

4.7.2 Rôle de l'OFJ

La CdG-N a décidé d'examiner le rôle de l'OFJ dans la préparation des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie de Covid-19. Elle s'est particulièrement intéressée à deux aspects, l'un, général – la participation de l'OFJ à l'édiction de mesures – et l'autre, plus spécifique – les atteintes aux droits fondamentaux découlant des mesures prises par le Conseil fédéral.

La commission a auditionné le directeur et deux représentantes de l'OFJ. Le directeur a déclaré que la participation de l'OFJ à l'édiction des mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie avait globalement obéi aux processus et mécanismes habituels. Cela signifie que l'OFJ a participé à l'édiction dans le cadre de la consultation des offices, en assurant l'accompagnement législatif ou le contrôle juridique préventif. Le directeur a toutefois précisé que les processus avaient été quelque peu adaptés, en raison de l'urgence. Par exemple, les offices spécialisés compétents étaient souvent déjà en contact avec l'OFJ avant la consultation formelle des offices. En raison du peu de temps qu'il avait à sa disposition, l'OFJ a souvent dû prendre une décision dans un délai de quelques heures, si bien que, parfois, il n'a pu examiner que grossièrement la proportionnalité des mesures, entre autres.

Selon le directeur, l'OFJ a réagi à cette situation inédite par la création d'un état-major de crise, placé sous la conduite de la directrice suppléante, ce qui a permis d'assurer une permanence 24 heures sur 24. L'OFJ s'est surtout concentré sur la protection des droits fondamentaux : pour remplir son devoir consistant à garantir l'intégrité physique de la population, l'État doit restreindre d'autres droits fondamentaux (la liberté de mouvement, la liberté de réunion, la liberté économique, la liberté de conscience et de croyance, le droit à un enseignement primaire et les droits politiques). Le directeur a expliqué que l'OFJ devait, dans chaque cas, évaluer de façon appropriée les intérêts contradictoires impliqués.

Le directeur de l'OFJ a souligné que la loi sur les épidémies autorisait certes le Conseil fédéral à ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays si une situation extraordinaire l'exigeait, mais que la disposition concernée n'était pas assez claire²²⁵. En conséquence, le Conseil fédéral a dû se fonder sur la clause générale de police, qui accorde une grande importance au principe de proportionnalité. Dans le contexte de la pandémie, l'examen de la proportionnalité a toutefois été très difficile, car il a constamment fallu se fonder sur des hypothèses et, pour se faire, rester en contact étroit avec des représentants des milieux scientifiques.

Le problème de la relation entre la Confédération et les cantons a également été abordé lors de l'audition. En raison de la situation extraordinaire, le Conseil fédéral a pu prendre des mesures dans tous les domaines de son choix. La compétence concurrente de la Confédération et des cantons implique que les cantons peuvent continuer à légiférer aussi longtemps que la Confédération ne le fait pas elle-même, sauf en cas de silence qualifié de la part du Conseil fédéral : dans un tel cas, les

²²⁵ Dans le cas des atteintes aux droits fondamentaux, la précision des bases légales revêt une importance capitale.

cantons ne peuvent pas prendre de mesures, ni édicter leurs propres réglementations. L'urgence et les délais serrés dans lesquels les mesures ont été mises en vigueur ont accentué ce problème. Le directeur de l'OFJ a toutefois évoqué les explications que l'on pouvait trouver sur Internet à propos des dispositions d'ordonnance ainsi que les conférences de presse du Conseil fédéral et des milieux spécialisés. Ces deux instruments ont contribué à atténuer le problème. À l'avenir, il faudra toutefois envisager une communication plus transparente.

Même si, dans le public, les avis divergent concernant la légalité de l'action du Conseil fédéral, notamment de ses atteintes aux droits fondamentaux, la CdG-N n'a constaté, lors de l'audition, aucun signe de comportement illicite de la part du gouvernement. Les atteintes aux droits fondamentaux ont parfois été décidées sur la base du droit de nécessité. La question de la légalité de l'application du droit de nécessité par le Conseil fédéral a toutefois fait l'objet d'une autre audition du directeur de l'OFJ (cf. ch. 4.7.3 du présent rapport). En outre, il n'y a pas lieu de procéder ici à une évaluation définitive ou complète, notamment parce que cette question est liée à d'autres thèmes actuellement examinés par les CdG. Par exemple, en 2021, la CdG-N examinera en détail la question de la collaboration entre l'administration fédérale et les cantons lors du processus législatif et de l'application du droit, notamment en ce qui concerne les atteintes aux droits fondamentaux.

4.7.3 Légalité du recours au droit de nécessité

Dans le cadre de son inspection visant à analyser les mesures prises par le Conseil fédéral pour lutter contre la pandémie de Covid-19, la CdG-N a décidé de se pencher sur la légalité du recours au droit de nécessité. En novembre 2020, elle a auditionné le directeur de l'OFJ à ce sujet, s'intéressant en particulier à la légalité de l'introduction, par le Conseil fédéral, d'éléments constitutifs d'un délit.

En guise d'introduction, le directeur de l'OFJ a présenté les différentes bases légales. Il a souligné que la loi sur les épidémies (LEp) avait pour but de prévenir l'apparition et la propagation des maladies transmissibles, et non de lutter contre les éventuelles répercussions de ces maladies. Le directeur a présenté les trois niveaux prévus par la LEp et les compétences de la Confédération qui y sont directement liées : la situation normale, la situation particulière et la situation extraordinaire. Selon lui, le Conseil fédéral pouvait déjà prendre la plupart de ses mesures dans le cadre de la situation particulière (interdiction de manifestations, fermeture des écoles, interdiction de certaines activités dans des lieux définis, et même confinements locaux ou confinement national). Même en situation extraordinaire, l'exécution incombe aux cantons. Outre les mesures prises en telle situation, le Conseil fédéral peut prendre d'autres mesures qui ne sont pas explicitement mentionnées dans la loi.

Le directeur de l'OFJ a souligné que la compétence du Conseil fédéral relevant du droit de nécessité (art. 185, al. 3, Cst.) revêtait une grande importance en situation extraordinaire. Cette compétence implique que le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances et prendre des décisions même si aucune disposition légale ne l'y autorise, en s'appuyant directement sur la disposition constitutionnelle concernée.