

Le rôle du Tribunal fédéral au regard de la séparation des pouvoirs: premiers jalons historiques pour une étude critique des juridictions suprêmes

Sophie Weerts | *En se concentrant sur l'analyse des discours politiques, la présente contribution s'inscrit dans une étude plus générale du rôle des juridictions suprêmes. Dans ce cadre, elle esquisse l'idée de séparation des pouvoirs et l'analyse au travers de sa diffusion à partir du 19^{ème} siècle dans le droit suisse. Elle permet ainsi d'identifier le rôle qui est conféré à et exercé par la juridiction suprême dans le cadre constitutionnel suisse en mettant au jour les idées sous-jacentes sur lesquelles le droit positif suisse s'est alors développé.*

Table des matières

- 1 Introduction
- 2 Le rôle du pouvoir judiciaire à la lumière des deux acceptions de la doctrine de la séparation des pouvoirs
- 3 Le rôle du Tribunal fédéral entre 1848 et 1910 au regard des autres pouvoirs
 - 3.1 Dans les travaux du pouvoir constituant: la consécration progressive d'une juridiction fédérale à la compétence judiciaire limitée par rapport à l'Assemblée fédérale
 - 3.2 Dans les rapports annuels de gestion du Tribunal fédéral: la pratique d'une fonction de conseiller législatif de la Confédération
- 4 Conclusions prospectives

1 Introduction

La question du rapport entre législation et jurisprudence qui a, cette année, été retenue pour la réunion de la Société suisse de législation peut être abordée de multiples façons. Parmi celles-ci, la fonction du juge face à la loi est généralement considérée comme un des grands enjeux contemporains des Etats modernes. C'est un enjeu politique, car le développement global de la justice constitutionnelle et des juridictions internationales permet au juge de sanctionner les actes du pouvoir politique, remettant en cause l'expression de la volonté démocratique. C'est un enjeu juridique, car la portée du pouvoir d'interprétation reconnu au juge à l'égard de la norme touche à la conception du droit, entendu comme produit par la loi formelle, à tout le moins dans les systèmes juridiques fondés sur la tradition de droit civil. La Suisse n'échappe pas à ces débats qui se focalisent sur les art. 190 de la Constitution et 1^{er} du code civil, fixant les principes de séparation des pouvoirs et de hiérarchie des normes. S'il ne peut pas être ici question de rendre compte de la profondeur de ces débats, on propose simplement d'aborder la question du juge – et singulièrement du juge suprême – sous l'angle de l'histoire de l'idée de la séparation des pouvoirs. Dans cette perspective, l'objet de notre propos est d'esquisser la dynamique entre les autorités fédérales du point de vue du

Tribunal fédéral afin de rendre compte de la conception de la séparation des pouvoirs en droit suisse. A ce titre, on s'attachera à décrire le rôle pour lequel le Tribunal fédéral a été institué ainsi que celui qu'il a effectivement endossé dans son fonctionnement.

Il faut d'emblée préciser qu'il ne s'agit ici que d'une première étape d'un projet de recherche plus vaste mené avec le professeur Mahon à l'Université de Neuchâtel et financé par le Fonds national suisse. Ce projet a vocation à comprendre et expliquer les mécanismes contemporains de l'exercice du pouvoir – au sens fonctionnel – en droit constitutionnel, à l'aune de l'institution de la juridiction suprême qu'incarne, en droit suisse, le Tribunal fédéral. En l'occurrence, avec cette première contribution, nous entendons commencer par rendre compte de la conception de la séparation des pouvoirs qui prend forme en Suisse au cours du 19^e siècle, période-clé dans le développement du constitutionnalisme. Dans ce contexte temporel, nous montrerons que l'attribution de la fonction de juger et la détermination du rôle du juge fédéral n'ont pas été clairement arrêtées lorsqu'ont été posés les choix constitutionnels de 1848 et 1874.

Sur le plan méthodologique, signalons encore que, dans la perspective de reconstruire l'histoire d'une idée dans le champ juridique, il ne s'agit pas de simplement présenter l'évolution des dispositions instituant et réglant le Tribunal fédéral, mais bien de reconstruire le cheminement des idées qui sous-tendent l'adoption des normes juridiques. Dans ce cadre, nous nous appuierons sur l'étude de documents qui sont fondamentalement des discours politiques (travaux constitutants, messages fédéraux et rapports de gestion annuels des autorités fédérales). Pour cela, on peut encore préciser que notre démarche s'inscrit dans une approche théorique et critique du droit positif.

L'objet, la finalité – à court et moyen termes –, et les limites de cette contribution, ainsi que la méthode adoptée ayant été posés, nous commencerons par rappeler quelques éléments-clés de la séparation des pouvoirs (2). Ensuite, l'étude des différents discours politiques nous permettra de comprendre le rôle qui a été conféré au Tribunal fédéral – et exercé par lui – dans le cadre du droit constitutionnel suisse du 19^{ème} siècle (3). Enfin, on tentera déjà d'expliquer certains des aspects mis en exergue et de pointer les pistes des recherches du projet évoqué qui mériteraient d'être étudiées (4).

2 Le rôle du pouvoir judiciaire à la lumière des deux acceptions de la doctrine de la séparation des pouvoirs

Lorsque l'on s'interroge sur la fonction de juge et celle de juger dans l'organisation politique que représente l'Etat, on est rapidement confronté à une des notions cardinales de la théorie politique et du droit constitutionnel, à savoir la sépara-

tion des pouvoirs. Avant d'être érigée au rang de concept juridique¹ ou d'être éventuellement considérée comme principe juridique par la doctrine constitutionnelle, la séparation des pouvoirs est d'abord une idée. C'est sous cet angle qu'elle nous intéresse principalement. En effet, la séparation des pouvoirs est présentée comme la notion emblématique du 18^{ème} siècle qui a participé à l'émergence du constitutionnalisme (Aubert 1996; Troper 2013, 15; Barberis 2012, 9). Elle incarne une forme d'organisation du pouvoir (Moor 1994, 185; Mahon 2014, 7), laquelle a pour finalité la modération du pouvoir. Pour le dire autrement, «elle n'est destinée qu'à protéger la liberté par sa fragmentation de la puissance de l'Etat» (Lavaux/Le Divillec 2015, 33). En vue de préciser sa teneur, il faut évoquer – très brièvement – ses aspects historiques et théoriques, spécialement à l'égard de l'histoire constitutionnelle française et britannique, puisque ces deux systèmes juridiques ont directement ou indirectement – par le truchement des Etats-Unis – influencé le développement du droit constitutionnel suisse (Kölz 2006, 131; Halpérin 2003, 41).

On trouve trace de l'idée de séparation des pouvoirs dès l'Antiquité, notamment chez Aristote (Aubert 1993, 450; Seiler 1994, 16). Elle est toutefois théorisée par Montesquieu dans «De l'esprit des lois». Le philosophe français se base sur les principes développés par un autre philosophe, John Locke, dans son «Traité du gouvernement civil» (1690)². Celui-ci est rédigé, en Angleterre, à l'époque de la Glorious Revolution de 1688 au terme de laquelle le roi cesse d'incarner le pouvoir souverain au profit du parlement. L'auteur initie une théorie de la séparation des pouvoirs, distinguant législatif, exécutif et fédératif. Fort de son expérience londonienne, Montesquieu suggère, à son tour, une organisation de la puissance de l'Etat dans laquelle s'opère un contrôle des uns sur les autres, car il considère que «tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser» et que, pour cela, «il faut que le pouvoir arrête le pouvoir» (De l'esprit des lois, XI, 4). C'est dans ce cadre que Montesquieu conçoit une puissance de juger, fonction qui est donc distincte de celle d'exécuter les lois et du pouvoir de légiférer. Il faut ajouter que si la puissance de juger apparaît théorisée pour la première fois dans l'œuvre de Montesquieu, celui-ci lui réserve une attention distincte par rapport au gouvernement et au parlement entre lesquels se cristallisent les véritables enjeux politiques.

Par la suite, l'idée de division du pouvoir étatique va alimenter les changements politiques de la fin du 18^{ème} siècle. Elle se matérialise dans le droit à travers les textes constitutionnels européens et américains. Cependant, au cours du 19^{ème} siècle, cette idée va revêtir deux acceptions³. La première, initiale, repose sur un principe de checks and balances entre les organes dans l'exercice de la fonction législative. L'idée est qu'une même fonction peut être partagée, selon des modalités définies, entre plusieurs autorités. Michel Troper a, par exemple, montré la

participation du gouvernement à la fonction législative à travers l'analyse du droit constitutionnel français révolutionnaire (Troper 1980). Philippe Lavaux et Armel Le Devellec ont illustré cette hypothèse à la lumière du cas britannique avec l'institution du Lord Chancelier qui combinait, jusqu'à la réforme de 2005, les fonctions de ministre de la Justice (gouvernement), président de la chambre des Lords (pouvoir législatif) et membre, à ce titre, de la Cour judiciaire suprême (Lavaux et Le Devellec 2015, 189). Quant à la seconde acception, elle surgit dans la foulée des œuvres de Rousseau et Mably et se distingue par un principe de spécialisation des fonctions. Cela signifie que chaque fonction doit être assurée exclusivement par un organe. Il y a donc à la fois un principe de spécialisation et un principe d'indépendance (*ibid.*). Pour reprendre encore l'exemple français, ces deux acceptions de la séparation des pouvoirs ont été identifiées, pour la première, dans l'expérience constitutionnelle de 1791 et, pour la seconde, dans les constitutions de l'An III et de 1848 (Beaud 2003, 157).

Sur le plan de la doctrine constitutionnelle, la seconde acception de la séparation des pouvoirs a été largement relayée en France au point de devenir le modèle-type de présentation de l'organisation de l'Etat (Pimentel 2002, 128; Lavaux et Le Devellec 2015, 190 et s.). Or, cette lecture de l'idée de séparation des pouvoirs a deux conséquences. La première est que, dans un système représentatif, celui qui édicte la loi (expression de la volonté générale) va d'office l'emporter sur les autres en raison de la légitimité de son action. La seconde, également mise en exergue par Michel Troper, est que l'idée de limitation du pouvoir devient concrètement irréalisable, puisque chacun est considéré comme agissant dans une sphère qui lui est propre. Depuis, cette évolution dans l'interprétation de l'idée a été décrite comme un appauvrissement du concept de séparation des pouvoirs. Plusieurs auteurs n'hésitent pas à la présenter comme un «mythe», une «superstition juridique» ou encore «la problématique la plus monstrueuse du droit constitutionnel» (Feldmann 2010, 483; Pimentel 2002, 128). Si l'idée de séparation des pouvoirs est donc devenue une donnée constitutive de l'ordre constitutionnel, sa traduction juridique et sa conception doctrinale font l'objet de nuances, lesquelles peuvent produire des conséquences paradoxales au regard de l'idée philosophique initiale.

Eu égard à notre perspective, force est aussi de constater que, dans la première acception, l'idée de séparation des pouvoirs est focalisée sur le rapport entre Parlement – constitué de deux chambres – et gouvernement. Elle exige de laisser le judiciaire en dehors de l'enjeu de l'exercice du pouvoir (Troper 2013, 7). Cette «mise à l'écart» du juge a conduit certains à voir dans la fonction du juge le rôle déterminant dans l'exercice de la limitation du pouvoir. Le juge y paraît être la seule autorité qui peut incarner ce rempart contre l'arbitraire. Dans la seconde

conception, le juge est aussi strictement distingué des autres. Dans un cas comme dans l'autre, l'utilité du juge dans l'idée de séparation des pouvoirs paraît intrinsèquement conditionnée à son indépendance à l'égard des autres pouvoirs. En l'occurrence, tel semble bien être un des acquis du libéralisme de la fin du 18^{ème} siècle. Un bref survol historique montre en effet que, suivant les époques, la fonction de juger a été confiée à des instances aux statuts très différents. Dans la conception athénienne de la cité, la justice est par exemple rendue par une assemblée de citoyens. Au Moyen Age, la fonction de juger est exercée par des institutions locales et spécialisées. Sous les régimes monarchiques, elle est placée sous l'autorité directe du monarque dont on considère que la puissance est d'abord judiciaire avant d'être législative – le roi est «fontaine de justice» (Wijffels 2010, 164). Avec le développement de la centralisation du pouvoir, la fonction de juger est déléguée à un conseil, une cour ou un parlement, lequel présente un lien de subordination avec la couronne (ibid., 165, 178, 186). En Angleterre, la condition d'indépendance à l'égard de la couronne est une des revendications du Parlement vis-à-vis du monarque et aboutit à placer l'organisation judiciaire sous l'autorité du Parlement, dont la Chambre des Lords deviendra alors la plus haute instance judiciaire⁴. Avec la Révolution française, l'idée de protection de la liberté face au pouvoir unique est également consacrée à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 suivant lequel «toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Mais c'est finalement dans la Constitution américaine que la séparation nette de la fonction juridictionnelle est réalisée de la manière la plus radicale (Lavaux et Le Divillec 2015, 128). Les pères fondateurs considèrent notamment que «pour donner une base sérieuse à cette construction (exercice) des pouvoirs séparés et distincts, qui, dans une certaine mesure, est admise par tous comme étant essentielle à la préservation de la liberté, il est évident que chaque département doit avoir une volonté propre, et donc être constitué de manière telle que les membres de chacun d'eux aient aussi peu de pouvoirs possibles dans la désignation des membres des autres»⁵. Dans le cas américain, la garantie d'indépendance du juge a alors été traduite dans un principe d'inamovibilité, lequel s'exprime dans la règle suivant laquelle les juges exercent leur fonction aussi longtemps qu'ils en sont dignes (*during good behavior*) (Lavaux et Le Divillec 2015, 189).

De ces développements succincts, il faut retenir que la séparation des pouvoirs a pour finalité de garantir la liberté. Sa mise en œuvre a fait l'objet de deux acceptions : la première, fonctionnelle, favorable à une logique de checks and balances entre les différentes autorités de l'Etat et la seconde, organique, constitutive d'une suprématie du pouvoir législatif. Dans un cas comme dans l'autre, elles mettent l'accent sur le rapport entre exécutif et législatif. Dès lors, on peut dire que la ques-

tion du pouvoir judiciaire apparaît en creux de l'idée de séparation des pouvoirs. La détermination de son rôle et son rapport avec les autres pouvoirs semblent incertains. En outre, on peut déjà remarquer l'importance que revêt la question de la garantie d'indépendance du juge. Il convient maintenant d'apprécier tous ces éléments à l'aune du droit suisse.

3 Le rôle du Tribunal fédéral entre 1848 et 1910 au regard des autres pouvoirs

Pour ce qui est de l'histoire constitutionnelle suisse, il est généralement admis que l'idée de séparation des pouvoirs est consacrée dans la première Constitution helvétique de 1798 (Kölz 2006, 125). Ce texte est rédigé sur la base de la Constitution française de 1795 (Aubert 1996, n°s 11, 12). Eu égard à ce qui a été précédemment rappelé, il s'agit d'une période qui est marquée par un certain flottement entre une conception de la séparation des pouvoirs en faveur d'une logique de collaboration et une autre fondée sur une division pure et dure du pouvoir. Pour cerner la conception de la séparation des pouvoirs qui se développe alors en droit suisse au cours du 19^{ème} siècle et situer la fonction du Tribunal fédéral au regard de cette idée, on s'appuiera sur les discours politiques qui ont précédé le développement normatif, puis accompagné sa mise en œuvre. On se concentrera d'abord sur les travaux préparatoires du processus constitutionnel (3.1), puis on montrera comment le Tribunal fédéral a lui-même envisagé sa fonction à travers l'analyse de ses rapports de gestion annuels (3.2).

3.1 Dans les travaux du pouvoir constituant: la consécration progressive d'une juridiction fédérale à la compétence judiciaire limitée par rapport à l'Assemblée fédérale

Pour commencer, il faut dire que l'idée d'instituer une juridiction suprême est antérieure à l'instauration de l'Etat fédéral de 1848. Elle est consacrée avec l'adoption de la première constitution en 1798. A cette époque, l'organisation de la République prévoit une Cour de cassation, laquelle deviendra un Tribunal suprême pour être finalement désigné, en 1848, comme Tribunal fédéral. L'étude des discours politiques formulés dans le cadre des processus constitutifs (1848, 1872 et 1874) de l'Etat fédéral permet d'identifier les idées sur lesquelles s'est construit le droit positif.

3.1.1 1848: une conception souple de la séparation des pouvoirs, une juridiction fédérale faible

La Constitution du 12 septembre 1848 met en place une organisation politique constituée d'une Assemblée fédérale, d'un Conseil fédéral, d'un Tribunal fédéral et d'une Chancellerie fédérale. Cette dernière a vocation à faire le lien entre l'Assemblée et le Conseil, témoignant de la proximité entre les autorités législa-

tive et exécutive, laquelle n'est pas sans rappeler la conception de la séparation des pouvoirs de Montesquieu (Kölz 2006, 125)⁶. Du point de vue de l'attribution des compétences, l'Assemblée fédérale reçoit 18 compétences, parmi lesquelles la fonction de légiférer (art. 74, al. 1, let. a, Cst.), mais aussi celle de «trancher des réclamations des Cantons et des citoyens contre les décisions prises par le Conseil fédéral ou encore les différends qui touchent au droit public, (...)» (art. 74, al. 15 et 16, Cst.). Quant au Tribunal fédéral, il a pour compétence l'administration de la justice en matière fédérale (art. 96, al. 1, Cst.). Dans le domaine des recours de droit public, la compétence du Tribunal fédéral est subordonnée à une procédure préalable qui le lie à la décision soit du Conseil fédéral, soit de l'Assemblée fédérale. Ainsi, l'attribution des fonctions entre ces différents organes montre qu'il n'y a pas un principe de spécialisation des fonctions, en tout cas en ce qui concerne la fonction de juger. En effet, le Tribunal fédéral ne peut pas prétendre à un exercice exclusif de la fonction juridictionnelle, puisqu'il partage celle-ci avec les autres autorités fédérales. Il n'empêche que ce partage de la fonction de juger n'est généralement pas ce qui caractérise la première conception de la séparation des pouvoirs.

Les travaux préparatoires permettent d'identifier les raisons qui ont conduit à instituer un partage de la fonction de juger et, ainsi, à limiter le rôle du Tribunal fédéral. En l'occurrence, c'est d'abord l'organisation de la future Assemblée qui est au centre des débats, et spécialement la composition et les fonctions des deux chambres (Protocole des délibérations de la Commission chargée le 16 août 1847 par la Haute Diète fédérale de la Révision du Pacte fédéral du 7 août 1815, 108). Viennent ensuite la discussion sur le Conseil fédéral, puis celle sur le Tribunal fédéral. Entre les deux, l'enjeu de l'institution du Conseil fédéral apparaît le plus déterminant. Ainsi, «le rôle du Conseil fédéral n'est pas de représenter, mais de gouverner» (ibid., 132). Il est également convenu que les membres du Conseil fédéral prennent part aux délibérations de l'Assemblée fédérale ainsi qu'à la préparation des lois et au dépôt d'amendements (ibid., 135). Autrement dit, il est bien envisagé que le Conseil fédéral prenne part à la fonction législative. Quant à l'institution du Tribunal fédéral, elle ne paraît pas faire l'objet, à ce stade, d'une attention particulière. Il n'en reste pas moins qu'une des idées générales avancées est de garantir que «les autorités suprêmes de la Confédération soient d'accord dans leurs vues et qu'elles aient l'une pour l'autre la confiance mutuelle». A propos du Tribunal fédéral, il est simplement dit que «l'organisation judiciaire fédérale actuelle laisse beaucoup à désirer au regard de la situation préexistante depuis l'acte de 1815». Sa création est acceptée sans discussion et il est simplement indiqué que le Tribunal fédéral sera en charge de l'administration de la justice.

L'expression «administrer la justice» ne permet pas de cerner précisément le rôle attribué à la juridiction suprême⁷. Cependant, on retrouve également cette expression à propos du jury qui est institué pour «l'administration de la justice en matière pénale». La fonction de cette institution y est plus largement décrite. Ces explications éclairent la conception de la fonction de juger qui est alors celle des constituants. Ainsi, le jury est décrit comme la garantie contre les abus de pouvoirs dans les systèmes monarchiques ou aristocratiques. Plus encore, il est dit que: «si, dans une monarchie le jury doit être envisagé comme un rempart élevé contre le pouvoir administratif, dans la démocratie il met à l'abri de l'obsession judiciaire. Les juges de profession ne sont que trop souvent esclaves des formes extérieures et de minuties; la jurisprudence est utile alors qu'il s'agit d'une question de droit, d'une investigation de la science; quant aux faits, ils sont appréciés plus sainement par le sens pratique de jurys sortis du peuple et vivant au milieu de l'opinion publique» (ibid., 136). Ces propos révèlent que le juge – et a fortiori le juge fédéral – est redouté et pour cela, il doit être réduit à un rôle subalterne, à une fonction d'exécution. Il n'est pas envisageable de lui accorder un véritable pouvoir au motif qu'il pourrait l'utiliser contre le peuple.

Il ressort également des documents que l'on craint que le Tribunal fédéral s'insère dans les questions politiques qui sont du ressort de l'Assemblée. A cet égard, il est déclaré que «l'Assemblée fédérale n'aurait aucune garantie que des questions de nature purement politique ne sont pas soustraites à son for. Les tribunaux ont avec d'autres pouvoirs publics ceci en commun qu'ils s'efforcent d'attirer autant de questions que possible dans le cercle de leur compétence, d'étendre leur prépondérance, et il pourrait facilement arriver par une succession d'abus dans la pratique judiciaire, que le tribunal fût saisi et décidât de questions rentrant par leur nature dans la sphère d'attributions de l'Assemblée fédérale» (ibid., 141). Ici encore se dessine l'hypothèse d'une rivalité, cette fois entre la démocratie représentative – le Parlement – et les juges. Les discussions indiquent en outre que le constituant appréhende l'idée que la fonction judiciaire fédérale remette en cause le projet fédéral. Ainsi, quand un membre propose d'introduire une disposition concernant la protection qui devrait être accordée au confédéré vis-à-vis de son gouvernement cantonal, il est objecté que la «juridiction dans l'intérieur a été réservée aux cantons comme un attribut de la souveraineté et les cantons n'accepteraient qu'avec répugnance une restriction si essentielle de ce droit de souveraineté; au surplus le besoin n'existe pas au degré dans lequel l'auteur de la motion s'est plu à le présenter. (...) Si l'on voulait accorder le droit d'en appeler des tribunaux cantonaux au tribunal fédéral dans les procès civils ordinaires, les affaires des autorités se perdraient dans l'infini; et en définitive le tribunal fédéral ne réussirait pas à contenter tout le monde» (ibid., 143). L'objectif

est donc d'éviter que la compétence du Tribunal fédéral n'aboutisse à une centralisation du pouvoir de dire le droit. Il faut éviter que le juge fédéral n'ait trop de pouvoir, car il pourrait en user contre la souveraineté des cantons. Il n'en reste pas moins qu'il est admis que si des cantons devaient soutenir des projets susceptibles de porter atteinte au projet fédéral, le Tribunal fédéral devrait alors être saisi des délits de presse qui sont commis contre la Confédération, visant ainsi à permettre que «la Confédération intervienne si elle ne veut pas s'exposer au danger de compromettre sa propre existence par une fatale indulgence et par l'impunité laissée à une presse ennemie» (ibid., 142).

Ainsi, les travaux du constituant révèlent une perception négative du juge et de la fonction de juger. Le Tribunal fédéral y est décrit comme une instance susceptible de porter atteinte au peuple, à ses représentants et aux cantons. Cela étant, les débats indiquent aussi qu'il est entendu que la juridiction fédérale pourrait être une institution utile quand il s'agirait de se prémunir contre des cantons qui ne réprimeraient pas les atteintes à l'égard du projet fédéral. C'est donc dans ce contexte de méfiance à l'égard de la fonction du juge et de son éventuelle instrumentalisation politique que les attributions du Tribunal fédéral sont limitées, indépendamment de son éventuel rôle du point de vue de la séparation des pouvoirs.

3.1.2 1872: une concurrence de conceptions de la séparation des pouvoirs, un projet de renforcement du Tribunal fédéral

La nécessité de réviser la Constitution de 1848 s'est rapidement fait sentir. Elle a abouti à la révision de 1866. Cependant, dès 1870, le Conseil fédéral adresse un nouveau message à l'Assemblée pour lui faire part d'une série de propositions. Parmi celles-ci figure un nouvel enjeu: l'unification du droit civil et pénal. C'est dans cette seule optique qu'il est envisagé de modifier les attributions du Tribunal fédéral (message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant à la révision de la Constitution fédérale, FF 1870 II 777, 805 à 814). Dans son message, le Conseil fédéral relate les opinions qui ont alors cours à propos de ce projet d'unification. Elles méritent d'être résumées car elles éclairent les termes du débat autour de la réforme du Tribunal fédéral. D'un côté, les partisans du projet d'unification sont animés par la volonté de créer un Etat unitaire, d'instaurer un marché économique, de simplifier la législation (ibid., 806). De l'autre côté, ses détracteurs soutiennent que «le peuple ne demande pas une grande jurisprudence», «il préfère le domaine de sa législation qu'il connaît de longue date et dont il peut mieux se rendre compte, avec ses juges rapprochés de lui, moins savants, mais aussi moins doctrinaires» (ibid., 807). Il est souligné qu'une telle organisation menacerait les cantons. Le message propose également de réviser l'art.

105 de la Constitution de 1848 afin de permettre au Tribunal fédéral de recevoir directement les recours, au lieu que ceux-ci passent par l'Assemblée fédérale. Ce changement est présenté comme purement formel, car il n'avait pas été imaginé, en 1848, que l'Assemblée fédérale ne renvoie pas au Tribunal fédéral les affaires dont elle était saisie. Pour souligner la nécessité d'un tel changement, le Conseil fédéral indique dans une formule forte que «partout l'autorité judiciaire est considérée comme devant prononcer en dernière instance sur les violations des droits des citoyens et l'on ne songe pas à revêtir de ces attributions le pouvoir exécutif ou l'autorité législative» (ibid., 813). Par conséquent, c'est à l'occasion de la modification de la compétence du Tribunal fédéral en vue de garantir l'unification du droit qu'est évoquée l'idée de redéfinir le partage des fonctions entre l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral afin de faire de celui-ci une véritable institution juridictionnelle.

C'est au cours des discussions au Conseil national que le débat sur l'unification du droit et la réforme du Tribunal fédéral retrouve celui sur la séparation des pouvoirs (Bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la révision de la Constitution, Conseil national, séance du 18 décembre 1871, 544). Ce débat est d'abord centré sur le rapport entre l'exécutif et le législatif. Il se matérialise autour de la proposition d'envisager une élection populaire pour le Conseil fédéral à propos de laquelle il est affirmé que «le pouvoir exécutif doit être fort dans ses rapports avec l'extérieur, comme l'est en Amérique le président élu par le peuple; mais ce même pouvoir doit être faible quand il s'agit des libertés du citoyen. La tendance essentielle de notre constitution est de donner le plus possible d'attributions à l'autorité exécutive; mais dès qu'on rendra celle-ci indépendante de la représentation populaire, on lui donnera tellement de pouvoir que les autres autorités ne seront plus rien vis-à-vis d'elle. C'est là qu'est le danger.» (Bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la révision de la Constitution, Conseil national, 1872, 79–80). On voit ainsi poindre une conception de la séparation des pouvoirs davantage fondée sur une indépendance réciproque des organes, laquelle paraît en même temps être redoutée. En ce qui concerne le Tribunal fédéral, le débat sur ses attributions est étendu à son organisation. Dans cette perspective, l'organisation judiciaire américaine est également évoquée. Un orateur estime que la proposition du Conseil fédéral ne va pas assez loin car «on doit se demander qui sera appelé à se prononcer quand il y aura lieu d'appliquer des lois fédérales. C'est là un principe essentiel, qu'il s'agit d'établir avant tout.» (ibid., 224). Pour justifier sa proposition d'élargir les compétences du Tribunal fédéral, le conseiller fédéral Jakob Dubs déclare à propos de l'Assemblée fédérale qu'«il n'existe dans aucun Etat une autorité chargée de pouvoirs aussi multiples que ceux qu'on a conférés à l'Assemblée fédérale suisse.» (ibid. 226). Il observe que

l'Assemblée fédérale, autorité politique, est mal placée pour connaître des différends et qu'il est donc nécessaire de donner cette compétence au Tribunal fédéral. Cependant, si la Cour suprême des Etats-Unis est encore prise en modèle, le conseiller fédéral en charge du dossier précise qu'«il ne veut pas aller aussi loin». Il pense qu'il conviendrait seulement de soumettre au Tribunal fédéral toutes les questions se rapportant à la protection des droits des citoyens, que ces droits résultent de la Constitution fédérale ou qu'ils découlent des constitutions cantonales (ibid., 227). A l'égard du rapport avec les cantons, il est ajouté que «la Confédération fait les lois et les cantons les appliquent; cependant il y a une cour fédérale de cassation pour les cas où la loi aurait été mal interprétée» (ibid., 227). Il déclare : «je souhaite donner à la justice fédérale une position telle qu'elle puisse réellement tenir la balance égale entre les autorités fédérales et les autorités cantonales, et qu'on dise : En Suisse, il y a encore de la justice dans la politique !» (ibid., 299). Pour cela, il estime que «le Tribunal fédéral doit être plus stable et plus indépendant qu'il ne l'est» (ibid., 228). Le mode de désignation des juges fédéraux, lequel doit assurer leur impartialité des juges et ainsi l'indépendance de l'institution par rapport aux autres autorités, est envisagé comme l'élément qui doit garantir la liberté des citoyens (ibid., 261, 266, 279). Pourtant, ici encore, le modèle américain de la nomination à vie des juges est écarté au motif que «cette institution ne conviendrait pas chez nous». Pour rendre le juge plus indépendant «sans porter atteinte à l'idée démocratique», il est suggéré d'envisager une désignation avec un terme de neuf ans (ibid., 228)⁸. Il n'en reste pas moins que plusieurs intervenants feront part de leur étonnement quant à la compétence restreinte du Tribunal fédéral. Reprenant l'exemple américain, il est alors observé: «la Cour suprême des Etats-Unis est appelée à décider sur tous les cas de violation de la Constitution fédérale. Si nous voulons donner au Tribunal fédéral la position supérieure dont ont parlé le rapporteur de la Commission et Monsieur Dubs, il faut lui confier aussi cette attribution, c'est-à-dire le droit de prononcer dans toutes les causes touchant à l'interprétation de la Constitution» (ibid., 301). Les échanges au Conseil national montrent donc que s'il est entendu que l'Assemblée fédérale ne doit plus exercer une fonction juridictionnelle, reste par contre discutée l'étendue de la fonction de juger du Tribunal fédéral.

Les débats au Conseil des Etats confirment la tendance qui s'est exprimée au Conseil national. Lors de la discussion sur l'organisation des autorités, l'idée de séparation des pouvoirs est évoquée à la suite d'une proposition de James Fazy. Celui-ci entend inscrire dans le texte que chaque autorité exerce la fonction qui lui correspond. A cela, il est répondu qu'une telle proposition n'est pas exacte, car aucune autorité ne peut prétendre détenir l'exclusivité d'une fonction étatique (Bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la révision de la

Constitution, Conseil des Etats, 1872, 447). A travers ces échanges, on voit ainsi se dessiner l'opposition entre les deux conceptions de la séparation des pouvoirs précédemment évoquées. Ce débat prend également forme à travers celui de la redéfinition des attributions du Tribunal fédéral en vue de l'unification du droit (ibid., 283, 284, 289). Ici encore, le modèle de la Cour suprême américaine est décrit comme «un exemple et un encouragement» quand il s'agit de discuter des réclamations pour violations des droits constitutionnels des citoyens et du contrôle des lois fédérales (ibid., 461). Derrière ces questions, figure encore celle de l'indépendance des juges. Pour certains élus, il faut que l'on détermine les incompatibilités des juges, car il y aurait «une contradiction dans le fait que le Tribunal fédéral doit être composé de juristes éminents, et que l'on veut les empêcher de s'occuper d'affaires politiques». De plus, s'il n'est composé que de juristes, on craint que cela «ne crée une funeste stabilité de la jurisprudence, tandis que dans les matières de droit public il y aura de la vie et du mouvement» (ibid., p. 463). Les déclarations mises en exergue témoignent de la persistance d'une conception négative du juge et de sa fonction de juger. Dans ce contexte, l'élargissement des attributions exclura l'hypothèse du contrôle de constitutionnalité, susceptible de conduire à une rivalité avec les mandataires politiques et de porter atteinte à la réalisation de l'idée fédérale. Cela étant, le projet de révision sera rejeté par le peuple et les cantons le 12 mai 1872.

3.1.3 1874: l'émergence d'une conception stricte de la séparation des pouvoirs, la consécration d'une juridiction fédérale à la compétence limitée à l'égard des lois fédérales

Après l'échec de 1872, le projet de révision de la Constitution est rapidement repris à la demande de membres de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral reprend purement et simplement le texte de 1872 (Message concernant la révision de la Constitution fédérale, FF 1873 II 909, 922 s.). Dans son message, il indique que, considérant la profondeur des débats sur le projet de 1872, il ne reprend que les points qui se sont révélés problématiques pour les cantons et la population. Parmi ceux-ci figure le projet d'unification du droit. Devant les Chambres, les débats de 1872 rejaillissent : pour les uns, c'est l'inquiétude sur l'influence du code civil français ou allemand qui se double de l'enjeu de la traduction du droit dans plusieurs langues (Procès-verbaux des délibérations des chambres fédérales relativement à la Révision de la Constitution fédérale, 1873-1874, Berne, 1877, 194); pour d'autres, c'est la question du rapport avec les autres puissances européennes (ibid., 193). Quant à la répartition des attributions, il est entendu que «l'Assemblée fédérale elle-même doit devenir une autorité purement politique et ne plus s'occuper de questions qui ont un caractère essentiellement juridique et dont la solution n'est pas de la compétence d'un pouvoir politique». La question de la séparation des

fonctions est donc envisagée afin de restreindre le pouvoir juridictionnel de l'Assemblée fédérale et d'accroître celui du Tribunal fédéral. L'élargissement de compétences engendre ici encore la question de la qualité nécessaire à l'exercice de la fonction de juger. Ainsi, il est dit qu'«il serait même convenable de ne pas le composer de professeurs de droit, d'autant plus qu'il existe une grande différence entre les fonctions scientifiques et abstraites du professorat et l'application de la loi à une espèce déterminée. Il devra en être de même avec des avocats praticiens, attendu qu'on ne saurait vouloir exposer au danger de voir une question juridique tranchée à un point de vue particulier.» (ibid., 180). Les déclarations montrent ici encore que la figure du juge suscite la méfiance.

Au terme du processus constituant de 1874, l'Assemblée fédérale conserve les contestations administratives (art. 113) et les conflits de compétence entre autorités fédérales (art. 85, ch. 12 et 13, Cst. 1874). Quant au Tribunal fédéral (art. 106, Cst.), sa compétence est étendue en matière pénale, mais aussi en matière de droit public – bien que le constituant s'abstienne d'utiliser une telle expression. Il connaît des conflits de compétences entre les autorités fédérales et les autorités cantonales; des différends entre cantons, lorsque ces différends sont du domaine du droit public; des réclamations pour violation de droits constitutionnels ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités. Sur tout, la compétence du Tribunal dans ces questions de droit public est cadrée. L'art. 112, al. 3, prévoit ainsi que «dans tous les cas prémentionnés (...), le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêts de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifié».

Enfin, il ressort de ce parcours dans les processus constitutifs du 19^{ème} siècle que le rôle du Tribunal fédéral est «limité». Des documents préparatoires, deux points sont particulièrement saillants. Le premier est d'ordre culturel, il tient dans la défiance qu'inspire la figure du juge, et spécialement d'un juge suprême, par rapport au «peuple»⁹. En filigrane, on peut y déceler la crainte du retour d'une organisation sociale telle qu'elle a existé sous l'Ancien Régime où les autorités judiciaires incarnaient un pouvoir fort. Le second point est d'ordre politique. Il découle du caractère fédéral de l'Etat. En érigeant le juge fédéral en garant des droits constitutionnels individuels, le constituant confère une légitimité au juge fédéral auprès des citoyens suisses. Mais, en refusant d'accorder une compétence juridictionnelle étendue au Tribunal fédéral, le constituant s'assure que la juridiction fédérale s'inscrira, comme les autres autorités fédérales, dans la dynamique de la fédération et ne viendra pas remettre en cause la dimension législative du projet fédéral. Dans cette perspective, le pouvoir constituant paraît attribuer au Tribunal fédéral un rôle particulier au regard des différentes con-

ceptions de la séparation des pouvoirs. En l'occurrence, ce rôle semble essentiellement se limiter à exercer un contrôle sur les cantons et à éviter de remettre en cause le projet fédéral.

3.2 Dans les rapports annuels de gestion du Tribunal fédéral:

la pratique d'une fonction de conseiller législatif de la Confédération

Afin d'apprécier l'effectivité du rôle assigné au Tribunal fédéral, mis en lumière précédemment, on se propose de mobiliser les rapports annuels de gestion des autorités fédérales – et du Tribunal fédéral en particulier – qui rendent compte de leurs activités. A cet égard, il faut préciser que cette pratique est imposée à la juridiction fédérale dans la loi fédérale du 5 juin 1849 sur l'organisation judiciaire. Elle est reprise dans la loi du 27 juin 1874 qui prévoit «l'obligation d'adresser à l'Assemblée fédérale un rapport circonstancié sur toutes les branches de l'administration de la justice fédérale» (art. 24, loi du 27 juin 1874 sur l'organisation judiciaire, FF 1874 II 145, 160). En l'occurrence, le premier rapport est rédigé en 1851. La pratique de publication officielle dans la Feuille fédérale débute en 1854.

Dès le premier rapport publié, le Tribunal fédéral annonce que «comme d'un côté il n'y a pas lieu à exposer à l'Assemblée fédérale le détail des procédures qui ont eu lieu, et que de l'autre le Tribunal fédéral, ainsi que tout autre tribunal n'a point à justifier ses décisions quant au fond, et enfin vu que les limites de l'action du Tribunal fédéral sont fort restreintes, notre compte rendu doit nécessairement être bref» (FF 1843 III 297, 298)¹⁰. D'entrée de jeu, le propos de la juridiction fédérale est donc clair. La juridiction considère que, dans le domaine judiciaire, elle n'a pas à rendre des comptes à l'Assemblée fédérale. De ce point de vue, on peut dire qu'elle n'entend pas se résoudre à un rôle de subalterne, à une époque où la fonction de juger était pourtant manifestement redoutée. Dès l'année suivante, elle demande à l'Assemblée fédérale de prévoir l'adaptation de la loi sur les émoluments afin de limiter les recours qui lui sont adressés, indiquant ainsi qu'elle est fortement sollicitée et, par conséquent, doit être prise pour une institution nécessaire. C'est à partir de son rapport de 1854 que le rôle du Tribunal fédéral dans le fonctionnement de la Confédération va s'affirmer. En effet, le Tribunal fédéral fait part de sa préoccupation à l'égard des contestations en matière d'expropriation, à l'époque du développement des chemins de fer suisses. En 1855, il signale à l'Assemblée fédérale qu'il a adopté une «instruction» à l'attention des commissions et qu'il a également promulgué des arrêtés. A partir des années 1860, il évoque directement l'objet des affaires qui lui sont soumises. En 1868, constatant une baisse des recours qui lui sont adressés – en raison de la stagnation de la construction du chemin de fer et de la diminution des actions en divorce –, il déclare dans son rapport qu'«on pourrait se demander si l'on ne devrait pas donner un plus

grand développement à cette belle institution» (FF 1868 II 326). Eu égard aux débats constitutifs des années 1870, on peut donc dire que la demande du Tribunal fédéral a été entendue.

Les attributions juridictionnelles du Tribunal fédéral ont été redéfinies avec la Constitution de 1874. Toutefois, les rapports montrent de manière inattendue que le Tribunal fédéral est en relation directe avec le Conseil fédéral. Dans le rapport de 1876, le Tribunal fédéral évoque longuement les recours qui lui sont adressés suite aux faillites des sociétés de chemins de fer. L'année suivante, il mentionne que le Conseil fédéral lui a soumis, pour examen préalable, un avant-projet de loi destiné à compléter la loi fédérale du 24 juin 1874 sur la liquidation forcée des chemins de fer dans le sens d'introduire des dispositions autorisant la conclusion d'un concordat entre les créanciers et la compagnie en faillite (FF 1878 II 27 s.). En 1878, le Tribunal fédéral indique avoir à nouveau été invité par le Conseil fédéral à communiquer son opinion sur les modifications à apporter à cette législation. Le Tribunal fédéral déclare à ce propos: «Nous sommes prêts à faire des propositions ultérieures en temps opportun. Nous croyons toutefois qu'il serait préférable d'attendre encore à cet égard de plus nombreux résultats de la pratique du Tribunal fédéral.» (FF 1879 II 27 s.). Cette question de la liquidation des chemins de fer montre ainsi que le Tribunal fédéral est devenu un interlocuteur privilégié du Conseil fédéral pour la préparation des lois. La jurisprudence du Tribunal fédéral est une source pour définir ce que doit être la loi, témoignant de l'idée suivant laquelle la norme sort généralement du cas. Il faut ajouter que les rapports de gestion permettent d'observer que le Tribunal fédéral n'hésite manifestement pas à ne pas appliquer, comme un automate, le droit positif dans les cas soumis à son appréciation. Ainsi, dans le rapport rédigé par la commission du Conseil national sur la gestion de 1878, celle-ci indique, à propos des actions en divorce tranchées par le Tribunal fédéral, que «nous devons reconnaître que ce mode de procéder appliqué d'ailleurs seulement dans des cas exceptionnels n'est pas en concordance parfaite avec le texte de la disposition précitée» (FF 1878 I 811). Les rapports des années 1880 confirment cette dynamique dans le processus d'élaboration du droit. Le Tribunal fédéral semble émettre de manière quasi systématique son opinion sur les nouveaux textes de loi qui sont entrés en vigueur. Dans son rapport de 1882, il revient sur la demande d'avis du Conseil fédéral concernant la révision de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire suite à l'entrée en vigueur du code des obligations. Il indique que «nous ne pensons pas que le moment soit encore venu de procéder à une réorganisation complète du tribunal fédéral (...) nous estimons qu'il y a lieu d'attendre et de s'éclairer encore par les résultats de la pratique des dispositions actuelles» (FF 1883 II 523 s.). Cette logique de participation au processus d'élaboration du droit fédéral montre que

le Tribunal fédéral assure pleinement – mais d’une façon inédite et positive – son rôle de renforcer l’Etat fédéral, à travers le développement du droit fédéral.

A partir des années 1900, un changement paraît toutefois se faire jour dans les rapports de gestion à propos de l’implication du Tribunal fédéral dans le processus d’élaboration de la loi. En effet, ce n’est plus dans les rapports de gestion du Tribunal fédéral que l’on peut déceler son intervention dans le processus d’élaboration de la loi, mais dans les rapports de l’Assemblée fédérale. Dans son rapport d’évaluation de la gestion des autorités fédérales de 1905, le Conseil national indique que le Tribunal fédéral a considéré – en citant celui-ci – à propos du projet de loi fédérale sur l’exercice des professions libérales, préparé par le Conseil fédéral, que «l’objet doit être conforme à la tendance générale de la constitution qui est de garantir autant que possible la faculté de pratiquer dans toute l’étendue de la confédération. Or, le projet dépasse les limites et doit par conséquent être rejeté comme inconstitutionnel» (FF 1906 III 1035, 1079). Le propos du Tribunal fédéral indique ainsi que celui-ci exerce un contrôle de constitutionnalité a priori des projets de lois.

Ce bref survol des rapports de gestion permet de montrer que, malgré les opinions défavorables sur le juge, le Tribunal fédéral trouve rapidement sa place dans le fonctionnement des institutions fédérales. Outre la fonction juridictionnelle sur laquelle on ne s’est pas ici arrêté, les rapports révèlent cette fonction de conseiller législatif, témoignant de cette idée de collaboration entre les autorités de l’Etat dans l’exercice de la fonction législative, caractéristique de la première conception de la séparation des pouvoirs. A ce titre, il faut dire qu’en pratiquant un contrôle «préventif» de constitutionnalité de la loi, le Tribunal fédéral exerce finalement une compétence qui lui avait été refusée en intervenant a priori plutôt qu’a posteriori quand le texte de loi est déjà en vigueur.

4 Conclusions prospectives

Au terme de cette première étude sur l’histoire de l’idée de séparation des pouvoirs à l’aune de la consécration et du fonctionnement du Tribunal fédéral entre 1848 et 1910, il faut retenir que, premièrement, le développement du constitutionnalisme en Suisse n’a pas échappé à la question de la conception de la séparation des pouvoirs. Initialement, la mise en œuvre de cette idée a bien été une question d’articulation du rapport entre exécutif et législatif. Dans ce contexte, les attributions du Tribunal fédéral ont été limitées et concurrencées par celles de l’Assemblée fédérale. Le processus constituant a permis de montrer que la définition du rôle du juge fédéral est marquée par une méfiance à l’égard du juge et la fonction de juger, permettant d’expliquer ce pouvoir limité, mais sans que l’on puisse – à ce stade – déceler les raisons profondes de la défiance politique à l’égard du pouvoir

judiciaire. Ensuite, l'organisation institutionnelle de la Confédération a évolué sous l'influence de cette idée que les fonctions doivent être strictement partagées entre les organes, témoignant de la diffusion d'une autre conception de la séparation des pouvoirs. Il n'était alors plus question que l'Assemblée fédérale exerce une fonction juridictionnelle. Pourtant, le rapatriement de cette fonction au profit du Tribunal fédéral ne va pas de soi. En effet, il y a d'un côté l'idée que la compétence du Tribunal fédéral doit être élargie pour servir le citoyen et les autorités fédérales. De l'autre côté, il y a la crainte que le Tribunal fédéral ne porte atteinte au projet d'Etat fédéral, de sorte que l'élargissement des compétences du Tribunal fédéral est limité et ne va pas jusqu'à lui accorder le pouvoir de contrôler les lois fédérales. Dès lors, l'importance du projet fédéral porté par les autorités fédérales semble alors avoir été une idée forte dans la non-attribution du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales à la juridiction suprême. Il s'agit certainement du deuxième enseignement qui peut être tiré de cette étude.

En outre, l'analyse des rapports de gestion a révélé que, dans ce cadre normatif limité sur le plan constitutionnel, le Tribunal fédéral a réussi à s'inscrire dans une dynamique positive à l'égard du projet fédéral, en intervenant dans le processus d'élaboration du droit. Cette intervention du Tribunal fédéral dans le processus législatif – manifestement soutenue par les autorités fédérales – pourrait s'expliquer par une administration fédérale tenue qui ne permettait peut-être pas d'apporter l'expertise juridique nécessaire à la rédaction de projets de loi. Elle montre surtout un processus d'élaboration du droit qui n'entend pas reposer sur la seule volonté démocratique. A cet égard, il faut remarquer que l'intervention du Tribunal fédéral dans le processus législatif a pu prendre la forme d'un contrôle de constitutionnalité a priori. Incontestablement, la pratique d'un contrôle informel a l'avantage d'éviter de porter atteinte à la légitimité de l'Assemblée fédérale et ainsi au projet fédéral qu'elle incarne, tout en invitant le pouvoir législatif à respecter également la Constitution.

Enfin, pour terminer cette contribution qui entend ouvrir un projet de recherche, qu'il nous soit permis de tracer les perspectives qui mériteraient, de notre point de vue, d'être suivies dans les mois et années à venir. Premièrement, dans la ligne directe de cette contribution, l'importance et la persistance de l'idée fédérale mériteraient d'être évaluées afin de déterminer et comprendre son articulation avec une autre idée invoquée qui est l'idée démocratique et dont on peut présumer qu'elle s'est développée ultérieurement. Une telle étude pourrait éclairer cette conception de la juridiction constitutionnelle en droit suisse. Pour cela, il conviendrait de prolonger et d'approfondir, dans une logique de sociologie politique du droit, cette enquête dans les discours politiques du 20^{ème} siècle et de préciser leur rattachement politique, de manière à débusquer les idées sous-jacentes

du discours politique qui ont été finalement consacrées dans le droit positif. Il serait également opportun de procéder à une étude de cette idée dans une perspective d'histoire de la doctrine constitutionnelle et de théorie de l'Etat. Par ailleurs, cette question souligne aussi le rôle politique qu'une juridiction suprême peut assumer dans le développement du fédéralisme. Si une telle idée peut étonner, elle ne serait toutefois pas exceptionnelle comme le montre, par exemple, le cas canadien dont le fédéralisme s'est également développé à la fin du 19^{ème} siècle. Deuxièmement, les rapports de gestion en tant que matériau de recherche méritent certainement d'être complètement dépouillés, mais pour autant qu'ils n'adoptent pas trop rapidement un modèle de type managérial et statistique. Un axe de recherche pourrait alors être de vérifier à partir d'une identification des échanges politiques les plus vifs entre les autorités, si ceux-ci font l'objet d'une traduction dans la jurisprudence fédérale. Deux autres points mériteraient certainement encore d'être étudiés. On pense, d'une part, au lien entre statut du juge et garantie de la liberté des citoyens tant la question de la désignation des juges a été évoquée de manière récurrente. D'autre part, eu égard aux craintes répétées à l'égard du pouvoir du juge, il serait opportun – cette fois dans une perspective de théorie du droit – d'examiner le concept de jurisprudence et de retracer sa conception au regard du droit suisse. En tout cas, tous ces éléments témoignent bien de la profondeur de la question du juge et de la fonction de juger.

Sophie Weerts, Docteure en science juridique, chercheure FNS et chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, sophie.weerts@unine.ch

Notes

- 1 En tant que concept, la séparation des pouvoirs est utilisée pour classer les régimes politiques (régime parlementaire et régime présidentiel), v. Biaggini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener Regina (Eds), 2011, Staatsrecht, Zurich/St Gall, 182 s.
- 2 C'est généralement l'œuvre de John Locke, bien connue pour avoir inspiré Thomas Jefferson lors de la rédaction de la Constitution américaine, qui est présentée comme le fondement philosophique de la séparation des pouvoirs. On peut ajouter que la paternité de la doctrine est toutefois discutée avec le philosophe anglais Henry Bolingbroke (v. Barnett 2002, 106; Pimentel 2002, 15; Troper 2013, n°16)
- 3 C'est Charles Eisenmann qui a mis en cause cette lecture classique qu'il identifie chez les auteurs allemand (Jhering) et français (Carré de Malberg), soulignant l'incohérence d'une telle séparation stricte qui rend impossible la réalisation de l'objectif de la théorie de Montesquieu qui est de limiter le pouvoir. Michel Troper, élève d'Eisenmann, a par la suite rédigé sa thèse, en 1973, sur le concept de séparation des pouvoirs au regard du droit constitutionnel révolutionnaire français. Il a par la suite publié un très grand nombre d'articles en lien avec l'interprétation de l'œuvre de Montesquieu tout au long desquels il a montré la distinction entre les deux conceptions et le glissement de l'une vers l'autre dans la doctrine constitutionnelle du 19^{ème} siècle. Pour une présentation critique de la pensée de Troper, v. Beaud, O., «Michel Troper et la séparation des pouvoirs», *Droits*, 2003/1. Pour une synthèse, v. Philippe Lavaux et Armel Le Devillec, spéc. p. 189 à 192.
- 4 Act of Settlement (1701); le Parlement obtient que, d'une part, les juges ne soient plus nommés au bon vouloir du roi mais relèvent de l'autorité de la Chambre des Lords et, d'autre part, cette dernière acquiert alors la fonction judiciaire.
- 5 «Publius-Madison, Fédéraliste n° 51, 6 février 1788», *Jus Politicum*, n° 8 [<http://juspoliticum.com/article/Publius-Madison-Federaliste-n-51-6-fevrier-1788-541.html>]
- 6 La conception de la séparation des pouvoirs à laquelle renvoie la Constitution de 1848 paraît, à notre sens, incertaine du point de vue de l'histoire constitutionnelle. Alfred Kölz considère ainsi que le texte constitutionnel témoigne de la philosophie de Montesquieu (Kölz 2006, 125), mais présente également des éléments rendant compte d'une spécialisation forte entre le directoire helvétique et le pouvoir législatif (ibid., 129).
- 7 Remarquons cependant que cette expression fait écho à une certaine conception de l'Etat suivant lequel celui-ci a seulement pour objet d'élaborer des lois et de les appliquer. Cette théorie dualiste s'oppose à la théorie «trialiste» qui distingue la fonction exécutive de la fonction judiciaire. A cet égard, Troper souligne que, derrière cette opposition théorique, se joue le sort du régime juridique des décisions de justice, le statut des magistrats et celui du contentieux administratif (Troper 1980, 44)
- 8 Cette idée sera reprise dans le message du Conseil fédéral sur la loi sur l'organisation judiciaire qui sera adoptée le 27 juin 1874. A ce sujet, il proposera une alternative. Ainsi, il indique que «les Etats-Unis ont adopté le principe de l'inamovibilité. Ce principe consacré également dans la législation de plusieurs grands pays d'Europe ne se concilierait que difficilement avec nos mœurs et nos institutions politiques; mais le Conseil fédéral estime qu'entre une nomination à vie et une nomination pour trois ans, il y a un moyen terme choisi en assignant aux fonctions du juge fédéral une durée double du mandat d'un membre du Conseil national ou fédéral, et en introduisant le système de renouvellement par moitié, on donne au tribunal la stabilité et l'esprit de suite indispensable à un grand corps judiciaire et on laisse en même temps à chaque législature (...) la faculté de concourir à la composition du Tribunal fédéral» (FF 1874 I 989 992).
- 9 On notera simplement ici que cette défiance à l'égard du juge est également marquée dans d'autres systèmes juridiques. Elle a ainsi été mise en exergue en droit français. Elle résultait du pouvoir reconnu précédemment au judiciaire pour trancher les litiges (v. Foyer, J., *La justice, Histoire d'un pouvoir refusé, Pouvoirs*, 1981, p. 17 à 29). Cette méfiance s'est également exprimée au Royaume-Uni, dans les écrits de Jérémy Bentham qui entendait ainsi s'opposer radicalement à la conception du droit portée par William Blackstone.
- 10 Dans ce rapport, le Tribunal fédéral fera simplement le détail des différents types de recours qui sont de sa compétence. Dans le cadre limité du droit public, il indiquera avoir fait droit à la plainte d'un habitant de Fribourg et avoir cassé le décret du gouvernement sans toutefois préciser le moyen reçu (FF 1843 III 297 300).

Bibliographie

- Aubert, Jean-François, 1996, Introduction historique, in : Aubert Jean-François/Eichenberger, Kurt/Müller, Jorg Paul/Rhinow, René A./Schindler, Dietrich (Eds), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874.
- Aubert, Jean-François, 1993, Traité de droit constitutionnel, Neuchâtel, vol. II, 2e édition.
- Barberis, Mauro, 2012, Le futur passé de la séparation des pouvoirs, Pouvoirs, n°143, p. 5–15.
- Barnett, Hilaire 2002, Constitutional and administrative Law, 4e éd., Londres
- Beaud, Olivier, 2003, «Michel Troper et la séparation des pouvoirs», Droits, n°1, p. 149–172.
- Biaggini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener Regina (eds), 2011, Staatsrecht, Zurich/St Gall.
- Eisenmann, Charles, 1933, La séparation des pouvoirs et l'Esprit des Lois, in : Mélanges en l'honneur de Raymond Carré de Malberg, Paris, p. 164–192.
- Feldmann, Jean-Paul, 2010, La séparation des pouvoirs et le constitutionalisme. Mythe et réalités d'une doctrine et de ses critiques, RFDC, p. 483–496.
- Halpérin, Jean-Louis, 2012, Montesquieu : lectures croisées en histoire et théorie du droit, Histoire de la Justice, n°1, p. 143–156
- Halpérin, Jean-Louis, 2003, L'exportation en Suisse des institutions politiques et juridiques françaises, in : Dufour, Alfred/ Hanisch, Till/ Monnier, Victor (ed.), Bonaparte, la Suisse et l'Europe, Bruxelles, p. 39–55.
- Kölz, Alfred, 2006, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848, trad. par Perrinjaquet Alain/Colbois Sylvie en collaboration avec Dufour Alfred et Monnier Victor, Berne/Bru-xelles.
- Lavaux, Philippe et Le Devillec, Armel (2015), Les grandes démocraties contemporaines, 4e éd. mise à jour, Paris.
- Mahon, Pascal, 2014, Droit constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3e éd. mise à jour, Coll. Neuchâtoise, Bâle.
- Moor, Pierre, 1994, Droit administratif. Les fondements généraux, 2e éd. revue et mise à jour, Berne, spéc. p. 185–187
- Pimentel, Carlos-Miguel, 2002, «Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique», Pouvoirs, n°102, p. 119–131
- Seiler, Hansjorg, 1994, Gewaltenteilung. Allgemeine Grundlagen und Schweizerische Ausgestaltung, Berne.
- Troper, Michel, 1980, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris.
- Troper, Michel 1992, La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française, in : Mélanges offerts à Jacques Velu. Présences de droit public, Bruxelles, p. 829–844.
- Troper, Michel 2013, Séparation des pouvoirs, in : Catherine Volpilhac-Augier (dir.), Dictionnaire Montesquieu [en ligne], ENS de Lyon, URL : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/article/1376427308/fr>
- Wijffels, Alain, 2010, Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre, 2e éd. mise à jour, Paris.

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag, der Teil einer breiteren Untersuchung der Rolle der obersten Rechtsprechung ist, fokussiert eine Analyse des politischen Diskurses. In diesem Zusammenhang wird die Idee der Gewaltentrennung nachgezeichnet und unter dem Gesichtspunkt ihrer Verbreitung im Schweizer Recht ab dem 19. Jahrhundert analysiert. Dies erlaubt es herauszuarbeiten, welche Rolle der obersten Rechtsprechung im Rahmen der Schweizer Verfassung zugesprochen wird und welche Rolle sie spielt. So kann beleuchtet werden, auf welche grundlegenden Ideen sich die Entwicklung des positiven Rechts der Schweiz stützt.