mesures secondaires qui servent directement la protection de biens de police ou, du moins, restent dans ce que l'on peut raisonnablement comprendre comme la protection de l'ordre public ou de la sécurité, car elles cherchent à protéger des biens importants. Elles peuvent avoir comme buts d'assurer le bon fonctionnement de l'État¹⁴³, de maintenir l'économie du pays à flot¹⁴⁴ ou d'assurer l'efficacité des assurances sociales.
- 68 Ces mesures ne sont que peu problématiques, car elles ne dépassent pas, à notre sens, les limites de l'interprétation possible de l'ordre public et de la sécurité. En effet, si l'on reprend les aspects essentiels de ceux-ci ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'objet de la protection doit conserver une importance suffisante pour protéger, au moins indirectement, des biens de police ou le fonctionnement des institutions étatiques¹⁴⁵. Les mesures secondaires mentionnées ont un aspect suffisamment important ou systémique pour respecter le cadre posé par l'art. 185 al. 3 Cst.¹⁴⁶ On trouve, par exemple, de telles mesures dans l'ordonnance Covid-19 assurance-chômage¹⁴⁷ ou dans l'ordonnance Covid-19 délais dans les procédures civiles et administratives¹⁴⁸.
- 69 Ensuite viennent les mesures dont le but poursuivi s'éloigne considérablement de celui prescrit par l'art. 185 al. 3 Cst. De telles mesures, bien qu'utiles, sortent de ce qui peut être admis comme faisant partie de la protection de l'ordre public ou de la sécurité. Cela peut être le cas parce que le problème qu'elles cherchent à régler n'est pas suffisamment important ou parce qu'on ne peut le qualifier de systémique¹⁴⁹. On trouve de telles mesures, par exemple, dans l'ordonnance Covid-19 sport ou dans l'ordonnance Covid-19 dans le secteur de la culture, dont le but est « d'empêcher une atteinte durable au paysage culturel suisse et de contribuer à la préservation de la diversité culturelle »¹⁵⁰.
- 70 Finalement, il convient de noter que certaines mesures prises par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. ont été critiquées en ce qui concerne les exi-

¹⁴³ RECHSTEINER, Auswirkungen der Corona-Pandemie, p. 123.

¹⁴⁴ Cf. ATF 137 II 431 ; cf. supra Chapitre 1 : III. A. 3.

¹⁴⁵ ATF 137 II 431, consid. 4.1 et 4.2. Cf. supra Chapitre 1 : III. A. 3.

¹⁴⁶ Du même avis, RECHSTEINER, Auswirkungen der Corona-Pandemie, p. 124.

¹⁴⁷ Dans ce sens également, ATAF 2021/V/2, consid. 2.2.7.

¹⁴⁸ Du même avis, RECHSTEINER, Auswirkungen der Corona-Pandemie, p. 123.

¹⁴⁹ Dans ce sens également, ATAF 2021/V/2, consid. 2.2.5 et 2.2.6. Cependant, nous ne suivons pas l'argumentation du Tribunal administratif fédéral sur les points du consid. 2.2.7.

¹⁵⁰ Art. 1 al. 1 ordonnance Covid-19 dans le secteur de la culture.

gences de l'urgence matérielle et temporelle¹⁵¹. Ce sont des mesures qui sont également critiquées comme ne correspondant pas aux biens protégés par l'art. 185 al. 3 Cst.¹⁵². Le critère de l'urgence matérielle, c'est-à-dire de l'existence d'une menace grave, est souvent défini en fonction de l'importance de l'objet qu'elle met en danger¹⁵³. Il semble donc que, lorsque le bien protégé par une mesure d'urgence n'est pas considéré comme suffisamment important, les critères des biens protégés et de l'urgence matérielle ont tendance à se confondre. Similairement, RECHSTEINER considère que l'intensité du danger doit être plus élevée lorsqu'il s'agit de protéger des biens économiques et sociaux¹⁵⁴.

IV. Conclusions

En ce qui concerne les limites matérielles découlant de l'art. 185 al. 3 Cst., nous 71
avons pu constater une limitation du but que peuvent poursuivre les mesures prises
sur cette base¹⁵⁵. Cette limitation découle du texte directement et implique deux
aspects, le premier étant celui du trouble auquel il faut parer¹⁵⁶. Il faut que le trouble
soit grave, ce qui correspond à l'exigence de l'urgence matérielle, et il faut qu'il
soit existant ou imminent, ce qui correspond à l'exigence de l'urgence temporelle.

Le second aspect est celui de la protection de l'ordre public, de la sécurité exté- 72
rieure ou de la sécurité intérieure, beaucoup plus débattu¹⁵⁷. Comme nous l'avons
vu, la compréhension de ce que cela implique comme limite pour le droit d'ur-
gence du Conseil fédéral a beaucoup évolué, surtout lors de la pandémie de Covid-
19¹⁵⁸. La question soulevée est de savoir si cela crée un précédent et s'il y a un
besoin pratique d'étendre la compréhension de l'art. 185 al. 3 Cst.

¹⁵¹ RECHSTEINER, *Auswirkungen der Corona-Pandemie*, p. 124–125.

¹⁵² BIAGGINI, *Kritik*, p. 254.

¹⁵³ GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 64 ; WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 19, « la mise en danger doit atteindre une certaine ampleur, dans le fait notamment qu'un bien juridique fondamental est menacé de manière existentielle ou du moins dans une mesure considérable ».

¹⁵⁴ RECHSTEINER, *Auswirkungen der Corona-Pandemie*, p. 124.

¹⁵⁵ Cf. *supra* Chapitre 1 : I.

¹⁵⁶ Cf. *supra* Chapitre 1 : II.

¹⁵⁷ Cf. *supra* Chapitre 1 : III.

¹⁵⁸ Cf. *supra* Chapitre 1 : III. A. 5.

- 73 D'après notre analyse de la norme, il est possible d'interpréter plus largement ce que l'on entend par ordre public et sécurité que la seule protection des biens de police¹⁵⁹. Étant donné la pratique récente et l'approbation de celle-ci de la part d'une grande partie de la doctrine, il paraît judicieux de procéder à une interprétation plus large de ces notions afin de pouvoir adapter l'art. 185 al. 3 Cst. aux situations de dangers modernes ou imprévisibles.
- 74 Malgré la pratique, la doctrine, et la prise en compte du besoin de pouvoir agir face à des dangers complexes, l'analyse de l'art. 185 al. 3 Cst. montre aussi clairement l'existence d'un cadre, inscrit dans la Constitution, duquel on ne peut sortir par l'interprétation seule, car cela modifierait trop le sens de la norme. Le contenu du droit d'urgence du Conseil fédéral continue à être limité à la protection de biens importants pour l'État ou la société, un simple intérêt public ne suffit pas. Ceci ne découle d'ailleurs pas uniquement des termes d'ordre public et de sécurité, mais également, dans une certaine mesure, de l'exigence de l'existence de troubles graves (urgence matérielle). Comme nous l'avons vu, cette condition est liée aux biens mis en danger, la gravité perçue d'un danger dépendant grandement des biens qu'il menace.
- 75 Si l'on souhaite que le Conseil fédéral ait une compétence plus large en matière de droit d'urgence, lui permettant de prendre toutes les mesures jugées nécessaires ou même bienvenues, peu importe l'objet sur lequel elles portent, il est à notre avis nécessaire de modifier l'art. 185 al. 3 Cst. Quant à savoir si cela fait sens, il en sera question en 3^e partie de cette thèse.

¹⁵⁹ Cf. supra Chapitre 1 : III. B. 1.

Chapitre 2 : Limites découlant de la Constitution fédérale

I. Introduction

Dans le chapitre précédent, nous avons examiné quelles étaient les limites matérielles du droit d'urgence du Conseil fédéral que l'on pouvait déduire directement de l'art. 185 al. 3 Cst. À présent, nous élargissons notre recherche en cherchant les limites matérielles qui pourraient découler de la Constitution fédérale dans son ensemble. La question qui se pose est donc celle de savoir si le droit d'urgence de l'art. 185 al. 3 Cst. doit respecter la Constitution fédérale et, si oui, dans quelle mesure. 76

Seront d'abord présentées les diverses positions doctrinales sur ce sujet, afin de mieux comprendre les enjeux de la question¹⁶⁰. Comme nous le verrons, la Constitution doit en principe être respectée. Ensuite, nous tenterons de répondre à la question de l'étendue de ce principe et des exceptions possibles, puisque c'est sur ce point que l'on trouve des divergences en doctrine¹⁶¹. Pour finir, l'aspect du respect des droits fondamentaux sera traité en particulier, dû à son importance et à l'attention qu'il a reçue dernièrement¹⁶². 77

II. Positions concernant le respect de la Constitution

A. Principe : respect de la Constitution

Une grande partie de la doctrine considère que le droit d'urgence du Conseil fédéral doit respecter la Constitution¹⁶³. C'est le principe. Parmi cette doctrine, une partie des auteurs relativisent ce principe en faisant une exception pour la répar- 78

¹⁶⁰ Cf. infra Chapitre 2 : II.

¹⁶¹ Cf. infra Chapitre 2 : III.

¹⁶² Cf. infra Chapitre 2 : IV.

¹⁶³ BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 7, n° 54 ; BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 19, n° 50 ; HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1863 ; MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651 ; RHINOW ET AL., n° 2702 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10c ; KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 40 ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 97 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 145 ; GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, p. 88 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 117 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 465.

tion verticale des compétences¹⁶⁴. La doctrine plus ancienne considère que la Constitution doit être respectée dans son ensemble, y compris en ce qui concerne l'attribution des compétences fédérales¹⁶⁵. Il doit exister une compétence fédérale dans le domaine concerné par les mesures de droit d'urgence pour que le Conseil fédéral puisse légiférer¹⁶⁶. Malgré cette divergence, la doctrine majoritaire s'accorde sur le principe de la limitation du droit d'urgence par la Constitution.

- 79 Bien entendu, l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. entraîne avec elle une atténuation des exigences de la légalité, puisque le fondement de ce mécanisme est justement de modifier le processus législatif ordinaire¹⁶⁷. La conséquence de cette atténuation est, en premier lieu, la possibilité de régler dans des ordonnances des questions qui, usuellement, devraient être réglées dans des lois¹⁶⁸. Cela implique que l'exigence de base légale formelle pour la restriction des droits fondamentaux n'a pas besoin d'être remplie¹⁶⁹ ; le droit d'urgence peut donc restreindre les droits fondamentaux, même gravement¹⁷⁰. De plus, le droit d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. entraîne, par son utilisation, un changement dans la séparation des pouvoirs, étant donné que c'est le pouvoir exécutif qui édicte des règles devant normalement se trouver dans des lois et donc être édictées par le pouvoir législatif¹⁷¹.
- 80 Hormis ces changements, le Conseil fédéral est encadré par la Constitution. Cela signifie principalement qu'il doit respecter le principe de proportionnalité, le principe de la bonne foi, l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire¹⁷². Les

¹⁶⁴ Cf. infra Chapitre 2 : II. B.

¹⁶⁵ SCHOTT/KÜHNE, p. 418 ; STÖCKLI, *Pandemiezeiten*, p. 24 ; WYSS, n° 23 ; ZIELNIEWICZ, p. 25.

¹⁶⁶ SCHOTT/KÜHNE, p. 418.

¹⁶⁷ Art. 5 al. 1 Cst. ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 99 ; STÖCKLI, *Pandemiezeiten*, p. 24 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : *Covid-19*, § 19, n° 4.

¹⁶⁸ Art. 164 Cst. ; p. ex. TSCHANNEN, *Staatsrecht*, n° 1673.

¹⁶⁹ Art. 36 al. 1 Cst.

¹⁷⁰ ATF 125 II 417 consid. 6b ; ATF 137 II 431, consid. 3.3.1 ; p. ex. GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 159. Pour plus de développements concernant les droits fondamentaux, cf. infra Chapitre 2 : IV.

¹⁷¹ STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 7.

¹⁷² Art. 5 al. 2 et al. 3, art. 8 et art. 9 Cst. ; ATF 122 IV 258, consid. 2a ; TF, 9C_663/2021 du 6 novembre 2022 (publication prévue), consid. 7.2 et 9 ; Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 31 ; BERNARD, *Pouvoirs extraordinaires*, p. 145.

mesures doivent également être justifiées par un intérêt public prépondérant¹⁷³. Le Conseil fédéral ne peut pas non plus modifier des dispositions constitutionnelles¹⁷⁴, ou s'en écarter¹⁷⁵.

La principale justification de cette position est le contenu du Message relatif à la Constitution fédérale¹⁷⁶. En effet, ce Message dit explicitement que la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances ou de prendre des décisions d'urgence ne permet pas de s'écarter de la Constitution¹⁷⁷. Depuis son Message relatif à la Constitution fédérale, le Conseil fédéral ne semble pas avoir changé de position sur la question. 81

En effet, d'abord dans le contexte de la recapitalisation de l'UBS, en 2008, le Conseil fédéral explique clairement qu'il reste lié par la Constitution¹⁷⁸. Ensuite, lors de la pandémie de Covid-19 au printemps 2020, cette pratique semble certes, aux premiers abords, avoir été remise en question, car le Conseil fédéral a édicté plusieurs ordonnances reconnues comme ne respectant pas la Constitution, et notamment l'ordonnance Covid-19 délais droits politiques¹⁷⁹. Cependant, dans ses explications sur sa pratique en matière de droit d'urgence, le Conseil fédéral explique que l'art. 185 al. 3 Cst. ne lui permet pas de prolonger les délais référendaires et les délais de demande d'initiative populaire, car ceux-ci sont prescrits par la Constitution¹⁸⁰. C'est pourquoi il argumente que son ordonnance en la matière ne fait que les suspendre¹⁸¹. 82

Bien que l'on puisse remettre en question cette argumentation, il n'en demeure pas moins que le Conseil fédéral considère toujours la Constitution comme une limite à son activité basée sur l'art. 185 al. 3 Cst. et cherche à la respecter. RECHSTEINER considère également que les ordonnances du Conseil fédéral lors de la pandémie de Covid-19 ne fondent pas un changement de pratique, il considère que les écarts à la Constitution qu'on y trouve ponctuellement sont la conséquence de la situa- 83

¹⁷³ Art. 5 al. 2 Cst. RHINOW ET AL., n° 2701.

¹⁷⁴ WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 22–23.

¹⁷⁵ ATF 123 IV 29, consid. 3a ; FRÉSARD, p. 20 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 116.

¹⁷⁶ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426–427.

¹⁷⁷ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 427.

¹⁷⁸ Message renforcer le système financier (FF 2008 8027), p. 8052–8053 ; pour plus de détails sur le cas UBS, cf. TRÜMLER, n°s 405–448. Cf. supra Chapitre 1 : III. A. 3.

¹⁷⁹ Pour plus de détails sur cette ordonnance, cf. infra Chapitre 2 : IV. C.

¹⁸⁰ Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité, p. 9.

¹⁸¹ Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité, p. 9.

tion d'urgence et du manque de préparation¹⁸². La dernière ordonnance d'urgence édictée par le Conseil fédéral, l'OFiEl, cherche également à respecter la Constitution, comme on peut le constater à la lecture du Message sur la loi fédérale correspondante, dont elle reprend le contenu de manière quasiment identique¹⁸³.

B. Exception pour la répartition verticale des compétences

- 84 Une partie de la doctrine considérant, comme nous venons de le voir, que la Constitution doit être respectée sur le principe, prévoit cependant une exception concernant les règles de répartition verticale des compétences¹⁸⁴. Elle considère qu'une exception pour les règles de répartition des compétences verticales fait sens, car la gestion d'une situation d'urgence menaçant l'ordre public, la sécurité extérieure ou intérieure nécessite souvent une gestion centralisée et uniforme, possible uniquement en intervenant dans les compétences cantonales¹⁸⁵. Ainsi l'art. 185 al. 3 Cst. permettrait une attraction de compétence au niveau fédéral lorsque cela est nécessaire¹⁸⁶.
- 85 Les positions diffèrent légèrement en ce qui concerne les conditions pour cette exception. Certains auteurs exigent que l'attraction de compétences soit absolument nécessaire pour faire face à la situation d'urgence, et qu'elle reste ponctuelle, pour qu'ainsi le principe de subsidiarité soit respecté tant que possible¹⁸⁷. D'autres fois, ces exigences ne sont pas mentionnées¹⁸⁸.
- 86 La pratique du Conseil fédéral semble considérer une attraction de compétence comme possible, car il est déjà arrivé que le Conseil fédéral prenne des mesures dans des domaines ne faisant pas partie des compétences fédérales. Un exemple de cette pratique est l'ordonnance Covid-19 délais dans les procédures civiles et

¹⁸² RECHSTEINER, *Auswirkungen der Corona-Pandemie*, p. 127–128.

¹⁸³ *Message aides financières* (FF 2022 1183), p. 36.

¹⁸⁴ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, n° 1673 ; BIAGGINI, in : *BVKomm*, art. 185 Cst., n° 10c ; SAXER, in : *SGKomm*, art. 185 Cst., n° 98 ; MÄRKLI, p. 63 s. ; SCHOTT/KÜHNE, p. 418.

¹⁸⁵ MÄRKLI, p. 63.

¹⁸⁶ SAXER, in : *SGKomm*, art. 185 Cst., n° 98 ; BIAGGINI, *Kritik*, p. 256.

¹⁸⁷ Art. 5a et art. 43a al. 1 Cst. ; Belser et al., *Föderalismus*, p. 4 ; WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 29.

¹⁸⁸ BERNARD, *Pouvoirs extraordinaires*, p. 149.

administratives. Cette ordonnance suspend les délais dans les procédures civiles et administratives, et ce également pour le droit procédural cantonal¹⁸⁹.

C. Possibilité de s'écarter de la Constitution si la situation l'exige

La dernière position doctrinale concernant le respect de la Constitution fédérale est plus récente et s'écarte de la compréhension classique présentée précédemment. Cette doctrine s'écarte de ce que l'on peut déduire du Message relatif à la Constitution qui précise que la compétence du Conseil fédéral ne permet pas de s'écarter de la Constitution. Elle considère que les mesures de droit d'urgence du Conseil fédéral ne sont pas forcément limitées par la Constitution¹⁹⁰. 87

Elle souligne l'importance, en situation d'urgence, de pouvoir réagir avec efficacité et rapidité, ce qui suppose la possibilité d'adapter les mesures au cas par cas¹⁹¹. Le Conseil fédéral doit disposer de suffisamment de marge de manœuvre pour parer aux troubles graves auxquels il faut faire face¹⁹². Les mesures *contra constitutionem* seraient donc possibles lorsqu'elles sont nécessaires pour faire face à la situation d'espèce¹⁹³, et les limites matérielles devraient être définies en fonction des circonstances¹⁹⁴. Néanmoins, cette possibilité doit être exercée avec une grande retenue et uniquement lorsque cela s'avère nécessaire¹⁹⁵. 88

Une jurisprudence très ancienne du Tribunal fédéral semble aller dans le sens de la doctrine présentée ici. Concernant l'art. 102 ch. 8 à ch. 10 aCst. qui est le prédécesseur des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst., et dont le début de l'article précisait que les compétences listées restaient dans les limites de la Constitution, le Tribunal 89

¹⁸⁹ Art. 1 ordonnance Covid-19 délais dans les procédures civiles et administratives ; cf. KUSTER, n^{os} 38 et 41–42.

¹⁹⁰ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n^o 1867g ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n^o 102 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 148 ; BRUNNER ET AL., p. 697 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n^o 12 ; TRÜMLER, n^{os} 311 et 400 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n^o 4.

¹⁹¹ BRUNNER ET AL., p. 697 ; TRÜMLER, n^{os} 311 et 400 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n^o 4.

¹⁹² HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n^o 1867g ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n^o 12.

¹⁹³ BRUNNER ET AL., p. 697 ; TRÜMLER, n^{os} 311–315 et 400–401 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n^o 4.

¹⁹⁴ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 150.

¹⁹⁵ STÖCKLI, Gewaltenteilung, n^o 12 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n^o 102 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 148.

fédéral a retenu qu'on ne pouvait en déduire un devoir de respecter la Constitution de manière absolue¹⁹⁶. Une limitation par la Constitution ne serait pas justifiée lorsque l'existence du pays serait en danger¹⁹⁷. Il convient de noter ici qu'une situation dans laquelle l'existence du pays serait en danger correspond à ce qui est généralement reconnu, en doctrine, comme un réel état d'urgence, justifiant l'utilisation du droit d'urgence extraconstitutionnel¹⁹⁸. On ne peut donc pas être certain que cette jurisprudence fasse référence au droit d'urgence intraconstitutionnel, lorsqu'elle considère que la Constitution ne peut être une limite absolue.

- 90 Le fait que le Conseil fédéral ait édicté certaines dispositions s'écartant de la Constitution pendant la pandémie de Covid-19, plaide certes en faveur d'un besoin, dans certaines circonstances, de ne pas être limité par la constitution. Néanmoins, comme vu plus haut, cela ne correspond pas à un changement de compréhension de la question de la part du Conseil fédéral¹⁹⁹. De plus, un arrêt récent du Tribunal fédéral réfute l'argument du besoin d'efficacité en situation d'urgence et constate une violation de l'art. 29a Cst. par l'art. 11 al. 3 ordonnance Covid-19 dans le secteur de la culture qui excluait toutes voies de recours²⁰⁰. Il souligne l'importance de cette garantie pour la séparation des pouvoirs et ce d'autant plus lorsqu'on est en présence d'ordonnances d'urgence édictées par le gouvernement²⁰¹.

D. Limites minimales à respecter dans tous les cas

- 91 Bien que la doctrine présentée ci-dessus retienne la possibilité de s'écarter de la Constitution, les auteurs précisent que cela ne peut pas se faire à bien plaisir. Au contraire, des mesures *contra constitutionem* ne semblent être possibles que si cela s'avère absolument nécessaire et qu'elles poursuivent le but de garantir le bon fonctionnement de l'État ou la préservation d'autres normes constitutionnelles²⁰².

¹⁹⁶ ATF 64 I 365, consid. 3.

¹⁹⁷ ATF 64 I 365, consid. 3.

¹⁹⁸ Cf. p. ex. HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, nos 1801–1803. Cf. supra Présentation du sujet, n° 8.

¹⁹⁹ Cf. supra Chapitre 2 : II. A, nos 81 s.

²⁰⁰ ATF 147 I 333, consid. 1.6.3 et 1.6.4.

²⁰¹ ATF 147 I 333, consid. 1.6.3. Pour plus de détails à ce sujet, cf. infra Chapitre 2 : IV. A, nos 128 s.

²⁰² MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 149 ; BRUNNER ET AL., p. 697.

À cela s'ajoute que certaines règles constitutionnelles et certains principes fondamentaux doivent être respectés, peu importe la situation²⁰³.

La plupart des auteurs précisent que le Conseil fédéral ne devrait faire usage de la possibilité de s'écarter de la Constitution qu'avec une grande retenue, en dernier recours et lorsque cela est nécessaire au vu de la situation²⁰⁴. De plus, la mesure s'écarterant de la Constitution ne doit être que ponctuelle et provisoire²⁰⁵. Plusieurs auteurs exigent également que le principe de proportionnalité soit respecté et qu'il soit procédé à une pesée de l'ensemble des intérêts en cause²⁰⁶. Il a également été proposé de soumettre les écarts à une norme constitutionnelle à un « principe de rétroaction »²⁰⁷. Il est entendu par là, la soumission d'un écart à la Constitution à une évaluation ultérieure et d'envisager une amélioration des dispositions auxquelles il a été dérogé²⁰⁸.

Ensuite, il faut préciser que la doctrine classique et la jurisprudence prévoient des conditions supplémentaires à celles se trouvant dans l'art. 185 al. 3 Cst. pour l'utilisation de celui-ci. Ces conditions sont la justification des mesures par un intérêt public prépondérant, le respect des principes de proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi²⁰⁹. La doctrine qui plaide pour une limitation partielle de la Constitution reprend ces aspects, mais les considère comme des règles auxquelles on ne peut déroger, afin de compenser la grande liberté accordée au Conseil fédéral²¹⁰.

En résumé, les règles suivantes sont retenues comme étant toujours applicables : les principes de l'art. 5 al. 2 et al. 3 Cst. c'est-à-dire l'existence d'un intérêt public, la proportionnalité et la bonne foi ; viennent ensuite l'égalité de traitement et l'in-

²⁰³ HÄFELIN ET AL., *Bundesstaatsrecht*, n° 1863 ; TRÜMLER, n° 315.

²⁰⁴ GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 102 ; BERNARD, *Pouvoirs extraordinaires*, p. 148 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 12.

²⁰⁵ GONIN, in : *CoRo*, art. 185 Cst., n° 102 ; FRÉSARD, n° 22 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 12.

²⁰⁶ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651 ; FRÉSARD, n° 22 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 12.

²⁰⁷ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651.

²⁰⁸ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651.

²⁰⁹ ATF 122 IV 258, consid. 2a ; p. ex RHINOW ET AL., n° 2701 ; BIAGGINI, in : *BVKomm*, art. 185 Cst., n° 10a.

²¹⁰ BERNARD, *Pouvoirs extraordinaires*, p. 149.

terdiction de discrimination²¹¹, et l'interdiction de l'arbitraire²¹². Les règles pour les restrictions des droits fondamentaux continuent également de s'appliquer²¹³. MALINVERNI ET AL. rajoutent une limite qui est celle des règles organisationnelles et structurelles concernant le droit d'urgence lui-même, ainsi que les normes donnant compétence d'urgence à l'Assemblée fédérale et les règles d'organisation de celle-ci²¹⁴. Il serait en effet impensable d'un du point de vue de l'État de droit que le Conseil fédéral puisse contrevenir à ces normes-là.

III. Analyse : dans quelle mesure la Constitution est-elle une limite au droit d'urgence du Conseil fédéral ?

A. But de l'analyse

- 95 À présent que les différentes positions doctrinales, les quelques éléments de jurisprudence que l'on peut trouver à ce sujet et la pratique ont été présentés, la question qui se pose est celle de savoir quelle position est la plus juste. Deux aspects seront discutés. D'abord, il faut savoir si une attraction de compétence au niveau fédéral est possible par l'art. 185 al. 3 Cst. ou si le Conseil fédéral est limité par la répartition des compétences verticales définies par la Constitution. Ensuite, il faut déterminer si le respect de la Constitution peut être adapté en fonction des circonstances ou non.
- 96 L'analyse ci-après tente de répondre à ces deux questions en étudiant les arguments les concernant et les interprétations juridiques possibles. L'interprétation littérale ne sera pas traitée séparément, car le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. ne contient aucune indication au sujet du respect de la Constitution. De plus, pour l'attraction de compétence au niveau fédéral, l'interprétation historique ne sera pas traitée en détail, car il n'y a pas d'information à ce sujet ni dans le Message relatif à la Constitution en lien avec l'art. 185 al. 3 Cst. ni dans les débats parlementaires.

²¹¹ Art. 8 Cst.

²¹² Art. 9 Cst. ; DUBEY/ZUFFEREY, p. 161 ss ; BERNARD, Droits fondamentaux, p. 136 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 149 ; TRÜMLER, n° 315.

²¹³ Art. 36 Cst.

²¹⁴ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651.

B. Attraction de compétence au niveau fédéral

1. Compétences fédérales en matière de sécurité

Pour commencer, il convient d'examiner rapidement quelle est la répartition des 97 compétences en matière d'ordre public et de sécurité, étant donné que l'art. 185 al. 3 Cst. est censé intervenir principalement dans ces deux domaines²¹⁵. D'abord, les cantons sont principalement compétents pour l'ordre sur leur territoire²¹⁶. Ensuite, la sécurité extérieure est une compétence fédérale²¹⁷, la question de l'attraction de compétence ne se pose donc pas s'agissant du droit d'urgence dont le contenu correspond uniquement à des mesures de sécurité extérieure.

En ce qui concerne la sécurité intérieure, les cantons sont principalement compé- 98 tentes pour leur territoire²¹⁸. La Confédération est également compétente, mais de manière ponctuelle²¹⁹. Néanmoins, elle a une compétence immanente dans les cas de mise en danger de l'ensemble de l'État, c'est-à-dire lorsqu'un danger menace l'ensemble du territoire suisse, ou lorsque plusieurs cantons sont concernés²²⁰. Ce qui correspond à ces situations doit être interprété restrictivement, car la Confédération ne doit intervenir que lorsque les capacités cantonales sont dépassées²²¹. Ainsi, lorsque les mesures prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. concernent la sécurité intérieure à un niveau national, la compétence revient à la Confédération.

2. Intervention fédérale

Le mécanisme de l'art. 52 al. 2 Cst. constitue un argument important en faveur 99 d'une possibilité de faire une attraction de compétence lors de l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst.²²². Cet article règle le mécanisme de l'intervention fédérale pour le cas où l'ordre constitutionnel d'un canton est troublé ou menacé, interven-

²¹⁵ Pour la définition de l'ordre public et de la sécurité, cf. supra Chapitre 1 : III. B. 1 ; pour plus de détails dans les rapports entre le droit cantonal d'urgence et le droit fédéral, cf. infra Chapitre 4 : II. A et Chapitre 4 : III.

²¹⁶ Rapport Malama (FF 2012 4161), p. 4181–4182 ; MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 8.

²¹⁷ MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 8.

²¹⁸ WILDHABER, p. 177.

²¹⁹ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 51.

²²⁰ WILDHABER, p. 177.

²²¹ WILDHABER, p. 177.

²²² SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 98 ; RECHSTEINER, Auswirkungen der Corona-Pandemie, p. 127.

tion qui constitue également un devoir de la Confédération si les conditions sont remplies, et prévoit donc une attraction de compétence au niveau fédéral dans ces cas-là²²³.

- 100 Une exception à la répartition verticale des compétences n'est donc pas étrangère à la Constitution, ce qui penche en faveur d'une exception également dans le cadre de l'art. 185 al. 3 Cst.²²⁴. De plus, la situation dans laquelle l'art. 52 al. 2 Cst. s'applique rappelle en partie celle de l'art. 185 al. 3 Cst. C'est pourquoi il est tout à fait envisageable que les deux mécanismes s'appliquent simultanément et que l'art. 185 al. 3 Cst. serve de moyen à l'intervention fédérale²²⁵.
- 101 RECHSTEINER va plus loin en considérant que, comme la Confédération a une responsabilité d'intervention dans le domaine de la sécurité intérieure selon l'art. 52 al. 2 Cst., alors les mesures prises selon l'art. 185 al. 3 Cst. pour la protection de la sécurité intérieure ne sont pas contraires à la Constitution, et cela même si elles ne respectent pas la répartition verticale des compétences²²⁶.
- 102 Cependant, bien que l'analogie à l'art. 52 al. 2 Cst. soit utile, il ne faut pas perdre de vue les différences entre les deux articles. À notre avis, il n'y a effectivement pas d'obstacle à intervenir dans des compétences cantonales dans le cas où les conditions de l'art. 52 al. 2 Cst. sont remplies et que la mesure prise sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. est un moyen d'appliquer l'intervention fédérale. En revanche, dans le cas où les conditions de l'art. 52 al. 2 Cst. ne sont pas remplies, la question de savoir si une mesure prise sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. entrant dans les compétences cantonales est possible reste ouverte.
- 103 Dans tous les cas, l'art. 52 al. 2 Cst. prévoit que l'intervention fédérale ne se fait que subsidiairement, c'est-à-dire lorsque le canton n'est pas en mesure de préserver son ordre constitutionnel, que ce soit seul ou avec l'aide d'autres cantons. Ceci est en accord avec le principe de subsidiarité des compétences fédérales²²⁷. La doctrine reconnaît également que l'intervention doit rester proportionnée²²⁸.

²²³ BELSER/MASSÜGER, in : BaKomm, art. 52 Cst., n° 14.

²²⁴ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 98.

²²⁵ BELSER/MASSÜGER, in : BaKomm, art. 52 Cst., n° 16 ; HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 276.

²²⁶ RECHSTEINER, Auswirkungen der Corona-Pandemie, p. 127.

²²⁷ Art. 5a et 43a al. 1 Cst.

²²⁸ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1042 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 705 ; BELSER/MASSÜGER, in : BaKomm, art. 52 Cst., n° 19 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 52 Cst., n° 9.

3. Attraction de compétence possible pour l'Assemblée fédérale

La possibilité de changer la répartition verticale des compétences en cas d'urgence est également reconnue dans le cadre des autres instruments d'urgence prévus par la Constitution et principalement en ce qui concerne les compétences de l'Assemblée fédérale selon l'art. 173 al. 1 let. c Cst.²²⁹. En effet, cet article permettrait de faire une attraction de compétence au niveau fédéral si cela s'avère nécessaire²³⁰. Dans le cadre de l'art. 173 al. 1 let. c Cst., il est également reconnu que l'intervention dans les compétences cantonales ne doit se faire que subsidiairement et que l'ampleur du danger doit justifier une réglementation fédérale²³¹.

Dans le Message relatif à la Constitution on trouve, au sujet de cet article, la déclaration suivante : « La compétence dite < organique > énoncée à la lettre c peut également servir de base à la compétence dite < fédérative > de la Confédération (compétence matérielle de la Confédération). Les actes accomplis dans ce domaine relèvent, en tant que condition élémentaire de l'existence de l'État, d'une compétence immanente (*inherent power*). »²³². Néanmoins, cette compétence immanente ne doit pas se substituer à la réglementation des compétences pour les tâches sécuritaires précises²³³. Le Message reconnaît donc la possibilité de faire une attraction de compétence au niveau fédéral dans le cadre de l'art. 173 al. 1 let. c Cst.

Ensuite, l'art. 165 Cst. concernant les lois fédérales urgentes prévoit à son al. 3 que ces dernières peuvent être prises sans base constitutionnelle. On comprend généralement par là qu'il est possible d'édicter des lois fédérales urgentes réglementant des domaines de compétence cantonale²³⁴. Par conséquent, il est possible, selon la doctrine majoritaire, de s'écarter des règles de répartition des compétences entre

²²⁹ GONIN, in : CoRo, art. 173 Cst., n° 87 ; MERKER/CONRADIN, in : BaKomm, art. 173 Cst., n° 61 ; SAXER, in : SGKomm, art. 173 Cst., n° 71 ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 98.

²³⁰ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 173 Cst., n° 15 ; GONIN, in : CoRo, art. 173 Cst., n° 87 ; MERKER/CONRADIN, in : BaKomm, art. 173 Cst., n° 61.

²³¹ SAXER, in : SGKomm, art. 173 Cst., n° 30.

²³² Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 407.

²³³ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 407.

²³⁴ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 165 Cst., n° 11 ; DUBEY, in : CoRo, art. 165 Cst., n° 28 ; TSCHANNEN, in : SGKomm, art. 165 Cst., n° 17 ; WYTTEBACH, in : BaKomm, art. 165 Cst., n° 16.

cantons et Confédération²³⁵. Il convient cependant de relever que l'art. 165 Cst., à la différence de l'art. 185 al. 3 Cst., mentionne explicitement la possibilité d'agir sans base constitutionnelle.

4. Résultat de l'analyse

107 En résumé, tandis que la jurisprudence ne dit rien sur une possible attraction de compétence au niveau fédéral, la pratique du Conseil fédéral va en faveur de cette possibilité, car ce dernier en a fait usage. La sécurité extérieure est dans tous les cas une compétence fédérale. La sécurité intérieure, quant à elle, n'est fédérale que dans le cas où elle atteint un niveau national ou que plusieurs cantons sont concernés. Le mécanisme de l'intervention fédérale ne permet l'action de la Confédération dans les affaires cantonales que subsidiairement, à la condition explicite que le canton ne parvienne plus à préserver l'ordre sur son territoire²³⁶. En ce qui concerne les compétences de droit d'urgence de l'Assemblée fédérale²³⁷, il est possible de faire une attraction de compétence, lorsque cela est justifié par la situation. Finalement, l'art. 165 al. 3 Cst. permet d'édicter des lois fédérales urgentes sans que la compétence fédérale soit donnée.

108 Ainsi, l'analyse montre qu'une attraction de compétence au niveau fédéral lors de l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. est possible. Cependant, il ressort également de l'analyse que le principe de subsidiarité continue d'être appliqué²³⁸. Il est donc nécessaire de faire un usage parcimonieux de cette possibilité, en la réservant aux domaines et situations qui exigent une réglementation uniformisée pour l'ensemble du pays ou lorsque les capacités cantonales sont dépassées. Une exception à la répartition verticale des compétences ne peut se faire que lorsque de justes motifs le demandent et le principe de proportionnalité doit être respecté²³⁹.

²³⁵ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1831 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 165 Cst., n° 11 ; TSCHANNEN, in : SGKomm, art. 165 Cst., n° 17 ; WYTENBACH, in : BaKomm, art. 165 Cst., n° 17 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 360.

²³⁶ Art. 52 al. 2 Cst.

²³⁷ Art. 173 al. 1 let. c Cst.

²³⁸ Art. 5a et art. 43a al. 1 Cst.

²³⁹ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10c ; MÄRKLI, p. 64.

C. Adaptation du respect de la Constitution en fonction du cas concret

1. Argument historique et droit d'urgence extraconstitutionnel

L'exigence largement reconnue en doctrine selon laquelle la Constitution doit être respectée par le droit d'urgence de l'art. 185 al. 3 Cst. découle principalement de raisons historiques. En effet, l'art. 185 al. 3 Cst. fait suite à l'art. 102 ch. 10 aCst., article qui contenait en son début la précision que les compétences listées dans celui-ci restaient dans les limites de la Constitution²⁴⁰. Cette mention n'a pas été reprise dans le texte de l'art. 185 al. 3 Cst., cependant, le Message relatif à la Constitution à son sujet reprend cette limite²⁴¹. Ce dernier explique clairement que l'art. 185 al. 3 Cst. ne donne pas la compétence de déroger à la Constitution²⁴². 109

Les débats des chambres fédérales lors de la révision de la Constitution n'ont pas porté sur la question du respect de la Constitution²⁴³. L'absence de débat parlementaire mis en lien avec le Message relatif à la Constitution précédant ceux-ci, et le fait que le reste des débats parlementaires a eu pour conséquence de restreindre la marge de manœuvre du Conseil fédéral en précisant les limites de l'article, laisse penser que la volonté du constituant a été de garder cette limite qui, peut-être, allait de soi²⁴⁴. 110

Le Message relatif à la Constitution précise encore que l'art. 185 al. 3 Cst., ne donnant pas la compétence de déroger à la Constitution, ne donne, par conséquent, pas de compétence pour l'édiction de « réel » droit d'urgence, qui, lui, pourrait s'en écarter²⁴⁵. On entend par là que le droit d'urgence prévu par l'art. 185 al. 3 Cst. est du droit d'urgence intraconstitutionnel, c'est-à-dire restant dans le cadre de la Constitution et prévu par celle-ci²⁴⁶. Ce système se distingue du droit d'urgence extraconstitutionnel, qui lui dépasse les limites de la Constitution²⁴⁷. Ce dernier mécanisme, non écrit dans la Constitution, est considéré comme pouvant inter- 111

²⁴⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, état le 20 avril 1999.

²⁴¹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 427, alors art. 173 al. 3 du projet.

²⁴² Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 427.

²⁴³ Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CN 1) ; Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CE 1).

²⁴⁴ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 427. Cf. également BIAGGINI, Kritik, p. 242–243.

²⁴⁵ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 427.

²⁴⁶ BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 7, n° 54 ; BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 19, n° 50 ; RHINOW ET AL., n° 2702. Cf. supra Présentation du sujet, n° 8.

²⁴⁷ BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 7, n° 54 ; RHINOW ET AL., n° 2702.

venir dans les cas d'extrême nécessité, et permet un transfert des pleins pouvoirs au Conseil fédéral²⁴⁸. Le droit d'urgence extraconstitutionnel a été utilisé pendant les deux guerres mondiales, l'Assemblée fédérale ayant alors transféré les pleins pouvoirs au Conseil fédéral²⁴⁹.

- 112 La distinction entre le droit d'urgence intraconstitutionnel et extraconstitutionnel est un argument souvent utilisé en doctrine pour justifier la limitation des ordonnances au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. par la Constitution²⁵⁰. En effet, si le droit d'urgence extraconstitutionnel peut s'écarter de la Constitution, l'art. 185 al. 3 Cst. étant du droit d'urgence intraconstitutionnel doit être lié par celle-ci²⁵¹. TRÜMPLER remet en question l'argumentation basée sur cette distinction²⁵². Selon lui, elle apporte une réponse trop simplifiée ne prenant pas en compte les besoins qui peuvent se présenter dans une situation d'urgence²⁵³. FRÉSARD considère le fait que le droit d'urgence doit respecter les principes de l'art. 5 Cst. et les règles de restriction des libertés fondamentales²⁵⁴ comme étant une différence suffisante avec le droit d'urgence extraconstitutionnel, ce dernier pouvant s'écarter de l'ordre constitutionnel en tant que tel²⁵⁵.
- 113 Quoiqu'il en soit, la distinction entre le droit d'urgence intraconstitutionnel et le droit d'urgence extraconstitutionnel confirme au moins le principe du respect de la Constitution pour tous les cas de danger qui n'atteignent pas l'ampleur d'un réel état d'urgence²⁵⁶. Elle n'apporte cependant pas de réponse concluante à la question de savoir si certaines exceptions à ce principe sont possibles.

²⁴⁸ Pour plus de détails sur le droit d'urgence extraconstitutionnel, cf. HÄFELIN ET AL., *Bundesstaatsrecht*, n^{os} 1801–1803 ; RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n^{os} 558–595.

²⁴⁹ STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n^o 13 ; ZIELNIEWICZ, p. 25.

²⁵⁰ Cf. BIAGGINI, in : *Staatsrecht*, § 7, n^o 54 ; MALINVERNI ET AL., vol. I, n^o 1651 ; RHINOW ET AL., n^o 2702 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, n^o 1676 ; KÜNZLI, in : *BaKomm*, art. 185 Cst., n^o 40 ; ZIELNIEWICZ, p. 25.

²⁵¹ P. ex. MALINVERNI ET AL., vol. I, n^o 1651.

²⁵² TRÜMPLER, n^{os} 311–312.

²⁵³ TRÜMPLER, n^{os} 311–312.

²⁵⁴ Art. 36 Cst.

²⁵⁵ FRÉSARD, n^o 22.

²⁵⁶ Cf. le mécanisme de l'art. 15 CEDH.

2. Argument démocratique

La Constitution revêtant une légitimité démocratique très élevée²⁵⁷, il semble sensé 114
que le droit d'urgence du gouvernement soit limité par celle-ci. À cela s'ajoute
que, comme nous venons de le mentionner, même le droit d'urgence extraconsti-
tutionnel, sous la forme du transfert des pleins pouvoirs, revêt une certaine légi-
timité démocratique, car ce transfert doit se faire par l'Assemblée fédérale²⁵⁸. La
légitimité démocratique des mesures prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. étant
moindre, il est donc nécessaire que la Constitution en soit une limite.

Cependant, la Constitution fédérale a la particularité de contenir un certain nombre 115
de normes n'ayant matériellement parlant pas un rang constitutionnel²⁵⁹. C'est
pourquoi GONIN argumente que restreindre le droit d'urgence selon l'art. 185
al. 3 Cst. à la Constitution dans son ensemble est une approche trop formaliste²⁶⁰.

3. Interprétation systématique

D'un point de vue systématique, le Conseil fédéral a la compétence d'édicter des 116
ordonnances et de prendre des décisions en matière de politique extérieure selon
l'art. 184 al. 3 Cst. Cet article étant proche de l'art. 185 al. 3 Cst., il pourrait appor-
ter des réponses à la question de savoir s'il est possible de s'écarter de la Constitu-
tion en cas de nécessité. Malheureusement la doctrine est aussi partagée en ce qui
concerne l'art. 184 al. 3 Cst. qu'elle l'est au sujet de l'art. 185 al. 3 Cst.²⁶¹.

En ce qui concerne l'art. 173 al. 1 let. c Cst. qui permet à l'Assemblée fédérale 117
d'édicter du droit d'urgence, le Message relatif à la Constitution précise que la
disposition ne permet pas d'édicter du droit d'urgence à proprement parlé²⁶², c'est-
à-dire qu'elle ne permet pas d'édicter du droit d'urgence extraconstitutionnel et
donc ne permet pas de s'écarter de la Constitution, d'après la compréhension clas-
sique de ces termes. La doctrine reprend principalement les mêmes positions et
arguments que pour l'art. 185 al. 3 Cst.²⁶³.

²⁵⁷ Cf. art. 140 al. 1 et 2 Cst. ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 87.

²⁵⁸ Du même avis, KLEY, Staatsrechtliches Lehrstück, p. 276.

²⁵⁹ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 100.

²⁶⁰ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 100.

²⁶¹ Cf. SCHMID, in : CoRo, art. 184 Cst., n° 38.

²⁶² Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406–407.

²⁶³ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 173 Cst., n° 15 ; MERKER/CONRADIN, in : BaKomm, art. 173 Cst., n° 59 ; SAXER, in : SGKomm, art. 173 Cst., n° 68 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 546 ; TRÜMLER, n° 315.

118 L'art. 165 al. 3 Cst. règle le cas des lois fédérales urgentes n'étant pas au bénéfice d'une base constitutionnelle. Il est retenu par la doctrine majoritaire que l'absence de base constitutionnelle signifie l'absence de compétence fédérale pour la loi en question²⁶⁴. Il est généralement reconnu que les autres règles constitutionnelles doivent être respectées²⁶⁵. Seuls quelques avis expriment une possibilité de porter atteinte à des droits fondamentaux qu'il n'est pas possible de restreindre selon les règles ordinaires ou de s'écarter de certaines règles comme celles d'organisation ou de but²⁶⁶. Le Message relatif à la Constitution mentionne, en passant, la possibilité de s'écarter des droits fondamentaux, tout en précisant qu'il faut respecter la Constitution autant que possible²⁶⁷. Il faut cependant souligner que l'art. 165 al. 3 Cst., contrairement à l'art. 185 al. 3 Cst., mentionne explicitement la possibilité d'édicter des lois fédérales urgentes sans base constitutionnelle. Il faut également prendre en compte qu'il s'agit d'un acte de l'Assemblée fédérale et non du gouvernement.

4. Buts du droit d'urgence

119 Selon la position en faveur d'une adaptation du respect de la Constitution en fonction du cas concret, un éventuel écart aux règles ordinaires n'est donc pas impossible, et pourrait tout à fait concerner les règles importantes du système juridique et par conséquent les règles constitutionnelles²⁶⁸. Une caractéristique du droit d'urgence serait de mettre entre parenthèses les règles de droit ordinaire le temps de faire face à la situation exceptionnelle²⁶⁹.

120 L'argument principal justifiant ce point de vue est celui du besoin d'efficacité des mesures pour faire face à la situation d'urgence. Un respect de l'ensemble des règles constitutionnelles serait une trop grande limite à la marge de manœuvre du Conseil fédéral et réduirait donc considérablement l'efficacité de la réponse à la

²⁶⁴ HÄFELIN ET AL., *Bundesstaatsrecht*, n° 1831 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, n° 1605 ; DUBEY, in : *CoRo*, art. 165 Cst., nos 27–28 ; TSCHANNEN, in : *SGKomm*, art. 165 Cst., nos 13 et 17 ; WYTTEBACH, in : *BaKomm*, art. 165 Cst., n° 16.

²⁶⁵ WYTTEBACH, in : *BaKomm*, art. 165 Cst., n° 17.

²⁶⁶ DUBEY, in : *CoRo*, art. 165 Cst., n° 30 ; pour plus de détails sur les avis doctrinaux concernant l'art. 165 Cst., cf. RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, nos 358–363.

²⁶⁷ *Message Cst.* (FF 1997 I 1), p. 398–399.

²⁶⁸ TRÜMPLER/UHLMANN, in : *Covid-19*, § 19, n° 4.

²⁶⁹ TRÜMPLER/UHLMANN, in : *Covid-19*, § 19, n° 4 ; TRÜMPLER, n° 182.

crise, pouvant alors entrer en conflit avec la sauvegarde des intérêts du pays²⁷⁰. Un respect de la Constitution dans son ensemble serait une réponse trop généralisée qui ne permettrait pas de s'adapter à la situation d'urgence concrète²⁷¹. Il est vrai que la Constitution fédérale contient des normes très diverses et touchant un grand nombre de domaines²⁷². Il faut donc admettre qu'une limitation des mesures au respect de l'ensemble des normes constitutionnelles peut, selon les cas, restreindre la marge de manœuvre du Conseil fédéral.

À notre sens, les auteurs soutenant ce point de vue, bien qu'ils aient raison sur le fait que le but du droit d'urgence est de permettre une réponse efficace à la survenance d'un danger, oublient que le but du droit d'urgence est également, et de manière tout aussi importante, d'encadrer une telle réponse²⁷³. En effet, c'est une composante essentielle du droit d'urgence, non seulement de permettre de s'écarter des règles ordinaires, mais également, et peut être avant tout, de tenter de maintenir au mieux l'État de droit²⁷⁴. 121

5. Résultat de l'analyse

En résumé, la jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral, souvent utilisée comme argument pour une adaptation du respect de la Constitution fédérale en fonction de la situation, n'est pas aussi claire que ce que l'on pourrait penser. La jurisprudence récente ne retient pas le besoin d'efficacité en situation d'urgence comme un argument opposable aux droits fondamentaux²⁷⁵. Ensuite, la pratique du Conseil fédéral s'écartant de la Constitution n'a pas pour intention de changer la compréhension de celle-ci comme étant une limite pour le droit d'urgence²⁷⁶. 122

L'interprétation historique conclut au respect de la Constitution, car l'art. 185 al. 3 Cst. ne permet pas d'édicter du droit d'urgence extraconstitutionnel. L'importance de la démocratie directe dans le système constitutionnel suisse pèse en faveur d'un respect des règles constitutionnelles. L'interprétation systématique n'apporte un indice que dans la comparaison à l'art. 165 al. 3 Cst. D'après la 123

²⁷⁰ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 96 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 149 ; BRUNNER ET AL., p. 697 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 4.

²⁷¹ TRÜMLER, nos 311–312 et 400.

²⁷² GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 100.

²⁷³ Dans ce sens, SCHOTT/KÜHNE, p. 441.

²⁷⁴ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 114.

²⁷⁵ Cf. supra Chapitre 2 : II. C, n° 90.

²⁷⁶ Cf. supra Chapitre 2 : II. A, nos 82 s.

doctrine majoritaire, les lois fédérales urgentes ne peuvent être édictées sans base constitutionnelle que dans la mesure où il s'agit d'une absence de compétence fédérale. Finalement d'un point de vue téléologique, l'important est de trouver un équilibre entre l'efficacité des mesures et les limites à poser afin de garantir la préservation de l'État de droit et de la démocratie.

- 124 Au vu de ce qui précède, il paraît évident que le respect de la Constitution fonde une limite au contenu du droit d'urgence du Conseil fédéral. Il est vrai que la Constitution contient un grand nombre de normes, s'appliquant à divers domaines juridiques, et que cette limite peut restreindre largement la possibilité d'action du Conseil fédéral. Cependant, une adaptation du respect de la Constitution en fonction de chaque situation va trop loin. L'interprétation faite ci-dessus montre clairement que cela ne serait en accord ni avec la volonté du constituant, ni avec le système constitutionnel. Étant donné que la Constitution est le texte fondamental de l'État, et vu l'importance de sa légitimation démocratique, elle doit être respectée par le gouvernement dans l'usage du droit d'urgence intraconstitutionnel.
- 125 Une exception peut éventuellement être envisagée dans le cas où le respect d'une règle constitutionnelle s'avérerait particulièrement inadéquat. Nous nous joignons aux auteurs qui considèrent cette possibilité comme ne pouvant être que très ponctuelle et survenir en dernier recours²⁷⁷. À notre avis, il faut alors que l'intérêt protégé par la mesure s'écartant de la Constitution soit d'une importance particulièrement élevée, et l'on pourrait ici limiter le but à la protection de biens de police²⁷⁸. Dans tous les cas, les limites minimales à respecter, présentées plus haut, sont des limites absolues auxquelles il ne peut jamais être dérogé²⁷⁹.

IV. Examen du respect des droits fondamentaux

A. En général

- 126 La conséquence la plus importante du respect de la Constitution est que le droit d'urgence doit rester dans le cadre des principes constitutionnels et doit respecter les droits fondamentaux. Malgré l'apparence simple de cette affirmation, son application n'est pas toujours évidente et certains de ses aspects ont conduit, ces dernières années, à des débats doctrinaux animés. Parmi ces aspects, on trouve la

²⁷⁷ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 102 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 148.

²⁷⁸ Cf. supra Chapitre 1 : III. B. 5.

²⁷⁹ Cf. supra Chapitre 2 : II. D.

possibilité de prévoir des peines pénales dans les ordonnances au sens de l'art. 185 al. 3 Cst.²⁸⁰ et de la restriction des droits politiques par celles-ci²⁸¹. Plusieurs arrêts intéressants ont également été rendus sur ces sujets. Mais avant d'examiner ces deux points, il convient de présenter rapidement ce qu'implique le respect des droits fondamentaux par le droit d'urgence du Conseil fédéral.

Les droits fondamentaux continuent de valoir comme en temps ordinaire²⁸². 127
Ceux-ci ne sont donc pas suspendus, même dans un cas d'application de l'art. 185 al. 3 Cst.²⁸³. Cela signifie que leur restriction se fait aux conditions usuelles définies pour chacun de ces droits²⁸⁴. Par conséquent, l'art. 36 Cst. est toujours applicable aux restrictions des libertés, à l'exception des exigences de base légale, qui sont réduites²⁸⁵. En effet, le droit d'urgence du Conseil fédéral constitue une base légale suffisante pour les restrictions, et ce également pour les restrictions graves²⁸⁶. La doctrine considère généralement que la situation de crise et d'urgence autorise une application plus souple des critères de l'art. 36 Cst.²⁸⁷. La proportionnalité doit être examinée au vu des circonstances au moment de la prise de décision, circonstances qui sont souvent peu claires et imprévisibles en cas d'urgence²⁸⁸.

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion d'examiner si l'art. 11 al. 3 de l'ordonnance Covid-19 dans le secteur de la culture qui excluait les recours contre les décisions prises sur cette ordonnance, respectait l'art. 29a Cst.²⁸⁹. Dans cette affaire, le service cantonal ayant appliqué l'article argumente que la disposition est justifiée par le besoin pour les autorités d'agir rapidement et par la durée limitée de celle-ci²⁹⁰. Le Tribunal fédéral réfute cette argumentation et conclut à une violation 128

²⁸⁰ Cf. infra Chapitre 2 : IV. B.

²⁸¹ Cf. infra Chapitre 2 : IV. C.

²⁸² MÄRKLI, p. 63.

²⁸³ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 100 ; concernant le droit d'urgence extraconstitutionnel, cf. BERNARD, Droits fondamentaux, p. 136 ss.

²⁸⁴ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651.

²⁸⁵ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 100 ; BERNARD, Droits fondamentaux, p. 136.

²⁸⁶ ATF 125 II 417, consid. 6b ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10d ; MÄRKLI, p. 63.

²⁸⁷ BERNARD, Droits fondamentaux, p. 136 ; MÄRKLI, p. 63 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, nos 188–210.

²⁸⁸ RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, nos 211–213.

²⁸⁹ ATF 147 I 333.

²⁹⁰ ATF 147 I 333, consid. 1.6.3.

de l'art. 29a Cst.²⁹¹. L'art. 29a Cst. fonde une garantie procédurale trop importante pour la séparation des pouvoirs, d'autant plus lorsqu'il est question d'ordonnances d'urgence édictées par le pouvoir exécutif seul²⁹². Il précise aussi que d'autres mesures procédurales étaient possibles afin de ne pas ralentir l'application des mesures, sans pour autant soustraire les décisions à l'accès au juge²⁹³.

- 129 Cette jurisprudence confirme non seulement la limitation du droit d'urgence du Conseil fédéral par les droits fondamentaux, mais également le fait que l'efficacité, dans une situation extraordinaire, ne puisse pas toujours primer sur l'importance de certaines garanties²⁹⁴. Le Tribunal fédéral souligne aussi l'importance accrue de maintenir les garanties particulièrement pertinentes pour la séparation des pouvoirs lorsque celle-ci est déjà affaiblie.

B. Peines pénales dans les ordonnances d'urgence

- 130 Une question qui revient souvent dans les débats doctrinaux est celle de savoir si le droit d'urgence peut contenir des peines privatives de liberté. Cette question est une question de restriction des droits fondamentaux, vu qu'il s'agit du respect de l'art. 31 al. 1 Cst. qui exige que toute peine privative de liberté soit prévue dans une loi²⁹⁵. On entend par loi dans le cas de l'art. 31 al. 1 Cst. une loi au sens formel²⁹⁶. Il s'agit d'une concrétisation du principe de la légalité²⁹⁷.
- 131 À cela s'ajoute que le principe de la légalité, concrétisé en droit pénal à l'art. 1 CP, veut que les peines soient prévues dans une loi²⁹⁸. L'art. 1 CP est un principe général qui a une portée plus vaste que simplement celle du Code pénal, et s'applique à l'ensemble des mesures à caractère pénal²⁹⁹. Il s'agit d'une concrétisation du principe de la légalité qui est d'une grande importance pour l'ensemble de l'ordre

²⁹¹ ATF 147 I 333, consid. 1.6.3 et 1.6.4.

²⁹² ATF 147 I 333, consid. 1.6.3.

²⁹³ ATF 147 I 333, consid. 1.6.3.

²⁹⁴ Cf. également TF, 9C_663/2021 du 6 novembre 2022 (publication prévue), consid. 7.2 et 9.

²⁹⁵ HOTTELIER, in : CoRo, art. 31 Cst., n° 34 ; MÄRKLI, p. 63.

²⁹⁶ ATF 142 IV 389, consid. 4.3.2 ; KIENER ET AL., Grundrechte, § 44, n° 14 ; HOTTELIER, in : CoRo, art. 31 Cst., n° 34.

²⁹⁷ Art. 5 al. 1 Cst.; HOTTELIER, in : CoRo, art. 31 Cst., n° 34.

²⁹⁸ HURTADO POZO/ILLANEZ, in : CoRo, art. 1 CP, n°s 1–4 ; VERDE, n° 1.

²⁹⁹ GRAF, in : Annotierter Komm, art. 1 CP, n° 3.

juridique et, pour cette raison, peut être considéré comme, matériellement parlant, de rang constitutionnel³⁰⁰. En ce qui concerne les exigences de base légale de l'art. 1 CP, une base légale au sens formel est nécessaire, au moins pour les peines privatives de liberté et les autres sanctions restreignant la liberté³⁰¹.

Un aspect important du principe de la légalité est celui de la clarté et de la précision de la loi³⁰². Les citoyens doivent pouvoir reconnaître avec suffisamment de certitude les conséquences d'un certain comportement et ils doivent pouvoir adapter leurs comportements en fonction³⁰³. Le degré de précision dépend de la dureté de la peine prévue, ainsi que de la complexité du domaine concerné³⁰⁴. 132

Une des caractéristiques du droit d'urgence est qu'il permet de s'écarter du principe de la légalité³⁰⁵. Le droit d'urgence du Conseil fédéral constitue une base légale suffisante pour restreindre les droits fondamentaux, et ce également de manière grave³⁰⁶. Par conséquent, il semble tout à fait cohérent que cela vaille également pour l'exigence de l'art. 31 al. 1 Cst.³⁰⁷. Cependant, il convient de souligner que seules les exigences de base légale sont allégées et uniquement dans la mesure où celles-ci concernent l'aspect formel de la base légale. Les autres exigences découlant de l'art. 31 al. 1 Cst. doivent être respectées, et cela notamment en ce qui concerne la clarté et la précision de la norme³⁰⁸. 133

Dans un arrêt rendu dans le cadre de l'ancienne Constitution fédérale, le Tribunal fédéral va à l'encontre de la doctrine majoritaire de l'époque en reconnaissant la possibilité de prévoir des peines privatives de liberté dans les ordonnances indé- 134

³⁰⁰ WOHLERS, in : Handkomm, art. 1 CP, n° 1.

³⁰¹ ATF 118 Ia 305, consid. 7a ; ATF 112 Ia 107, consid. 3b ; HURTADO POZO/ILLANEZ, in : CoRo, art. 1 CP, n°s 20–21.

³⁰² KIENER ET AL., Grundrechte, § 44, n° 14 ; HURTADO POZO/ILLANEZ, in : CoRo, art. 1 CP, n° 27.

³⁰³ ATF 138 IV 13, consid. 4.1 ; HURTADO POZO/ILLANEZ, in : CoRo, art. 1 CP, n° 27.

³⁰⁴ ATF 138 IV 13, consid. 4.1 ; ATF 132 I 49, consid. 4.2 ; HURTADO POZO/ILLANEZ, in : CoRo, art. 1 CP, n° 27.

³⁰⁵ TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 10.

³⁰⁶ ATF 125 II 417 ; ATF 141 I 20.

³⁰⁷ Cour de justice (GE), AARP/345/2020 du 7 octobre 2020, consid. 3.5. cf. TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 10.

³⁰⁸ VEST, in : SGKomm, art. 31 Cst., n° 5.

pendantes du Conseil fédéral³⁰⁹. Les mesures en question concernaient l'interdiction du port d'arme à feu en public pour certains ressortissants étrangers³¹⁰.

- 135 Le Tribunal fédéral considère cependant dans cet arrêt que cela n'est possible qu'à condition qu'une telle peine soit nécessaire pour garantir une application correcte des mesures contenues dans l'ordonnance en question³¹¹. La peine doit également être proportionnelle aux mesures dont elle cherche à garantir le respect, c'est-à-dire que le non-respect des mesures en question doit avoir une conséquence suffisamment négative pour justifier une peine privative de liberté³¹². Bien que cet arrêt concerne l'ancienne Constitution fédérale, qui ne contenait pas de norme correspondant à l'art. 31 al. 1 Cst. actuel, on peut retenir que les conditions posées par le Tribunal fédéral sont valables aujourd'hui, car il s'agit, tout compte fait, de l'application des principes de l'activité étatique³¹³.
- 136 Ce sont ces conditions que la Cour de justice du canton de Genève a analysées lors de l'examen de la légalité d'une peine privative de liberté contenue dans une ordonnance au sens de l'art. 185 al. 3 Cst.³¹⁴. En effet, au printemps 2020, le Conseil fédéral a prévu une peine privative de liberté dans l'art. 10*f* de l'ordonnance 2 Covid-19³¹⁵. La Cour de justice considère qu'au vu de la situation de pandémie au moment de la validité de l'ordonnance et des mesures importantes pour la santé publique contenue dans celle-ci, il était nécessaire que l'ordonnance soit accompagnée d'un effet dissuasif conséquent³¹⁶. Selon la Cour, des peines moins grandes n'auraient pas suffi³¹⁷.

³⁰⁹ GÄCHTER, *Selbständiges Verordnungsrecht*, p. 234 et 241.

³¹⁰ ATF 123 IV 29, consid. 1.

³¹¹ Cf. ordonnance sur le port d'armes à feu ; ATF 123 IV 29, consid. 4c.

³¹² ATF 123 IV 29.

³¹³ Art. 5 al. 2 Cst.

³¹⁴ Cour de justice (GE), AARP/345/2020 du 7 octobre 2020. À noter qu'au moment où l'ordonnance 2 Covid-19 contenait la disposition pénale en question, elle n'était plus basée, selon le regeste, sur l'art. 185 al. 3 Cst. La Cour de justice a cependant considéré que, le regeste ne faisant pas foi, l'ordonnance continuait d'être basée sur l'art. 185, al. 3 Cst. (début du consid. 3.5).

³¹⁵ Art. 10*f* ordonnance 2 Covid-19, état à partir du 26 mars 2020, cf. modification du 25 mars 2020 (RO 2020 1065).

³¹⁶ Cour de justice (GE), AARP/345/2020 du 7 octobre 2020, consid. 3.5.

³¹⁷ Cour de justice (GE), AARP/345/2020 du 7 octobre 2020, consid. 3.5 ; dans ce sens également, BURRICHTER/VISCHER, p. 303.

À noter qu'au moment de l'introduction de l'article en question, l'ordonnance 2 Covid-19 se basait sur l'art. 7 LEp et pas sur l'art. 185 al. 3 Cst. Cependant, on peut appliquer les réflexions faites à ce sujet ici, d'abord parce que l'ordonnance 2 Covid-19 était originellement basée sur l'art. 185 al. 3 Cst.³¹⁸. Ensuite, car l'art. 7 LEp donne des pouvoirs similaires à ceux de l'art. 185 al. 3 Cst. au Conseil fédéral et n'est pas considéré comme ayant une teneur propre, mais comme n'étant qu'une répétition de celui-ci³¹⁹. 137

Le fait que l'art. 185 al. 3 Cst. soit une base légale suffisante pour la peine prévue par l'art. 10f ordonnance 2 Covid-19 est cependant critiqué³²⁰. D'abord parce que le besoin d'une sanction aussi sévère pour appliquer les normes en question est difficilement vérifiable³²¹. Ensuite parce que la situation n'est pas la même que celle de l'interdiction de porter des armes à feu examinée par le Tribunal fédéral³²². Dans cette dernière situation, le Tribunal fédéral avait précisé que l'interdiction du port d'arme à feu ne représentait qu'une faible restriction aux libertés³²³, alors que les restrictions auxquelles l'art. 10f ordonnance 2 Covid-19 est rattachée sont des restrictions plus importantes³²⁴. Le fait de combiner ces restrictions avec une peine pénale importante peut avoir pour conséquence que les restrictions aux libertés ne remplissent pas l'exigence de proportionnalité³²⁵. 138

Un arrêt de la CourEDH au sujet de cette disposition va dans ce sens. La Cour a examiné la conformité de l'art. 10d ordonnance 2 Covid-19³²⁶, qui correspond à l'art. 10f à partir du 26 mars 2020³²⁷, avec l'art. 11 CEDH dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*³²⁸. Laissant de côté la question de l'exigence de la base légale, elle considère, au sujet de la mesure, que la 139

³¹⁸ Ordonnance 2 Covid-19, état le 13 mars 2020 (RO 2020 773).

³¹⁹ Message LEp (FF 2011 291), p. 346 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 143 ; BURRICHTER/VISCHER, p. 302 ; KLEY, Staatsrechtliches Lehrstück, p. 273 ; KUSTER, n° 53.

³²⁰ WOHLERS ET AL., Strafrecht in Zeiten der Pandemie, p. 89–90.

³²¹ WOHLERS ET AL., Strafrecht in Zeiten der Pandemie, p. 89.

³²² VERDE, n° 30.

³²³ ATF 123 IV 29, consid. 3b.

³²⁴ EGE/ESCHLE, n° 20.

³²⁵ EGE/ESCHLE, n° 20.

³²⁶ État le 17 mars 2020, cf. modification du 16 mars 2020 (RO 2020 783).

³²⁷ Cf. modification du 25 mars 2020 (RO 2020 1065).

³²⁸ CourEDH, 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, du 15 mars 2022.

nécessité dans une société démocratique n'est pas donnée et que, par conséquent, il y a violation de l'art. 11 CEDH³²⁹.

140 Le fait que l'interdiction de manifester contenue dans l'ordonnance 2 Covid-19³³⁰ soit couplée avec la peine de l'art. 10d de cette ordonnance crée un effet dissuasif important, qui doit avoir sa place dans l'examen de la proportionnalité³³¹. En cas d'interdiction de manifester, lorsque les sanctions prévues pour les cas de violation de cette interdiction sont de nature pénale, elles doivent être au bénéfice d'une justification particulière, et elles ne doivent en principe pas être appliquées à des manifestations pacifiques³³². Cet effet dissuasif était clairement existant en ce qui concerne l'art. 10d ordonnance 2 Covid-19, car la sanction prévue par celui-ci est sévère³³³. Dans son examen, la Cour prend en considération « la menace que représente le coronavirus pour la société et la santé publique », mais considère néanmoins la mesure comme disproportionnée, principalement parce que la liberté de réunion est importante pour la démocratie et parce que la durée de l'interdiction était longue³³⁴.

141 En plus du problème du respect de la proportionnalité, l'art. 10f respectivement 10d al. 1 ordonnance 2 Covid-19 pose des difficultés en ce qui concerne la précision et la clarté de la norme, d'abord parce que l'état de fait a été modifié plusieurs fois à des intervalles plutôt courts (manque de prévisibilité)³³⁵, mais aussi parce qu'il pouvait être difficile de déterminer ce qui entrait dans la catégorie des comportements punissables³³⁶. En effet, le comportement pénalisé par l'art. 10d,

³²⁹ CourEDH, 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, du 15 mars 2022, nos 79 et 91–92.

³³⁰ Art. 6 ordonnance 2 Covid-19, version du 17 mars 2020, interdiction des manifestations peu importe le nombre de participants.

³³¹ CourEDH, 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, du 15 mars 2022, n° 83.

³³² CourEDH, 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, du 15 mars 2022, n° 89 (avec références).

³³³ CourEDH, 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, du 15 mars 2022, n° 89.

³³⁴ CourEDH, 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, du 15 mars 2022, n° 91.

³³⁵ BURRICHTER/VISCHER, p. 303.

³³⁶ VERDE, nos 4 et 6 (avec références) ; pour une analyse détaillée de la question en rapport avec les mesures Covid-19, cf. WOHLERS ET AL., *Strafrecht in Zeiten der Pandemie*, p. 91–100.

respectivement 10f al. 1 ordonnance 2 Covid-19 ne peut être déterminé qu'en lien avec les art. 6 ss de l'ordonnance, qui eux aussi ont été modifiés plusieurs fois³³⁷. Plusieurs auteurs en concluent donc que le principe de la légalité n'était pas respecté par manque de précision³³⁸.

C. Restriction des droits politiques

La question de la restriction des droits politiques est particulièrement délicate 142 parce que, bien qu'on puisse la considérer comme une simple restriction de droits fondamentaux, elle concerne directement l'ordre démocratique, et restreint les pouvoirs du peuple, souverain dans une démocratie directe et jouant un rôle d'organe étatique³³⁹. Ceci est particulièrement délicat lorsque la restriction vient du gouvernement, agissant sur la base de ses compétences d'urgence, car le principe de la légalité et la séparation des pouvoirs sont déjà considérablement affaiblis³⁴⁰. D'ailleurs, les droits politiques ne peuvent que difficilement être restreints, ceci en raison de leur importance pour l'ordre constitutionnel³⁴¹.

La problématique du respect des droits politiques par les mesures prises dans les 143 ordonnances d'urgence du Conseil fédéral a émergé pour la première fois à la suite de l'ordonnance Covid-19 délais droits politiques. Les mesures contenues dans cette ordonnance restreignent l'exercice des droits politiques, bien que le but principal de celle-ci fût également de les protéger³⁴². En effet, les restrictions des libertés de réunion et de mouvement, découlant des mesures pour lutter contre la pandémie de Covid-19, ont rendu les débats populaires et la récolte des signatures très difficiles³⁴³. Pour répondre à ce problème, le Conseil fédéral a décidé de suspendre les délais de récolte des signatures pour les initiatives et les référendums

³³⁷ EGE/ESCHLE, n° 24. Pour une analyse détaillée de l'exigence de précision en lien avec l'art. 10d, respectivement 10f al. 1 ordonnance 2 Covid-19, cf. BURRICHTER/VISCHER, p. 304.

³³⁸ EGE/ESCHLE, n° 26.

³³⁹ ATF 119 Ia 167, consid. 1d ; Glaser/kley, in : Staatsrecht, § 3, n° 1 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1731.

³⁴⁰ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n°s 59–60.

³⁴¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1759.

³⁴² Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité, p. 9.

³⁴³ Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité, p. 9.

populaires, et d'interdire la récolte de signatures pendant la période de suspension des délais³⁴⁴.

- 144 Le premier point à soulever est que l'ordonnance en question ne respecte pas la Constitution en ce sens qu'elle modifie les délais inscrits dans les art. 138 al. 1, 139 al. 1 et 141 al. 1 Cst., ce qui ne devrait pas être le cas puisque la Constitution constitue une limite au contenu des ordonnances selon l'art. 185 al. 3 Cst.³⁴⁵. Cependant, dans ce cas d'espèce, il serait possible de faire une interprétation des mesures conforme à la Constitution³⁴⁶. C'est ce qu'a argumenté le Conseil fédéral en disant qu'il s'agissait seulement d'une suspension du délai et non d'une prolongation de celui-ci, par conséquent les 18 mois, respectivement les 100 jours, inscrits dans la Constitution étaient respectés³⁴⁷. C'est pour suivre entièrement ce point de vue que l'ordonnance interdit également toute récolte de signatures, car sans cela, le délai serait de facto prolongé et pas uniquement suspendu³⁴⁸.
- 145 Le second problème de cette ordonnance est qu'elle restreint énormément les droits politiques, justement dans le sens qu'elle interdit la récolte des signatures nécessaires pour lancer des initiatives et des référendums, mais également parce qu'elle suspend les délais, ce qui signifie que pendant la période de suspension aucune initiative respectivement aucun référendum ne peut voir le jour³⁴⁹.
- 146 La protection des droits politiques contient deux aspects : le premier est la protection de l'accès aux droits politiques³⁵⁰. Le second est la protection de la libre formation de l'opinion et la garantie de l'expression fidèle de la volonté des votants³⁵¹. Le premier aspect comprend des protections pratiques, telles que l'accès au domaine public afin de pouvoir récolter des signatures, alors que le second

³⁴⁴ Art. 1 ordonnance Covid-19 délais droits politiques.

³⁴⁵ Cf. supra Chapitre 2 : III. C. 5.

³⁴⁶ WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 23 ; pour une critique détaillée, cf. BIAGGINI, *Fristenstillstand*.

³⁴⁷ Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité, p. 9–10.

³⁴⁸ Art. 3 ordonnance Covid-19 délais droits politiques ; Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité, p. 10 ; pour une justification différente, cf. RECHSTEINER, *Auswirkungen der Corona-Pandemie*, p. 128.

³⁴⁹ BIAGGINI, *Fristenstillstand*, p. 276 et 282 ; BRUNNER ET AL., p. 699–670.

³⁵⁰ Art. 34 al. 1 Cst.

³⁵¹ Art. 34 al. 2 Cst.

aspect garantit que les citoyens puissent voter en se basant sur un processus de formation de l'opinion libre et complet³⁵².

Dans la situation de pandémie de Covid-19, on se trouve en présence d'un double problème. Les mesures sanitaires interdisant les rassemblements et réduisant au maximum les contacts sociaux, nécessaires pour lutter contre la propagation du virus, portent atteinte à la libre formation de l'opinion des citoyens et citoyennes³⁵³. C'est ce que reconnaît le Tribunal fédéral dans un cas similaire concernant le report d'élections communales tessinoises à la suite de la pandémie de Covid-19³⁵⁴. Il considère que le fait que le déroulement des votations et leur dépouillement puissent se faire en respectant les mesures sanitaires ne suffit pas, car cela ne dit rien sur la possibilité pour les votants de se forger une opinion libre et complète³⁵⁵. Ceci dépend cependant des circonstances concrètes, car la décision inverse du canton de Genève, qui consistait à maintenir le second tour des élections communales, était également justifiée, les circonstances d'espèce étant différentes³⁵⁶. 147

Il n'est pas certain que les mesures du Conseil fédéral étaient justifiées, car la proportionnalité de celles-ci a été critiquée sur certains aspects³⁵⁷. Quoi qu'il en soit, dans cet exemple, l'examen de la proportionnalité des mesures et la prise en compte de l'ensemble des circonstances sont déterminants pour séparer une violation d'une restriction justifiée du droit fondamental³⁵⁸. Similairement à ce que le Tribunal fédéral a souligné au sujet de l'importance de l'art. 29a Cst. pour la séparation des pouvoirs³⁵⁹, il convient ici de faire remarquer l'importance des droits politiques pour la démocratie. Une restriction de ceux-ci sur la base du droit d'urgence ne peut se faire qu'en dernier recours. 148

³⁵² ATF 121 I 138, consid. 3 ; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, nos 1843–1844 et 1879 ; MARKIĆ, in : *Recht in der Krise*, p. 166–167.

³⁵³ TF, 1C_169/2020 du 22 décembre 2020, consid. 2.2. et 2.6.2.

³⁵⁴ TF, 1C_169/2020 du 22 décembre 2020.

³⁵⁵ TF, 1C_169/2020 du 22 décembre 2020, consid. 2.6.2.

³⁵⁶ TF, 1C_169/2020 du 22 décembre 2020, consid. 2.2.6 ; Cour de justice (GE), ACST/12/2020 du 1er avril 2020 ; cf. MARKIĆ, in : *Recht in der Krise*, p. 161–166.

³⁵⁷ BIAGGINI, *Fristenstillstand*, p. 281 ss ; GLASER/BRAUN BINDER, p. 603–604 et 611–612 ; d'un avis différent, BRUNNER ET AL., p. 698.

³⁵⁸ MARKIĆ, in : *Recht in der Krise*, p. 167.

³⁵⁹ ATF 147 I 333, consid. 1.6.3. Cf. supra Chapitre 2 : IV. A, n° 128.

V. Conclusions

- 149 De ce chapitre on peut conclure que le principe est celui du respect de la Constitution par le droit d'urgence du Conseil fédéral. La pratique récente ne remet pas en cause ce principe. L'utilisation du droit d'urgence implique cependant une atténuation du principe de la légalité en ce qui concerne les exigences de loi au sens formel. Elle implique également un affaiblissement de la séparation des pouvoirs.
- 150 Un écart aux règles de répartition des compétences entre cantons et Confédération est possible. Néanmoins, le principe de subsidiarité continue de valoir, ce qui conditionne une attraction de compétence au niveau fédéral au besoin d'une réglementation uniforme ou au fait que les capacités cantonales soient dépassées. Le principe de la proportionnalité doit également être respecté. À noter que dans le cas où la mesure de droit d'urgence est une mesure de sécurité intérieure et que la menace concernée est de niveau national, ou que la mesure est une mesure de sécurité extérieure, alors il y a compétence fédérale.
- 151 En revanche, il n'est pas possible d'adapter la limite de la Constitution en fonction de la situation concrète. Seule une exception particulière peut être envisagée, en dernier recours, dans le cas où le respect de la Constitution serait particulièrement inadéquat, et que le bien à protéger est particulièrement important.
- 152 Dans tous les cas, un certain nombre de règles constitutionnelles doivent toujours être respectées. Il s'agit d'abord des principes de l'État de droit³⁶⁰, c'est-à-dire le principe de proportionnalité, l'existence d'un intérêt public et le respect de la bonne foi. Ensuite, l'égalité de traitement et l'interdiction de la discrimination³⁶¹, ainsi que l'interdiction de l'arbitraire³⁶² doivent être respectées. Les règles pour la restriction des droits fondamentaux et des libertés fondamentales³⁶³ continuent de valoir, à l'exception de l'exigence de base légale au sens formel. Il faut ajouter à cela toutes les normes qui régissent le droit d'urgence du Conseil fédéral lui-même ; et finalement, toutes les règles d'organisation de l'Assemblée fédérale et celles octroyant des compétences de droit d'urgence.
- 153 L'analyse de la restriction de certains droits fondamentaux par les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral a apporté la confirmation, par la jurisprudence, que

³⁶⁰ Art. 5 Cst.

³⁶¹ Art. 8 Cst.

³⁶² Art. 9 Cst.

³⁶³ Art. 36 Cst.

certaines normes constitutionnelles sont trop importantes pour qu'on puisse leur opposer l'argument du besoin d'efficacité en situation d'urgence.

154
Finalement, les sanctions pénales doivent faire l'objet d'un examen particulier avant d'être prises dans des ordonnances d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. La clarté et la précision de la base légale sont particulièrement importantes. Il faut également prendre en compte qu'une sanction sévère peut conduire au fait que les restrictions aux libertés introduites par les mesures de droit d'urgence deviennent disproportionnées. Dans ce cadre, il ne faut pas oublier l'effet dissuasif que la menace des sanctions peut exercer sur l'exercice des libertés. Les peines privatives de libertés peuvent être prévues dans du droit d'urgence seulement si elles sont nécessaires pour garantir l'application correcte des mesures auxquelles elles se rapportent et si elles sont proportionnées à ces mesures. Ce dernier aspect signifie que le non-respect des mesures doit avoir une conséquence suffisamment négative pour justifier une peine privative de liberté.

Chapitre 3 : Limites découlant des actes législatifs de l'Assemblée fédérale

I. Introduction

Dans le chapitre précédent, il a été question de la limitation du droit d'urgence 155 au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. par la Constitution fédérale. Il est à présent temps d'examiner si les actes de l'Assemblée fédérale, étant des actes émanant du pouvoir législatif, en constituent également une limite et dans quelle mesure.

La question du respect des lois fédérales par le droit d'urgence du Conseil fédéral 156 est très débattue en doctrine. Sur le principe l'enjeu est le suivant. Les lois fédérales expriment la volonté du législateur³⁶⁴, volonté que l'exécutif doit appliquer³⁶⁵. En conséquence, le fait que l'exécutif puisse contrevenir aux lois fédérales est un écart important à la séparation des pouvoirs. De plus, les lois fédérales étant sujettes au référendum facultatif³⁶⁶, il y aurait également un écart par rapport à la démocratie directe. Cependant, ces écarts pourraient être justifiés par la mise en danger exceptionnelle de biens importants pour l'État et pour les citoyens³⁶⁷.

La pratique lors de la pandémie de Covid-19, ainsi que les débats doctrinaux, 157 ont amené un changement important dans la compréhension de cette question. Comme la question porte avant tout sur le rapport entre les lois fédérales et le droit d'urgence du Conseil fédéral, nous commencerons par traiter de ce point³⁶⁸, avant d'examiner le rapport avec les autres actes législatifs de l'Assemblée fédérale³⁶⁹. Afin de répondre à la question de savoir si les lois fédérales sont une limite au droit d'urgence du Conseil fédéral, et de mieux comprendre le débat dont elle est l'objet, il faut présenter certaines distinctions importantes³⁷⁰. Ensuite, il convient de présenter l'origine de la controverse et l'évolution de la pratique³⁷¹. Finalement, nous procéderons à une analyse juridique de la question, dont le but est de com-

³⁶⁴ Art. 163 al. 1 Cst.

³⁶⁵ Art. 182 Cst.

³⁶⁶ Art. 141 al. 1 let. a Cst.

³⁶⁷ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 137–138 ; BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 12.

³⁶⁸ Cf. infra Chapitre 3 : II.

³⁶⁹ Cf. infra Chapitre 3 : III.

³⁷⁰ Cf. infra Chapitre 3 : II. A.

³⁷¹ Cf. infra Chapitre 3 : II. B.

prendre s'il est effectivement possible de s'écarter des lois fédérales par le biais du droit d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst.³⁷².

II. Limites découlant des lois fédérales

A. Précisions nécessaires

1. Importance de certaines distinctions

158 De manière générale, les mesures se substituant à la loi ou la complétant, dites mesures *praeter legem*, sont reconnues comme pouvant être prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. C'est la possibilité de prendre des mesures qui sont contraires à la loi, c'est-à-dire les mesures *contra legem*, qui est au centre de la controverse du respect des lois fédérales. Ainsi, la distinction entre les mesures *praeter legem* et *contra legem* est essentielle pour comprendre les enjeux, car c'est principalement sur celle-ci que repose une grande partie de l'argumentation en faveur des mesures contraires à la loi. Il existe également une difficulté de distinction entre la condition de la subsidiarité de l'art. 185 al. 3 Cst. et les mesures *praeter legem*.

159 Ainsi, afin de comprendre au mieux le débat sur le respect des lois fédérales, il convient d'éclaircir ces deux distinctions particulièrement épineuses. Nous commencerons par la distinction entre la condition de la subsidiarité et les mesures *praeter legem*. Ensuite viendra la distinction entre les mesures qui sont contraires à la loi (*contra legem*) et celles qui ne font que s'y substituer (*praeter legem*).

2. Distinction entre subsidiarité et mesures *praeter legem*

160 La condition de la subsidiarité est une condition d'application de l'art. 185 al. 3 Cst.³⁷³ Cette condition veut que le droit d'urgence soit subsidiaire au droit ordinaire, ce qui signifie qu'il est possible de recourir au le droit d'urgence uniquement lorsque le droit ordinaire n'offre pas de base légale réglant la situation à laquelle on doit faire face³⁷⁴. L'absence de réglementation de droit ordinaire peut résulter soit de l'absence de délégation législative dans une loi spéciale, qui permettrait au Conseil fédéral de prendre des mesures sur cette base, soit du fait que

³⁷² Cf. infra Chapitre 3 : II. C.

³⁷³ TRÜMLER, n° 316.

³⁷⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1672 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 453.

le droit ordinaire ne règle pas du tout la situation spécifique³⁷⁵. Par exemple, lors de la pandémie de Covid-19, les mesures épidémiologiques ont été prises par le Conseil fédéral sur la base de la LEp qui prévoit des mesures à prendre pour ce cas de figure et délègue des compétences au Conseil fédéral.

À ce premier aspect de la subsidiarité, applicable au droit d'urgence en général, s'ajoute un second, qui concerne le droit d'urgence du gouvernement. La subsidiarité veut également que l'action d'urgence du gouvernement soit subsidiaire à l'action du pouvoir législatif. Il faut que le pouvoir législatif n'ait pas agi au sujet de la menace dont il est question, même sur la base de ses compétences d'urgence, et qu'il n'ait plus le temps de le faire³⁷⁶. Ce dernier point se recoupe avec l'exigence de l'urgence temporelle qui conditionne l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. au fait que le temps manque pour que le législatif puisse agir³⁷⁷. 161

La condition de la subsidiarité sert à savoir si le Conseil fédéral peut ou non faire usage de sa compétence prévue à l'art. 185 al. 3 Cst. Il s'agit d'une condition d'application de l'art. 185 al. 3 Cst. La question de savoir quelles mesures peuvent être prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. vient ensuite, et s'ajoute à la condition de la subsidiarité. En effet, d'après le Message relatif à la Constitution fédérale, en plus de la condition de la subsidiarité que l'on retrouve dans l'expression « en l'absence de base légale formelle », l'usage de l'art. 185 al. 3 Cst. est limité à des mesures « qui se substituent à la loi ou la complètent » à l'exclusion des mesures contraires à la loi³⁷⁸. 162

La distinction entre la subsidiarité et les mesures *praeter legem* repose donc sur le fait qu'il s'agit, pour la première, d'une condition d'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst., pour les secondes du contenu possible des mesures prises sur la base de cet article. Naturellement, pour qu'une mesure *praeter legem* soit possible, comme elle remplace l'absence d'une loi ou la complète, il faut qu'il n'y ait pas de base légale réglant le même état de fait, ce qui signifie qu'il faut que la condition de la subsidiarité soit remplie. C'est pourquoi ces deux notions restent étroitement liées. 163

³⁷⁵ KLEY, in : Staatsrecht, § 25, n° 47 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 10.

³⁷⁶ LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 130.

³⁷⁷ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 10a ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 130. Cf. supra Chapitre 1 : II.

³⁷⁸ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426.

3. Distinction entre mesures *praeter legem* et mesures *contra legem*

- 164 Une difficulté se trouve également dans la distinction entre les mesures *praeter legem* et *contra legem*. En effet, il n'apparaît pas clairement, à la lecture de la doctrine, quelles mesures peuvent être comprises comme des mesures *praeter legem*. La limite entre les mesures qui contreviennent à la loi et celles qui s'y substituent uniquement ou ne font que compléter est parfois floue. Faut-il que la mesure déroge expressément ou de manière évidente à la loi pour être qualifiée de *contra legem* ? Le fait de prévoir une exception à une certaine norme légale est-il déjà *contra legem* ou seulement *praeter legem* ?
- 165 La réponse à ces questions diffère en fonction de la compréhension que l'on donne à la notion de mesure *praeter legem*. La compréhension traditionnelle considère que les mesures *praeter legem* sont celles qui viennent compléter un silence de la loi³⁷⁹, elles remplacent l'absence d'une loi³⁸⁰. C'est ce qui est compris dans le Message relatif à la Constitution fédérale par « se substitue à la loi »³⁸¹. On entend par là que le droit d'urgence se substitue à une loi inexistante³⁸².
- 166 Certains auteurs jouent sur les difficultés de distinction et donnent des interprétations plus souples de ce que peut être une mesure *praeter legem*. Ils considèrent que lorsqu'une loi ne prévoit rien pour les cas de nécessité, elle est incomplète³⁸³. Dans un tel cas, les mesures de droit d'urgence modifiant les dispositions légales devenues inadaptées ne sont pas *contra legem*, mais *praeter legem*, car elles ne font que compléter une insuffisance de la loi³⁸⁴. Cette interprétation souple de ce qu'est une mesure *praeter legem* a pour avantage de laisser plus de liberté au Conseil fédéral et donc augmente son efficacité dans la gestion de la crise. Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'une modification de la loi par une mesure d'urgence veut dire, selon la compréhension traditionnelle, que la mesure est *contra legem*.
- 167 TRÜMPLER va encore plus loin et soutient la thèse suivante : dans une situation d'exception donnée, les règles qui paraissent alors inadéquates, dans le sens qu'elles ne peuvent plus être légitimement appliquées, sont alors suspendues

³⁷⁹ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 72.

³⁸⁰ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 146 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 24.

³⁸¹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426.

³⁸² BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 146.

³⁸³ Dans ce sens également, GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., nos 73 et 77 ; KUSTER, nos 36–37 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 474.

³⁸⁴ KUSTER, nos 36–37 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 474.

matériellement pour le temps que dure la situation en question³⁸⁵. Sous l'angle de cette assomption-là, les mesures qualifiées de *contra legem* ne désignent plus que les mesures qui dérogent à des normes ayant encore leur validité formelle et matérielle³⁸⁶. Le droit d'urgence passe alors devant le droit ordinaire matériellement suspendu et est donc dans ce contexte *praeter legem*³⁸⁷. À notre sens, l'interprétation ici donnée dépasse ce que l'on peut raisonnablement comprendre par mesure *praeter legem*.

Dans la présente thèse, le terme *contra legem* sera compris dans le sens classique, c'est-à-dire comme une norme contraire, implicitement ou explicitement, à une autre norme légale. Les mesures *praeter legem* seront des mesures qui se substituent à l'absence d'une loi ou la complètent, sans entrer en contradiction avec elle. Le point central de l'analyse doit rester la question de savoir si, par l'interprétation juridique de l'art. 185 al. 3 Cst., il y a des raisons et des arguments qui justifieraient de considérer les mesures *contra legem* comme étant possibles³⁸⁸. Néanmoins, la difficulté de la distinction entre mesures *praeter legem* et mesures *contra legem*, et l'argumentation d'une partie de la doctrine présentée ci-dessus, sont des indices pour un manque de praticabilité de la limitation aux mesures uniquement *praeter legem*. 168

B. Évolution de la compréhension du respect des lois fédérales

1. Origines et positions sur la question

La question du respect des lois fédérales par le droit d'urgence du Conseil fédéral remonte au mécanisme de droit d'urgence correspondant de l'ancienne Constitution fédérale, contenu à l'art. 102 ch. 10 aCst. À ce sujet, la doctrine avait développé certaines conditions d'application, dont celle disant que les ordonnances ne pouvaient contrevenir aux actes de l'Assemblée fédérale³⁸⁹. Puis, le Tribunal fédéral avait repris cette condition dans sa jurisprudence sur l'art. 102 ch. 8 à ch. 10 aCst., les ordonnances font office de loi ou complètent celles-ci, mais ne peuvent être contraires aux actes de l'Assemblée fédérale³⁹⁰. 169

³⁸⁵ TRÜMPLER, n^{os} 318–321.

³⁸⁶ TRÜMPLER, n^o 320.

³⁸⁷ RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n^o 474 ; TRÜMPLER, n^o 320.

³⁸⁸ Cf. infra Chapitre 3 : II. C.

³⁸⁹ AUBERT, n^o 1529 ; EICHENBERGER, in : *Komm-1874*, art. 102 ch. 10 aCst., n^o 166.

³⁹⁰ ATF 122 IV 258, consid. 2a) ; ATF 123 IV 29, consid. 3 a).

- 170 L'art. 185 al. 3 Cst. reprend ensuite le mécanisme de l'art. 102 ch. 10 aCst. et reprend aussi ses critères³⁹¹. Certes, le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. ne contient aucune indication concernant le respect des lois fédérales. Cependant, le Message relatif à la Constitution explique à son sujet que, si effectivement le Conseil fédéral peut, « en l'absence de base légale formelle, édicter des ordonnances qui se substituent à la loi ou la complètent », ces ordonnances en revanche « ne peuvent entrer en contradiction avec des actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale »³⁹². Le critère développé dans le cadre de l'ancienne Constitution est donc repris.
- 171 Le Message étant clair à ce sujet, les lois fédérales doivent donc être respectées lors de l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst., c'est du moins l'avis d'une partie de la doctrine³⁹³. Mais une autre partie de la doctrine, toujours plus importante, remet en question cette limitation³⁹⁴. En effet, elle restreint largement les possibilités d'action du Conseil fédéral, empêchant ainsi une réaction efficace face au danger³⁹⁵. Il est donc argumenté que cette compréhension de l'art. 185 al. 3 Cst. n'est pas en accord avec le but de l'article et que les mesures dérogeant aux lois doivent être possibles afin de protéger effectivement les biens mis en danger. De plus, comme expliqué plus haut, la distinction entre les mesures se substituant aux lois et celles y étant contraires n'est pas évidente, et certains auteurs considèrent que les mesures modifiant une loi devenue inadéquate et ne prévoyant rien pour les cas d'urgence ne sont pas vraiment des mesures *contra legem*³⁹⁶.

2. Changement de pratique

- 172 En ce qui concerne l'existence de mesures *contra legem* dans le droit d'urgence, on peut distinguer la pratique du Conseil fédéral avant la pandémie de Covid-19 et celle pendant cette période. Avant la pandémie de Covid-19, le Conseil fédéral avait fait usage de ses compétences prévues à l'art. 185 al. 3 Cst. uniquement en

³⁹¹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 425–426.

³⁹² Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426.

³⁹³ BIAGINI, in : Staatsrecht, § 19, n° 50.

³⁹⁴ P. ex. BRUNNER ET AL., p. 697 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 472 ; TRÜMPLER, n° 317–321.

³⁹⁵ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 103 ; BRUNNER ET AL., p. 697. Débat identique concernant le respect de la Constitution fédérale, cf. supra. Chapitre 2 : II. C et Chapitre 2 : III. C. 4.

³⁹⁶ KUSTER, n° 34–37 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 474. Cf. supra Chapitre 3 : II. A. 3.

application simultanée de l'art. 184 al. 3 Cst.³⁹⁷. Le droit d'urgence respectait, en principe, les lois fédérales³⁹⁸. On trouve cependant des critiques en doctrine quant au respect des lois fédérales au sujet des décisions prises par le Conseil fédéral dans le cas Tinner³⁹⁹ et dans le cas du musée Pouchkine⁴⁰⁰.

Dans le cas Tinner, le Conseil fédéral intervient dans la procédure pénale à deux reprises, ordonnant la destruction de certaines pièces, ce qui viole les art. 69 CP et les art. 65 ss de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (abrogée)⁴⁰¹. Dans l'affaire du musée Pouchkine, le Conseil fédéral intervient dans la procédure de poursuite en se basant sur l'art. 184 al. 3 Cst. pour permettre aux tableaux saisis de quitter le territoire suisse et ainsi les soustraire à la saisie dont ils faisaient l'objet⁴⁰². Cette décision, non publiée, ne respecte pas l'art. 22 LP qui désigne l'autorité de surveillance comme compétente pour déclarer la nullité d'une mesure selon la LP⁴⁰³. Néanmoins, le non-respect des dispositions légales est ponctuel et les mesures prises ne s'écartent pas explicitement des lois.

Lors de la pandémie de Covid-19, la pratique du Conseil fédéral a clairement changé. Les ordonnances du Conseil fédéral, basées uniquement sur l'art. 185 al. 3 Cst., contiennent des mesures dérogeant explicitement aux lois fédérales en vigueur⁴⁰⁴. Un grand nombre d'articles contenus dans ces ordonnances commence par la mention « En dérogation à... »⁴⁰⁵. Les lois auxquelles on déroge sont multiples⁴⁰⁶. Plusieurs mesures sont également problématiques, car elles suspendent

³⁹⁷ Ordonnance « État islamique » ; ordonnance « Al-Qaïda » ; ordonnance UBS SA.

³⁹⁸ BIAGGINI, Kritik, p. 241–244.

³⁹⁹ Décisions non publiées, cf. Rapport Délégation Commissions de gestion, Affaire Tinner (FF 2009 4493), p. 4494 ; Communiqué de presse Affaire Tinner ; pour une analyse détaillée de l'affaire, cf. TRÜMLER, nos 339–368.

⁴⁰⁰ Décision basée uniquement sur l'art. 184 al. 3 Cst. (non publiée), cf. Communiqué de presse Musée Pouchkine.

⁴⁰¹ SCHOTT/KÜHNE, p. 427–428.

⁴⁰² CANDRIAN, p. 88.

⁴⁰³ PETER, p. 66.

⁴⁰⁴ P. ex. art. 1 à 5 et art. 6 et 7 ordonnance Covid-19 assurance chômage.

⁴⁰⁵ P. ex. art. 1 à 3 ordonnance Covid-19 obligation d'annoncer les postes vacants.

⁴⁰⁶ Dérogations à la loi sur l'assurance chômage dans l'ordonnance Covid-19 assurance-chômage ; dérogations à la LEI dans l'ordonnance Covid-19 obligation d'annoncer les postes vacants ; dérogations aux CO dans l'ordonnance Covid-19 bail à loyer et bail à ferme ; Dérogation au CPC, au CC et à la LP dans l'ordonnance Covid-19 justice et droit procédural et dans l'ordonnance Covid-19 insolvabilité.

des dispositions légales, tandis que d'autres réservent une possibilité de s'écarter de certaines dispositions⁴⁰⁷. Finalement certaines s'écarteront implicitement de dispositions légales, notamment en prolongeant ou raccourcissant certains délais légaux⁴⁰⁸.

- 175 Le Conseil fédéral prend donc consciemment des mesures s'écarterant des lois fédérales et semble donc considérer qu'il n'est pas limité par les lois fédérales en vigueur. Il considère qu'il peut prendre des mesures allant contre la loi. On ne trouve aucune explication sur ce procédé dans le rapport explicatif du Conseil fédéral sur le droit d'urgence⁴⁰⁹, mais on peut déduire de la formulation explicite de ces dérogations que le Conseil fédéral avait bel et bien la volonté de s'écarter de ces lois.
- 176 On constate ici une différence avec la pratique du Conseil fédéral en rapport avec le respect de la Constitution⁴¹⁰. Dans ce dernier cas, le Conseil fédéral n'avait montré aucune intention de changer sa compréhension de la question et l'on pouvait trouver, dans les explications qu'il avait données sur sa pratique, une volonté de respecter la Constitution. À l'inverse, en ce qui concerne le respect des lois fédérales, on peut déduire une volonté de ne pas être limité par les lois fédérales, ou une compréhension de la condition de leur respect comme n'étant pas absolument valable. La position du Conseil fédéral a donc changé.
- 177 De plus, un rapport de la Commission du Conseil national au sujet de l'utilisation du droit d'urgence reconnaît que les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral peuvent déroger à la législation en vigueur, car ce n'est qu'ainsi qu'elles sont réellement utiles⁴¹¹. Le rapport reprend la position doctrinale selon laquelle les ordonnances d'urgence peuvent se substituer non seulement à une norme faisant défaut, mais aussi à des normes inadéquates au vu de la situation d'urgence⁴¹².
- 178 Finalement, le Tribunal administratif fédéral, lors de l'examen de la constitutionnalité d'une ordonnance basée sur l'art. 185 al. 3 Cst., a suivi la nouvelle doctrine en considérant que les mesures contraires à la loi étaient possibles lorsque la loi

⁴⁰⁷ Art. 10a al 5 ordonnance 2 Covid-19, modification du 20 mars 2020 (RO 2020 867) ; art. 40 Ordonnance 2 Covid-19, modification du 3 avril 2020 (RO 2020 1155).

⁴⁰⁸ P. ex. art. 2 al. 2 et art. 8 ordonnance Covid-19 asile.

⁴⁰⁹ Cf. Rapport du Conseil fédéral droit de nécessité.

⁴¹⁰ Cf. supra Chapitre 2 : II. A, n^{os} 81 ss.

⁴¹¹ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 55.

⁴¹² Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 55 ; p. ex. RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n^o 474.

en question n'avait pas réglé la problématique de la situation d'urgence⁴¹³. Dans ce cas, les mesures comblant cette lacune de la loi ne seraient pas réellement des mesures *contra legem*, mais plutôt *praeter legem*⁴¹⁴.

À noter cependant que cette pratique est récente et n'a duré qu'un certain temps. Elle n'a fait l'objet d'aucune explication officielle de la part du Conseil fédéral. De plus, cette pratique a été aussi critiquée qu'appréciée en doctrine⁴¹⁵. On ne peut être sûr de la position du Conseil fédéral ou de la doctrine dans d'autres circonstances que celle de la pandémie de Covid-19. À l'heure actuelle, cette pratique n'a pas été confirmée. En effet, l'OFiEl, édictée en automne 2022, ne contient aucune dérogation aux lois fédérales. L'art. 19 OFiEl qui prévoit une dérogation à la LTrans est une exception prévue par la LTrans elle-même⁴¹⁶, et n'est donc pas en conflit avec celle-ci⁴¹⁷. 179

C. Analyse de la question du respect des lois fédérales

1. But de l'analyse

L'analyse effectuée ici cherche à déterminer, à l'aide de l'interprétation et des arguments existants, si les lois fédérales constituent une limite au contenu du droit d'urgence de l'art. 185 al. 3 Cst. et si seules des mesures *praeter legem* sont possibles ou si, au contraire et comme le soutient une partie de la doctrine, des mesures *contra legem* sont envisageables. La question de savoir quelle solution serait idéale est laissée de côté pour l'instant, afin de se concentrer sur la question de ce qui est possible juridiquement parlant dans l'état actuel des choses. Comme le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. ne dit rien au sujet du respect des lois fédérales, il ne sera pas procédé à l'interprétation littérale. 180

2. Interprétation historique

Comme nous l'avons déjà exposé plus haut, le Message relatif à la Constitution reprend les critères doctrinaux et jurisprudentiels voulant que seules des mesures 181

⁴¹³ ATAF 2021/V/2, consid. 2.3 et 2.3.1.

⁴¹⁴ ATAF 2021/V/2, consid. 2.3. Cf. distinction entre mesures *praeter legem* et *contra legem*, supra Chapitre 3 : II. A. 3.

⁴¹⁵ P. ex. BIAGGINI, Kritik, p. 254 ss ; BRUNNER ET AL., p. 697.

⁴¹⁶ Art. 4 let. a et art. 7 al. 1 let. g LTrans.

⁴¹⁷ Message aides financières (FF 2022 1183), p. 26.

praeter legem puissent être édictées sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst.⁴¹⁸. Le Message est clair à ce sujet. Il est également clair qu'il ne s'agit pas de la condition de la subsidiarité, car elle est mentionnée séparément dans le Message⁴¹⁹.

182 Les débats parlementaires lors de l'élaboration de la nouvelle Constitution n'ont pas porté sur la question du respect des lois fédérales⁴²⁰. L'absence de débat à ce sujet est difficile à interpréter et ne donne donc pas de pistes sur la volonté exacte du constituant. Cependant, il convient de noter que le contenu du Message est clair et que celui-ci a été publié avant les débats parlementaires⁴²¹. L'interprétation historique de l'art. 185 al. 3 Cst. ne donne donc aucune raison de considérer les mesures *contra legem* comme possibles.

3. Interprétation systématique

183 D'un point de vue systématique, l'instrument constitutionnel le plus proche de l'art. 185 al. 3 Cst. est l'art. 184 al. 3 Cst. qui permet également au Conseil fédéral d'édicter des ordonnances indépendantes, mais dans le domaine de la politique extérieure. Ces deux articles sont très liés et ont longtemps servi conjointement de base légale pour le droit d'urgence du Conseil fédéral⁴²². La jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question des mesures *contra legem*, précédant le Message relatif à la Constitution, concerne conjointement les mécanismes correspondants de l'ancienne Constitution⁴²³.

184 Cela dit, en ce qui concerne le respect des lois fédérales par ces ordonnances, la problématique est traitée de manière identique par la doctrine pour les deux articles. Une partie de la doctrine considère que les ordonnances au sens de l'art. 184 al. 3 Cst. doivent respecter les lois fédérales, une autre partie de la doctrine est d'avis qu'il est possible d'y déroger lorsque les normes contenues dans les lois fédérales sont insuffisantes⁴²⁴.

⁴¹⁸ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426 ; ATF 123 IV 29, consid. 3a) ; ATF 122 IV 258, consid. 2a).

⁴¹⁹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426. Cf. supra Chapitre 3 : II. A. 2.

⁴²⁰ Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CN 1) ; Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CE 1).

⁴²¹ Message Cst. (FF 1997 I 1) ; Projets Commissions révisions constitutionnelle (FF 1998 I 286) ; Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CE 1) ; Réforme Cst. (BO tiré à part 1998 CN 1).

⁴²² P. ex. ordonnance UBS SA ; ordonnance « Al-Qaïda ».

⁴²³ Art. 102 ch. 8 à ch. 10 aCst. ATF 122 IV 258, consid. 2°) ; ATF 123 IV 29, consid. 3a).

⁴²⁴ KÜNZLI, in : BaKomm, art. 184 Cst., n^{os} 41–42 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n^o 13a ; SCHOTT/KÜHNE, p. 418.

On peut cependant constater une différence dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, ce dernier a confirmé sa jurisprudence sur la question du respect des lois fédérales en lien avec l'art. 184 al. 3 Cst. dans un arrêt postérieur à la révision de la Constitution⁴²⁵. Il explicite dans cet arrêt que les ordonnances au sens de l'art. 184 al. 3 Cst. « ne saurai[en]t en principe être adoptée[s] *contra legem*, soit en contradiction avec le droit fédéral, en particulier avec les lois fédérales existantes »⁴²⁶. À l'inverse, on ne trouve pas de jurisprudence sur l'art. 185 al. 3 Cst. confirmant ce point. Ainsi, vu la jurisprudence du Tribunal fédéral, la comparaison entre l'art. 185 al. 3 et l'art. 184 al. 3 Cst. tend à confirmer la limitation par les lois fédérales. 185

Un second mécanisme constitutionnel comparable à celui de l'art. 185 al. 3 Cst. est la compétence de l'Assemblée fédérale d'édicter du droit d'urgence⁴²⁷. Malheureusement, cette comparaison ne nous est pas utile, premièrement parce que ce mécanisme n'a que peu de portée pratique⁴²⁸, secondement parce que le débat doctrinal au sujet du respect du droit ordinaire est identique à celui de l'art. 185 al. 3 Cst., c'est-à-dire controversé⁴²⁹. Dans tous les cas, en ce qui concerne cette question, le fait que le pouvoir concerné soit le législatif et non l'exécutif rend la comparaison délicate. L'interprétation systématique en lien avec l'art. 173 al. 1 let. c Cst. ne permet donc aucune conclusion. 186

Bien que la clause générale de police au sens de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. et l'art. 185 al. 3 Cst. soient des mécanismes différents⁴³⁰, les deux étant considérés comme une concrétisation du principe constitutionnel non écrit qu'est la clause générale de police⁴³¹, il convient d'examiner le mécanisme de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. en espérant y trouver des indications quant à la question du respect des lois fédérales. 187

⁴²⁵ ATF 141 I 20, consid. 5.4.

⁴²⁶ ATF 141 I 20, consid. 5.4.

⁴²⁷ Art. 173 al. 1 let. c Cst.

⁴²⁸ MERKER/CONRADIN, in : BaKomm, art. 173 Cst., n° 43 ; SAXER, in : SGKomm, art. 173 Cst., n° 76 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n°s 552–556.

⁴²⁹ Cf. SCHOTT/KÜHNE, p. 416 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n°s 546–547.

⁴³⁰ Pour plus de détail à ce sujet, cf. RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel. Cf. supra Chapitre 1 : III. B. 3, n° 58.

⁴³¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1672 ; CARONI/SCHMID, p. 713.

- 188 La clause générale de police peut s'utiliser en l'absence de base légale suffisante et adéquate⁴³². Sa fonction est de suppléer à l'absence d'une telle base légale, c'est là le principe de la clause générale de police⁴³³. Il n'est cependant pas précisé, ni en jurisprudence ni en doctrine, si la mesure prise sur la base de la clause générale de police peut déroger à des dispositions légales existantes. Pour RECHSTEINER c'est même l'absence de cette possibilité qui distingue la clause générale de police au sens de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. de l'art. 185 al. 3 Cst.⁴³⁴.
- 189 Ce qui est certain, et qui est répété dans la jurisprudence, est que les mesures prises sur la base de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. ne peuvent être contraires aux principes généraux du droit constitutionnel et administratif⁴³⁵. Ceci semble effectivement cohérent avec le fait que l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. est un outil à disposition des autorités administratives et qui, comme dit plus haut, a pour fonction de suppléer à l'absence de base légale suffisante.
- 190 Il ne ressort pas clairement de l'arrêt du Tribunal fédéral au sujet de la décision de la FINMA, si le Tribunal fédéral sous-entend, par le déroulement de son examen, que les mesures prises sur la base de la clause générale de police peuvent s'écarter des lois ou s'il ne fait qu'examiner l'existence potentielle d'une base légale suffisante en droit ordinaire⁴³⁶. En effet, après avoir constaté que la FINMA ne pouvait se baser sur la loi sur les banques pour prendre sa décision, car cela irait à l'encontre de l'esprit de la loi, le Tribunal fédéral examine si cette décision pouvait se baser sur la clause générale de police⁴³⁷. Certains auteurs en déduisent que les mesures prises sur la base de la clause générale de police peuvent être *contra legem*⁴³⁸. À notre avis, la question n'a pas été traitée par le Tribunal fédéral et il serait dangereux de déduire trop facilement ce que l'on souhaite de cette jurisprudence très critiquée⁴³⁹.
- 191 En conclusion, la systématique de la clause générale de police au sens de l'art. 36 al. 1, 3^e phr., Cst. n'apporte pas de réponse concluante à la question de savoir si

⁴³² KIENER, in : Staatsrecht, § 30, n° 96 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 36 Cst., n° 17.

⁴³³ DUBEY, Droits fondamentaux, vol. I, n° 646 ; DUBEY/ZUFFEREY, n° 1291 ; KIENER, in : Staatsrecht, § 30, n° 96.

⁴³⁴ RECHSTEINER, Polizeiliche Generalklausel, p. 155.

⁴³⁵ ATF 137 II 431, consid. 3.3.1. (avec références).

⁴³⁶ ATF 137 II 431, consid. 2.2.4, 2.3 et 3.1.

⁴³⁷ ATF 137 II 431, consid. 2.3 et 3.1.

⁴³⁸ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 118 ; BRUNNER ET AL., p. 697 ; FRÉSARD, n° 17.

⁴³⁹ Cf. BIAGGINI, Polizeiliche Generalklausel, p. 37.

les mesures prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. peuvent déroger aux lois fédérales. L'unique point que l'on peut retenir est que les mesures prises en utilisation de l'art. 36 al. 1, 3^e phr. Cst. doivent au moins respecter les principes généraux du droit administratif.

4. Buts du droit d'urgence

Une partie de la doctrine avance l'argument du besoin d'efficacité du droit d'urgence pour justifier que le Conseil fédéral puisse déroger aux lois fédérales par son droit d'urgence⁴⁴⁰. Le respect de l'ensemble des lois fédérales existantes par les mesures serait une restriction trop grande au pouvoir d'action du Conseil fédéral⁴⁴¹. En effet, le but du droit d'urgence est de pouvoir agir efficacement et rapidement dans des situations extraordinaires⁴⁴². Restreindre de manière trop importante les possibilités d'action du Conseil fédéral reviendrait à mettre en danger des biens d'une grande importance pour l'État, respectivement à ne pas les protéger⁴⁴³. Il convient cependant de rappeler que le droit d'urgence n'a pas uniquement pour but de permettre une action rapide et efficace face à un danger, mais, parallèlement, d'encadrer cette possibilité afin d'éviter les abus et de conserver au mieux la démocratie et l'État de droit⁴⁴⁴.

Néanmoins, sur la base de l'impératif d'efficacité, la doctrine dont il est question ici considère que le droit d'urgence doit permettre d'agir lorsque le droit ordinaire ne propose pas de solution suffisante et adéquate pour faire face à la situation d'urgence⁴⁴⁵. Dans un tel cas, les mesures contenues dans le droit d'urgence du Conseil fédéral peuvent donc s'écarter des lois fédérales ou les modifier, si cela s'avère nécessaire⁴⁴⁶. L'argument est souvent avancé que le rôle du droit d'urgence est aussi de remplacer une loi manquante et donc qu'il peut s'écarter d'une loi insuffi-

⁴⁴⁰ P. ex. SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 103.

⁴⁴¹ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 103 ; RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n° 472 ; STÖCKLI, *Pandemiezeiten*, p. 24 s. ; TRÜMPLER, n° 317.

⁴⁴² SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 103 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 9 ; TRÜMPLER, n° 317.

⁴⁴³ BERNARD, *Pouvoirs extraordinaires*, p. 147.

⁴⁴⁴ Dans ce sens, BERNARD, *Pouvoirs extraordinaires*, p. 145.

⁴⁴⁵ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1653 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 73.

⁴⁴⁶ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 103 ; BRUNNER ET AL., p. 697 ; RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n° 462. Cf. Concernant le débat identique sur le respect de la Constitution fédérale, cf. supra Chapitre 2 : II. C.

sante⁴⁴⁷. Cela ne correspond pas à la compréhension traditionnelle des mesures se substituant à une loi⁴⁴⁸, mais cette position, additionnée au changement de pratique pendant la pandémie de Covid-19, montre un besoin, dans certaines circonstances, de pouvoir s'écarter de certaines normes légales de manière provisoire.

- 194 L'argument du besoin d'efficacité du droit d'urgence, qui, comme nous l'avons retenu plus haut, ne permet pas de s'écarter de la Constitution fédérale⁴⁴⁹, nous paraît plus compréhensible au sujet du respect des lois fédérales. Premièrement, le rang normatif de ces deux sources est différent. Les normes constitutionnelles contiennent les principes de l'organisation de l'État, ainsi que les garanties fondamentales au bon fonctionnement d'un État de droit démocratique, auxquels il ne peut être dérogé facilement⁴⁵⁰. La différence vient aussi de la légitimité démocratique particulièrement élevée des normes constitutionnelles⁴⁵¹, une dérogation à celles-ci est donc d'autant plus difficile à justifier.
- 195 Deuxièmement, du point de vue de la praticabilité du respect des normes par le droit d'urgence, la quantité et la précision des normes sont différentes. Les normes constitutionnelles sont beaucoup moins nombreuses et sont normalement formulées en principes généraux, suffisamment abstraits pour pouvoir être concrétisés en fonction du cas concret⁴⁵². Ceci n'est pas le cas pour les normes contenues dans les lois fédérales. Par conséquent, l'argument de l'efficacité qui ne semblait pas suffisamment pertinent lorsqu'il était opposé aux normes constitutionnelles fait sens dans le contexte du respect des lois fédérales.
- 196 En conclusion, bien que l'argument du besoin d'efficacité des mesures prises dans le droit d'urgence du Conseil fédéral ne soit pas déterminant à lui seul, il est suffisamment sensé, dans le contexte des lois fédérales, pour peser en faveur de la possibilité d'édicter des mesures *contra legem* dans le droit d'urgence du Conseil fédéral.

⁴⁴⁷ TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 1673 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 73.

⁴⁴⁸ Cf. supra Chapitre 3 : II. A. 3.

⁴⁴⁹ Cf. supra Chapitre 2 : III. C. 4 et Chapitre 2 : III. C. 5.

⁴⁵⁰ GONIN, Droit constitutionnel, n° 594.

⁴⁵¹ Art. 138 ss Cst.

⁴⁵² ATF 139 I 16, consid. 4.2.1 ; HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 4 ss ; BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 9, n° 3 ; GÄCHTER, in : Staatsrecht, § 22, n°s 16–24.

5. Résultat de l'analyse

De l'interprétation historique de l'art. 185 al. 3 Cst. découle que les mesures 197
contenues dans le droit d'urgence du Conseil fédéral ne peuvent déroger aux lois
fédérales, mais que ces mesures sont prévues pour supplanter la loi. Cette interpré-
tation est moins explicite que ce qu'elle l'était pour le respect de la Constitution.
Cependant, il reste clair que les mesures ne peuvent être que *praeter legem*.

Il ressort de l'examen systématique, d'abord que le rapprochement de l'art. 185 198
al. 3 Cst. avec l'art. 184 al. 3 Cst. est plutôt en défaveur d'une telle possibilité.
Ensuite, la comparaison avec l'art. 173 al. 1 let. c Cst. n'a pas été concluante.
Finalement, la comparaison avec la clause générale de police au sens de l'art. 36
al. 1, 3^e phr. Cst. indique que les limites minimales à respecter sont les principes
généraux du droit administratif. Dans l'ensemble, aucune réponse claire se dégage
de l'examen.

À l'inverse, l'interprétation téléologique penche du côté de la possibilité des 199
mesures *contra legem* dans le droit d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst., du fait
du besoin d'efficacité face à la mise en danger de biens importants, à la différence
de ce qui a été retenu pour la question de respect de la Constitution.

Il est possible de s'écarter de l'interprétation historique d'une norme constitution- 200
nelle, étant donné qu'il y a pluralité d'interprétations possibles et qu'aucune de
ces interprétations ne prévaut sur les autres⁴⁵³. Il est également justifié de s'écarter
d'une interprétation historique, même claire, lorsque les circonstances ont changé
depuis son élaboration⁴⁵⁴. Il est en effet important qu'une norme constitutionnelle
puisse s'adapter à la situation sociale changeante par le biais de l'interprétation,
car la procédure de révision d'une norme constitutionnelle est compliquée⁴⁵⁵.

Le changement de pratique du Conseil fédéral est un point central pour justifier 201
que l'on puisse s'écarter de l'interprétation historique. En effet, les récents déve-
loppements de la pratique semblent indiquer une position différente du Conseil
fédéral par rapport à celle exprimée dans son Message relatif à la Constitution
fédérale. À cela s'ajoute que la doctrine majoritaire est d'accord avec ce change-
ment de pratique, et que la Commission parlementaire chargée d'examiner l'usage
du droit d'urgence du Conseil fédéral n'a pas considéré ce point comme étant pro-

⁴⁵³ ATF 139 I 16, consid. 4.2.1 ; BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 7, n° 45 ; HÄFELIN ET AL.,
Bundesstaatsrecht, n° 130.

⁴⁵⁴ ATF 116 Ia 359, consid. 5 ; HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n°s 115–116 et 121.

⁴⁵⁵ BIAGGINI, in : Staatsrecht, § 7, n° 44.

blématique⁴⁵⁶. L'Assemblée fédérale n'a rien entrepris pour limiter ou empêcher le Conseil fédéral de prendre des mesures *contra legem*⁴⁵⁷.

202 En conclusion, et au vu de l'interprétation téléologique, de la pratique récente du Conseil fédéral et de l'acceptation de cette dernière, on ne peut exclure la possibilité d'édicter des mesures *contra legem* dans le droit d'urgence du Conseil fédéral. Au contraire, il semble plutôt que cela soit possible. Le Conseil fédéral peut donc prendre des mesures *contra legem* dans son droit d'urgence. Cependant, cela n'est pas sans réserve. En effet, les positions doctrinales examinées ci-dessus, et qui plaident également pour cette possibilité, précisent toutes que ce peut être le cas seulement lorsque cela s'avère nécessaire. C'est la limitation par *l'ensemble* des lois fédérales qui est problématique. C'est pourquoi nous examinerons, à présent, dans quelle mesure et à quelles conditions il est possible de prendre des mesures *contra legem*.

D. Conditions et exceptions à la possibilité de déroger aux lois fédérales

203 Malgré le nombre d'auteurs plaçant pour la possibilité de mesures *contra legem* dans le droit d'urgence selon l'art. 185 al. 3 Cst., la plupart des auteurs ne sont pas pour autant en faveur d'une possibilité de s'écarter des lois fédérales sans restriction. Premièrement, les auteurs qui se positionnent en faveur des mesures *contra legem* posent également certaines conditions à cette possibilité. Secondement, il est régulièrement souligné que la possibilité d'édicter des mesures *contra legem* souffre d'exceptions lorsqu'il s'agit de certaines lois fédérales. En effet, le fait que *l'ensemble* des lois fédérales ne soit pas une limite au droit d'urgence ne signifie pas que les lois fédérales n'en sont jamais une.

204 Le Conseil fédéral ne doit faire usage des mesures *contra legem* qu'avec une grande retenue⁴⁵⁸. Pour ce qui est des conditions permettant de s'écarter des lois fédérales, il faut d'abord que la norme de droit ordinaire dont on veut s'écarter soit devenue inadéquate dans la situation d'urgence⁴⁵⁹. Ensuite, il faut que la

⁴⁵⁶ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 55 ; p. ex. GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n^{os} 74–84. Cf. supra Chapitre 3 : II. B. 2.

⁴⁵⁷ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 54–56. Cf. également loi Covid-19, toujours en vigueur (janvier 2023).

⁴⁵⁸ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 147 ; FRÉSARD, n^o 18 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n^o 9 ; STÖCKLI, Pandemiezeiten, p. 24 s.

⁴⁵⁹ TRÜMPLER, n^o 319.

prise de la mesure *contra legem* soit nécessaire et proportionnelle à la menace à laquelle il faut faire face⁴⁶⁰. Il faudra donc procéder à une pesée des intérêts dans le cas concret⁴⁶¹, en prenant particulièrement en compte l'importance de la norme à laquelle il sera dérogé⁴⁶², et notamment les intérêts qu'elle protège, ainsi que la gravité du danger et les biens que l'on cherche à protéger par la mesure de droit d'urgence. Bien entendu, les conditions de l'art. 185 al. 3 Cst. doivent être remplies et les autres limites matérielles doivent être respectées.

De plus, les mesures *contra legem* ne peuvent pas être prises contre l'ensemble 205 des lois fédérales, car il existe certains types de normes contre lesquels les ordonnances au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. ne peuvent en aucun cas déroger. L'exception retenue en doctrine est celle des normes réglant justement l'utilisation du droit d'urgence du gouvernement⁴⁶³. C'est le cas, par exemple, de l'art. 7d LOGA qui concrétise la limitation temporelle des ordonnances selon l'art. 185 al. 3 Cst.

Il faut ajouter à cette première exception les règles d'organisation de l'Assemblée 206 fédérale, pour des raisons de séparation des pouvoirs et de préservation de l'État de droit⁴⁶⁴. Une telle limitation est tout à fait raisonnable, car elle ne restreint que peu la possibilité pour le Conseil fédéral de gérer une situation de danger. BERNARD va également dans ce sens en reconnaissant à l'Assemblée fédérale la maîtrise sur son droit de siéger et de se réunir⁴⁶⁵. On peut également considérer que les principes généraux de la loi à laquelle il est dérogé doivent être respectés⁴⁶⁶. À ces exceptions, il faut ajouter les normes concernant les compétences d'urgence de l'Assemblée fédérale, afin de garantir sa capacité d'action en temps de crise et sa

⁴⁶⁰ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1653 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 147 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 24.

⁴⁶¹ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 104 ; BRUNNER ET AL., p. 697.

⁴⁶² MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1653 ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., nos 103–104 ; BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 146–147 ; BRUNNER ET AL., p. 697 ; pour une critique des mesures ne respectant pas le principe de proportionnalité, cf. FRÉSARD, n° 18.

⁴⁶³ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1653 ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 106 ; MÄRKLI, p. 65 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 473 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 24.

⁴⁶⁴ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1653.

⁴⁶⁵ BERNARD, Rôle du Parlement, n° 22.

⁴⁶⁶ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 147.

capacité à réagir rapidement au droit d'urgence du Conseil fédéral, dans le cas où elle souhaiterait le corriger ou l'annuler⁴⁶⁷.

- 207 De plus, de la subsidiarité du droit d'urgence du Conseil fédéral, il découle que les normes spéciales, réglant le cas d'une situation exceptionnelle dans des lois fédérales⁴⁶⁸, doivent être utilisées en priorité. Il en va de même pour les lois spéciales réglant des situations de danger spécifique⁴⁶⁹. À noter que, dans le respect de la hiérarchie des normes, les mesures prises sur la base de ces délégations ne peuvent s'écarter de la loi qui les contient, y compris de l'esprit et du but de la loi⁴⁷⁰. Seules les mesures de l'art. 185 al. 3 Cst. le peuvent.
- 208 En conséquence, lorsqu'une base légale existe pour la menace à laquelle on doit faire face, la condition pour édicter des mesures sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. est que les réponses déjà apportées par le législateur ne soient pas suffisantes dans le cas concret. Dans une telle hypothèse, le Conseil fédéral doit se limiter à compléter la loi déjà existante (mesures *praeter legem*). Ce ne serait qu'à titre absolument exceptionnel qu'il pourrait déroger aux normes contenues dans la loi spéciale. Les conditions pour ce faire doivent être plus élevées que pour les autres lois fédérales. Il faudrait, à notre avis, que les normes prévues par le législateur soient particulièrement inadéquates à l'écartement du danger dans le cas concret, par exemple lorsque certaines nécessités n'avaient pas pu être envisagées. Il faudrait également que les biens que l'on cherche à protéger soient particulièrement importants, justifiant ainsi la contradiction avec ce qu'avait prévu le législateur.
- 209 Finalement, il convient de rappeler que la Constitution fédérale constitue une limite au contenu du droit d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. Cette limite doit, bien entendu, être prise en compte dans le cas où le Conseil fédéral édicterait des mesures *contra legem* dans du droit d'urgence. En effet, il ne faudrait pas qu'une telle mesure soit *contra constitutionem*, ce qui pourrait être le cas si la norme légale à laquelle il est dérogé concrétise un principe constitutionnel.

⁴⁶⁷ Art. 173 al. 1 let. c. et art. 165 Cst. Cf. infra Chapitre 3 : III. B.

⁴⁶⁸ P. ex. l'art. 62 LP permet au Conseil fédéral de suspendre les poursuites, dans les cas d'épidémie, de calamité publique ou de guerre.

⁴⁶⁹ P. ex. LEp, LAP, LPPCi.

⁴⁷⁰ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 53 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 10–11 ; pour plus de détails sur les délégations législatives pour les situations de nécessité, cf. UHLMANN/WILHELM, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 50–53.

III. Limites découlant des autres actes législatifs de l'Assemblée fédérale

A. En général

Maintenant que la question du respect des lois fédérales est éclaircie, il est temps de passer à la question de la limitation du droit d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. par les autres actes de l'Assemblée fédérale. Cela est important, car le Message relatif à la Constitution ne parle pas uniquement des lois fédérales, mais, de manière plus large, des « actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale »⁴⁷¹. Tout acte législatif de celle-ci peut donc entrer en ligne de compte. 210

Nous avons décidé de faire une première distinction entre les actes que l'Assemblée fédérale édicte en utilisant ses compétences d'urgence⁴⁷² et ceux qu'elle édicte sur la base de ses compétences législatives ordinaires⁴⁷³. Le fait qu'un acte législatif appartienne à une catégorie ou à une autre peut être déterminant d'un point de vue des limites qu'il peut représenter pour le droit d'urgence du Conseil fédéral, à cause de la concurrence des compétences et de la subsidiarité du droit d'urgence du Conseil fédéral. 211

L'Assemblée fédérale dispose de compétences propres en matière d'urgence. Elle a la possibilité d'édicter des ordonnances ou des arrêtés fédéraux simples sur la base de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. Ce mécanisme étant semblable à celui de l'art. 185 al. 3 Cst. pour le Conseil fédéral, il est intéressant du point de vue des limites matérielles qu'il peut poser aux ordonnances selon l'art. 185 al. 3 Cst. Ensuite, l'Assemblée fédérale peut déclarer des lois fédérales urgentes afin qu'elles entrent en vigueur immédiatement⁴⁷⁴. Les limites que peuvent représenter ces lois fédérales particulières seront donc également examinées. 212

B. Les actes de droit d'urgence de l'Assemblée fédérale

1. Ordonnances ou arrêtés fédéraux d'urgence

L'Assemblée fédérale a la compétence, en situation extraordinaire, d'édicter des ordonnances ou des arrêtés fédéraux sur la base de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. Cette 213

⁴⁷¹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 426 ; ATF 122 IV 258, consid. 2a ; ATF 123 IV 29, consid. 3.

⁴⁷² Cf. infra Chapitre 3 : III. B.

⁴⁷³ Cf. infra Chapitre 3 : III. C.

⁴⁷⁴ Art. 165 Cst

disposition renvoie aux compétences de l'Assemblée fédérale décrites aux let. a et b du même article, c'est-à-dire la préservation de la sécurité extérieure, de l'indépendance et de la neutralité de la Suisse⁴⁷⁵, ainsi que de la sécurité intérieure⁴⁷⁶.

- 214 Cette compétence est similaire à celle du Conseil fédéral d'édicter du droit d'urgence sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. Le Message relatif à la Constitution fédérale mentionne, à propos de l'art. 173 al. 1 let. a à let. c Cst., que les compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale sont concurrentes⁴⁷⁷. Ceci est également reconnu en doctrine⁴⁷⁸. Ainsi, le Conseil fédéral ne peut faire usage de sa compétence que dans la mesure où l'Assemblée fédérale n'a pas fait usage de la sienne⁴⁷⁹. En cas de conflit, le droit d'urgence de l'Assemblée fédérale a la priorité sur celui du Conseil fédéral⁴⁸⁰. Cela découle du fait que l'Assemblée fédérale est l'organe suprême de la Confédération⁴⁸¹.
- 215 Pour cette raison, il est considéré que l'Assemblée fédérale dispose d'un pouvoir d'annulation du droit d'urgence que le Conseil fédéral édicterait sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst.⁴⁸². En effet, elle peut modifier ou annuler ce dernier en faisant usage de sa compétence selon l'art. 173 al. 1 let. c Cst. Cependant, ceci reste très théorique étant donné que cette situation ne s'est jamais présentée, sans oublier que l'art. 173 al. 1 let. c Cst. a une portée pratique limitée⁴⁸³. Dans tous les cas, pour des raisons de sécurité du droit, il serait délicat de faire usage de cette compétence dans le but d'annuler des ordonnances du Conseil fédéral⁴⁸⁴.
- 216 MÄRKLI est d'avis que la logique selon laquelle les ordonnances prises sur la base de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. l'emportent sur celles de l'art. 185 al. 3 Cst., est erronée. Selon cet auteur, les deux types d'actes sont de rang égal, étant tous deux des

⁴⁷⁵ Art. 173 al. 1 let. a Cst.

⁴⁷⁶ Art. 173 al. 1 let. b Cst.

⁴⁷⁷ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406 s.

⁴⁷⁸ KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 27 ; TRÜMLER, n° 279.

⁴⁷⁹ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406.

⁴⁸⁰ ATF 129 II 193 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 185 Cst., n° 2 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 57 ; SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., nos 24 et 37 ; SCHOTT/KÜHNE, p. 421.

⁴⁸¹ Art. 148 al. 1 Cst. ; cf. SCHOTT/KÜHNE, p. 421.

⁴⁸² P. ex. KÜNZLI, in : BaKomm, art. 185 Cst., n° 27.

⁴⁸³ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 173 Cst., n° 12.

⁴⁸⁴ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 63 ; TRÜMLER, n° 299.

ordonnances⁴⁸⁵. MÄRKLI en déduit que seul le principe de *lex posterior* s'applique en cas de conflit entre les deux types de normes, et donc que les ordonnances du Conseil fédéral peuvent déroger aux actes que l'Assemblée fédérale a pris sur la base de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. du moment qu'elles surviennent postérieurement à ceux-ci⁴⁸⁶.

Ce raisonnement n'est pas convaincant pour plusieurs raisons. Premièrement, le Message relatif à la Constitution fédérale mentionne clairement, en rapport avec la let. b de l'art. 173 al. 1 Cst. à laquelle la let. c renvoie, que le Conseil fédéral ne peut faire usage de sa compétence en matière de sécurité intérieure que si l'Assemblée fédérale n'en a pas fait usage⁴⁸⁷. Deuxièmement, bien que les deux types d'actes puissent être des ordonnances, la légitimité démocratique des actes de l'Assemblée fédérale est plus élevée que celle du Conseil fédéral du fait qu'elle représente le peuple et les cantons⁴⁸⁸. À cela s'ajoute que l'Assemblée fédérale est l'organe suprême de la Confédération⁴⁸⁹. Finalement, même si on prend le point de vue proposé par MÄRKLI, dans le cas où les ordonnances selon l'art. 173 al. 1 let. c Cst. sont édictées avant que le Conseil fédéral ait fait usage de sa compétence d'urgence, la condition de la subsidiarité nécessaire pour l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. exclut la possibilité de l'utiliser dans le domaine déjà réglementé⁴⁹⁰.

En effet, si le législateur a déjà réglé la situation d'urgence spécifique, le Conseil fédéral ne peut s'écarter de ce qui a été prévu pour cette même situation. La subsidiarité l'empêche de faire usage de son droit d'urgence pour régler la même situation. Ainsi le principe de *lex posterior* ne s'applique pas. Dans le cas où de nouvelles mesures ou des mesures supplémentaires s'avèrent nécessaires, le Conseil fédéral conserve la possibilité de prendre des mesures *praeter legem*, car celles-ci sont toujours possibles⁴⁹¹. Il peut prendre uniquement des mesures *praeter legem*, à l'exclusion de mesures allant à l'encontre d'une ordonnance ou d'un arrêté fédéral au sens de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. Rien ne justifie qu'il s'écarte d'une situation spécifiquement réglée par le législatif, à moins que les circonstances aient à ce

⁴⁸⁵ MÄRKLI, p. 65.

⁴⁸⁶ MÄRKLI, p. 65.

⁴⁸⁷ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 406.

⁴⁸⁸ Art. 149 al. 1 et 150 al. 1 Cst.

⁴⁸⁹ Art. 148 al. 1 Cst.

⁴⁹⁰ BRUNNER ET AL., p. 690–691 ; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, p. 130.

⁴⁹¹ Cf. supra Chapitre 3 : II. A. 3.

point changé qu'on ne puisse plus appliquer le droit du législatif, et que l'on puisse raisonnablement dire que la situation n'a pas été réglée par ce dernier.

- 219 En conclusion, les ordonnances ou arrêtés fédéraux adoptés sur la base de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. par l'Assemblée fédérale constituent des limites au contenu des ordonnances du Conseil fédéral selon l'art. 185 al. 3 Cst. En effet, ce mécanisme peut permettre d'annuler ou de modifier le droit d'urgence selon l'art. 185 al. 3 Cst. Dans le cas où l'art. 173 al. 1 let. c Cst. a déjà été utilisé pour régler une situation donnée, le Conseil fédéral ne peut plus prendre de mesures contraires à ce qui a été prévu. À notre avis, seules des mesures *praeter legem* sont possibles, à moins que la situation ait à ce point changé que l'on puisse considérer qu'elle n'est plus la même que lorsque le législateur a agi.

2. Lois fédérales urgentes

- 220 L'Assemblée fédérale a également, comme compétence d'urgence, la possibilité de déclarer des lois fédérales urgentes selon l'art. 165 Cst. Ces lois fédérales ont la particularité d'entrer immédiatement en vigueur, sans délai référendaire⁴⁹². Le référendum peut être demandé après l'entrée en vigueur de la loi urgente, pour autant que celle-ci ait une durée de validité supérieure à un an⁴⁹³. Dans le cas où la loi fédérale urgente n'a pas de base constitutionnelle, le référendum postérieur est obligatoire⁴⁹⁴.
- 221 Les lois fédérales urgentes sont donc des lois fédérales dont la procédure démocratique est repoussée. La logique et les réflexions faites précédemment à propos des lois fédérales ordinaires s'appliquent donc également pour les lois fédérales urgentes⁴⁹⁵. Cependant, ces dernières ont comme particularité de régler des situations urgentes, ce qui peut être problématique dans le cas où la situation réglée par celles-ci est identique à celle voulant être réglée par le Conseil fédéral par le biais de son droit d'urgence.
- 222 Dans un tel cas, la condition de la subsidiarité veut que le Conseil fédéral ne puisse pas utiliser son droit d'urgence pour la situation en question. Les réflexions faites au sujet de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. peuvent être reprises ici⁴⁹⁶. Cela signifie que le

⁴⁹² Art. 165 al. 1 Cst.

⁴⁹³ Art. 165 al. 2 Cst. et art. 141 al. 1 let. b Cst.

⁴⁹⁴ Art. 165 al. 3 Cst. et art. 140 al. 1 let. c Cst.

⁴⁹⁵ Cf. supra Chapitre 3 : II. C. 5 et Chapitre 3 : II. D.

⁴⁹⁶ Cf. supra Chapitre 3 : III. B. 1.

Conseil fédéral pourrait prendre des mesures *praeter legem*, si la situation l'exige, à moins que les circonstances aient à ce point changé que l'on ne puisse plus dire que le législatif ait réglé une situation identique.

La loi fédérale urgente peut également transposer les ordonnances d'urgence de l'art. 185 al. 3 Cst. dans une loi fédérale, comme cela a été le cas lors de l'adoption de la loi Covid-19 qui créait les bases légales pour la plupart des mesures prises jusqu'alors dans des ordonnances d'urgence selon l'art. 185 al. 3 Cst. Ainsi, les ordonnances d'urgence au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. et les lois fédérales urgentes se côtoient en pratique, le rapport entre ces deux types d'actes est donc important. Ce rapport étroit peut aussi découler du fait qu'une loi fédérale n'est pas achevée avant la survenue de la menace, comme le montre l'exemple de l'OFiEl. Dans le cas de cette ordonnance, le Conseil fédéral a repris la loi fédérale, alors pendante à l'Assemblée fédérale, et en a fait une ordonnance d'urgence, le temps que la loi fédérale soit déclarée urgente et adoptée⁴⁹⁷. L'OFiEl a été abrogée par l'entrée en vigueur de la LFiEl, conformément à l'art. 26 OFiEl. 223

Le fait que l'on n'ait pas eu le temps de conclure la procédure législative peut signifier que l'urgence temporelle était donnée, puisque le critère déterminant est justement le manque de temps pour édicter une loi. Néanmoins, pour des raisons de séparation des pouvoirs, il est important, dans cette situation, d'examiner s'il est bien nécessaire de prendre les mesures en question immédiatement, ou s'il serait plus judicieux d'attendre la fin de la procédure législative. Il ne faudrait pas que le Conseil fédéral utilise son droit d'urgence pour forcer la main à l'Assemblée fédérale. Lors de l'utilisation du droit d'urgence, alors qu'une procédure législative est en cours pour régler le problème en question, les mesures prises dans le droit d'urgence devraient être le plus proche possible du contenu de la loi en préparation, comme ce fut le cas pour l'OFiEl, afin de respecter au mieux la volonté du pouvoir législatif. 224

C. Actes de droit ordinaire de l'Assemblée fédérale

Hormis les lois fédérales ordinaires, l'Assemblée fédérale a la compétence d'édicter d'autres actes qui entrent donc en ligne de compte dans notre recherche de limite matérielle au droit d'urgence du Conseil fédéral. En effet, l'Assemblée fédérale peut édicter des ordonnances et des arrêtés fédéraux, simples ou soumis 225

⁴⁹⁷ Le contenu de l'OFiEl est identique au projet de la LFiEl, à quelques détails près, cf. Message aides financières (FF 2022 1183).

à référendum⁴⁹⁸. Les ordonnances de l'Assemblée fédérale ont un rang légal inférieur à celui des lois fédérales, mais supérieur aux autres ordonnances⁴⁹⁹. Elles contiennent des règles de droit et sont générales et abstraites, tandis que les arrêtés fédéraux sont des actes concrets, et ne contiennent pas eux-mêmes de règles de droit⁵⁰⁰.

- 226 La question de savoir si les ordonnances de l'Assemblée fédérale et les arrêtés fédéraux constituent des limites au droit d'urgence du Conseil fédéral dépend de la réponse apportée à la même question concernant les lois fédérales. Nous avons retenu pour ces dernières qu'elles ne représentaient pas une limite absolue, mais que des mesures leur étant contraires pouvaient être prises, à certaines conditions. Le même principe s'applique donc pour les ordonnances et les arrêtés fédéraux.
- 227 Ainsi, de manière identique au rapport avec les lois fédérales, le Conseil fédéral n'a pas la compétence de régler des situations d'urgence faisant déjà l'objet de réglementation en droit ordinaire (subsidiarité)⁵⁰¹. Ensuite, pour pouvoir prendre des mesures contraires aux actes de l'Assemblée fédérale, il faut que la norme en question soit devenue inadéquate et que la prise de mesure *contra legem* soit proportionnée à la gravité de la menace à laquelle il faut faire face. Comme pour les lois fédérales, il n'est pas possible de déroger ni aux normes réglant le droit d'urgence du Conseil fédéral, ni aux normes réglant les compétences d'urgence de l'Assemblée fédérale ou aux normes d'organisation de cette dernière.

IV. Conclusions

- 228 Dans ce chapitre, il a d'abord été question de l'évolution de la doctrine et de la pratique concernant le respect des lois fédérales par le droit d'urgence du Conseil fédéral, évolution qui remet en question le contenu du Message relatif à la Constitution fédérale. Celui-ci déclare que les ordonnances d'urgence du Conseil fédéral « ne peuvent entrer en contradiction avec des actes législatifs de l'Assemblée fédérale » tandis que, lors de la pandémie de Covid-19, on trouve plusieurs dérogations explicites aux lois fédérales dans les ordonnances basées sur l'art. 185 al. 3 Cst. Bien que cette pratique n'ait pas été confirmée, elle a reçu l'approbation d'une grande partie de la doctrine, et n'a pas fait l'objet d'opposition par l'Assem-

⁴⁹⁸ Art. 163 Cst.

⁴⁹⁹ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 163 Cst., n° 8 ; DUBEY, in : CoRo, art. 163 Cst., n°s 31–32.

⁵⁰⁰ Art. 163 al. 1 et al. 2 Cst. ; DUBEY, in : CoRo, art. 163 Cst., n°s 12–14 et 41.

⁵⁰¹ Cf. supra Chapitre 3 : II. A. 2.

blée fédérale. Cette dernière n'a, en effet, pas restreint le champ des possibilités par la suite et a repris une partie des dérogations dans la loi Covid-19.

Ce changement de pratique a été important pour déterminer si les mesures s'écartant des lois (*contra legem*) pouvaient être prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. 229 L'analyse de cette question conduit au résultat que des mesures *contra legem* sont possibles, mais à certaines conditions et avec des exceptions. Les conditions retenues sont les suivantes. Premièrement, la norme à laquelle il sera dérogé doit être inadéquate dans la situation d'urgence. Deuxièmement, la mesure *contra legem* doit être nécessaire et proportionnelle au vu de la menace à laquelle il faut faire face. Et, troisièmement, les autres limites matérielles de l'art. 185 al. 3 Cst., ainsi que ses conditions d'utilisation, et notamment la subsidiarité, doivent être respectées.

Des exceptions à la possibilité de prendre des mesures *contra legem* ont été recon- 230 nues, d'abord pour les règles concrétisant le droit d'urgence du Conseil fédéral, ensuite pour les normes concernant les compétences d'urgence de l'Assemblée fédérale, ainsi que les règles d'organisation de celle-ci, et finalement, les principes généraux de la loi doivent être respectés.

Les mêmes conditions et exceptions sont applicables pour les autres actes de droit 231 ordinaire de l'Assemblée fédérale, ainsi que pour les lois fédérales urgentes⁵⁰². Cependant, pour ces dernières, il faut faire particulièrement attention à la subsidiarité de l'art. 185 al. 3 Cst. En effet, quand l'Assemblée fédérale a déjà réglé une situation d'urgence, le Conseil fédéral peut faire usage de l'art. 185 al. 3 Cst. uniquement pour prendre des mesures *praeter legem*. Il peut s'écarter des normes édictées par l'Assemblée fédérale uniquement lorsque les circonstances ont à ce point changé que l'on peut considérer que la situation n'a pas été réglée par le législateur. Ce dernier point, concernant la subsidiarité, vaut également pour les rapports de l'art. 185 al. 3 Cst. avec les ordonnances ou arrêtés fédéraux d'urgence de l'Assemblée fédérale⁵⁰³. Pour ce dernier type d'actes, la compétence de l'Assemblée fédérale à la priorité sur celle du Conseil fédéral. Ils constituent donc une limite au droit d'urgence selon l'art. 185 al. 3 Cst.

Nous souhaitons conclure sur les difficultés de distinction entre une mesure *prae-* 232 *ter legem* et une mesure *contra legem*. Comme nous l'avons vu, plusieurs auteurs utilisent une définition étendue des mesures *praeter legem* afin de justifier la prise de mesures entrant en contradiction avec une loi existante. Malheureusement, on

⁵⁰² Art. 163 et art. 165 Cst.

⁵⁰³ Art. 173 al. 1 let. c Cst.

retrouve cette position dans quelques actes officiels⁵⁰⁴. À notre avis, il est malvenu de flouter cette distinction, afin de permettre une plus grande marge de manœuvre du Conseil fédéral. Cela ne fait qu'apporter plus de confusion à un sujet déjà délicat, et permet trop facilement de justifier des mesures contraires aux lois en adaptant simplement l'argumentation selon les souhaits. Nous reconnaissons le besoin d'action du Conseil fédéral en situation d'urgence. Cependant, il s'agit de répondre à ce besoin avec clarté et précision, en traitant également des conditions permettant de s'écarter des lois et des exceptions nécessaires afin d'assurer la conservation de l'État de droit et de la démocratie.

⁵⁰⁴ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 55 ; Avis Conseil fédéral sur le Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 433), p. 8–9 ; ATAF 2021/V/2, consid. 2.3.

Deuxième partie :

**Limites matérielles au droit d'urgence
des gouvernements cantonaux**

Chapitre 4 : Limites découlant du droit fédéral

I. Introduction

Dans la première partie de cette thèse, nous avons analysé les limites matérielles 233 au droit d'urgence du Conseil fédéral⁵⁰⁵. Il est maintenant temps de se pencher sur les limites matérielles que les gouvernements cantonaux peuvent rencontrer lorsqu'ils prennent des mesures de droit d'urgence. Les cantons existent au sein de l'État fédéral suisse. La première question à se poser est donc celle de savoir quelles limites le droit fédéral crée pour le droit d'urgence des gouvernements cantonaux.

En restant dans la lignée posée dans la première partie de cet ouvrage, il est ici 234 considéré que la Constitution fédérale est valable, même lorsqu'on se trouve dans une situation où le pouvoir exécutif édicte du droit d'urgence⁵⁰⁶. La Constitution fédérale doit donc être respectée par le droit d'urgence cantonal. La validité de la Constitution fédérale est d'autant plus vraie pour les cantons que l'art. 49 al. 1 Cst. institue la primauté du droit fédéral, qui englobe l'ensemble du droit fédéral et donc également la Constitution⁵⁰⁷.

C'est ce principe qui sera examiné en premier, suivi de la répartition verticale 235 des compétences dans le contexte du droit d'urgence. Ensuite viendra l'exposé de quelques autres limites que l'on peut déduire de la Constitution fédérale. Finalement, il sera question du respect du droit fédéral ordinaire qui n'est pas suspendu pendant l'urgence.

II. Limites découlant de la Constitution fédérale

A. Primauté du droit fédéral

Un des principes les plus importants du système fédéral est celui de la primauté du 236 droit fédéral⁵⁰⁸. Selon ce principe, que l'on trouve à l'art. 49 al. 1 Cst., « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire ». Par droit fédéral on entend

⁵⁰⁵ Art. 185 al. 3 Cst.

⁵⁰⁶ Cf. supra Chapitre 2 : III. C. 5.

⁵⁰⁷ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 49 Cst., n° 3 ; RUCH, in : SGKomm, art. 49 Cst., n° 7.

⁵⁰⁸ P. ex. MALINVERNI ET AL., vol. I, n°s 1104–1145.

l'ensemble du droit fédéral, c'est-à-dire la Constitution fédérale, les lois fédérales et les ordonnances fédérales⁵⁰⁹.

- 237 Le principe de la primauté du droit fédéral est également applicable au droit d'urgence cantonal, étant donné que la Constitution fédérale n'est pas suspendue. En conséquence, les droits fondamentaux garantis par cette dernière et les règles pour leurs restrictions doivent être respectés. Il en va de même pour les principes de l'activité étatique et les autres principes et dispositions constitutionnels⁵¹⁰. Seuls les principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs sont atténués par l'utilisation du droit d'urgence, ce qui est lié à la nature même de celui-ci⁵¹¹.
- 238 Du fait de l'art. 49 al. 1 Cst. le droit d'urgence cantonal est généralement limité par le droit fédéral⁵¹². Bien que cela puisse sembler être une limite très restrictive pour le droit d'urgence cantonal, il n'en est rien, car le principe de la primauté du droit fédéral laisse une marge de liberté relativement importante au droit cantonal. En effet, l'art. 49 al. 1 Cst. est une règle de conflit, elle n'intervient donc que dans le cas d'un conflit entre une norme de droit fédéral et une norme de droit cantonal⁵¹³. Ceci survient lorsque les deux normes règlent un même état de fait, mais y apportent une réponse différente⁵¹⁴. L'interprétation joue un rôle important ici, car on cherchera d'abord à faire une interprétation de la norme cantonale conforme au droit fédéral et à la Constitution fédérale avant d'appliquer la règle de conflit⁵¹⁵.

Ensuite, les cantons gardent une marge de manœuvre plus ou moins importante en fonction du type de compétence fédérale et de la manière dont elle a été utilisée⁵¹⁶. Les principes usuels à ce sujet, valables en droit ordinaire, s'appliquent de manière identique au droit d'urgence⁵¹⁷. Finalement, les cantons conservent leurs compétences propres. Comme nous le verrons, ils disposent de compétences

⁵⁰⁹ MARTENET, in : CoRo, art. 49 Cst., n° 18 ; WALDMANN, in : BaKomm, art. 49 Cst., n° 9.

⁵¹⁰ Art. 5 Cst.

⁵¹¹ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 99 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n° 7. Cf. supra Chapitre 2 : II. A.

⁵¹² Du même avis, HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 276.

⁵¹³ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1105.

⁵¹⁴ RUCH, in : SGKomm, art. 49 Cst., n° 8 ; pour une présentation détaillée des différents cas de figure, cf. TSCHANNEN, Staatsrecht, nos 839–876.

⁵¹⁵ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1127.

⁵¹⁶ ATF 144 I 113, consid. 6.2. (avec références). Cf. p. ex. GONIN, Droit constitutionnel, nos 1212–1224.

⁵¹⁷ Cf. p. ex. MALINVERNI ET AL., vol. I, nos 1126–1138.

en matière de sécurité intérieure et sont principalement responsables de leur ordre public interne⁵¹⁸.

B. Répartition verticale des compétences

1. Pour le droit d'urgence

Les cantons sont autonomes au sein de l'État suisse, organisé en État fédéral. Leur souveraineté consiste principalement en leur capacité à édicter leur droit propre⁵¹⁹. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est basée sur le fait que les cantons sont originellement souverains et qu'ils ne perdent leur souveraineté que dans la mesure où la Confédération est compétente⁵²⁰. La Confédération, quant à elle, n'est compétente qu'une fois que la Constitution fédérale lui attribue une compétence⁵²¹. 239

Les cantons disposent donc de la possibilité de prévoir des formes de droit cantonal spécialement conçues pour les situations d'urgence. Le droit d'urgence de l'exécutif cantonal n'est qu'une forme particulière de droit cantonal, qui répond donc aux mêmes règles de compétence que le droit cantonal ordinaire. Ce sont les règles intracantonales qui définissent quel est l'organe compétent au niveau cantonal, et ceci vaut également pour l'application des mesures de droit fédéral⁵²². 240

Ainsi, la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons est également valable pour l'édiction du droit d'urgence cantonal⁵²³. En conséquence, dans leurs domaines de compétences, les cantons sont en principe libres de prendre des mesures sous la forme de droit d'urgence ou de droit ordinaire, du moment qu'ils respectent les règles valables pour leur ordre juridique. À l'inverse, ils ne peuvent pas empiéter sur les compétences fédérales⁵²⁴. Les mesures prises sur la base du droit d'urgence cantonal sont donc limitées aux domaines de compétences cantonales. Pour savoir si les cantons sont compétents, 241

⁵¹⁸ Cf. infra Chapitre 4 : II. B. 2.

⁵¹⁹ WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 34.

⁵²⁰ Art. 3 Cst.

⁵²¹ Art. 42 al. 1 Cst.

⁵²² ATF 147 I 478, consid. 3.

⁵²³ WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 30.

⁵²⁴ Art. 49 al. 1 Cst. ; HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, nos 1173–1174 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, nos 846–847. À propos de la fidélité confédérale, cf. infra Chapitre 4 : II. C. 1.

il faut procéder comme d'ordinaire afin de définir la compétence pour le domaine concerné⁵²⁵.

242 À noter, cependant, que l'art. 185 al. 3 Cst. peut, dans certaines circonstances, permettre au Conseil fédéral de faire une attraction de compétences au niveau fédéral⁵²⁶. Dans un tel cas, les cantons sont donc également limités dans leurs compétences par le droit d'urgence fédéral. Il en est de même en présence d'une loi fédérale sans base constitutionnelle⁵²⁷ ou lorsque l'Assemblée fédérale fait usage de sa compétence d'urgence au sens de l'art. 173 al. 1 let. c Cst. La Confédération peut aussi décider de déléguer certains aspects de la réglementation d'urgence aux cantons, que ce soit sur la base de ses compétences ordinaires ou dans des dispositions de droit d'urgence.

2. En matière d'ordre public et de sécurité

243 Dans le cas du droit d'urgence, le domaine le plus souvent concerné par les mesures est celui de l'ordre public et de la sécurité, c'est pourquoi nous allons à présent éclaircir les compétences cantonales dans ce domaine. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de sécurité est complexe. Il convient, pour commencer, de distinguer la sécurité extérieure de la sécurité intérieure.

244 Simplement dit, la sécurité extérieure concerne les cas où le danger proviendrait de l'extérieur du pays, tandis que la sécurité intérieure concerne les cas où le danger est originaire de l'intérieur du pays⁵²⁸. Cette distinction est devenue quelque peu difficile à établir de nos jours, pourtant la répartition verticale des compétences dans ce domaine se fait toujours selon ce critère⁵²⁹.

245 La compétence en matière de sécurité extérieure appartient exclusivement à la Confédération⁵³⁰. À l'inverse, dans le domaine de la sécurité intérieure, les cantons

⁵²⁵ Cf. p. ex GONIN, Droit constitutionnel, nos 1212–1225.

⁵²⁶ Cf. supra Chapitre 2 : III. B. 4.

⁵²⁷ Art. 165 al. 3 Cst.

⁵²⁸ Cf. supra Chapitre 1 : III. B. 1.

⁵²⁹ SCHWEIZER, Polizei- und Sicherheitsrecht, p. 186–190.

⁵³⁰ MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 8 ; BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst., n° 19 ; DIGGELMANN/ALTWICKER, in : BaKomm, art. 57 Cst., n° 26 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 15.

disposent d'une compétence originelle⁵³¹. Ils sont compétents pour la sécurité et l'ordre public sur leur propre territoire⁵³². Ceci comprend avant tout le secteur policier, mais aussi la prévention et l'écartement de catastrophes et des situations d'urgence⁵³³.

La Confédération n'a pas de compétence générale de police⁵³⁴. En revanche, elle dispose de compétences fragmentaires en matière de sécurité intérieure, attribuées explicitement par la Constitution fédérale⁵³⁵. En fonction du domaine concerné, ces compétences sont parfois exclusives, parfois parallèles, parfois concurrentes⁵³⁶. On trouve par exemple des compétences fédérales pour la protection civile⁵³⁷ ou pour la mise sur pied de l'armée⁵³⁸. À ces compétences expresses, s'ajoutent des compétences implicites.

Premièrement, on a des compétences immanentes, ou pouvoirs immanents, qui découlent de l'existence même de l'État et de l'organisation fédérale⁵³⁹. Parmi celles-ci se trouve la compétence pour la Confédération de s'occuper de certains aspects de sécurité⁵⁴⁰, lorsqu'ils concernent sa propre sécurité, c'est-à-dire celle de ses organes, son personnel et ses institutions⁵⁴¹. Les compétences comprennent

⁵³¹ BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst., n° 21.

⁵³² Cf. art. 4 LMSI ; Rapport Malama (FF 2012 4161), p. 4181–4182 ; MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 8 ; BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst., n° 22.

⁵³³ MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 20 ; BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst., n° 21.

⁵³⁴ SCHWEIZER, Polizei- und Sicherheitsrecht, p. 185.

⁵³⁵ MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, nos 8 et 15 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 57 Cst., n° 2 ; DIGGELMANN/ALTWICKER, in : BaKomm, art. 57 Cst., n° 4 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 45 ; Schefer/MÜLLER, p. 67. L'art. 57 Cst. ne permet pas à la Confédération de fonder une compétence en matière de sécurité intérieure, cf. Rapport Malama (FF 2012 4161), p. 4187.

⁵³⁶ MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, nos 8–18 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 57 Cst., n° 8.

⁵³⁷ Art. 61 Cst.

⁵³⁸ Art. 58 al. 3 Cst.

⁵³⁹ TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 750.

⁵⁴⁰ ATF 117 Ia 202, consid. 4a ; MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, nos 15–16 ; TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 751 (avec références) ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 57 Cst., n° 6 ; WILDHABER, p. 177.

⁵⁴¹ Cf. art. 5 LMSI ; ATF 117 Ia 202, consid. 4a ; MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 15 ; GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 46. Compétence concrétisée dans la LMSI, cf. particulièrement art. 4 à 6 LMSI.

également la compétence de préserver l'ensemble de l'État fédéral, c'est-à-dire conserver l'État de droit et les principes démocratiques, ainsi que l'ordre constitutionnel des cantons⁵⁴². On trouve l'expression de ce dernier point à l'art. 52 al. 2 Cst. qui permet à la Confédération d'intervenir lorsque l'ordre d'un canton est menacé. Pour rappel, la Confédération ne dispose de cette dernière compétence que subsidiairement, ce qui signifie qu'elle ne l'exerce que lorsque la situation dépasse les forces cantonales⁵⁴³. Finalement, la Confédération bénéficie de compétences en matière de sécurité qui découlent de leur lien étroit avec d'autres compétences fédérales⁵⁴⁴. Par exemple, la Confédération peut prendre des mesures de sécurité concernant l'énergie nucléaire, car elle est compétente pour ce domaine selon l'art. 90 Cst.⁵⁴⁵.

- 248 En résumé, les cantons sont en grande partie compétents pour la sécurité de leur territoire et de leur ordre juridique. Ils sont cependant limités ponctuellement par les compétences fédérales dans le domaine de la sécurité intérieure. À noter, néanmoins, que la Constitution fédérale demande aux cantons et à la Confédération de collaborer pour la sécurité intérieure⁵⁴⁶. En ce qui concerne la sécurité extérieure, ils doivent respecter la compétence fédérale dans ce domaine.

C. Autres limites découlant de la Constitution fédérale

1. Respect de la souveraineté des autres cantons

- 249 Un principe important concernant le rapport entre les cantons et la Confédération est celui de la fidélité confédérale⁵⁴⁷. Celle-ci demande aux cantons et à la Confédération de s'entraider dans l'accomplissement de leurs tâches et de collaborer entre eux⁵⁴⁸. La formulation de ce principe est très vague et nécessite une concrétisation.

⁵⁴² Rapport Malama (FF 2012 4161), p. 4200–4202 ; MOECKLI, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 15 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 57 Cst., n° 6 ; BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst., n° 28 ; DIGGELMANN/ALTWICKER, in : BaKomm, art. 57 Cst., n° 36.

⁵⁴³ Art. 52 al. 2 *in fine* Cst. ; pour plus d'information à ce sujet, cf. supra Chapitre 2 : III. B. 2 et Chapitre 2 : III. B. 4.

⁵⁴⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, n° 750.

⁵⁴⁵ BLEICKER, in : CoRo, art. 57 Cst., n° 29.

⁵⁴⁶ Art. 57 al. 2 Cst.

⁵⁴⁷ Art. 44 Cst. ; MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1040 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 44 Cst., n°s 2–3.

⁵⁴⁸ Art. 44 al. 1 Cst.

sation⁵⁴⁹. Cependant il est possible d'en déduire certaines lignes de conduite générales, qui doivent être respectées, également dans un cas d'utilisation du droit d'urgence par le gouvernement cantonal.

En effet, sur la base du principe de la fidélité confédérale, les cantons sont tenus de respecter la souveraineté des autres cantons, c'est-à-dire qu'ils doivent respecter leurs domaines de compétences, et ne peuvent donc pas s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre canton⁵⁵⁰. La fidélité confédérale ne fonde normalement aucune obligation positive, mais la doctrine retient une exception pour les situations de crise. Il peut alors exister une obligation subsidiaire découlant de l'art. 44 al. 2, 1^{re} phr., Cst. (« se doivent... assistance ») de prendre des mesures pour la conservation de l'État fédéral ou d'un autre canton⁵⁵¹. 250

Concernant le respect de la souveraineté des autres cantons, on trouve également à l'art. 53 al. 1 Cst. la garantie fédérale de leur existence, de leur statut et de leur territoire. Bien que cet article s'adresse à la Confédération, il implique indirectement, du fait de l'obligation de protection de la Confédération, l'interdiction pour les cantons de violer l'intégrité territoriale des autres cantons⁵⁵². 251

En résumé, on a comme limites au droit d'urgence des gouvernements cantonaux qu'ils ne peuvent prendre des mesures qui porteraient atteinte à l'autonomie ou au territoire d'un autre canton. Les mesures de droit d'urgence ne doivent pas conduire à troubler la paix à l'intérieur de la Confédération. Ces limites sont plutôt évidentes, mais il est toujours bon de les mentionner et de rappeler leurs fondements constitutionnels. 252

⁵⁴⁹ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1041 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 44 Cst., n°s 2 et 3 ; SCHWEIZER, in : SGKomm, art. 44 Cst., n° 23. Exprime avant tout un principe politique ou un symbole, mais peut aussi avoir des conséquences juridiques concrètes, comme ce fut le cas en lien avec la garantie de l'art. 138 Cst./JU, Garantie Cst./JU (FF 1977 III 266) ; cf. également ATF 118 Ia 195, consid. 4b).

⁵⁵⁰ GONIN, Droit constitutionnel, n°s 1182 et 1183 ; SCHWEIZER, in : SGKomm, art. 44 Cst., n° 23.

⁵⁵¹ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 44 Cst., n° 7 ; SCHWEIZER, in : SGKomm, art. 44 Cst., n°s 8 et 24.

⁵⁵² Garantie Cst./JU (FF 1977 III 266) ; ATF 118 Ia 195, consid. 4b ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 53 Cst., n°s 3 et 8 ; REICH, in : Staatsrecht, § 15, n° 10.

2. Exigences pour les constitutions cantonales et garantie de celles-ci

- 253 Les constitutions cantonales sont garanties par la Confédération en vertu de l'art. 51 al. 2 Cst. Cette procédure de garantie permet de vérifier si la condition de la conformité au droit fédéral est remplie, ou du moins si une interprétation conforme au droit fédéral est possible⁵⁵³. L'octroi de la garantie déclenche pour la Confédération le devoir de protéger l'ordre constitutionnel cantonal selon l'art. 52 al. 1 Cst.⁵⁵⁴. L'art. 51 al. 1 Cst. quant à lui exige des constitutions cantonales qu'elles soient démocratiques, qu'elles soient acceptées par le peuple et qu'elles puissent « être révisées si la majorité du corps électoral le demande ». La condition de la démocratie est remplie lorsque la constitution cantonale prévoit comme pouvoir législatif un parlement élu par le peuple, et lorsqu'elle respecte la séparation des pouvoirs⁵⁵⁵.
- 254 Les deux autres conditions de l'art. 51 al. 1 Cst. se traduisent par une obligation de prévoir un référendum obligatoire pour toute modification constitutionnelle et une possibilité d'initiative constitutionnelle⁵⁵⁶. La constitution cantonale doit pouvoir être révisée par ce biais, en tout temps, et les cantons ne peuvent créer des obstacles empêchant cela⁵⁵⁷. Les exigences de l'art. 51 al. 1 Cst. sont générales et laissent beaucoup de marge de manœuvre aux cantons qui restent libres dans leur organisation⁵⁵⁸. Elles n'empêchent donc pas les cantons de prévoir des compétences législatives d'urgence en faveur de leur gouvernement.
- 255 Néanmoins, l'art. 51 al. 1 Cst. implique que les dispositions des constitutions cantonales prévoyant la compétence pour le gouvernement d'édicter du droit d'urgence doivent respecter les exigences présentées ci-dessus. En ce qui concerne la séparation des pouvoirs, le droit d'urgence du gouvernement a pour caractéristique principale de modifier la répartition ordinaire de ceux-ci pour le temps que

⁵⁵³ MALINVERNI ET AL., vol. I, n^{os} 1731, 1733 et 1739. Concernant le respect du droit fédéral et la primauté de celui-ci, cf. supra Chapitre 4 : II. A.

⁵⁵⁴ MALINVERNI ET AL., vol. I, n^o 1735 ; TANQUEREL, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n^o 61, p. 1913 ss.

⁵⁵⁵ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 51 Cst., n^o 12.

⁵⁵⁶ GONIN, Droit constitutionnel, n^o 1163 ; BIAGGINI, in : BVKomm, art. 51 Cst., n^o 14.

⁵⁵⁷ RUCH, in : SGKomm, art. 51 Cst., n^o 14.

⁵⁵⁸ BIAGGINI, in : BVKomm, art. 51 Cst., n^o 2.

ture l'urgence⁵⁵⁹. Le droit d'urgence a également pour caractéristique d'atténuer le principe de la légalité et donc de restreindre le processus démocratique⁵⁶⁰.

Ceci n'est pas un problème, car il est reconnu que le droit d'urgence peut créer ces atténuations, ce qui vaut également au niveau cantonal⁵⁶¹. Il faut néanmoins que les changements opérés par l'utilisation du droit d'urgence soient limités à la situation d'urgence en question et soient abrogés le plus rapidement possible⁵⁶². En effet, dans le cas où les compétences d'urgence du gouvernement se prolongeraient inutilement, la condition du respect de la séparation des pouvoirs ne serait plus remplie⁵⁶³. Ce serait également le cas si le gouvernement utilisait ses compétences d'urgence trop régulièrement, car les changements opérés par le droit d'urgence deviendraient la normalité au lieu d'être l'exception⁵⁶⁴. 256

Puisque les modifications de la constitution cantonale doivent être acceptées par le peuple et qu'elles doivent être soumises à la procédure de garantie fédérale⁵⁶⁵, il se pose la question de la possibilité pour le droit d'urgence cantonal de s'écarter de la constitution cantonale. Sur la base de leur autonomie, les cantons peuvent en principe prévoir une telle possibilité pour leur ordre juridique. La doctrine accepte cette possibilité, mais à condition qu'elle ne soit que temporaire, afin d'assurer un retour à l'ordre constitutionnel ordinaire⁵⁶⁶. En effet, si ce n'était pas le cas, on aurait *de facto* une modification de la constitution cantonale qui échapperait à l'exigence d'approbation par les citoyens et à la procédure de garantie fédérale⁵⁶⁷. 257

Ainsi, afin que le droit d'urgence de l'exécutif cantonal ne puisse servir de moyen pour contourner autant l'acceptation par le peuple d'une modification de la consti- 258

⁵⁵⁹ WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 37.

⁵⁶⁰ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n^{os} 69–70 ; TRÜMLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n^o 4.

⁵⁶¹ Dans ce sens, HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 274.

⁵⁶² HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 275.

⁵⁶³ HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 275.

⁵⁶⁴ Dans ce sens, HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 274–275.

⁵⁶⁵ Art. 51 al. 1 et 2 Cst.

⁵⁶⁶ HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 275 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n^o 129. P. ex. l'art. 60 Cst./JU prévoyant cette possibilité a été garanti par la Confédération, Garantie Cst./JU (FF 1977 III 266).

⁵⁶⁷ Dans ce sens, HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 275 ; RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n^o 115.

tution cantonale⁵⁶⁸ que la procédure d'octroi de la garantie fédérale⁵⁶⁹, il faut que la mesure s'en écartant ait une durée de validité limitée⁵⁷⁰. Il faut également que de telles mesures ne puissent pas être prolongées indéfiniment après avoir dépassé la limite temporelle de leur validité⁵⁷¹. De plus, et pour les mêmes raisons, la possibilité de s'écarter de la constitution cantonale doit être autorisée par la constitution cantonale elle-même, au moins implicitement⁵⁷². À notre avis, il faut qu'elle le soit explicitement, afin que cette possibilité ait été garantie par la Confédération et acceptée par le peuple.

259 En résumé, de l'art. 51 Cst. découlent comme limites au droit d'urgence des gouvernements cantonaux, premièrement, que les pouvoirs attribués exceptionnellement à celui-ci sont limités à la situation d'urgence et qu'ils cessent dès que l'urgence est passée, deuxièmement, que les mesures prises sur la base du droit d'urgence du gouvernement cantonal ne peuvent s'écarter de la constitution cantonale que dans le cas où cette possibilité est autorisée explicitement par cette dernière. Même dans ce cas, des mesures s'écarter de la constitution cantonale ne sont possibles que si leur durée de validité est limitée et que cette limite n'est pas prolongeable indéfiniment.

3. Autonomie communale

260 La Constitution fédérale garantit l'autonomie communale dans les limites du droit cantonal⁵⁷³. L'autonomie communale implique principalement la possibilité pour la commune de se gérer elle-même, c'est-à-dire qu'elle peut notamment édicter son propre droit⁵⁷⁴. Cette autonomie dépend cependant de la marge de manœuvre laissée par le droit cantonal⁵⁷⁵. Pour qu'il y ait autonomie communale dans un domaine, il faut que le droit cantonal n'ait pas réglé ce domaine de manière exhaustive et qu'il soit laissé à la commune une importante liberté de décision⁵⁷⁶.

⁵⁶⁸ Art. 51 al. 1 Cst.

⁵⁶⁹ Art. 51 al. 2 Cst.

⁵⁷⁰ Art. 51 al. 1 et 2 Cst. ; HUSMANN, in : *Fédéralisme 2.0*, p. 275.

⁵⁷¹ HUSMANN, in : *Fédéralisme 2.0*, p. 275.

⁵⁷² Dans ce sens, RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n^{os} 117 et 131–133.

⁵⁷³ Art. 50 al. 1 Cst.

⁵⁷⁴ GONIN, *Droit constitutionnel*, n^o 1482 ; HÄFELIN ET AL., *Bundesstaatsrecht*, n^o 976.

⁵⁷⁵ THÉVENAZ, in : *CoRo*, art. 50 Cst., n^o 13.

⁵⁷⁶ ATF 146 I 36, consid. 3.1 ; ATF 131 I 333, consid. 4.4.1 (avec références).

En ce qui concerne la possibilité de prendre des mesures de droit d'urgence, on peut trouver dans la majorité des cantons une disposition dans leur loi sur la protection de la population traitant de la compétence des communes⁵⁷⁷. En général, ces dispositions prévoient que les communes sont compétentes pour faire face aux situations de nécessité sur leur territoire⁵⁷⁸. Plusieurs de ces lois cantonales prévoient que le canton peut prendre des mesures d'urgence, du moment que les communes ne sont pas compétentes, c'est-à-dire à titre subsidiaire⁵⁷⁹. On peut aussi trouver des dispositions sous forme de clause générale de police en faveur de la commune, similaires à celle de l'art. 185 al. 3 Cst.⁵⁸⁰. 261

Ces cantons, prévoyant explicitement des compétences communales pour les situations de crise, doivent être attentifs à ne pas utiliser leur compétence d'urgence dans les cas où le danger est localisé à une seule commune et que celle-ci est en mesure d'y réagir correctement. En ce qui concerne les limites matérielles, du moment que le danger en question est du ressort du canton, elles ne sont pas grandes. Il faut simplement que le gouvernement cantonal prenne en compte l'autonomie communale et n'entrave pas celle-ci plus que ce qui est nécessaire pour faire face au danger. 262

III. Limites découlant du droit fédéral ordinaire

Comme nous l'avons déjà vu, le droit fédéral doit être respecté par le droit cantonal⁵⁸¹. Néanmoins, on peut se poser la question de savoir si la primauté du droit fédéral ne doit pas être atténuée lorsqu'elle s'applique au rapport entre le droit d'urgence cantonal et les lois et ordonnances fédérales. En effet, si l'on reprend la position doctrinale selon laquelle, dans une situation d'urgence, le droit ordinaire non adéquat serait suspendu, car il n'est pas prévu pour une telle situation, et que le droit d'urgence prime, car, lui, règle la situation d'urgence, on pourrait imaginer 263

⁵⁷⁷ P. ex. § 9 LProtPop/AG ; art. 3 al. 1 LProtPop/GL ; art. 4 al. 1 LProtPop/SO ; § 7 al. 1 LProtPop/SZ.

⁵⁷⁸ P. ex. art. 3 LProtPop/GL ; § 4 al. 1 LProtPop/SO ; art. 4 al. 2 LProtPop/VS.

⁵⁷⁹ P. ex. § 4 et 5 Gesetz ausserordenliche Lage/TG ; § 3 al. 1 LProtPop/SO ; § 4 al. 1 LProtPop/SZ.

⁵⁸⁰ P. ex. art. 20 Gemeindegesetz/AR ; art. 88 al. 3 Gemeindegesetz/GL.

⁵⁸¹ Art. 49 Cst. ; cf. supra Chapitre 4 : II. A.

que le droit cantonal d'urgence puisse parfois passer devant le droit fédéral ordinaire non adéquat⁵⁸². Ce n'est cependant pas le cas, et ce pour les raisons suivantes.

- 264 D'abord, la position ci-dessus concernant une suspension du droit ordinaire a déjà été écartée, dans le contexte du respect des lois fédérales par le droit d'urgence du Conseil fédéral⁵⁸³. Ensuite, le fait que les cantons soient limités par la primauté du droit fédéral⁵⁸⁴ est en accord avec le reste de la Constitution fédérale. Cette dernière prévoit la compétence et l'obligation pour la Confédération de veiller au respect du droit fédéral⁵⁸⁵, si nécessaire par le biais de l'exécution fédérale⁵⁸⁶. À cela s'ajoute, comme nous l'avons vu, que la Confédération a une compétence immanente concernant la sécurité intérieure de l'ensemble du pays⁵⁸⁷. La Confédération peut également intervenir selon l'art. 52 al. 2 Cst. en cas de troubles ou menaces dans un canton. Finalement on peut mentionner le principe de la fidélité confédérale⁵⁸⁸ qui exige des cantons qu'ils n'empêchent pas la Confédération d'accomplir ses tâches et qu'ils s'abstiennent de troubler la paix intérieure⁵⁸⁹.
- 265 Comme exposé ci-dessus, la limitation du droit d'urgence cantonal par le droit fédéral n'empêche pas les cantons de prendre des mesures pour faire face à un danger. L'hypothèse d'une situation qui exigerait de contredire le droit fédéral pour faire face à l'urgence semble donc peu réaliste. Il est plus probable que la Confédération prenne les mesures nécessaires pour faire face à la situation et, au besoin, prévoie elle-même des dérogations au droit fédéral ordinaire, comme ce fut le cas lors de la pandémie de Covid-19⁵⁹⁰.
- 266 La seule situation où une exception à la primauté du droit fédéral serait envisageable serait celle où les organes fédéraux ne seraient plus en mesure d'agir,

⁵⁸² RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n° 474 ; TRÜMLER, n°s 318–320. Cf. supra Chapitre 3 : II. A. 3 et Chapitre 3 : II. C. 4.

⁵⁸³ Art. 185 al. 3 Cst. Cf. supra Chapitre 3 : II. C. 5.

⁵⁸⁴ Art. 49 al. 1 Cst.

⁵⁸⁵ Art. 49 al. 2 Cst.

⁵⁸⁶ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1153.

⁵⁸⁷ MOECKLI, in : *Verfassungsrecht-Droit constitutionnel*, n° 15. Cf. supra Chapitre 4 : II. B. 2.

⁵⁸⁸ Art. 44 Cst.

⁵⁸⁹ GONIN, *Droit constitutionnel*, n°s 1182–1183 ; BIAGGINI, in : *BVKomm*, art. 44 Cst., n° 8.

⁵⁹⁰ P. ex. art. 2 ordonnance Covid-19 examens de maturité gymnasiale ; ordonnance Covid-19 assurance-chômage.

et qu'il serait absolument nécessaire pour le canton de s'écarter du droit fédéral pour faire face à la situation d'urgence. À noter, d'ailleurs, qu'une telle situation correspondrait plutôt à la mise en danger de l'existence même de l'État, ce qui signifie qu'on se trouverait dans une situation de réel état d'urgence, autorisant l'utilisation du droit d'urgence extraconstitutionnel⁵⁹¹.

La présence du droit fédéral peut aussi permettre aux cantons, et notamment aux gouvernements cantonaux, s'ils sont compétents d'après le droit cantonal, de se baser sur celui-ci pour prendre des mesures afin de faire face à une situation d'urgence. Ce fut notamment le cas pendant la pandémie de Covid-19. Le Tribunal fédéral a reconnu l'art. 40 LEp comme une base légale suffisante pour plusieurs mesures cantonales⁵⁹². Les cantons pourraient aussi se baser directement sur une ordonnance au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. si celle-ci leur donne des compétences. 267

IV. Conclusions

En conclusion, le droit fédéral limite matériellement le droit d'urgence des gouvernements cantonaux sur plusieurs points. D'abord, la Constitution fédérale doit être respectée par les mesures prises sur la base du droit d'urgence des gouvernements cantonaux. Il découle de cela que ce droit d'urgence doit respecter les compétences fédérales, et cela notamment dans le domaine de la sécurité intérieure où les cantons disposent, certes, de compétences pour leur propre territoire, mais doivent prendre en compte les compétences ponctuelles de la Confédération. Ensuite, de l'art. 44 Cst. découle le fait que le gouvernement cantonal ne peut porter atteinte à l'autonomie et au territoire des autres cantons. Le gouvernement cantonal doit également être attentif à l'autonomie communale⁵⁹³, principalement lorsque le danger est local. 268

La limite la plus importante émanant de la Constitution fédérale est celle que l'on peut déduire de l'art. 51 Cst. En effet, les exigences de l'art. 51 al. 1 Cst. obligent à limiter la durée de validité des pouvoirs d'urgence du gouvernement, faute de quoi la séparation des pouvoirs, et par là l'exigence de démocratie, ne serait plus respectée. De plus, les mesures s'écartant de la constitution cantonale ne sont 269

⁵⁹¹ Cf. supra Chapitre 2 : III. C. 1, n^{os} 112 ss.

⁵⁹² ATF 148 I 33, consid. 5.4 ; ATF 148 I 19, consid. 4.4 ; ATF 147 I 478, consid. 3. Pour une analyse critique de ces arrêts, cf. GERBER, n^{os} 2–30 ; SOHI-HÖCHNER ET AL., p. 10–12 ; CUENI.

⁵⁹³ Art. 50 Cst.

envisageables que lorsque cette possibilité est prévue par celle-ci, cela afin de respecter autant le principe démocratique que la garantie fédérale des constitutions cantonales⁵⁹⁴.

270 Finalement, l'ensemble du droit fédéral ordinaire continue d'être valable et donc de devoir être respecté par les cantons. Celui-ci n'est pas suspendu par la situation d'urgence. Il est du ressort de la Confédération de prendre des mesures s'écartant de ses actes législatifs de droit ordinaire si cela s'avère nécessaire.

⁵⁹⁴ Art. 51 al. 1 et al. 2 Cst.

Chapitre 5 : Limites matérielles selon le droit cantonal

I. Catégorisation des différents systèmes de droit d'urgence cantonal

Le but de ce chapitre est d'analyser les différentes limites matérielles prévues par les constitutions cantonales pour le droit d'urgence de leur gouvernement. Jusqu'à présent, nous avons analysé le droit fédéral tel qu'il est, afin de comprendre ce qu'il impose comme limites matérielles du au droit d'urgence du Conseil fédéral. Les mécanismes cantonaux seront maintenant examinés, ce qui permettra d'avoir une meilleure compréhension des limites matérielles au droit d'urgence du gouvernement au sein de la Confédération suisse. 271

Pour faciliter l'analyse, nous avons regroupé les cantons en différentes catégories, en fonction des similitudes de leur réglementation constitutionnelle du droit d'urgence du gouvernement. Ils seront avant tout regroupés selon la manière dont les constitutions cantonales octroient au gouvernement la compétence d'édicter du droit d'urgence, car cela influence les possibilités du gouvernement. Il est possible de distinguer trois manières d'octroyer la compétence. D'abord les compétences découlant directement de la constitution cantonale⁵⁹⁵, ensuite les compétences demandant une concrétisation légale⁵⁹⁶, et finalement l'absence de compétence d'urgence pour le gouvernement dans la constitution cantonale⁵⁹⁷. 272

Les constitutions cantonales prévoyant une compétence d'urgence directe pour le gouvernement étant nombreuses, cette catégorie sera à nouveau divisée en trois, en fonction de l'étendue des limites matérielles écrites dans la base constitutionnelle. Seront d'abord présentés les cantons limitant le droit d'urgence à la poursuite de certains buts⁵⁹⁸, ensuite viendront les cantons ne prévoyant aucune limite dans leur disposition constitutionnelle⁵⁹⁹, et finalement les cantons qui prévoient explicitement une possibilité de s'écarter du droit ordinaire⁶⁰⁰. Mais avant d'entrer 273

⁵⁹⁵ Cf. infra Chapitre 5 : III.

⁵⁹⁶ Cf. infra Chapitre 5 : IV.

⁵⁹⁷ Cf. infra Chapitre 5 : V.

⁵⁹⁸ Cf. infra Chapitre 5 : III. B.

⁵⁹⁹ Cf. infra Chapitre 5 : III. C.

⁶⁰⁰ Cf. infra Chapitre 5 : III. D.

dans l'analyse de ces différentes catégories, il est important de souligner certains aspects importants du droit d'urgence des gouvernements cantonaux.

II. Aspects importants hors catégorie

- 274 Les catégories du présent chapitre étant basées sur les critères influençant particulièrement les limites matérielles du droit d'urgence du gouvernement, d'autres aspects de celui-ci n'ont pas pu être pris en compte dans l'analyse par catégories. Certains de ces aspects sont importants et particulièrement intéressants, car ils touchent un nombre significatif de cantons et exercent une influence sur le contenu du droit d'urgence.
- 275 Le premier point important concerne l'implication du parlement dans le droit d'urgence du gouvernement. La grande majorité des cantons prévoient dans leur constitution une forme de participation du parlement lorsque le gouvernement fait usage de sa compétence d'urgence⁶⁰¹. Dans la plupart des cas, le droit d'urgence du gouvernement est soumis à l'approbation du parlement soit immédiatement, soit dans un certain délai, à défaut, il perd sa validité⁶⁰². Parfois, le gouvernement doit simplement informer le parlement sur l'usage de sa compétence⁶⁰³. Dans tous les cas, même si l'implication du parlement dans le processus ne limite pas le contenu du droit d'urgence édicté par le gouvernement, elle peut créer une pression sur le gouvernement, qui va probablement être attentif au contenu des mesures qu'il prendra.
- 276 Le deuxième point important est que certains cantons connaissent une disposition constitutionnelle prévoyant spécialement le cas où le droit fédéral doit être mis en

⁶⁰¹ Art. 90 al. 2 Cst./AR ; art. 91 al. 1 Cst./BE ; § 74 al. 3 Cst./BL ; § 109 al. 2 Cst./BS ; art. 117 al. 1 Cst./FR ; art. 113 al. 3 Cst./GE ; art. 81 al. 2 et art. 99 al. 1 let. d Cst./GL ; art. 48 al. 2 Cst./GR ; art. 75 al. 2 Cst./NE ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW ; art. 75 al. 1 Cst./SG ; art. 68 al. 2 Cst./SH ; art. 79 al. 4 Cst./SO ; § 62 al. 2 Cst./SZ ; § 44 al. 1 et 2 Cst./TG ; art. 90 al. 3 Cst./UR ; art. 125 al. 2 Cst./VD ; § 11, § 12 al. 2 et § 13 al. 3 LProtPop/ZG ; art. 72 al. 2 Cst./ZH.

⁶⁰² Art. 90 al. 2 Cst./AR ; art. 91 al. 1 Cst./BE ; § 74 al. 3 Cst./BL ; § 109 al. 2 Cst./BS ; art. 117 al. 1 Cst./FR ; art. 113 al. 3 Cst./GE ; art. 99 al. 1 let. d Cst./GL ; art. 48 al. 2 Cst./GR ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW ; art. 75 al. 1 Cst./SG ; art. 68 al. 2 Cst./SH ; art. 79 al. 4 Cst./SO ; § 62 al. 2 Cst./SZ ; § 44 al. 2 Cst./TG ; art. 90 al. 3 Cst./UR ; art. 125 al. 2 Cst./VD en lien avec l'art. 26c LOCE/VD ; § 11 LProtPop/ZG ; art. 72 al. 2 Cst./ZH.

⁶⁰³ Art. 81 al. 2 Cst./GL ; § 44 al. 1 Cst./TG ; art. 29 al. 2 LProtPop/VS ; § 12 al. 2 et § 13 al. 3 LProtPop/ZG.

œuvre rapidement⁶⁰⁴. Dans ces cas d'urgence, le gouvernement peut édicter les normes nécessaires à la mise en œuvre du droit fédéral, même lorsque ces normes devraient être contenues dans des lois d'après la constitution cantonale⁶⁰⁵. Ces dispositions existent en plus des dispositions réglant le droit d'urgence du gouvernement. Il s'agit d'une forme particulière de droit d'urgence, dont le contenu est limité au droit fédéral à mettre en œuvre. Ce dernier détermine donc, plus ou moins étroitement selon la réglementation, le contenu des mesures que prendra le gouvernement cantonal.

Le dernier point important est que la plupart des cantons sont dotés de lois cantonales réglant de manière plus ou moins détaillée certains aspects des situations d'urgence. Il s'agit principalement des lois sur la protection de la population qui servent avant tout la mise en œuvre de la LPPCi. Ces lois règlent, pour la plupart, des aspects précis de la gestion de crise et les dispositions qu'elles contiennent, lorsqu'elles concernent le pouvoir exécutif, correspondent généralement à des délégations législatives en faveur de celui-ci⁶⁰⁶. Cependant, certaines des dispositions contenues dans ces lois concrétisent le droit d'urgence du gouvernement et y apportent des précisions importantes⁶⁰⁷. Elles seront mentionnées dans l'analyse ci-après, dans la mesure où elles concernent directement les limites matérielles du droit d'urgence du gouvernement. 277

III. Constitutions cantonales contenant une compétence directe pour le droit d'urgence du gouvernement

A. Description de la catégorie

Dans cette catégorie sont regroupées les dispositions des constitutions cantonales qui prévoient la compétence directe pour le gouvernement d'édicter du droit d'urgence lorsque la situation le demande. Ces dispositions permettent au gouvernement de se baser directement sur la constitution cantonale pour prendre des mesures ou édicter des ordonnances d'urgence. La compétence du gouvernement est indépendante de l'action du législateur, car elle ne demande pas de concrétiser 278

⁶⁰⁴ § 91 al. 2^{bis} let. b) Cst./AG ; art. 87 al. 4 Cst./AR ; art. 88 al. 3 Cst./BE ; § 105 Cst./BS ; § 56 al. 2 Cst./LU ; art. 65 al. 3 Cst./SH.

⁶⁰⁵ P. ex. pour § 91 al. 2^{bis} let. b) Cst./AG, Botschaft des Regierungsrates (AG), Demokratieform, p. 12.

⁶⁰⁶ P. ex. § 3 al. 2 let. a) LProtPop/AG ; art. 5 al. 3 LProtPop/JU.

⁶⁰⁷ P. ex. art. 1 al. 2 LProtPop/UR.

tisation légale pour pouvoir être exercée⁶⁰⁸. Elle ressemble à la compétence du Conseil fédéral selon l'art. 185 al. 3 Cst. Il s'agit d'ordonnances ou de mesures indépendantes⁶⁰⁹.

- 279 De manière similaire à la disposition fédérale⁶¹⁰, la majorité des dispositions constitutionnelles de la présente catégorie précisent les buts que peuvent poursuivre les mesures d'urgence⁶¹¹. Certains cantons n'indiquent pas de limites matérielles dans leur disposition constitutionnelle⁶¹², et deux cantons prévoient explicitement que le gouvernement peut s'écarter de certains actes de droit ordinaire⁶¹³.

B. Avec limitations concernant les buts poursuivis

- 280 La majorité des dispositions des constitutions cantonales réglant le droit d'urgence du gouvernement prévoient des limites matérielles pour celui-ci en précisant les buts poursuivis par les mesures d'urgence. En général, cette limitation est exprimée par l'expression « en vue de », respectivement par « um ... zu ... » en allemand⁶¹⁴. Cela indique que les mesures prises sur la base du droit d'urgence doivent servir le but que la disposition lui prescrit. Lorsque le but est limité à certains aspects de l'activité étatique – souvent la sécurité et l'ordre public –, toutes les mesures ne faisant pas partie de ces domaines sont en principe exclues du droit d'urgence du gouvernement.
- 281 Seul le canton de Zurich n'utilise pas la formulation ci-dessus pour indiquer une limitation des buts à poursuivre. Malgré cela, l'art. 72 Cst./ZH ne permet que la protection de la sécurité publique, c'est-à-dire la protection de biens de police⁶¹⁵. C'est ce qu'a tranché le Tribunal administratif zurichois lors de l'examen de la conformité d'une ordonnance du Gouvernement zurichois concernant une com-

⁶⁰⁸ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, n° 1856.

⁶⁰⁹ HÄFELIN ET AL., Bundesstaatsrecht, nos 1856, 1862–1865a.

⁶¹⁰ Art. 185 al. 3 Cst.

⁶¹¹ Cf. infra Chapitre 5 : III. B.

⁶¹² Cf. infra Chapitre 5 : III. C.

⁶¹³ Cf. infra Chapitre 5 : III. D.

⁶¹⁴ P. ex. § 74 al. 3, 1^{re} phr., Cst./BL : « *Er kann überdies Verordnungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen* ».

⁶¹⁵ Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2 ; Protokoll Zürcher Verfassungsrates, p. 853–856 ; HÄNER, in : Komm-Cst./ZH, art. 72 Cst./ZH, n° 4.

pensation financière au bénéfice des structures d'accueil de la petite enfance⁶¹⁶. Cette ordonnance avait donc pour objet des biens sociaux, qui peuvent faire l'objet du droit d'urgence selon l'art. 72 Cst./ZH uniquement dans le cas où ils mettraient directement en danger des biens de police⁶¹⁷. Récemment, une initiative parlementaire a été déposée dans le but d'étendre la protection de l'art. 72 Cst./ZH aux biens sociaux, économiques et écologiques⁶¹⁸.

Parmi les dispositions cantonales délimitant les buts que le droit d'urgence du gouvernement peut poursuivre, la plupart prévoient une limitation que l'on peut décomposer en deux aspects : les biens à protéger par le biais du droit d'urgence et le fait que les mesures doivent servir à répondre à un certain type de situation. En ce qui concerne les biens à protéger, la majorité des cantons inclut explicitement la protection des biens sociaux⁶¹⁹. Comme présenté ci-dessus, le canton de Zurich fait exception⁶²⁰. C'est également le cas du canton de Bâle-Ville qui ne mentionne que la protection de la sécurité publique et de l'ordre, ce qui doit probablement être interprété comme la protection de biens de police⁶²¹. 282

Les cantons de Genève et de Neuchâtel ont aussi leur particularité, car ils limitent le but des mesures d'urgence à « la protection de la population »⁶²². Cette expression peut être interprétée soit largement, soit comme une expression des biens de police. Pour le canton de Neuchâtel, c'est probablement cette dernière possibilité qui prévaut, car l'art. 74 let. f Cst./NE complète l'art. 75 Cst./NE et parle de sécurité et d'ordre public, qui sont des expressions reconnues comme correspondant aux biens de police. 283

Les cantons de Vaud et de Fribourg, quant à eux, limitent le but des mesures uniquement en rapport à la situation à laquelle il faut faire face. Pour le canton de Vaud, il s'agit de « parer à de graves menaces ou à d'autres situations d'ex- 284

⁶¹⁶ Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2 ; pour un commentaire de l'arrêt, cf. BIAGGINI, Verwaltungsgericht ZH.

⁶¹⁷ Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2.

⁶¹⁸ GESCHÄFTSLEITUNG KANTONSRAT, iv. pa. KR-Nr. 452/2022.

⁶¹⁹ § 91 al. 4 Cst./AG ; art. 90 Cst./AR ; art. 48 Cst./GR ; § 56 Cst./LU ; art. 68 Cst./SH ; art. 79 al. 4 Cst./SO ; § 62 Cst./SZ. Cf. MÄCHLER/HENSLER, p. 285–290 au sujet du § 62 al. 2 Cst./SZ ; SEILER, in : Komm-Cst./LU, § 56 Cst./LU, n^{os} 31–38.

⁶²⁰ Art. 72 Cst./ZH.

⁶²¹ § 109 al. 1 Cst./BS ; UHLMANN, Basel, p. 291.

⁶²² Art. 113 al. 1 Cst./GE ; art. 75 al. 1 Cst./NE.

ceptions »⁶²³. Dans le cas du canton de Fribourg, les mesures doivent être prises dans le but de « parer aux dangers sérieux, directs et imminents »⁶²⁴. De manière générale, en ce qui concerne l'aspect de la situation à laquelle il faut faire face, le degré de gravité et d'urgence est légèrement variable d'un canton à l'autre. Certaines dispositions parlent de perturbations considérables ou de situations extraordinaires⁶²⁵, mais la plupart des dispositions prévoient simplement une perturbation existante ou imminente⁶²⁶.

C. Sans limites matérielles

- 285 Plusieurs dispositions constitutionnelles cantonales permettant au gouvernement de prendre des mesures d'urgence indépendantes ne précisent aucune limite matérielle à ces dernières dans leurs textes⁶²⁷. Les cantons de Glaris et de Nidwald, qui en font partie, disposent également d'une disposition constitutionnelle supplémentaire demandant de légiférer sur les compétences d'urgence, dispositions qui seront traitées plus loin, dans la catégorie correspondante⁶²⁸.
- 286 Les dispositions concernées par la présente catégorie ne sont pas totalement dépourvues de limites pour le droit d'urgence du gouvernement. En effet, toutes ces dispositions soumettent le droit d'urgence à la condition d'une situation d'urgence ou à la condition de l'existence ou de la menace d'un danger. Les dispositions valaisannes et glaronnaises prévoient également que le droit d'urgence est limité temporellement, et la totalité des dispositions impose la participation du parlement aussi rapidement que possible.
- 287 Pour le canton du Valais, on trouve des limitations matérielles dans la LProt-Pop/VS. D'après cette loi, les mesures prises en situation extraordinaire doivent

⁶²³ Art. 125 al. 1 Cst./VD ; pour plus de détails, cf. DÉPRAZ, in : La Constitution vaudoise du 14 avril 2003, p. 261–262.

⁶²⁴ Art. 117 al. 1 Cst./FR.

⁶²⁵ § 56 al. 3 Cst./LU : « *ausserordentliche Lagen, wie unmittelbar drohenden erheblichen Störungen...* ».

⁶²⁶ P. ex. § 91 al. 4 Cst./AG.

⁶²⁷ Art. 99 al. 1 let. d Cst./GL ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW ; art. 75 al. 1 Cst./SG ; art. 90 al. 3 Cst./UR ; art. 56 al. 2 Cst./VS. Concernant l'art. 99 al. 1 let. d Cst./GL, il serait possible de s'écarter de la Constitution cantonale sur cette base, mais de manière exceptionnelle, cf. SCHWEIZER, Cst./GL, Kommentar zum Entwurf, vol. II, p. 467.

⁶²⁸ Art. 81 Cst./GL, art. 49a Cst./NW, cf. infra Chapitre 5 : IV.

avoir pour but de « parer à de graves menaces ou à d’autres situations extraordinaires »⁶²⁹. La Constitution valaisanne est en cours de révision et les travaux préparatoires actuels montrent que la prochaine constitution contiendra une disposition sur les situations extraordinaires légèrement différente⁶³⁰. La nouvelle disposition contiendra vraisemblablement une limitation temporelle du droit d’urgence, ainsi qu’une limitation des buts des mesures, quasiment identique à celle actuellement contenue dans la loi⁶³¹.

Le canton d’Uri est pourvu d’une loi sur la protection de la population dont l’objet est notamment la réglementation de l’organisation, des compétences et des mesures en cas de situations extraordinaires⁶³². Lors de ces situations, la LProtPop/UR donne la possibilité au gouvernement de s’écarter de la loi, si nécessaire⁶³³. Certaines mesures, lors de la pandémie de Covid-19, ont notamment été basées sur cet article⁶³⁴. Cependant, au moment de la prise de ces mesures, l’art. 90 al. 3 Cst./UR n’était pas encore en vigueur, ce qui explique l’utilisation de l’art. 2 al. 2 LProtPop/UR. L’art. 90 al. 3 Cst./UR n’est entré en vigueur que le 15 décembre 2020⁶³⁵. 288

Le gouvernement a donc pu, à partir de cette date, se baser directement sur cet article pour édicter les actes nécessaires⁶³⁶. Cette disposition constitutionnelle est bienvenue, car elle encadre plus clairement et de manière plus sûre le droit d’urgence du gouvernement. En effet, l’art. 90 al. 3 Cst./UR précise que les actes de droit d’urgence sont limités dans le temps et exige qu’ils soient soumis le plus rapidement possible au parlement, ce qui n’est pas le cas de la loi sur la protection de la population. 289

⁶²⁹ Art. 29 al. 1 LProtPop/VS.

⁶³⁰ Constituante (VS), Avant-projet, 2^e lecture, p. 16, art. 93 de l’avant-projet.

⁶³¹ Constituante (VS), Avant-projet, 2^e lecture, p. 16, art. 93 de l’avant-projet.

⁶³² Art. 1 al. 2 LProtPop/UR.

⁶³³ Art. 2 al. 2 LProtPop/UR.

⁶³⁴ Reglement Unterstützungsleistungen/UR.

⁶³⁵ Note de bas de page de l’art. 90 al. 3 Cst./UR ; cf. également WILHELM, in : Recht in der Krise, p. 185–186.

⁶³⁶ P. ex. Covid-19-Härtefallerlass/UR.

D. Avec possibilité de s'écarter du droit ordinaire

- 290 Seules deux constitutions cantonales contiennent une disposition sur laquelle le gouvernement peut directement se baser pour édicter du droit d'urgence, tout en donnant explicitement la possibilité à celui-ci de s'écarter de certains types de normes de droit ordinaire. Il s'agit des cantons de Thurgovie et du Jura⁶³⁷. À noter que le canton du Jura a une seconde disposition constitutionnelle concernant le droit d'urgence, qui sera traitée dans la prochaine catégorie⁶³⁸.
- 291 Les deux dispositions examinées ici diffèrent sur plusieurs aspects. Premièrement, le rang des normes auxquelles il est possible de déroger n'est pas le même. La disposition jurassienne donne la possibilité de s'écarter seulement des arrêtés, décrets ou lois⁶³⁹. *A contrario*, il n'est pas possible de s'écarter de la constitution cantonale, ce qui ressort également des travaux préparatoires de la Cst./JU⁶⁴⁰. À l'inverse, le § 44 al. 1 Cst./TG donne la possibilité au gouvernement de s'écarter tant de la loi que de la constitution cantonale.
- 292 Aucune des deux dispositions ne prévoit clairement dans leur texte une limitation des mesures d'urgence par rapport au but. Le degré de précision des situations pour lesquelles la compétence d'urgence peut être utilisée est très différent. L'art. 91 al. 1 Cst./JU mentionne simplement « en cas d'urgence », tandis que le § 44 al. 1 Cst./TG exige une grande détresse ou une perturbation grave à l'ordre public et à la sécurité⁶⁴¹. Celui-ci exige également que le gouvernement rende immédiatement compte au parlement de l'usage de sa compétence. En pratique, les arrêtés contenant les mesures urgentes du Gouvernement thurgovien sont assortis d'une clause constatant la dérogation de ceux-ci à la constitution cantonale et informant qu'ils seront soumis immédiatement à l'approbation du parlement⁶⁴².
- 293 La différence entre les exigences pour l'utilisation de la compétence d'urgence peut se justifier par la différence de normes auxquelles il est possible de déroger. Le canton de Thurgovie a besoin de plus de limites que le canton du Jura, car la disposition de ce dernier ne diffère pas tant des dispositions constitutionnelles qui

⁶³⁷ Art. 91 Cst./JU ; § 44 Cst./TG.

⁶³⁸ Art. 60 Cst./JU, cf. infra Chapitre 5 : IV.

⁶³⁹ Art. 91 Cst./JU.

⁶⁴⁰ JOAC/JU 15, p. 7.

⁶⁴¹ § 44 al. 1 Cst./TG.

⁶⁴² P. ex. Volksabstimmungsbeschluss/TG.

ne prévoient pas de limite matérielle⁶⁴³. On peut même considérer que la disposition jurassienne a l'avantage d'être claire sur les normes auxquelles il peut être dérogé et d'exclure les écarts à la constitution cantonale.

IV. Constitutions cantonales donnant la compétence au législateur de régler le droit d'urgence du gouvernement

A. Description de la catégorie et limitation des buts poursuivis

Les dispositions des constitutions cantonales de la présente catégorie ne prévoient pas une compétence directe du gouvernement pour les situations d'urgence. En revanche, elles donnent au législatif la tâche ou la possibilité de prévoir des compétences d'urgence pour le gouvernement dans une loi⁶⁴⁴. Ici, la compétence est donc indirecte, et diffère en cela de l'art. 185 al. 3 Cst. Cela signifie que la compétence du gouvernement d'édicter du droit d'urgence dépend de la volonté du législateur, aussi bien quant à l'existence même de cette compétence qu'à son étendue. 294

Il faut noter ici que la quasi-totalité des cantons ayant une disposition dans cette catégorie a également une disposition de la première catégorie, c'est-à-dire donnant directement la compétence au gouvernement d'édicter du droit d'urgence⁶⁴⁵. Le canton de Zoug est le seul canton dont la constitution contient uniquement une disposition donnant la tâche au législateur de légiférer sur le droit d'urgence. C'est ainsi logiquement le seul canton dont la disposition est formulée non sous forme d'une possibilité, mais d'une obligation⁶⁴⁶. 295

Les dispositions concernées par la présente catégorie prévoient toutes la possibilité de donner des compétences d'urgence non seulement au gouvernement, mais également au parlement. L'art. 49a al. 1 Cst./NW donne même la possibilité de prévoir des compétences particulières pour les Conseils administratifs, qui correspondent au pouvoir exécutif au niveau communal⁶⁴⁷. 296

⁶⁴³ Cf. supra Chapitre 5 : III. C.

⁶⁴⁴ Art. 81 Cst./GL ; art. 60 Cst./JU ; art. 49a Cst./NW ; art. 93 Cst./SO ; § 84 Cst./ZG.

⁶⁴⁵ Art. 99 al. 1 Cst./GL ; art. 91 Cst./JU ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 79 al. 4 Cst./SO. Cf. supra Chapitre 5 : III. B, Chapitre 5 : III. C et Chapitre 5 : III. D.

⁶⁴⁶ Bericht und Antrag des Regierungsrats (ZG), LProtPop/ZG, p. 2.

⁶⁴⁷ Cf. art. 73 et 83 Cst./NW.

- 297 En ce qui concerne les limitations matérielles, toutes les dispositions concernées ici, à l'exception de la disposition jurassienne⁶⁴⁸, comprennent une limitation claire du but que les compétences d'urgence doivent poursuivre. En effet, ces dispositions constitutionnelles conditionnent toutes l'attribution des compétences particulières à la protection de la population. Le § 84 al. 1 Cst./ZG ajoute que cela doit également être dans le but d'écartier un danger immédiat et l'art. 93 al. 1 Cst./SO précise les situations dans lesquelles il est possible d'intervenir⁶⁴⁹.
- 298 Il est intéressant de noter ici que la plupart des dispositions concernées par la présente catégorie décrivent avec plus de précision que les dispositions analysées dans la première catégorie les situations pour lesquelles les compétences d'urgence peuvent être prévues⁶⁵⁰.

B. Possibilité de s'écarter de la constitution cantonale

- 299 Toutes les dispositions de la présente catégorie prévoient dans leur texte une possibilité de s'écarter de la constitution cantonale. Les dispositions des cantons de Nidwald et de Soleure sont claires et permettent de s'écarter uniquement des règles de compétence⁶⁵¹. Pour le canton du Jura, la formulation est confuse. On peut penser que les écarts à la constitution cantonale sont limités aux règles de compétence⁶⁵². Cependant l'idée de la disposition était de régler le droit d'urgence extraconstitutionnel – raison pour laquelle l'article est prévu pour les cas de guerre ou de catastrophe – ce qui implique que des écarts à l'ensemble de la constitution cantonale sont possibles⁶⁵³. Dans les travaux préparatoires, on trouve même la mention que la disposition peut conduire aux pleins pouvoirs⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ Art. 60 Cst./JU.

⁶⁴⁹ Art. 93 al. 1 Cst./SO : « *zum Schutze der Bevölkerung vor Katastrophen und kriegerischen Ereignissen* ».

⁶⁵⁰ P. ex. art. 81 al. 1 Cst./GL : « *bei Versorgungsstörungen oder schweren Mangellagen, denen die Wirtschaft nicht selber begegnen kann, bei Katastrophen oder kriegerischen Ereignissen* ».

⁶⁵¹ Art. 49a al. 1 Cst./NW ; art. 93 al. 2 Cst./SO.

⁶⁵² Art. 60 Cst./JU : « La loi prévoit que des compétences dérogeant à la Constitution peuvent... » ; Moritz, in : Co-Cst./JU, art. 60 Cst./JU, n° 6 ; cf. également JOAC/JU 12, p. 30.

⁶⁵³ JOAC/JU 15, p. 7.

⁶⁵⁴ JOAC/JU 15, p. 7.

En ce qui concerne l'art. 81 al. 1 Cst./GL le problème est le même que pour la disposition jurassienne : la formulation porte à confusion. Mais pour la disposition glaronnaise, on a un problème supplémentaire, car l'ancienne constitution cantonale précisait qu'il s'agissait des règles de compétence⁶⁵⁵, alors que cette précision a disparu dans la nouvelle constitution⁶⁵⁶. Ainsi on pourrait penser que l'art. 81 al. 1 Cst./GL permet de s'écarter de l'ensemble de la constitution cantonale, car cela découlerait de l'interprétation historique⁶⁵⁷. À notre avis, ceci est erroné, et ce pour les raisons suivantes.

Certes, le fait que la précision au sujet des règles de compétence ne se trouve plus dans la nouvelle constitution peut laisser penser que la volonté du constituant était d'élargir les possibilités pour faire face aux situations décrites par l'article en question. Cependant, en y regardant de plus près, la précision concernant les compétences était encore présente lors de la modification de l'article de l'ancienne Constitution glaronnaise, l'année avant la révision totale⁶⁵⁸. Cette modification, contenant le terme « *Zuständigkeitsvorschriften* », a été acceptée sans discussion par la *Landsgemeinde*⁶⁵⁹. Dans le Memorial pour la *Landsgemeinde* concernant la révision totale de la constitution cantonale, le gouvernement propose de reprendre l'article tel que modifié l'année précédente et par conséquent utilise encore la précision des compétences dans sa proposition⁶⁶⁰. Seule la proposition du *Landrat* ne contient plus la précision au sujet des compétences, et cela sans explication⁶⁶¹. La *Landsgemeinde* a accepté la proposition du *Landrat* sans en discuter⁶⁶².

À notre avis, si la possibilité de s'écarter de la constitution cantonale avait dû, par cette modification, être élargie à l'ensemble de la constitution, cela aurait dû être précisé et expliqué dans la prise de position du *Landrat*, dans le Mémorial pour la *Landsgemeinde* lors de la révision de la Constitution. Il s'agit donc plus probablement d'une simplification de rédaction, puisque l'article prévoit une attribution de compétence et que la possibilité de s'écarter de la constitution cantonale se

⁶⁵⁵ Art. 21^{bis} aCst./GL : « *Zuständigkeitsvorschriften* », introduction de l'art. 21^{bis} aCst./GL par la *Landsgemeinde* du 7 mai 1972, cf. Protokoll Landsgemeinde (GL) 1972, § 11 ; Memorial Landsgemeinde (GL) 1972, p. 55.

⁶⁵⁶ Art. 81 al. 1 Cst./GL : « *Vorschriften* ».

⁶⁵⁷ HUSMANN, in : Fédéralisme 2.0, p. 269, note de bas de page 191.

⁶⁵⁸ Art. 21a al. 1 aCst./GL ; Memorial Landsgemeinde (GL) 1987, p. 23.

⁶⁵⁹ Protokoll Landsgemeinde (GL) 1987, § 10.

⁶⁶⁰ Memorial Landsgemeinde (GL) 1988, p. 20.

⁶⁶¹ Memorial Landsgemeinde (GL) 1988, p. 20 et 21.

⁶⁶² Protokoll Landsgemeinde (GL) 1988, p. 4.

rapporte à celle-ci : « ...für beschränkte Zeit Befugnisse eingeräumt werden, die von den Vorschriften dieser Verfassung abweichen »⁶⁶³. En fin de compte, l'art. 4 al. 2 LProtPop/GL explicite que c'est de la répartition des compétences dont le gouvernement peut s'écarter lorsqu'il prend des mesures d'urgence.

- 303 La disposition du canton de Zoug est particulière. En effet, bien que le § 84 al. 2 Cst./ZG parle uniquement de la possibilité de prévoir des compétences qui s'écarterent de la constitution cantonale, il ressort du Message à propos de la LProtPop/ZG, concrétisant la disposition constitutionnelle, que les mesures d'urgence peuvent s'écarter de la Constitution⁶⁶⁴. Selon le Message, on ne considère pas là uniquement la répartition ordinaire des compétences, mais également les droits fondamentaux et les principes constitutionnels ancrés dans la Constitution fédérale⁶⁶⁵.
- 304 Il s'agit ici, à notre avis, d'une mauvaise compréhension de la norme, car du fait de la primauté du droit fédéral, les cantons ne sont pas en mesure de décider si les droits fondamentaux et les principes de la Constitution fédérale sont suspendus ou non⁶⁶⁶. De plus, la constitution cantonale doit également être respectée, à moins qu'elle n'autorise elle-même qu'on s'en écarte⁶⁶⁷. Dans le cas où elle permet uniquement un écart à la répartition des compétences, les écarts doivent se limiter à cet aspect⁶⁶⁸.

C. Concrétisation légale

- 305 Les dispositions des constitutions cantonales de cette catégorie donnent la tâche au législateur de régler les compétences particulières pour les situations d'urgence. Par conséquent, il est important d'examiner si ces dispositions constitutionnelles ont fait l'objet de concrétisations légales.
- 306 Pour les cantons de Glaris, du Jura et de Soleure, la concrétisation s'est faite, partiellement, dans les lois cantonales sur la protection de la population, respectivement dans la loi sur les catastrophes pour le canton de Soleure⁶⁶⁹. Ces lois

⁶⁶³ Art. 81 al. 1 Cst./GL.

⁶⁶⁴ Bericht und Antrag des Regierungsrats (ZG), LProtPop/ZG, p. 18.

⁶⁶⁵ Bericht und Antrag des Regierungsrats (ZG), LProtPop/ZG, p. 5.

⁶⁶⁶ Art. 49 Cst., cf. supra Chapitre 4 : II. A.

⁶⁶⁷ Cf. supra Chapitre 4 : II. C. 2.

⁶⁶⁸ Cf. supra Chapitre 4 : II. C. 2.

⁶⁶⁹ LProtPop/GL ; LProtPop/JU ; Katastrophengesetz/SO.

contiennent une clause générale en faveur du gouvernement, lui donnant la possibilité de prendre des mesures pour faire face aux dangers touchant la sécurité publique, aux catastrophes ou autres états d'urgence⁶⁷⁰. Il s'agit ici d'une réglementation de certains aspects des situations de crise, concernant principalement l'organisation des acteurs d'intervention, et pas réellement d'un encadrement légal des compétences d'urgence du gouvernement⁶⁷¹. Le canton de Nidwald concrétise légèrement plus l'aspect du droit d'urgence dans sa loi sur l'état d'urgence qui régle la procédure de constatation de l'état d'urgence⁶⁷².

Le canton de Zoug est particulier, car c'est le seul canton n'ayant qu'une disposition constitutionnelle donnant la tâche au législateur de régler les mesures d'urgence dans une loi. Par conséquent, le canton s'est doté d'une loi sur la protection de la population réglant particulièrement le droit d'urgence⁶⁷³. Les § 10 à 14 LProtPop/ZG règlent de manière précise la procédure en cas d'état d'urgence et la promulgation du droit d'urgence. En ce qui concerne le contenu du droit d'urgence du Gouvernement zougais, c'est le § 12 al. 1 LProtPop/ZG qui nous intéresse particulièrement. 307

Celui-ci dit, premièrement, que le Gouvernement zougais peut édicter des ordonnances d'urgence pour écarter un danger grave menaçant l'ordre et la sécurité publics. On a donc une limitation du but des mesures à l'écartement de dangers graves et à la protection de l'ordre et de la sécurité publics. Deuxièmement, et ceci est particulièrement intéressant, le § 12 al. 1 LProtPop/ZG précise que le gouvernement peut abroger, momentanément, tout ou une partie des normes existantes, afin de remplacer celles-ci par les ordonnances d'urgence qu'il aura édictées. 308

La question de savoir si les ordonnances d'urgence peuvent s'écarter des lois ne devrait pas se poser, puisque la LProtPop/ZG prévoit explicitement que les ordonnances d'urgence remplacent le droit ordinaire si le gouvernement l'a décidé ainsi⁶⁷⁴. Cependant, des clauses générales ne respectant pas les conditions pour les délégations législatives ne sont à elles seules pas suffisantes pour permettre au gouvernement de s'écarter des lois⁶⁷⁵. Le § 84 Cst./ZG ne prévoit pas la possi- 309

⁶⁷⁰ Art. 4 al. 2 et 3 LProtPop/GL ; art. 5 al. 2 let. e et let. h LProtPop/JU ; § 17 al. 1 Katastrophengesetz/SO.

⁶⁷¹ Cf. art. 5 ss LProtPop/GL ; art. 7 ss LProtPop/JU ; § 8 ss Katastrophengesetz/SO.

⁶⁷² P. ex. art. 3 Notstandgesetz/NW.

⁶⁷³ LProtPop/ZG.

⁶⁷⁴ Cf. Bericht und Antrag des Regierungsrats (ZG), LProtPop/ZG, p. 19–20.

⁶⁷⁵ WILHELM, in : Recht in der Krise, p. 185.

bilité de s'écarter des lois et ne peut donc pas servir de base légale pour ce faire. Le § 12 al. 1 LProtPop/ZG définit, certes, les conditions pour suspendre des actes législatifs⁶⁷⁶, mais l'étendue de cette possibilité n'est pas suffisamment délimitée. Les conditions pour une délégation législative ne sont donc pas remplies⁶⁷⁷. Néanmoins, si la disposition constitutionnelle prévoit la possibilité de s'écarter de la constitution elle-même, il semble cohérent que le législateur puisse prévoir des écarts aux lois.

- 310 Vu l'étendue des compétences d'urgence du Gouvernement zougais, le contrôle du parlement et la limitation temporelle des ordonnances du gouvernement sont ici particulièrement importants afin d'éviter les abus de pouvoir. Ils sont par conséquent réglés précisément aux § 11, § 12 al. 2, § 13 et § 14 LProtPop/ZG⁶⁷⁸.
- 311 Dans le cas où le mandat législatif n'est pas concrétisé sur le point de l'encadrement des compétences d'urgence du gouvernement, la situation peut être problématique en pratique, comme ce fut le cas pour le canton du Jura lors de la pandémie de Covid-19. Dans ce contexte, le Gouvernement jurassien a déclaré l'état d'urgence cantonal par deux fois, en se basant directement sur l'art. 60 Cst./JU alors que l'exercice de cette compétence n'est concrétisé dans aucune loi⁶⁷⁹. Cela a conduit le parlement à déposer une motion demandant l'élaboration d'une « Loi instituant le droit de nécessité »⁶⁸⁰.
- 312 Il ressort de la lecture des travaux préparatoires de la Cst./JU que la concrétisation légale doit être antécédente à la survenance de l'état de nécessité, ce qui conduit à penser que l'art. 60 Cst./JU ne donne pas la possibilité d'édicter des ordonnances indépendantes, mais donne uniquement un mandat au législateur⁶⁸¹. D'un autre côté, cette disposition est censée concerner le droit d'urgence extraconstitutionnel qui est réputé exister même lorsqu'il n'est pas écrit, car il découle d'une compétence immanente de l'État⁶⁸². Ceci penche en faveur de la possibilité pour le gouvernement d'utiliser l'art. 60 Cst./JU malgré l'absence de concrétisation légale.

⁶⁷⁶ § 12 al. 1 LProtPop/ZG : « zur Abwehr einer schweren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ».

⁶⁷⁷ Cf. réflexions de WILHELM, in : Recht in der Krise, p. 185–186.

⁶⁷⁸ Cf. Bericht und Antrag des Regierungsrats (ZG), LProtPop/ZG, p. 19–20.

⁶⁷⁹ P. ex. art. 2a ordonnance Covid-19/JU ; cf. Décision du Gouvernement (JU) (JO/JU 2020 n° 12 p. 219) ; Débats parlementaires (JU) du 18 novembre 2020.

⁶⁸⁰ COMTE, Motion n° 1314.

⁶⁸¹ JOAC/JU 15, p. 7.

⁶⁸² JOAC/JU 12, p. 30.

Un problème supplémentaire est apparu dans le canton du Jura, car la différence 313 entre les deux dispositions de la Constitution jurassienne concernant les compétences d'urgence du gouvernement n'est pas claire⁶⁸³. Les deux dispositions ont été utilisées pour prendre des mesures d'urgence, parfois simultanément⁶⁸⁴. L'art. 60 Cst./JU a été pensé comme une expression du droit d'urgence extra-constitutionnel pouvant conduire aux pleins pouvoirs⁶⁸⁵. Tandis que l'art. 90 Cst./JU a été prévu comme du droit d'urgence intraconstitutionnel⁶⁸⁶. La concrétisation légale de l'art. 60 Cst./JU s'avère ainsi particulièrement nécessaire, afin d'éviter la confusion à l'avenir. Il serait utile, non seulement d'y régler les compétences du gouvernement, mais également de préciser la distinction entre l'art. 60 et l'art. 90 Cst./JU.

V. Constitutions cantonales sans disposition pour le droit d'urgence du gouvernement

A. Description de la catégorie

La troisième catégorie regroupe les constitutions cantonales ne contenant aucune 314 disposition sur le droit d'urgence du gouvernement. Seuls deux cantons font partie de cette catégorie : le canton du Tessin et le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures. Ils ont chacun une manière différente d'appréhender les compétences d'urgence de leur gouvernement.

De manière générale, dans le cas où la constitution cantonale ne règle pas les 315 compétences d'urgence du gouvernement, il est possible que le droit d'urgence du gouvernement soit prévu au niveau légal. Il est également possible que le gouvernement, en cas d'urgence, se limite à prendre des mesures pour lesquelles il est au bénéfice d'une délégation législative ou d'une compétence attribuée dans une loi spécifique. Dans ce cas, le contenu de ces mesures est étroitement limité à un domaine précis, selon les règles pour les délégations législatives⁶⁸⁷. Le gouvernement dispose de ces compétences également en temps ordinaire, par conséquent, il ne s'agit pas de droit d'urgence.

⁶⁸³ Art. 60 et 91 Cst./JU

⁶⁸⁴ P. ex. Décision du Gouvernement (JU) (JO/JU 2020 n° 11 p. 199).

⁶⁸⁵ JOAC/JU 6, p. 28.

⁶⁸⁶ JOAC/JU 15, p. 7.

⁶⁸⁷ Cf. GONIN, Droit constitutionnel, n°s 3998–4007.

B. République et canton du Tessin

- 316 Bien que le canton du Tessin n'ait pas de réglementation des compétences d'urgence du gouvernement dans sa constitution cantonale, la question des situations d'urgence est réglée au niveau légal. En effet, le canton est doté d'une loi sur la protection de la population qui règle également l'état de nécessité⁶⁸⁸. Cette loi est une loi ordinaire, adoptée par le parlement selon la procédure ordinaire, et bénéficie donc de la légitimité démocratique qui en découle. Au niveau constitutionnel, on trouve simplement l'art. 70 let. g) Cst./TI qui décrit comme compétence du gouvernement notamment la conservation de l'ordre public.
- 317 L'art. 21 LProtPop/TI donne la compétence au gouvernement cantonal de déclarer l'état de nécessité, lorsque cela concerne une partie ou la totalité du territoire cantonal⁶⁸⁹, et à la commune lorsque cela concerne le territoire communal⁶⁹⁰. L'autorité ayant déclaré l'état de nécessité peut prendre les mesures qui sont nécessaires⁶⁹¹. Ces mesures sont censées, en particulier, permettre de convoquer les personnes susceptibles d'intervenir, ou de réquisitionner les moyens et les biens nécessaires⁶⁹².
- 318 L'état de nécessité est défini à l'art. 20 LProtPop/TI : il y a état de nécessité lorsqu'il n'est plus possible d'assurer, par des moyens ordinaires, les activités administratives ou les services d'intérêt public ainsi que la protection des personnes et la conservation des biens au niveau cantonal, régional ou local. Cet état de nécessité découle de catastrophes, de conflits armés ou d'autres situations d'urgence créant un danger imminent pour l'État, les personnes ou les biens⁶⁹³. L'état de nécessité n'intervient que dans les cas les plus graves de danger pour la population. Les autres mesures prévues par la loi devraient suffire pour les autres cas⁶⁹⁴. Pendant la pandémie de Covid-19, à la suite de la déclaration de l'état de nécessité, le Gouvernement tessinois a, par exemple, édicté un décret annulant les élections communales⁶⁹⁵.

⁶⁸⁸ Art. 1 LProtPop/TI.

⁶⁸⁹ Art. 21 let. a) LProtPop/TI.

⁶⁹⁰ Art. 21 let. b) LProtPop/TI.

⁶⁹¹ Art. 22 al. 1 LProtPop/TI.

⁶⁹² Art. 22 al. let. a) et let. b) LProtPop/TI.

⁶⁹³ Art. 20 LProtPop/TI.

⁶⁹⁴ *Messaggio (TI) 5785*, LProtPop/TI, p. 10.

⁶⁹⁵ *Decreto elezioni comunali/TI ; Messaggio (TI) 7893*, Covid-19, p. 2.

Une initiative parlementaire demandant un meilleur encadrement de l'état de nécessité a été déposée en mai 2020. Elle demande d'ajouter une durée maximale à l'état de nécessité et le besoin d'approbation par le parlement en cas de renouvellement de l'état de nécessité⁶⁹⁶. Le Gouvernement tessinois considère cependant que la législation actuelle est suffisante et qu'il ne faudrait pas compliquer l'utilisation du droit de nécessité par les règles proposées⁶⁹⁷. En l'état actuel, le projet de révision de la LProtPop/TI veut ajouter la possibilité de déclarer l'état de nécessité lors de dangers écologiques, mais ne prévoit pas d'ajouter les limites demandées par l'initiative parlementaire⁶⁹⁸. 319

C. Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures

Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures⁶⁹⁹, contrairement au canton du Tessin, n'a pas de loi cantonale réglant la question des compétences d'urgence du gouvernement. Il n'y a donc pas de disposition, ni dans la constitution cantonale ni dans la loi qui réglerait spécifiquement cette question⁷⁰⁰. En pratique, il arrive naturellement qu'une situation demande une réaction urgente de la part de l'État. Dans ce cas, le Gouvernement du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures s'appuie sur l'art. 30 al. 5 Cst./AI⁷⁰¹. 320

Cette disposition ne mentionne pas le droit d'urgence. Il s'agit d'une clause générale de compétence pour le gouvernement, déclarant que celui-ci traite de toutes les affaires qui reviennent naturellement à un gouvernement et qui ne sont pas explicitement attribuées à une autre autorité constitutionnelle. La gestion des situations d'urgence étant généralement considérée comme une compétence typique du gouvernement, celui-ci fait découler sa compétence d'urgence de cette disposition⁷⁰². 321

Il existe certes un arrêté cantonal réglant certains aspects de l'organisation étatique en situations extraordinaires et qui décrit notamment les tâches organisa- 322

⁶⁹⁶ MORISOLI/GRUPPO UDC, iv. pa. IG703.

⁶⁹⁷ Messaggio (TI) 7943, iniziativa parlamentare Stato di necessità.

⁶⁹⁸ Messaggio (TI) 8216, Revisione LProtPop/TI.

⁶⁹⁹ Le peuple appenzellois a accepté le 9 mai 2021 qu'une nouvelle Constitution cantonale soit élaborée, cf. Amtliche Bekanntmachung (AI) Volksabstimmung, p. 1.

⁷⁰⁰ Rapport explicatif StKB Urnenabstimmungen/AI, p. 2.

⁷⁰¹ Cf. Rapport explicatif StKB Urnenabstimmungen/AI, p. 2.

⁷⁰² P. ex. StKB Urnenabstimmungen/AI ; StKB Covid-19/AI ; cf. Rapport explicatif StKB Urnenabstimmungen/AI, p. 2.

tionnelles du gouvernement, cependant il ne contient aucune réglementation sur le droit d'urgence⁷⁰³. De plus, cet arrêté émane du gouvernement lui-même et se base sur l'art. 30 al. 5 Cst./AI, ce qui n'en fait pas une source adéquate pour régler le droit d'urgence. La loi cantonale concrétisant la LPPCi ne contient, elle non plus, aucune disposition concernant d'éventuelles compétences de droit d'urgence du gouvernement⁷⁰⁴. De manière générale, elle ne contient que peu de dispositions de concrétisation. En conséquence, dans une situation extraordinaire, le Gouvernement appenzellois n'a pas beaucoup d'autres possibilités que de fonder les mesures nécessaires pour faire face à la situation sur l'art. 30 al. 5 Cst./AI.

- 323 L'une des décisions du Gouvernement appenzellois basées sur l'art. 30 al. 5 Cst./AI avait comme objet de remplacer la *Landsgemeinde* de 2021 par une votation par les urnes⁷⁰⁵. La raison était l'état de la pandémie de Covid-19⁷⁰⁶. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner la régularité de cette décision, principalement par rapport à la garantie des droits politiques⁷⁰⁷. Il a jugé, sur le fond, que la décision remplissait les conditions de l'art. 5 al. 1 et 2 Cst., car le Gouvernement appenzellois pouvait se baser sur l'art. 40 LEP⁷⁰⁸. Le Tribunal fédéral n'a malheureusement pas examiné la question de savoir si l'art. 30 al. 5 Cst./AI permettait de désigner le Gouvernement appenzellois comme compétent pour modifier le système démocratique cantonal, car ce point n'avait pas été contesté par les recourants⁷⁰⁹. Ceci est regrettable, car il ne s'agit pas d'une question anodine étant donné, d'un côté, l'importance du contenu de la décision du gouvernement et, de l'autre, le manque de précision de l'art. 30 al. 5 Cst./AI⁷¹⁰. Heureusement, la Cst./AI est en cours de révision et l'état actuel des travaux montre que la nouvelle constitution cantonale contiendra une disposition réglementant le droit d'urgence du gouvernement⁷¹¹.

⁷⁰³ Art. 1 et art. 3 StKB ausserordentlichen Lagen/AI.

⁷⁰⁴ LProtPop/AI.

⁷⁰⁵ StKB Urnenabstimmungen/AI.

⁷⁰⁶ Art. 1 StKB Urnenabstimmungen/AI.

⁷⁰⁷ Art. 34 al. 2 Cst. ; TF, 1C_147/2021 du 24 février 2022.

⁷⁰⁸ TF, 1C_147/2021 du 24 février 2022, consid. 4.3, 5.3 et 6. Cf. BIAGGINI, Kommentar 1C_147/2021, p. 277–278 ; WILHELM, in : Recht in der Krise, p. 189.

⁷⁰⁹ TF, 1C_147/2021 du 24 février 2022, consid. 5.3.

⁷¹⁰ Cf. BIAGGINI, Kommentar 1C_147/2021, p. 278–279.

⁷¹¹ Erläuternder Bericht Totalrevision Cst./AI, p. 12, art. 42 al. 2 du projet.

VI. Conclusions

En résumé, une majorité des constitutions donnant à leur gouvernement une compétence directe pour édicter du droit d'urgence prescrivent les buts poursuivis par les mesures prises. On peut constater que la plupart de ces dispositions permettent la protection de biens sociaux ou ne limitent les buts poursuivis que sur l'aspect du danger à écarter. Quant aux cantons qui limitent le droit d'urgence à la protection des biens de police, ils sont peu nombreux⁷¹². Cette limitation a posé quelques problèmes dans le canton de Zurich⁷¹³. Ensuite, quelques cantons ne prévoient pas de limites matérielles⁷¹⁴. Deux cantons seulement ont une disposition constitutionnelle autorisant explicitement à s'écarter du droit ordinaire⁷¹⁵. 324

Au sujet des dispositions constitutionnelles déléguant la réglementation de la compétence d'urgence au législatif, on peut constater que, lorsque le législateur a rempli son mandat, cela permet d'avoir une réglementation du droit d'urgence détaillée⁷¹⁶. Cependant, ce type de normes constitutionnelles a aussi donné lieu à quelques difficultés. 325

D'abord on peut se demander si le gouvernement peut se baser directement sur la disposition constitutionnelle dans le cas où le législateur n'a pas rempli son mandat⁷¹⁷. À notre avis, ceci n'est possible que lorsque la norme constitutionnelle concrétise du droit d'urgence extraconstitutionnel. Cette utilisation doit par conséquent et par définition se faire en dernier recours. 326

Ensuite, le fait de régler le droit d'urgence au niveau légal demande de prendre en compte la hiérarchie des normes⁷¹⁸. La constitution cantonale étant de rang supérieur, et étant, de plus, garantie par la Confédération⁷¹⁹, il ne peut être dérogé à celle-ci au niveau légal, à moins que la constitution cantonale prévoie elle-même 327

⁷¹² Cf. supra Chapitre 5 : III. B.

⁷¹³ Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2 ; GESCHÄFTSLEITUNG KANTONSRAT, iv. pa. KR-Nr. 452/2022. Cf. supra Chapitre 5 : III. B.

⁷¹⁴ Cf. supra Chapitre 5 : III. C.

⁷¹⁵ Cf. supra Chapitre 5 : III. D.

⁷¹⁶ § 10 à 14 LProtPop/ZG ; cf. supra Chapitre 5 : IV. C, n° 307.

⁷¹⁷ À propos du canton du Jura, cf. supra Chapitre 5 : IV. C, n° 311.

⁷¹⁸ Cf. supra Chapitre 5 : IV. B et Chapitre 5 : IV. C.

⁷¹⁹ Art. 51 al. 2 Cst.

une telle possibilité⁷²⁰. Si cette possibilité est limitée aux règles de répartition des compétences, alors la loi peut s'écarter uniquement des règles de compétence. Cette remarque vaut également pour le canton du Tessin qui n'a pas de disposition constitutionnelle prévoyant des compétences d'urgence pour le gouvernement, mais qui a une disposition au niveau de la loi⁷²¹.

- 328 Pour terminer, le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures n'a actuellement aucune disposition octroyant une compétence d'urgence au gouvernement, que ce soit au niveau constitutionnel ou légal⁷²². On peut constater que cela soulève certains problèmes lorsqu'il faut faire face à une situation d'urgence. Comme le gouvernement utilise sa compétence immanente à l'État que l'on peut baser sur la réserve générale de l'art. 30 al. 5 Cst./AI lorsqu'il doit prendre des mesures, l'encadrement de ces compétences est pratiquement inexistant. L'aspect positif est que le gouvernement se restreint d'utiliser cette compétence, ce qui laisse néanmoins planer le doute sur l'efficacité de celui-ci en temps de crise⁷²³.

⁷²⁰ Pour plus de développement sur la garantie des constitutions cantonales (art. 51 al. 2 Cst.), cf. supra Chapitre 4 : II. C. 2.

⁷²¹ Cf. supra Chapitre 5 : V. B.

⁷²² Cf. supra Chapitre 5 : V. C.

⁷²³ Cf. révision en cours de la Cst./AI, Entwurf neue Cst./AI, p. 12, art. 42 al. 2 du projet.

Troisième partie :

**Réflexions sur l'encadrement du droit
d'urgence du gouvernement**

Chapitre 6 : Réflexions pour le droit d'urgence du Conseil fédéral

I. Introduction

Dans la première partie de cette thèse, nous avons défini les limites matérielles au droit d'urgence du Conseil fédéral au sens de l'art. 185 al. 3 Cst. dans l'état actuel des choses, sans chercher à savoir quelle solution serait la plus souhaitable⁷²⁴. Dans ce chapitre-ci, nous allons nous pencher sur les solutions et les améliorations envisageables. Les propositions déjà présentées par la doctrine, ainsi que les travaux parlementaires en cours, seront pris en considération. Le droit d'urgence des gouvernements cantonaux qui a été exposé précédemment servira d'inspiration à nos réflexions. 329

Dans la recherche de solutions, il faudra prendre en compte les rôles du droit d'urgence du gouvernement, qui sont tant la nécessité de pouvoir réagir rapidement à une situation de crise, que celle de limiter les pouvoirs exceptionnels du gouvernement afin de garantir au mieux les principes de l'État de droit et de la démocratie⁷²⁵. Ces deux nécessités entrent en contradiction lorsqu'il s'agit de définir les limites matérielles du droit d'urgence, car la première demande une grande marge de manœuvre pour le gouvernement et donc une réduction des limites au minimum, alors que la seconde demande des limites plutôt élevées⁷²⁶. À notre avis, la solution idéale est celle qui trouve un juste équilibre entre ces deux aspects⁷²⁷. 330

Il faudra également prendre en compte que le pouvoir du gouvernement peut être limité et son action contrôlée par d'autres moyens que les limites matérielles⁷²⁸. En effet, assurer un respect de l'État de droit et éviter que le pouvoir exécutif n'abuse de ses pouvoirs extraordinaires peut également se faire en impliquant le pouvoir législatif dans le processus de décision ou de contrôle et en permettant un contrôle judiciaire du droit d'urgence⁷²⁹. Le droit d'urgence du gouvernement peut également être encadré par des règles formelles et des conditions d'utilisation, en plus des limites matérielles. 331

⁷²⁴ Cf. supra Chapitre 1, Chapitre 2 et Chapitre 3.

⁷²⁵ MÜLLER/JENNI, p. 18.

⁷²⁶ SCHOTT/KÜHNE, p. 441.

⁷²⁷ Dans ce sens, GONIN, Droit constitutionnel, n° 3229 ; SCHOTT/KÜHNE, p. 441.

⁷²⁸ BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n°s 12–28.

⁷²⁹ STÖCKLI, Pandemiezeiten, p. 17.

332 La réglementation du droit d'urgence du gouvernement ne peut être jugée que lorsqu'on prend en compte les moyens de limitation et de contrôle de ce droit dans leur ensemble. C'est la combinaison de ces moyens qui permet de trouver un équilibre entre la capacité d'action du gouvernement, la limitation et le contrôle de son pouvoir⁷³⁰. C'est pourquoi, dans ce chapitre, nous examinerons l'ensemble des contrepoids aux compétences du Conseil fédéral selon l'art. 185 al. 3 Cst., à commencer par l'implication des pouvoirs législatif et judiciaire⁷³¹. Cependant, comme la présente thèse examine la question des limites matérielles du droit d'urgence, nous développerons davantage les solutions en rapport avec celles-ci et avec la réglementation du droit d'urgence⁷³².

II. Implication des pouvoirs législatif et judiciaire

A. Possibilités d'encadrement du droit d'urgence

333 Un des aspects les plus importants de l'encadrement du droit d'urgence du gouvernement est l'implication du parlement dans le processus d'édiction du droit d'urgence. Cette implication signifie que l'action du gouvernement est limitée ou contrôlée par le parlement, ce qui conduit à un meilleur respect de la démocratie⁷³³. De plus, l'écart à la séparation des pouvoirs est réduit⁷³⁴. L'implication du parlement peut se faire de plusieurs manières.

334 Il existe d'abord des systèmes de droit d'urgence dans lesquels le parlement octroie les pouvoirs d'urgence au gouvernement, et ce n'est qu'à cette condition que ce dernier peut édicter du droit d'urgence⁷³⁵. Dans ce cas, les compétences d'urgence du gouvernement sont plus proches des principes démocratiques et de la séparation des pouvoirs que lorsque le gouvernement décide lui-même de l'utilisation

⁷³⁰ Cf. BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 30.

⁷³¹ Cf. infra Chapitre 6 : II.

⁷³² Cf. infra Chapitre 6 : III.

⁷³³ ZIELNIEWICZ, p. 27.

⁷³⁴ WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 42–43 ; BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 17.

⁷³⁵ BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n°s 13–15. Dans ce sens, art. 75 al. 2 Cst./NE.

de son droit d'urgence⁷³⁶. Ce mécanisme suppose cependant que le parlement soit capable de transférer les pouvoirs d'urgence rapidement⁷³⁷.

Ensuite, on peut avoir une implication du parlement après la décision du gouvernement de faire usage de sa compétence. Le parlement peut par exemple avoir un droit de veto sur le droit d'urgence du gouvernement ou avoir le droit de procéder à un examen préalable de celui-ci⁷³⁸. Il est aussi possible que le droit d'urgence du gouvernement doive être accepté par le parlement rapidement après son entrée en vigueur pour continuer d'être valable⁷³⁹. Plusieurs cantons prévoient un tel mécanisme dans leur constitution⁷⁴⁰. Les capacités d'action propres au parlement pour les situations d'urgence sont également importantes ici, car elles lui permettent d'agir lui-même s'il le souhaite, et de contrer rapidement les décisions du gouvernement s'il le juge nécessaire⁷⁴¹. 335

L'implication du parlement peut être moins incisive que les formes ci-dessus. Il est possible, par exemple, que le gouvernement ait simplement une obligation d'informer le parlement ou de lui rendre un rapport sur l'utilisation de ses compétences d'urgence⁷⁴². Dans ce cas, le gouvernement n'est pas vraiment limité par le parlement, mais ce dernier exerce alors un rôle de contrôle sur le gouvernement qui est également important⁷⁴³. Le fait de savoir que ses actions seront l'objet d'un examen exerce une pression sur le gouvernement qui sera plus attentif à ne pas dépasser ses compétences⁷⁴⁴. 336

L'implication du pouvoir judiciaire qui permet un contrôle du droit d'urgence du gouvernement est un moyen d'encadrement important⁷⁴⁵. Il est par exemple possible pour le pouvoir judiciaire de contrôler la conformité du droit d'urgence à la constitution, ou de contrôler si les conditions pour l'utilisation du droit d'urgence étaient bien remplies⁷⁴⁶. Le contrôle judiciaire est utile lorsqu'on a des conditions 337

⁷³⁶ BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 17.

⁷³⁷ Cf. TRÜMLER, n° 489.

⁷³⁸ Art. 29 al. 2 LProtPop/VS ; cf. TRÜMLER, n° 489.

⁷³⁹ LEHNER, p. 126.

⁷⁴⁰ P. ex. art. 90 al. 2 Cst./AR ; art. 91 al. 1 Cst./BE ; § 74 al. 3 Cst./BL.

⁷⁴¹ STÖCKLI, Pandemiezeiten, p. 50.

⁷⁴² TRÜMLER, n°s 499, 501–502 ; BIAGGINI, Stresstest, p. 89–90.

⁷⁴³ P. ex. STÖCKLI, Gewaltenteilung, n° 37.

⁷⁴⁴ BIAGGINI, Stresstest, p. 90.

⁷⁴⁵ BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n°s 24–28.

⁷⁴⁶ LEHNER, p. 175 et 178.

d'application, des règles formelles ou des limites matérielles clairement définies. Il permet alors de les faire respecter.

B. Résumé de la situation

- 338 Si l'on fait un résumé de l'état des choses en ce qui concerne le droit d'urgence du Conseil fédéral au sens de l'art. 185 al. 3 Cst., on peut constater les encadrements par le pouvoir législatif et par le pouvoir judiciaire suivants.
- 339 D'abord, le Conseil fédéral peut décider seul de l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. et il examine également seul si les conditions de celui-ci sont remplies⁷⁴⁷. Le parlement n'intervient donc pas au préalable. L'Assemblée fédérale ne siégeant pas de manière permanente⁷⁴⁸, le mécanisme du transfert préalable de la compétence par le parlement ne serait pas un mécanisme adapté, car la décision de transfert des pouvoirs risquerait d'être trop lente⁷⁴⁹.
- 340 En revanche, l'Assemblée fédérale a une possibilité d'influencer le droit d'urgence du Conseil fédéral *a posteriori*. Pour ce faire, elle a à sa disposition ses propres compétences d'urgence selon l'art. 173 al. 1 let. c Cst. Ces compétences sont reconnues comme des compétences de modification et d'annulation du droit d'urgence basé sur l'art. 185 al. 3 Cst.⁷⁵⁰. Cependant, cet article n'a, jusqu'à aujourd'hui, pas prouvé sa portée pratique⁷⁵¹. Ainsi, l'outil le plus utile pour l'Assemblée fédérale est la possibilité de déclarer une loi fédérale urgente⁷⁵². Cela lui donne la possibilité, d'une part, de prendre elle-même des mesures plus rapidement que d'ordinaire, d'autre part, de modifier ou d'abroger le droit d'urgence du Conseil fédéral si elle le juge nécessaire⁷⁵³. Les lois fédérales urgentes lui permettent aussi de donner une base légale formelle au droit d'urgence, et donc de le légitimer⁷⁵⁴.

⁷⁴⁷ LEHNER, p. 66.

⁷⁴⁸ Art. 151 al. 1 Cst. ; art. 2 LParl ; STÖCKLI, *Pandemiezeiten*, p. 40.

⁷⁴⁹ Dans ce sens, TRÜMLER, n° 489.

⁷⁵⁰ P. ex. ZIELNIEWICZ, p. 26.

⁷⁵¹ WILHELM/UHLMANN, *Parlamente*, p. 5.

⁷⁵² Art. 165 Cst.

⁷⁵³ BRUNNER ET AL., p. 700.

⁷⁵⁴ Cf. art. 7d al. 2 LOGA.

Ensuite, l'Assemblée fédérale peut demander la tenue d'une session extraordinaire⁷⁵⁵ et elle peut naturellement utiliser les outils d'intervention parlementaires ordinaires⁷⁵⁶ pour exercer son influence sur le Conseil fédéral⁷⁵⁷. L'art. 7e al. 2 LOGA assure que l'Assemblée fédérale soit informée rapidement en cas de décision prise sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. 341

Le retour du pouvoir décisionnel à l'Assemblée fédérale est assuré au bout de six mois par l'art. 7d al. 2 LOGA. D'après cet article, le Conseil fédéral doit soumettre un projet de base légale pour son droit d'urgence dans un délai de six mois dès l'entrée en vigueur de celui-ci s'il souhaite que le droit d'urgence reste en vigueur. D'après l'art. 7d al. 2 let. b LOGA, le rejet d'une proposition de base légale ordinaire pour le droit d'urgence basé sur l'art. 185 al. 3 Cst. a pour effet d'abroger ce dernier. 342

Quant au Tribunal fédéral, son contrôle est partiellement restreint en ce qui concerne le droit d'urgence du Conseil fédéral, car un recours abstrait est exclu pour les actes du Conseil fédéral⁷⁵⁸. L'examen concret reste possible, cependant il existe une exception au recours en matière de droit public pour les décisions concernant le domaine de la sécurité intérieure et extérieure⁷⁵⁹. 343

C. Solutions et évaluation

Il a été proposé plusieurs fois en doctrine d'élargir les possibilités de contrôle par le Tribunal fédéral pour le cas particulier du droit d'urgence du Conseil fédéral.⁷⁶⁰ Une initiative parlementaire a également été déposée afin de créer les bases légales permettant aux tribunaux de procéder rapidement à un contrôle abstrait du droit d'urgence⁷⁶¹. À l'heure actuelle, la solution n'a cependant pas été retenue 344

⁷⁵⁵ Art. 151 al. 2 Cst.

⁷⁵⁶ Art. 118 ss LParl ; Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 47.

⁷⁵⁷ WILHELM/UHLMANN, *Parlamente*, p. 5.

⁷⁵⁸ Art. 189 al. 4 Cst.

⁷⁵⁹ Art. 83 let. a LTF ; RECHSTEINER, *Polizeiliche Generalklausel*, p. 151. Cf. également l'exception de l'art. 83 let. j LTF, «les décisions en matière d'approvisionnement économique du pays qui sont prises en cas de pénurie grave».

⁷⁶⁰ BIAGGINI, *Stresstest*, p. 82–85 ; FRÉSARD, n° 35 ; STÖCKLI, *Gewaltenteilung*, n° 36 ; WALDMANN, in : *Notrecht in der Corona-Krise*, p. 43.

⁷⁶¹ GRÜNE FRAKTION, iv. pa. 20.430.

par la commission parlementaire chargée de l'examen de cette possibilité⁷⁶². Elle invoque avant tout des arguments de principe, mais souligne également le fait que le mécanisme ne serait pas spécialement efficace, car l'examen judiciaire prend du temps⁷⁶³.

- 345 Il est vrai qu'il peut s'écouler un temps assez important avant qu'un arrêt définitif soit rendu et que cela affaiblit l'efficacité pratique du contrôle, surtout lorsque la situation change rapidement et que les normes examinées ont une durée de validité limitée⁷⁶⁴. Certains argumentent également que le contrôle judiciaire n'est pas particulièrement efficace, car les tribunaux sont souvent particulièrement tolérants avec le gouvernement lorsqu'il s'agit du droit d'urgence⁷⁶⁵.
- 346 Néanmoins, le contrôle judiciaire n'entrave pas la rapidité d'action du Conseil fédéral, car il intervient *a posteriori*. Que ce soit par un contrôle abstrait ou un contrôle concret, cela reste un contrôle important de la conformité des mesures prises avec le droit supérieur et notamment avec les droits fondamentaux. De plus, c'est un moyen essentiel de s'assurer que le gouvernement n'outrepasse pas son pouvoir et de faire respecter les principes de l'activité étatique en situation d'urgence. Il ne faut pas non plus négliger l'effet préventif que ce contrôle peut avoir.
- 347 La majorité des propositions d'amélioration du droit d'urgence du Conseil fédéral faites dernièrement en doctrine se concentrent sur l'implication de l'Assemblée fédérale⁷⁶⁶. C'est également sur cet aspect que l'Assemblée fédérale elle-même a concentré ses réformes. En effet, dans les propositions de réforme actuelles, l'amélioration de sa capacité d'action en temps de crise occupe une place prépondérante dans les propositions de modification⁷⁶⁷. Bien qu'elle ait examiné d'autres aspects du droit d'urgence, et notamment le fait de définir plus étroitement l'art. 185 al. 3 Cst., elle ne les a pas considérés comme devant être modifiés⁷⁶⁸.

⁷⁶² Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 51.

⁷⁶³ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 51.

⁷⁶⁴ Cf. BIAGGINI, Stresstest, p. 83.

⁷⁶⁵ Cf. TF, 9C_663/2021 du 6 novembre 2022 (publication prévue), consid. 11.4 ; BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n^{os} 25–26.

⁷⁶⁶ BERNARD, Rôle du Parlement, n^o 55 ; BIAGGINI, Stresstest, p. 85 ; GLASER/GFELLER, n^o 57 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n^{os} 33–35 ; STÖCKLI, Pandemiezeiten, p. 49.

⁷⁶⁷ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 49–56.

⁷⁶⁸ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 51–56.

C'est à juste titre que les propositions d'amélioration se concentrent sur l'augmentation de l'implication du pouvoir législatif. En effet, cette solution est des plus efficaces pour assurer un maintien de la séparation des pouvoirs, et donc un meilleur contrôle sur le pouvoir exécutif, à un moment où il dispose de pouvoirs étendus⁷⁶⁹. Améliorer l'implication de l'Assemblée fédérale dans le processus de droit d'urgence du Conseil fédéral est un moyen simple pour augmenter la légitimité démocratique du droit d'urgence et permettre le contrôle politique de celui-ci⁷⁷⁰. Un grand nombre de cantons prévoient d'ailleurs une forme d'implication de leur parlement dans leur constitution⁷⁷¹. 348

En revanche, augmenter l'implication de l'Assemblée fédérale avant que le droit d'urgence n'entre en vigueur a comme désavantage de ralentir la prise des mesures d'urgence. Il est ainsi relativement difficile de trouver des moyens d'impliquer réellement le parlement sans que cela entrave la rapidité du droit d'urgence du gouvernement⁷⁷². L'implication d'une délégation ou d'une commission a été envisagée, car cela serait plus rapide, mais la légitimité démocratique de celle-ci est restreinte⁷⁷³. La solution retenue actuellement est la consultation, dans un délai très court, des commissions parlementaires compétentes sur le projet d'une ordonnance selon l'art. 185 al. 3 Cst.⁷⁷⁴. Cette solution n'est pas particulièrement efficace, ni d'un point de vue démocratique, ni en ce qui concerne l'encadrement du Conseil fédéral. 349

Seul le contrôle par l'Assemblée fédérale après la prise des mesures d'urgence ne ralentit pas le processus. C'est pourquoi l'approbation par l'Assemblée fédérale, peu de temps après l'entrée en vigueur des ordonnances basées sur l'art. 185 al. 3 Cst., comme le prévoient bon nombre de cantons, nous paraît la solution la plus adéquate⁷⁷⁵. Alternativement, il est possible d'adapter l'instrument de la motion, afin qu'elle soit traitée particulièrement rapidement lorsqu'elle concerne 350

⁷⁶⁹ Cf. STÖCKLI, *Pandemiezeiten*, p. 17 ; ZIELNIEWICZ, p. 27 et 29.

⁷⁷⁰ MÄCHLER/HENSLER, p. 288.

⁷⁷¹ P. ex. art. 68 al. 2 Cst./SH. Cf. supra Chapitre 5 : II, n° 275.

⁷⁷² Cf. Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 50.

⁷⁷³ Art. 153 al. 3 Cst. ; Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 52.

⁷⁷⁴ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 50 ; Projet modification LParl (FF 2022 302), p. 6 ; cf. Commission des institutions politiques CN, iv. pa. 20.437.

⁷⁷⁵ P. ex. art. 90 al. 2 Cst./AR ; art. 91 al. 1 Cst./BE ; § 74 al. 3 Cst./BL.

le droit d'urgence du Conseil fédéral⁷⁷⁶. C'est ce que prévoient les réformes en cours au niveau de l'Assemblée fédérale⁷⁷⁷.

- 351 Il ne faut pas perdre de vue qu'il y aura nécessairement un laps de temps pendant lequel le Conseil fédéral agira seul, jusqu'à ce que l'Assemblée fédérale puisse siéger. C'est pourquoi nous sommes d'avis que l'implication du parlement, bien qu'essentielle, ne peut être une solution à elle seule. Elle a besoin d'être combinée avec d'autres moyens, dont la réglementation du droit d'urgence lui-même.

III. Réglementation du droit d'urgence du Conseil fédéral

A. Possibilités d'encadrement du droit d'urgence

- 352 Hormis l'implication des pouvoirs législatif et judiciaire, l'encadrement du droit d'urgence du gouvernement peut se faire par la réglementation de celui-ci et par les limites matérielles⁷⁷⁸. D'abord, le moyen le plus simple d'encadrer le droit d'urgence du gouvernement est de prévoir des règles formelles pour celui-ci. La règle la plus importante sur ce point est un délai de validité du droit d'urgence qui assure que celui-ci reste exceptionnel⁷⁷⁹. On peut également penser à des exigences permettant d'augmenter la transparence des décisions, par exemple un devoir d'information⁷⁸⁰.
- 353 Il est ensuite important de définir à quelles conditions le gouvernement peut édicter du droit d'urgence. Comme c'est le pouvoir législatif qui est compétent pour édicter les normes de droit importantes, il faut définir quelles conditions justifient que l'on s'écarte de cette répartition des pouvoirs⁷⁸¹. La condition essentielle est la présence d'une situation extraordinaire qui justifie qu'on ne suive plus la procédure législative ordinaire⁷⁸². Le degré de gravité ou d'urgence de la situation peut

⁷⁷⁶ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 48 et 69.

⁷⁷⁷ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 48 et 69 ; Projet modification LParl (FF 2022 302), p. 5 ; Commission des institutions politiques CN, iv. pa. 20.437.

⁷⁷⁸ BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n^{os} 19–21.

⁷⁷⁹ Cf. LOEVY, p. 48–52.

⁷⁸⁰ Cf. art. 7e al. 2 LOGA ; art. 113 al. 1, 2^e phr. Cst./GE.

⁷⁸¹ Cf. art. 164 Cst. ; LOEVY, p. 127.

⁷⁸² LOEVY, p. 127.

être plus ou moins élevé, et défini plus ou moins précisément⁷⁸³. Puis, il y a les limites matérielles qui délimitent le contenu possible du droit d'urgence du gouvernement. Il s'agit principalement de savoir si le droit d'urgence du gouvernement peut s'écarter des lois et des normes constitutionnelles et dans quelle mesure.

Pour les limites matérielles et les conditions d'application, trouver le bon équilibre 354 entre limitation et pouvoir d'action est particulièrement délicat. Les conditions d'application et les limites matérielles sont des encadrements importants au droit d'urgence du gouvernement. Toutefois, si elles sont trop exigeantes, la conséquence peut être que l'État n'arrive pas à réagir face à certaines situations.

B. Résumé de la situation

En ce qui concerne l'art. 185 al. 3 Cst. les conditions d'application et les limites 355 matérielles se recoupent en partie. Pour que les conditions d'application de l'art. 185 al. 3 Cst. soient remplies, il faut qu'on soit en présence de troubles graves, existants ou imminents et que l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure en soient menacés⁷⁸⁴. L'art. 185 al. 3, 2^e phr. Cst. exige également que les ordonnances soient limitées dans le temps.

En plus de ces conditions, l'utilisation du droit d'urgence est subsidiaire à l'utili- 356 sation du droit ordinaire et aux compétences d'urgence de l'Assemblée fédérale⁷⁸⁵. La doctrine y ajoute que les mesures doivent être justifiées par un intérêt public prépondérant, respecter le principe de proportionnalité, être conformes aux principes de la bonne foi, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire⁷⁸⁶.

Les seules règles formelles, en dehors de l'exigence de la limitation temporelle des 357 ordonnances d'urgence⁷⁸⁷, sont prévues aux art. 7e et 7d LOGA. Il s'agit, d'une part, du devoir d'information à l'organe compétent de l'Assemblée fédérale pour

⁷⁸³ P. ex. art. 75 al. 1 Cst./NE : « En cas de catastrophe ou d'autres situations extraordinaires... » ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW : « *Der Regierungsrat ist zuständig für den Erlass von: ... zeitlich befristeten Noterlassen.* »

⁷⁸⁴ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 140.

⁷⁸⁵ Art. 165 et art. 173 al. 1 let. c Cst. ; cf. RECHSTEINER, Recht in ausserordentlichen Lagen, n° 444.

⁷⁸⁶ Art. 5 al. 2 et al. 3 Cst., art. 8 Cst. ; cf. ATF 122 IV 258, consid. 2a) ; p. ex. BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 145.

⁷⁸⁷ Art. 185 al. 3 Cst.

les décisions basées sur l'art. 185 al. 3 Cst.⁷⁸⁸ et, d'autre part, des règles de caducité des ordonnances basées sur l'art. 185 al. 3 Cst.⁷⁸⁹. Il convient ici de faire remarquer que l'art. 7d LOGA ne constitue pas un délai de validité du droit d'urgence, dans le sens où les mesures prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. ne perdent pas automatiquement leur validité au bout de 6 mois. Si un projet de base légale a été déposé, le droit d'urgence continue de valoir le temps que dure la procédure législative⁷⁹⁰.

358 En ce qui concerne les limites matérielles, elles ont été définies en détail dans la première partie de la thèse⁷⁹¹. Un résumé concis de ces limites est néanmoins nécessaire. Deux des limites découlent des conditions d'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. Il s'agit d'abord du fait que les mesures doivent servir à parer certains troubles, ce qui n'est pas remis en question par la doctrine et pose peu de problèmes en pratique⁷⁹². Ensuite vient la limite des biens pouvant être protégés par l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst. Elle est exprimée par l'exigence de la protection de l'ordre public, de la sécurité extérieure ou intérieure. Nous avons retenu que ces notions pouvaient être interprétées plus largement que seulement comme des biens de police, toutefois les biens protégés doivent être des biens qui sont suffisamment importants pour pouvoir être compris dans l'ordre public ou la sécurité extérieure ou intérieure⁷⁹³.

359 Les questions des limitations par la Constitution et par les lois fédérales ne sont pas réglées dans l'art. 185 al. 3 Cst. et elles sont beaucoup débattues en doctrine⁷⁹⁴. Nous avons retenu que la Constitution fédérale constituait une limite au droit d'urgence du Conseil fédéral et qu'il n'était possible de s'en écarter que de manière absolument exceptionnelle, dans le cas où son respect serait particulièrement inadéquat pour la protection d'un bien particulièrement important⁷⁹⁵. Cependant, le Conseil fédéral est compétent pour régler des questions entrant dans les compé-

⁷⁸⁸ Art. 7e al. 2 LOGA.

⁷⁸⁹ Art. 7d al. 2 LOGA.

⁷⁹⁰ Cf. RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, n° 489.

⁷⁹¹ Cf. supra Chapitre 1, Chapitre 2 et Chapitre 3.

⁷⁹² Cf. supra Chapitre 1 : II.

⁷⁹³ Cf. supra Chapitre 1 : III. B. 5.

⁷⁹⁴ P.ex. TRÜMLER, nos 311 et 400 ; RECHSTEINER, *Recht in ausserordentlichen Lagen*, nos 463–475. Cf. supra Chapitre 2 : II ; Chapitre 3 : I Chapitre 3 : II. B.

⁷⁹⁵ Cf. supra Chapitre 2 : III. C. 5.

tences cantonales, lorsque cela s'avère nécessaire et en respectant le principe de subsidiarité⁷⁹⁶.

En revanche, les lois fédérales et les actes législatifs de l'Assemblée fédérale ne constituent pas toujours une limite au droit d'urgence du Conseil fédéral. Il est possible de prendre des mesures dérogeant à ces actes législatifs lorsque la norme de droit ordinaire est devenue inadéquate dans la situation d'urgence et que la prise de mesures respecte le principe de proportionnalité⁷⁹⁷. Certaines dispositions font exception à la possibilité d'y déroger, à cause de leur importance pour la séparation des pouvoirs et pour l'État de droit⁷⁹⁸. Finalement, il faut prendre en compte le principe de subsidiarité du droit d'urgence du Conseil fédéral lorsque les actes de l'Assemblée fédérale règlent des situations d'urgence⁷⁹⁹.

En conclusion, les points difficiles et controversés concernant les limites matérielles pour lesquels il faut trouver des solutions sont : la question des biens protégés par le droit d'urgence, la question du respect de la Constitution et la question du respect des lois fédérales. Du reste, il peut être intéressant d'examiner les solutions proposées concernant les règles formelles, car elles peuvent apporter des réponses simples à certains problèmes⁸⁰⁰. Les conditions d'application ne sont controversées que sur la question des biens protégés, qui est identique à celle des limites matérielles. Nous en traiterons sous ce point de vue et ne reviendrons donc pas particulièrement sur les conditions d'application de l'art. 185 al. 3 Cst.

C. Solutions et évaluation pour les règles formelles

Certaines propositions de règles formelles ont été faites en doctrine, pour améliorer le contrôle du respect des conditions d'utilisation du droit d'urgence, des principes de l'activité de l'État de droit et des limites matérielles. La proposition la plus intéressante est celle d'une obligation du Conseil fédéral de rédiger un rapport officiel sur l'utilisation de l'art. 185 al. 3 Cst., rapport dans lequel le Conseil fédéral devrait justifier, par exemple, la proportionnalité des mesures prises ou leur conformité au droit supérieur⁸⁰¹. Cela permet un contrôle plus facile par les acteurs

⁷⁹⁶ Art. 5a et 43a al. 1 Cst. ; Cf. supra Chapitre 2 : III. B. 4.

⁷⁹⁷ Cf. supra Chapitre 3 : II. C. 5.

⁷⁹⁸ Cf. supra Chapitre 3 : II. D

⁷⁹⁹ Cf. supra Chapitre 3 : III. B. 1, n^{os} 218 ss.

⁸⁰⁰ WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 42–43.

⁸⁰¹ TRÜMLER, n^{os} 467, 499 et 502.

politiques et oblige à réfléchir sur les mesures prises, ainsi qu'à examiner en détail les conditions d'application⁸⁰².

- 363 Il faut prendre en compte qu'un rapport explicatif, bien qu'il puisse effectivement avoir un effet, par anticipation, au moment de la prise des mesures, sera rédigé après celle-ci. Sur le moment, il est probable que le Conseil fédéral n'ait pas beaucoup de temps pour examiner la proportionnalité d'une mesure ou le respect des limites matérielles, surtout si ces limites sont controversées. Dans un tel cas, une justification cherchée *a posteriori* n'est pas forcément bénéfique.
- 364 Il a aussi été proposé d'améliorer les règles déjà existantes des art. 7d et 7e LOGA. Pour l'art. 7d LOGA, il serait possible de durcir les règles de transfert du droit d'urgence dans du droit ordinaire, mais cette solution n'a pas été retenue dans les travaux parlementaires en cours⁸⁰³. Il serait intéressant, à notre avis, d'y ajouter un délai de validité maximale des ordonnances d'urgence, par exemple d'un an, pour le cas où la décision sur la base légale s'éterniserait. Certains cantons, bien qu'ils prévoient que les ordonnances d'urgence doivent être soumises immédiatement au parlement pour acceptation, limitent la durée de validité de ces ordonnances à un an⁸⁰⁴. Cette solution permet d'assurer que les ordonnances d'urgence ne restent pas trop longtemps en vigueur, tout en laissant suffisamment de temps au parlement pour adopter une base légale de droit ordinaire.
- 365 Quant à l'art. 7e LOGA, il prévoit un devoir d'information à l'Assemblée fédérale uniquement pour les décisions prises sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. Il serait donc possible d'ajouter cette obligation aussi pour les ordonnances⁸⁰⁵, à l'exemple du canton de Genève qui prévoit dans sa constitution cantonale un devoir d'information en faveur du Grand Conseil, de la part du Conseil d'État⁸⁰⁶.

⁸⁰² BIAGGINI, Stresstest, p. 87.

⁸⁰³ Rapport Commission CN droit de nécessité (FF 2022 301), p. 56 ; WALDMANN, in : Notrecht in der Corona-Krise, p. 43–44.

⁸⁰⁴ P. ex. art. 91 al. 1 Cst./BE ; § 74 al. 3 Cst./BL ; art. 48 al. 2 Cst./GR ; art. 72 al. 2 Cst./ZH.

⁸⁰⁵ TRÜMPLER, n° 501.

⁸⁰⁶ Art. 113 al. 1, 2^e phr. Cst./GE

D. Solutions et évaluation pour les limites matérielles

1. Biens protégés

La première limite matérielle controversée est celle des biens pouvant être protégés par l'art. 185 al. 3 Cst. Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette thèse, à l'origine la doctrine comprenait les termes d'ordre public et de sécurité écrits dans l'art. 185 al. 3 Cst. comme devant être des biens de police⁸⁰⁷. Cette compréhension a laissé graduellement la place à une compréhension plus large des biens protégés qui pourraient aussi comprendre, par exemple, des biens sociaux et économiques⁸⁰⁸. 366

Au niveau cantonal, on peut trouver un grand nombre de cantons dont la disposition constitutionnelle sur le droit d'urgence du gouvernement prévoit explicitement que les biens protégés puissent être des biens sociaux⁸⁰⁹. À l'inverse, une partie des cantons ne règle pas du tout la question des biens protégés⁸¹⁰. Ces cantons ne limitent donc pas, au niveau constitutionnel, le droit d'urgence à la protection de certains biens. Parmi les cantons qui règlent la question des biens protégés, seuls quelques-uns limitent le droit d'urgence de leur gouvernement à la protection des biens de police⁸¹¹. Les autres cantons autorisent explicitement la protection de biens sociaux, et les cantons de Neuchâtel et Genève donnent simplement comme but la « protection de la population »⁸¹². 367

À noter que, dans le canton de Zurich, dont la protection par le droit d'urgence du gouvernement est actuellement restreinte aux biens de police⁸¹³, une initiative parlementaire a été déposée afin d'élargir la protection du droit d'urgence du gouvernement à d'autres biens que ceux de police⁸¹⁴. On a donc une tendance à considérer les biens de police comme trop limités. 368

⁸⁰⁷ Cf. supra Chapitre 1 : III. A. 2.

⁸⁰⁸ Cf. supra Chapitre 1 : III. A. 3, Chapitre 1 : III. A. 4 Chapitre 1 : III. A. 5.

⁸⁰⁹ P. ex. § 91 al. 4 Cst./AG ; § 56 al. 3 Cst./LU ; art. 79 al. 4 Cst./SO.

⁸¹⁰ P. ex. art. 99 al. 1 let. d Cst./GL ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 90 al. 3 Cst./UR.

⁸¹¹ § 109 al. 1 Cst./BS ; éventuellement art. 75 al. 1 Cst./NE ; art. 72 al. 1 Cst./ZH ; Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2. Cf. supra Chapitre 5 : III. B.

⁸¹² Art. 113 al. 1 Cst./GE ; art. 75 al. 1 Cst./NE qui peut aussi être interprété comme la protection de biens de police. Cf. supra Chapitre 5 : III. B.

⁸¹³ Art. 72 al. 1 Cst./ZH ; Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2.

⁸¹⁴ GESCHÄFTSLEITUNG KANTONS RAT, iv. pa. KR-Nr. 452/2022.

- 369 À notre avis, l'art. 185 al. 3 Cst. pose une limite adéquate aux biens à protéger si l'on interprète les notions d'ordre public et de sécurité plus largement que la compréhension classique des biens de police. La mention de la protection de l'ordre public et de la sécurité permet de conserver le critère de l'importance des biens protégés. Il y a un avantage à avoir des termes suffisamment abstraits, tels que l'ordre public et la sécurité, car ils peuvent être interprétés en fonction des époques, sans devoir changer la Constitution⁸¹⁵. De plus, l'importance des biens pour la société ou le fonctionnement de l'État devrait être prédominant sur le type de biens protégés.
- 370 Cependant, en l'état actuel des choses, le caractère abstrait des termes de l'art. 185 al. 3 Cst. porte à confusion, car l'interprétation originellement faite par la doctrine était la limitation aux biens de police. Pour cette raison, il faut envisager la possibilité de régler clairement la question des biens protégés dans l'art. 185 al. 3 Cst.⁸¹⁶. Il est alors possible d'introduire soit une restriction claire des biens protégés aux seuls biens de police, soit une ouverture explicite à d'autres biens juridiques, comme aux biens économiques et sociaux⁸¹⁷.
- 371 Il ne semble pas adéquat à l'heure actuelle de vouloir restreindre le droit d'urgence à la protection des biens de police. Nous nous joignons en cela à la doctrine qui considère que les aspects sécuritaires ont changé depuis l'entrée en vigueur de la Constitution et que le Conseil fédéral doit pouvoir être à même de protéger d'autres biens que des biens de police, si ces biens sont importants⁸¹⁸.
- 372 Le fait de préciser la protection d'autres biens que les biens de police peut effectivement clarifier la situation. Cependant, il faut alors prendre en compte les potentielles évolutions futures. Est-ce qu'une précision pour les biens sociaux et économiques, qui semble admise de nos jours, est suffisante ? L'initiative parlementaire déposée dans le canton de Zurich pour augmenter le champ de protection de l'art. 72 Cst./ZH ne s'arrête pas là. Elle ajoute explicitement la protection de biens écologiques⁸¹⁹. De même, le projet de modification de la LProtPop/TI

⁸¹⁵ Les cantons de Genève et Neuchâtel ont choisi « la protection de la population » qui permet une interprétation souple, tout en montrant clairement l'exigence de l'importance pour la population (art. 113 al. 1 Cst./GE ; art. 75 al. 1 Cst./NE).

⁸¹⁶ SCHOTT/KÜHNE, p. 442.

⁸¹⁷ TRÜMPLER, n° 464.

⁸¹⁸ BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 141 ; TRÜMPLER, n° 282 ; TRÜMPLER/UHLMANN, in : Covid-19, § 19, n° 32 ; BRUNNER ET AL., p. 695.

⁸¹⁹ GESCHÄFTSLEITUNG KANTONS RAT, iv. pa. KR-Nr. 452/2022.

prévoit d'ajouter la mise en danger de biens écologiques comme raison pouvant déclencher l'état de nécessité⁸²⁰.

Il est aussi envisageable de simplement enlever toute précision sur les biens protégés, ce qui enlèverait toute limitation sur ce point. Certains cantons connaissent cette solution⁸²¹. À notre avis, il n'est effectivement pas nécessaire de vouloir limiter la protection à des biens particuliers, ni même à des biens importants. Cependant, dans un tel cas, il serait absolument nécessaire de conserver la condition de la gravité des troubles auxquels il faut faire face. 373

Comme nous avons déjà pu le constater dans l'analyse de la première partie, il semble que l'exigence de faire face à des troubles graves se recoupe avec celle de l'importance des biens protégés, notamment lorsque les biens en question sont justement moins importants⁸²². Dans ce cas, c'est l'importance du trouble dont on cherche à se protéger qui entre en jeu et fait donc barrière à la prise de mesures de confort qu'il ne serait pas nécessaire de régler par du droit d'urgence. Le point important est que le droit d'urgence du Conseil fédéral conserve son caractère exceptionnel. Pour cela, les critères de l'urgence de la situation et de la gravité des troubles à parer devraient être suffisants. 374

2. Respect de la Constitution fédérale

Le deuxième point controversé en ce qui concerne les limites matérielles est celui du respect de la Constitution fédérale par les mesures de droit d'urgence. Il est généralement reconnu que les droits fondamentaux ne sont pas suspendus et donc que les conditions de restrictions doivent être remplies⁸²³. Il est également reconnu que les principes de l'activité de l'État de droit doivent être respectés⁸²⁴. Pour le reste, les avis divergent⁸²⁵. 375

Comme le texte de l'art. 185 al. 3 Cst. ne règle pas la question de la limitation par la Constitution, il pourrait être utile de préciser cette limite⁸²⁶. Si l'on ne souhaite pas que ce soit une limite, il serait également utile de préciser qu'il est possible 376

⁸²⁰ Messaggio (TI) 8216, Revisione LProtPop/TI.

⁸²¹ P. ex. art. 90 al. 3 Cst./UR ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 99 al. 1 let. d Cst./GL.

⁸²² SCHOTT/KÜHNE, p. 438. Cf. supra Chapitre 1 : II.

⁸²³ MALINVERNI ET AL., vol. I, n° 1651 ; BERNARD, Droits fondamentaux, p. 136.

⁸²⁴ P. ex. BERNARD, Pouvoirs extraordinaires, p. 149 ; TRÜMPLER, n° 315.

⁸²⁵ Cf. supra Chapitre 2 : II.

⁸²⁶ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 194.

de s'écarter de la Constitution, en ajoutant éventuellement des conditions à cette possibilité. Il paraît important qu'une possibilité de s'écarter de la Constitution soit prévue dans celle-ci, vu l'importance de la question⁸²⁷.

377 Certains cantons précisent la possibilité de prendre des mesures s'écarter de leur constitution cantonale⁸²⁸. Il est alors utile de choisir une formulation claire pour savoir si l'on donne une autorisation de s'écarter de la Constitution en général ou s'il est seulement possible de s'écarter de la répartition des compétences⁸²⁹.

378 Au niveau fédéral, il ne nous semble pas nécessaire de préciser qu'il est possible de faire une attraction des compétences cantonales au niveau fédéral, car cela peut être déduit de la systématique de la Constitution et de la répartition des compétences en matière de sécurité⁸³⁰. Cependant, une précision sur la possibilité de s'écarter de la Constitution, ou la limitation par celle-ci pour les autres règles constitutionnelles, serait à notre avis très utile.

379 Vu l'importance de la Constitution fédérale pour l'ordre juridique suisse, nous considérons que celle-ci devrait être une limite pour le droit d'urgence du Conseil fédéral. Les règles qu'elle contient sont en général suffisamment abstraites pour qu'on puisse faire face à des situations d'urgence sans devoir y contrevenir. En fin de compte, l'ensemble des limitations matérielles doit être pris en compte. Si l'on retient qu'il est possible de s'écarter des lois fédérales sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. et que le Conseil fédéral n'est pas limité par la protection de biens de police, alors il nous semble important et tout à fait raisonnable de limiter le droit d'urgence par la Constitution fédérale.

3. Respect des actes législatifs de l'Assemblée fédérale

380 La troisième limite matérielle à discuter est celle du respect des actes législatifs de l'Assemblée fédérale. Cette limite, ou l'absence de cette limite, pourrait également être réglée dans l'art. 185 al. 3 Cst. C'est le point le moins clair à l'heure actuelle en ce qui concerne les limites matérielles. Les développements en doctrine basés sur la distinction entre des mesures *praeter legem* et *contra legem* sont des moins clairs⁸³¹. Le flou qui entoure ces distinctions crée un manque de

⁸²⁷ GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 194.

⁸²⁸ P. ex. art. 60 Cst./JU ; art. 49a Cst./NW ; § 44 Cst./TG.

⁸²⁹ Cf. art. 81 al. 1 Cst./GL, cf. supra Chapitre 5 : IV. B.

⁸³⁰ Cf. supra Chapitre 2 : III. B. 4.

⁸³¹ Cf. supra Chapitre 3 : II. A.

sécurité juridique important. Il serait donc bienvenu de clarifier la question au niveau constitutionnel⁸³². Le principe de subsidiarité du droit d'urgence du Conseil fédéral par rapport au droit ordinaire et à l'action de l'Assemblée fédérale pourrait aussi être mentionné, pour plus de sûreté et de clarté. En effet, bien que ce principe découle des principes généraux de l'État de droit, il n'est mentionné que dans les ouvrages de doctrine.

On trouve la mention de la possibilité de s'écarter de certains actes de droit ordinaire dans les constitutions des cantons du Jura et de Thurgovie⁸³³. La disposition jurassienne précise cette possibilité pour les arrêtés, décrets et lois⁸³⁴. Quant à la disposition thurgovienne, elle prévoit cette possibilité pour la constitution cantonale et les lois⁸³⁵. Si l'on prévoit la possibilité de s'écarter des lois fédérales, il est envisageable de préciser certaines exceptions ou de donner la compétence à l'Assemblée fédérale de prévoir des exceptions au niveau légal. 381

La vue d'ensemble des limitations du droit d'urgence est aussi importante en ce qui concerne le respect des lois fédérales. Comme il est souvent question en doctrine d'une pesée des intérêts pour définir si une mesure dérogeant à la loi est justifiée⁸³⁶, on pourrait envisager de prévoir explicitement cette possibilité, mais uniquement pour des biens juridiques importants. À notre avis, et comme dit précédemment, la possibilité de s'écarter des lois fédérales lorsque c'est nécessaire est raisonnable, mais cette solution nous paraît plus adéquate lorsqu'elle est combinée avec les deux autres limites matérielles actuelles, c'est-à-dire le respect de la Constitution et la protection de biens importants. Dans tous les cas et au minimum, s'il est permis de s'écarter des lois fédérales, il faut que la Constitution fédérale soit une limite au droit d'urgence du Conseil fédéral. Cela permet de conserver le respect des principes fondamentaux de l'État de droit et des droits fondamentaux, ainsi que le respect des compétences de l'Assemblée fédérale. 382

⁸³² GONIN, in : CoRo, art. 185 Cst., n° 194.

⁸³³ Art. 91 al. 1 Cst./JU ; § 44 al. 1 Cst./TG.

⁸³⁴ Art. 91 al. 1 Cst./JU.

⁸³⁵ § 44 al. 1 Cst./TG.

⁸³⁶ SAXER, in : SGKomm, art. 185 Cst., n° 104 ; STÖCKLI, Gewaltenteilung, n° 12.

IV. Conclusions

- 383 En conclusion, une réforme des plus importantes, permettant d'améliorer efficacement l'encadrement du droit d'urgence du Conseil fédéral, serait d'ancrer dans la Constitution fédérale la nécessité d'acceptation rapide de celui-ci par l'Assemblée fédérale. À cette fin, les dispositions des constitutions cantonales retenant cette solution peuvent servir d'exemple. Au niveau légal, il serait bienvenu de prévoir une obligation de rapport sur l'utilisation du droit d'urgence pour plus de transparence et d'information. Il faudrait également ajouter un délai maximal de validité des ordonnances basées sur l'art. 185 al. 3 Cst., comme c'est le cas dans de nombreux cantons.
- 384 En plus de l'augmentation du rôle de l'Assemblée fédérale, l'amélioration la plus importante pour le droit d'urgence du Conseil fédéral serait de préciser les limites matérielles dans l'art. 185 al. 3 Cst. À notre avis, il faudrait avant tout spécifier le respect de la Constitution, et régler la possibilité de s'écarter des lois fédérales. Une plus grande clarté permettrait d'assurer que les pouvoirs d'urgence du Conseil fédéral ne s'étendent pas outre mesure et de simplifier le contrôle de ceux-ci. Cela offrirait aussi au Conseil fédéral la faculté d'agir avec rapidité, sans devoir particulièrement analyser, dans l'urgence, quelle est sa marge de manœuvre.
- 385 Il y a, à notre avis, un intérêt essentiel à ce que les limites majeures au droit d'urgence du Conseil fédéral soient reconnaissables à la lecture de l'art. 185 al. 3 Cst. et non uniquement en lisant les ouvrages spécialisés. La Constitution fédérale avait originellement pour but de contenir les éléments importants du droit constitutionnels ainsi que « les principes juridiques déterminant l'action étatique »⁸³⁷. Elle doit tendre à être claire et accessible⁸³⁸. Même si elle ne peut pas atteindre cet objectif pour toutes ses dispositions, celle concernant le droit d'urgence devrait s'en rapprocher autant que possible. Cela permettrait aux acteurs politiques, aux médias et aux citoyens de mieux comprendre le mécanisme du droit d'urgence et d'y réagir en meilleure connaissance de cause⁸³⁹.

⁸³⁷ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 19.

⁸³⁸ Message Cst. (FF 1997 I 1), p. 26, 29, 30 ; HÖFLER, p. 702 ; MOHLER, n° 2. Cf. art. 7 al. 1 LLC.

⁸³⁹ Cf. MOHLER, n°s 5–11.

Chapitre 7 : Réflexions pour le droit d'urgence des gouvernements cantonaux

I. Introduction

Après les réflexions et évaluations du droit d'urgence du Conseil fédéral, il est 386
temps de se pencher sur le droit d'urgence des gouvernements cantonaux. Les
limites matérielles de celui-ci ont été présentées dans la 2^e partie de cette thèse.
Les réflexions et l'évaluation du droit d'urgence des gouvernements cantonaux
ne peuvent se faire correctement sans la prise en considération de l'ensemble des
aspects permettant d'encadrer ces compétences d'urgence. Cela comprend, hormis
les limites matérielles du droit d'urgence, les règles formelles et les conditions
d'utilisation de celui-ci⁸⁴⁰. Bien entendu, l'implication du parlement et des tribu-
naux joue un rôle déterminant⁸⁴¹.

Nous tenons à rappeler ici le paradoxe du droit d'urgence du gouvernement. Les 387
compétences de celui-ci ont tout autant besoin d'être larges pour assurer une réac-
tion adéquate à tout danger, que d'être limitées afin d'éviter les abus de pouvoir
du gouvernement⁸⁴². Comme lors des réflexions sur le droit d'urgence du Conseil
fédéral, nous prendrons ici ces deux aspects en compte et garderons en mémoire
que le but principal d'une réglementation du droit d'urgence est de trouver un juste
équilibre entre ces deux besoins et de les combiner adroitement⁸⁴³.

II. Implication des pouvoirs législatif et judiciaire

A. Encadrement du droit d'urgence

La manière la plus efficace d'encadrer le droit d'urgence du gouvernement est de 388
prévoir une forme d'implication du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Cela
permet de réduire l'écart à la séparation des pouvoirs et de garantir un contrôle du
droit d'urgence du gouvernement⁸⁴⁴. L'implication du pouvoir législatif est parti-
culièrement importante, car elle permet également de mieux respecter la démocra-

⁸⁴⁰ Cf. infra Chapitre 7 : III.

⁸⁴¹ Cf. infra Chapitre 7 : II.

⁸⁴² SCHOTT/KÜHNE, p. 441.

⁸⁴³ SCHOTT/KÜHNE, p. 441. Cf. supra Chapitre 6 : I.

⁸⁴⁴ BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 17.

tie⁸⁴⁵. Les réflexions faites à ce propos au sujet du droit fédéral valent de manière identique pour le droit cantonal⁸⁴⁶.

389 Le fait d'être organisé en État fédéral ajoute un mécanisme de contrôle et un contrepoids supplémentaire au pouvoir étatique, car celui-ci est réparti sur différents niveaux, en plus de la séparation horizontale des pouvoirs⁸⁴⁷. Cette limitation et ce contrôle supplémentaires sont particulièrement importants pour les cantons. En effet, en plus de la primauté du droit fédéral⁸⁴⁸, les garanties fédérales apportent une certaine protection aux ordres juridiques cantonaux⁸⁴⁹. La Confédération a la possibilité et l'obligation de faire respecter le droit fédéral et de protéger l'ordre constitutionnel cantonal⁸⁵⁰.

B. Situation actuelle

390 En l'état actuel des choses, la majorité des cantons prévoient une forme d'implication de leur parlement lorsque le gouvernement utilise ses compétences d'urgence⁸⁵¹. La forme la plus courante est celle de l'obligation de soumettre le droit d'urgence édicté par le gouvernement à l'approbation du parlement, le plus rapidement possible ou dans un certain délai après son entrée en vigueur⁸⁵². Quelques cantons n'ont pas retenu cette solution, mais ont prévu une obligation du gouvernement d'informer le parlement ou de lui rendre un rapport⁸⁵³.

391 Les cantons qui n'ont prévu aucune forme d'implication du parlement sont donc une minorité. C'est le cas du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, pour la

⁸⁴⁵ ZIELNIEWICZ, p. 27.

⁸⁴⁶ Cf. supra Chapitre 6 : II. A.

⁸⁴⁷ MARTENET, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 19.

⁸⁴⁸ Art. 49 Cst.

⁸⁴⁹ Art. 51 à 53 Cst. ; cf. supra Chapitre 4 : II. C. 2.

⁸⁵⁰ Art. 49 al. 2 et art. 52 al. 2 Cst. ; TSCHANNEN, Staatsrecht, nos 694 et 701.

⁸⁵¹ Cf. supra Chapitre 5 : II, n° 275.

⁸⁵² Art. 90 al. 2 Cst./AR ; art. 91 al. 1 Cst./BE ; § 74 al. 3 Cst./BL ; § 109 al. 2 Cst./BS ; art. 117 al. 1 Cst./FR ; art. 113 al. 3 Cst./GE ; art. 99 al. 1 let. d Cst./GL ; art. 48 al. 2 Cst./GR ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW ; art. 75 al. 1 Cst./SG ; art. 68 al. 2 Cst./SH ; art. 79 al. 4 Cst./SO ; § 62 al. 2 Cst./SZ ; § 44 al. 2 Cst./TG ; art. 90 al. 3 Cst./UR ; art. 125 al. 2 Cst./VD en lien avec l'art. 26c LOCE/VD ; § 11 LProtPop/ZG ; art. 72 al. 2 Cst./ZH.

⁸⁵³ Art. 81 al. 2 Cst./GL ; § 44 al. 1 Cst./TG ; art. 29 al. 2 LProtPop/VS ; § 12 al. 2 et § 13 al. 3 LProtPop/ZG.

simple raison qu'il n'a pas de disposition concernant le droit d'urgence du gouvernement⁸⁵⁴. Néanmoins, la révision totale de la Cst./AI en cours prévoit d'ajouter une disposition sur le droit d'urgence du gouvernement et un mécanisme de soumission de celui-ci au parlement⁸⁵⁵. Ensuite, des cantons ayant une compétence constitutionnelle directe pour le gouvernement, seuls les cantons d'Argovie, du Jura et de Lucerne ne prescrivent pas de participation du parlement⁸⁵⁶. Le canton du Tessin, qui n'a pas de disposition constitutionnelle sur le droit d'urgence du gouvernement, ne prévoit pas non plus une participation du parlement lors de l'état de nécessité⁸⁵⁷.

392
 Finalement, la plupart des dispositions constitutionnelles demandant au législatif de réglementer les compétences d'urgence du gouvernement dans une loi n'exigent pas de régler l'implication du parlement⁸⁵⁸. Comme celui-ci est intervenu avant le cas d'urgence en édictant une loi, il a pu exercer son autorité à ce moment-là. Pour que l'on puisse vraiment parler d'une implication du parlement, il faut néanmoins que celui-ci ait réglé les compétences du gouvernement par des dispositions remplissant les conditions pour les délégations législatives⁸⁵⁹. Si l'on a donné une grande marge de manœuvre au gouvernement dans la loi, comme c'est souvent nécessaire pour le droit d'urgence, il serait souhaitable que la loi prévienne les moyens d'intervention, d'approbation ou de contrôle du parlement, comme c'est le cas dans la LProtPop/ZG.

393
 L'implication du pouvoir judiciaire au niveau cantonal est un peu plus large qu'au niveau fédéral, car les recours abstraits contre les actes du gouvernement ne sont pas exclus⁸⁶⁰. Certains cantons ont des cours constitutionnelles auprès desquelles un recours abstrait est possible⁸⁶¹. Dans les cantons ne connaissant pas cette voie de droit, un recours abstrait au Tribunal fédéral est possible contre les actes normatifs de droit cantonal⁸⁶². De plus, le Tribunal fédéral reconnaît un droit consti-

⁸⁵⁴ Cf. art. 30 al. 5 Cst./AI ; cf. supra Chapitre 5 : V. C

⁸⁵⁵ Entwurf neue Cst./AI, art. 42 al. 3 du projet ; Vorentwurf Staatsorganisationsgesetz (AI), p. 8–9, art. 31 de l'avant-projet.

⁸⁵⁶ Cf. § 91 al. 4 Cst./AG ; art. 91 Cst./JU qui pourrait néanmoins le prévoir implicitement ; § 56 al. 3 Cst./LU.

⁸⁵⁷ Art. 20 à 22 LProtPop/TI.

⁸⁵⁸ L'art. 81 al. 2 Cst./GL exige un rapport dès que les circonstances le permettent.

⁸⁵⁹ Cf. p. ex. GONIN, Droit constitutionnel, n^{os} 3998–4007.

⁸⁶⁰ À l'inverse de ce qui vaut pour les actes du Conseil fédéral, cf. art. 189 al. 4 Cst.

⁸⁶¹ AUER, n^{os} 1518–1520.

⁸⁶² Art. 82 let. b et art. 87 al. 1 LTF ; p. ex. TF, 2C_8/2021 du 25 juin 2021, consid. 2.1, correspond à l'ATF 147 I 478 (le consid. 2.1. n'est pas publié).

tutionnel à la séparation des pouvoirs qui pourrait donc être invoqué dans le cas où le gouvernement cantonal ne respecterait pas les compétences du parlement⁸⁶³.

C. Solutions et évaluation

- 394 Pour les cantons ne prévoyant aucune forme d'implication de leur parlement dans le droit d'urgence du gouvernement, il serait évidemment souhaitable qu'ils se dotent de cette sécurité. La forme d'implication du parlement la plus simple et la plus adéquate à notre sens est celle de l'approbation du droit d'urgence par le parlement, rapidement après son entrée en vigueur⁸⁶⁴. Les travaux de révision de la Constitution valaisanne envisagent une telle solution : le parlement devra ratifier les mesures d'urgence dans un délai de six mois⁸⁶⁵.
- 395 Un projet législatif neuchâtelois veut impliquer des commissions parlementaires lors de l'utilisation du droit d'urgence par le gouvernement⁸⁶⁶. Bien que cela soit une amélioration par rapport à la situation actuelle qui ne prévoit aucune implication du parlement, les commissions parlementaires ne disposent pas de la légitimité démocratique du parlement⁸⁶⁷. Il serait donc, à notre avis, préférable de prévoir un mode d'implication de l'ensemble du parlement.
- 396 Une amélioration du pouvoir du parlement a également été proposée dans le canton de St-Gall. L'art. 75 Cst./SG actuel prévoit comme forme d'implication du parlement l'obligation pour le gouvernement de transmettre à celui-ci, sans retard, une proposition de base légale pour les mesures qu'il a prises dans des ordonnances d'urgence. Une motion a été déposée afin de créer une forme spéciale de motion pour ces cas d'urgence qui permettrait au parlement d'obliger le gouvernement à remplir son obligation jusqu'à la session parlementaire qui suit le dépôt de la motion⁸⁶⁸. C'est un bon moyen d'assurer que le gouvernement propose une base légale rapidement, et cela permet de garantir que le pouvoir décisionnel revienne au parlement.

⁸⁶³ Cf. art. 95 let. a ou let. c LTF ; ATF 141 V 688, consid. 4.2 (avec références) ; MARTENET, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n° 35.

⁸⁶⁴ Cf. p. ex. art. 48 al. 2 Cst./GR.

⁸⁶⁵ Constituante (VS), Avant-projet, 2^e lecture, p. 17, art. 93 du projet.

⁸⁶⁶ GROUPE LIBÉRAL-RADICAL, Projet de loi 20.161.

⁸⁶⁷ TRÜMLER, n° 491.

⁸⁶⁸ STAATSWIRTSCHAFTLICHE KOMMISSION (SG), Motion 42.21.06.

III. Réglementation du droit d'urgence

A. Encadrement du droit d'urgence

Outre la garantie d'un contrôle par les pouvoirs législatif et judiciaire, il est important de régler l'exercice des compétences d'urgence du gouvernement. Les réflexions faites à ce sujet pour le droit fédéral valent de manière identique⁸⁶⁹. Pour rappel, la réglementation du droit d'urgence du gouvernement comprend plusieurs aspects. Premièrement, il faut prévoir des conditions pour l'utilisation de la compétence, dont celle de la présence d'une situation extraordinaire justifiant un pouvoir spécial⁸⁷⁰. Deuxièmement, il est envisageable de prévoir des règles formelles, la plus importante étant celle de la durée de validité du droit d'urgence⁸⁷¹. Troisièmement, il est possible d'encadrer le gouvernement par des limites matérielles. Il s'agit ici principalement de savoir si la constitution et les lois ordinaires doivent être respectées ou si des écarts sont permis⁸⁷².

Le droit d'urgence cantonal doit prendre en compte un aspect supplémentaire en ce qui concerne ses limites matérielles. Comme le droit fédéral prime le droit cantonal, il constitue une limite importante au droit d'urgence des gouvernements cantonaux⁸⁷³. Les limites découlant du droit fédéral ont été présentées dans le Chapitre 4 de cette thèse⁸⁷⁴.

B. Conditions et règles formelles

Afin de résumer correctement la situation actuelle, commençons par souligner que le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, en l'état actuel des choses, ne dispose d'aucune disposition réglant le droit d'urgence du gouvernement⁸⁷⁵. Cela a pour conséquence qu'il n'y a aucune condition d'application et aucune règle formelle pour ce canton. Pour l'ensemble des autres cantons, on trouve au moins l'existence

⁸⁶⁹ Cf. supra Chapitre 6 : III. A.

⁸⁷⁰ LOEVY, p. 127.

⁸⁷¹ Cf. LOEVY, p. 48–52.

⁸⁷² BERNARD, in : Verfassungsrecht-Droit constitutionnel, n^{os} 19–20.

⁸⁷³ Art. 49 Cst.

⁸⁷⁴ Cf. supra Chapitre 4 : II. A.

⁸⁷⁵ Cf. supra Chapitre 5 : V. C. La Cst./AI fait l'objet d'une révision totale, le projet de la nouvelle constitution contient une disposition sur le droit d'urgence du gouvernement, avec conditions d'application, cf. Entwurf neue Cst./AI, p. 12, art. 42 al. 3 du projet.

d'une situation particulière comme condition d'utilisation du droit d'urgence du gouvernement. Parfois cela découle simplement de la dénomination des ordonnances pouvant être édictées comme étant des ordonnances de nécessité (*Notverordnungen*)⁸⁷⁶.

- 400 En général, on trouve une description plus détaillée de la situation dans laquelle il faut se trouver⁸⁷⁷. Pour de nombreuses dispositions cantonales, la situation justifiant de prendre des mesures de droit d'urgence découle de la description des buts que ces mesures doivent poursuivre⁸⁷⁸. Certains cantons précisent que le droit d'urgence du gouvernement doit être subsidiaire à l'action du pouvoir législatif⁸⁷⁹.
- 401 En ce qui concerne les règles formelles, la majorité des cantons prévoient dans leur disposition constitutionnelle une validité maximale des mesures ou ordonnances d'urgence d'un ou de deux ans⁸⁸⁰. Certains cantons disent simplement que les mesures doivent être limitées dans le temps, sans préciser le délai⁸⁸¹. Le canton de Glaris ne prévoit pas de limite temporelle, mais exige que le droit d'urgence soit soumis immédiatement au parlement⁸⁸². Quelques cantons n'envisagent pas de délai de validité, mais prévoient que c'est au parlement de décider de la validité future du droit d'urgence et de la durée de celle-ci⁸⁸³. Dans le canton de Zoug, si le gouvernement n'a pas levé l'état de nécessité après 30 jours, le parlement décide si celui-ci doit continuer ou cesser⁸⁸⁴.
- 402 Les cantons de Neuchâtel, du Tessin et du Valais ne prévoient pas de limitation temporelle. Il est possible, comme c'est le cas pour le canton du Tessin, que

⁸⁷⁶ P. ex. art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW ; art. 90 al. 3 Cst./UR.

⁸⁷⁷ P. ex. art. 56 al. 2 Cst./VS : « en cas de danger grave et imminent » ; art. 99 al. 1 let. d Cst./GL : « *in Notlagen und andern Fällen zeitlicher Dringlichkeit* ».

⁸⁷⁸ P. ex. § 91 al. 4 Cst./AG : « *um eingetretenen oder unmittelbar drohenden Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie soziale Notstände zu begegnen* ».

⁸⁷⁹ P. ex. art. 75 al. 1 Cst./SG : « *Soweit unaufschiebbarer Regelungsbedarf besteht und das ordentliche Verfahren wegen zeitlicher Dringlichkeit nicht durchgeführt werden kann* » ; art. 75 al. 1 Cst./NE : « et si le Grand Conseil ne peut exercer ses compétences ».

⁸⁸⁰ P. ex. § 109 al. 2 Cst./BS ; § 56 al. 3 Cst./LU.

⁸⁸¹ P. ex. art. 90 al. 3 Cst./UR ; art. 125 al. 2 Cst./VD en lien avec l'art. 26a LOCE/VD.

⁸⁸² Art. 99 al. 1 let. d Cst./GL.

⁸⁸³ Art. 62 al. 2 Cst./NW ; art. 75 al. 1 ch. 3 Cst./OW.

⁸⁸⁴ § 11 LProtPop/ZG.

d'autres dispositions légales prévoient la limitation des actes du gouvernement⁸⁸⁵. Néanmoins, cette situation n'est pas idéale. Il serait souhaitable que la disposition donnant la compétence d'urgence au gouvernement fixe également la limitation temporelle de celle-ci. D'ailleurs, le canton du Valais envisage d'ajouter cet élément dans sa nouvelle constitution. En l'état actuel des travaux de la constituante, le droit d'urgence aura une durée de validité limitée et devra être ratifié par le parlement dans les 6 mois⁸⁸⁶. Comme le canton du Tessin ne prévoit pas non plus d'implication du parlement lors de l'adoption du droit d'urgence par le gouvernement, il pourrait améliorer ces deux aspects, en choisissant, par exemple, une solution similaire à celle du canton du Valais.

C. Limites matérielles

1. Constitutions cantonales contenant une compétence directe pour le droit d'urgence du gouvernement

Les limites matérielles du droit d'urgence des gouvernements cantonaux ont été 403
présentées en détail dans le Chapitre 5. Lors de cet examen, certains aspects des
limites matérielles pouvant être améliorés ont été constatés, tandis que d'autres
aspects sont apparus comme peu, voire pas problématiques.

Pour commencer, la catégorie des dispositions constitutionnelles prévoyant une 404
compétence d'urgence directe pour le gouvernement n'a pas révélé de difficultés
particulières. Le seul point discuté est celui des biens protégés qui, limités aux
seuls biens de police pour le cas du canton de Zurich, a été problématique lors de
la pandémie de Covid-19⁸⁸⁷. La disposition zurichoise est à présent le sujet d'une
initiative parlementaire voulant élargir ce champ de protection à d'autres biens⁸⁸⁸.
Il convient ici de souligner que les cantons sans limitation des biens à protéger
ou avec un champ de protection couvrant explicitement les aspects sociaux ne
connaissent actuellement pas de difficultés par rapport à cela, et ne semblent pas
vouloir modifier cet aspect de leur disposition⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Cf. art. 68 LGC/TI, concernant les décrets exécutifs.

⁸⁸⁶ Constituante (VS), Avant-projet, 2^e lecture, p. 16–17, art. 93 de l'avant-projet.

⁸⁸⁷ Art. 72 Cst./ZH ; Verwaltungsgericht (ZH), AN.2020.00004 du 28 mai 2020, consid. 4.2.

⁸⁸⁸ GESCHÄFTSLEITUNG KANTONSRAT, iv. pa. KR-Nr. 452/2022.

⁸⁸⁹ Cf. supra Chapitre 5 : III. B.

405 Deux des constitutions cantonales de cette catégorie prévoient la possibilité de s'écarter du droit ordinaire⁸⁹⁰. Ceci n'est pas particulièrement problématique lorsque la constitution le prévoit elle-même. Dans ces cas-là, il serait néanmoins nécessaire d'assurer un contrôle ou une approbation par le parlement le plus rapidement possible. Le § 44 Cst./TG exige que le parlement vote sur les mesures d'urgence. L'art. 91 al. 2 Cst./JU semble exiger un transfert de ces mesures dans le droit ordinaire, mais de manière implicite. Il serait souhaitable qu'une question si importante soit réglée de manière claire.

2. Constitutions cantonales donnant la compétence au législateur de régler le droit d'urgence du gouvernement

406 En revanche, plusieurs problèmes sont apparus dans la catégorie des dispositions cantonales n'attribuant pas de compétences directes au gouvernement, mais donnant la responsabilité au législateur de régler cette question au niveau légal⁸⁹¹. D'abord la situation devient très vite confuse si le législateur n'a pas rempli son mandat. Pour plusieurs cantons de cette catégorie, il existe heureusement une autre disposition constitutionnelle permettant au gouvernement de se baser directement sur celle-ci pour prendre des mesures d'urgence⁸⁹². Bien que cela soit utile, la question se pose alors de la distinction entre les deux dispositions.

407 Ces deux problèmes ont fait surface dans le canton du Jura pendant la pandémie de Covid-19⁸⁹³. La Constitution jurassienne contient une disposition sur laquelle le gouvernement peut directement se baser pour prendre des mesures d'urgence, et une disposition donnant mandat au législateur de régler les pouvoirs extraordinaires du gouvernement⁸⁹⁴. Ces deux dispositions n'étant pas pensées pour le même type de compétence d'urgence, elles n'autorisent pas les mêmes écarts au droit ordinaire⁸⁹⁵. À cela s'ajoute que le mandat du législateur n'a pas été rempli. La conséquence fut que le gouvernement s'est basé sur l'une ou sur l'autre des dispositions, en fonction de ce dont il avait besoin⁸⁹⁶. Ceci est tout à fait problé-

⁸⁹⁰ Art. 91 Cst./JU ; § 44 Cst./TG, cf. supra Chapitre 5 : III. D.

⁸⁹¹ Cf. supra Chapitre 5 : IV.

⁸⁹² Cf. art. 99 al. 1 Cst./GL ; art. 91 Cst./JU ; art. 64 al. 2 Cst./NW ; art. 79 al. 4 Cst./SO.

⁸⁹³ Cf. supra Chapitre 5 : IV. C, n^{os} 311 ss.

⁸⁹⁴ Art. 60 et art. 91 Cst./JU.

⁸⁹⁵ JOAC/JU 6, p. 28 ; JOAC/JU 15, p. 7.

⁸⁹⁶ Décision du Gouvernement (JU) (JO/JU 2020 n^o 11 p. 199) ; Décision du Gouvernement (JU) (JO/JU 2020 n^o 12 p. 219).

matique. Heureusement, une motion a été déposée pour qu'une loi sur l'état de nécessité soit édictée et réponde à toutes les questions importantes à ce sujet⁸⁹⁷. Cette motion est à saluer, non seulement parce qu'il est absolument nécessaire de régler et de clarifier ces compétences, mais également parce qu'elle demande de régler la participation et le contrôle par le parlement⁸⁹⁸.

Un problème supplémentaire qui surgit pour les dispositions constitutionnelles donnant un mandat au législateur est celui de la hiérarchie des normes. Comme la réglementation des compétences d'urgence se trouve au niveau légal, il n'est possible de prévoir un écart à la constitution cantonale que dans la mesure où celle-ci l'autorise⁸⁹⁹. Si elle n'autorise qu'un écart à la répartition des compétences, alors seul un tel écart est possible⁹⁰⁰. Cette limitation n'est pas un problème en soi. Le problème peut apparaître lorsque le législateur, ou le gouvernement au moment d'utiliser ses compétences déléguées, n'est pas conscient de cette limite et prend des mesures contraires à la constitution alors qu'il n'y est pas autorisé. À cela peut s'ajouter un problème de clarté dans le cas où il y a confusion sur ce qu'autorise la disposition constitutionnelle⁹⁰¹. 408

Un problème supplémentaire peut apparaître en lien avec la hiérarchie des normes. En effet, une norme de rang légal, si elle n'est pas suffisamment délimitée pour remplir les conditions d'une délégation législative, ne constitue pas une base légale suffisante pour autoriser des dérogations aux autres lois cantonales⁹⁰². Il faudrait donc que la constitution cantonale prévoie cette possibilité⁹⁰³. Néanmoins, si la disposition constitutionnelle prévoit la possibilité de s'écarter de la constitution elle-même, il semble cohérent que le législateur puisse prévoir des écarts aux lois. 409

Les cantons ayant une disposition de la présente catégorie doivent donc être conscients des limites découlant de leur constitution cantonale. Dans le cas où ils adapteraient leur loi concrétisant la disposition constitutionnelle ou en créeraient une, ils doivent respecter ces limites. Malgré les problèmes qui viennent d'être présentés, ces dispositions constitutionnelles ont l'avantage, tout en posant les limites importantes au niveau constitutionnel, de permettre une réglementation 410

⁸⁹⁷ COMTE, Motion n° 1314.

⁸⁹⁸ COMTE, Motion n° 1314.

⁸⁹⁹ Cf. supra Chapitre 4 : II. C. 2.

⁹⁰⁰ Cf. supra Chapitre 4 : II. C. 2.

⁹⁰¹ À propos de l'art. 81 al. 1 Cst./GL, cf. supra Chapitre 5 : IV. B, n° 300 ss.

⁹⁰² WILHELM, in : *Recht in der Krise*, p. 185.

⁹⁰³ WILHELM, in : *Recht in der Krise*, p. 185–186. Cf. supra Chapitre 5 : IV. C.

plus détaillée des compétences du gouvernement au niveau légal⁹⁰⁴. Il est également plus facile de régler avec précision la procédure d'approbation par le parlement ou une autre forme de participation de celui-ci au niveau légal.

3. Constitutions cantonales sans disposition pour le droit d'urgence du gouvernement

- 411 Pour la catégorie des constitutions cantonales qui ne contiennent pas de norme sur le droit d'urgence du gouvernement, il faut faire la distinction entre les deux cantons qui en font partie, le canton du Tessin et le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures⁹⁰⁵.
- 412 Le canton du Tessin connaît une disposition au niveau légal qui règle l'état de nécessité, il se rapproche dès lors des dispositions précédentes⁹⁰⁶. Les problèmes issus de la hiérarchie des normes sont donc les mêmes. Comme sa constitution ne prévoit rien, le gouvernement ne peut être autorisé à s'en écarter. Une révision de la disposition en question est en cours et prévoit d'ajouter les causes écologiques comme causes pouvant justifier un état de nécessité⁹⁰⁷. Cela élargit donc le champ de protection de l'état de nécessité, ce qui peut s'avérer utile pour l'avenir. Il serait néanmoins souhaitable, pour plus de clarté, de préciser certaines limites dans la disposition légale, et au moins de mentionner que les mesures prises doivent rester dans le cadre constitutionnel.
- 413 Pour le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, l'absence de disposition sur les compétences d'urgence du gouvernement a posé quelques difficultés pendant la pandémie de Covid-19⁹⁰⁸. Le fait de devoir chercher des dispositions dans des lois spéciales afin de prendre des mesures peut être compliqué et très limité. De plus la disposition de l'art. 30 al. 5 Cst./AI est trop vague et trop largement formulée pour être suffisante pour justifier le droit d'urgence du gouvernement. Heureusement, une révision totale de la Cst./AI est en cours, et le projet de la nouvelle Constitution contient une disposition donnant la compétence au Gouvernement appenzellois de prendre des mesures de droit d'urgence dans le but de préserver la sécurité et l'ordre publics⁹⁰⁹. Parallèlement à la révision de la constitution cantonale, il est

⁹⁰⁴ Cf. § 10 ss LProtPop/ZG.

⁹⁰⁵ Cf. supra Chapitre 5 : V.

⁹⁰⁶ Cf. supra Chapitre 7 : III. C. 2.

⁹⁰⁷ Messaggio (TI) 8216, Revisione LProtPop/TI.

⁹⁰⁸ Cf. supra Chapitre 5 : V. C.

⁹⁰⁹ Entwurf neue Cst./AI, art. 42 al. 3 du projet.

prévu d'introduire d'une nouvelle loi sur l'organisation de l'État qui réglera la soumission du droit d'urgence au parlement pour approbation, dans un délai de six mois⁹¹⁰. La durée des mesures d'urgence sera limitée à un an au plus⁹¹¹.

IV. Conclusions

En conclusion, la majorité des cantons prévoient une implication suffisante de leur 414 parlement lors de l'adoption de droit d'urgence du gouvernement⁹¹². À notre sens, les dispositions prévoyant une approbation du droit d'urgence par le parlement dans un certain délai après son entrée en vigueur peuvent servir d'exemple pour les cantons qui auraient besoin d'augmenter la participation de leur parlement.

Comme nous l'avons vu, les dispositions constitutionnelles donnant la compé- 415 tence au législateur de régler le droit d'urgence dans une loi soulèvent plusieurs questions et peuvent être problématiques⁹¹³. Ce système, comme il doit passer par l'intermédiaire du pouvoir législatif, est un peu plus complexe qu'une compétence constitutionnelle directe. Cependant nous sommes d'avis qu'en créant judicieusement les dispositions légales nécessaires, ce système présente des avantages, car il permet d'avoir une réglementation détaillée sur plusieurs questions importantes du droit d'urgence, toutes réglées dans une même loi.

Finalement, il est à notre avis important que les compétences d'urgence du gou- 416 vernement et les limites de celles-ci soient claires. Cela permet d'éviter la confusion en temps de crise, permet au gouvernement d'agir rapidement sans devoir faire une analyse juridique détaillée au préalable, et réduit les risques d'insécurité juridique. Ce besoin de clarté, pour lequel nous avons déjà plaidé concernant le droit fédéral, est d'autant plus important pour les cantons que ceux-ci ne disposent pas d'autant de littérature scientifique traitant ces questions. Soulignons toutefois qu'en l'état actuel, la clarté des dispositions sur le droit d'urgence des gouvernements cantonaux est en grande majorité plus élevée que celle de l'art. 185 al. 3 Cst.⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Vorentwurf Staatsorganisationsgesetz (AI), p. 8–9, art. 31 de l'avant-projet.

⁹¹¹ Vorentwurf Staatsorganisationsgesetz (AI), p. 8–9, art. 31 de l'avant-projet.

⁹¹² Cf. supra Chapitre 7 : II. B et Chapitre 7 : II. C.

⁹¹³ Cf. supra Chapitre 7 : III. C. 2.

⁹¹⁴ Cf. supra Chapitre 1 : III. A et Chapitre 5 : III. B.

Schweizer Schriften zum Staats- und Verfassungsrecht
Etudes suisses du droit public et constitutionnel
Swiss Series in public and Constitutional Law

Band 1 Luka Markić

Das kantonale Rechtsschutzverfahren im Bereich der politischen Rechte
2022. 313 Seiten, gebunden, CHF 88.–

Band 2 Martin Burger

Die Richterwahlen im Kanton Zürich
unter den Aspekten der richterlichen Unabhängigkeit und der Gewaltenteilung
2023. 199 Seiten, gebunden, CHF 78.–

Band 3 Barbara Schaub

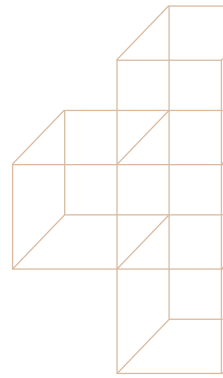
Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht
2023. 307 Seiten, gebunden, CHF 88.–

Band 4 Christoph Grüninger

Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz
2023. 596 Seiten, gebunden, CHF 132.–

**SCHWEIZER SCHRIFTEN ZUM STAATS- UND VERFASSUNGSRECHT
ETUDES SUISSES DU DROIT PUBLIC ET CONSTITUTIONNEL
SWISS SERIES IN PUBLIC AND CONSTITUTIONAL LAW**

Die Reihe will einen Beitrag zur Erforschung der aktuellen Entwicklungen im Staats- und Verfassungsrecht leisten. Der moderne Verfassungsstaat steht vor vielschichtigen neuen Herausforderungen, die eine kontinuierliche Weiterentwicklung der Institutionen und demokratischen Prozesse erforderlich machen. Die rechtswissenschaftliche Forschung ist dabei einerseits Impulsgeberin und hat andererseits die Aufgabe, Geschehenes institutionentheoretisch einzuordnen, es kritisch zu hinterfragen und nötige rechtliche Leitplanken aufzuzeigen. Die Schriften dieser Reihe begleiten die Weiterentwicklung der Demokratie im 21. Jahrhundert.



Limites matérielles au droit d'urgence du gouvernement

Depuis la pandémie de Covid-19, le Conseil fédéral a régulièrement pris des mesures de droit d'urgence. Ce changement de pratique soulève la question de savoir quelles mesures peuvent être prises par le gouvernement sur la base du droit d'urgence. La Constitution fédérale ne règle pas clairement cette question. La présente thèse propose une analyse critique du droit d'urgence du Conseil fédéral afin d'en déterminer les limites matérielles. Elle a la particularité de présenter un état des lieux des limites selon les droits d'urgence cantonaux. Cet état des lieux sert ensuite d'inspiration pour de nouvelles solutions d'encadrement du droit d'urgence gouvernemental en Suisse.

ISBN 978-3-03891-632-1

