

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.

S'agissant de la relation entre l'art. 7 LEp et l'art. 185, al. 3, Cst., le directeur de l'OFJ a estimé que l'art. 7 LEp était de nature purement déclaratoire et que le Conseil fédéral avait déjà défendu ce point de vue dans son message relatif à la LEp, lequel mentionne explicitement la compétence constitutionnelle fondée sur le droit de nécessité. Pour cette raison, selon le directeur, il y a lieu d'opérer une distinction entre, d'une part, les mesures qui sont édictées pour prévenir l'apparition et la propagation des maladies transmissibles et se fondent directement sur l'art. 7 LEp et, d'autre part, les mesures subséquentes, comme celles qui visent à atténuer les conséquences économiques : ces dernières relèvent directement de la compétence découlant du droit de nécessité.

Dans l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a introduit plusieurs éléments constitutifs d'une infraction afin de sanctionner le non-respect de certaines mesures, les peines prévues étant des peines pécuniaires ou des peines privatives de liberté de trois ans au plus. La CdG-N s'est penchée sur la légalité de cette introduction, en particulier parce que la LEp ne prévoit que des contraventions. Le directeur de l'OFJ a expliqué que cette procédure se fondait directement sur la compétence constitutionnelle relevant du droit de nécessité, qui permettait donc de la légitimer. S'il a reconnu qu'une peine privative de liberté était une atteinte grave à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) et que, à ce titre, elle devait faire l'objet d'une loi formelle, il a précisé que la compétence du Conseil fédéral relevant du droit de nécessité constituait justement l'exception à ce principe : il s'agit de concrétiser la clause générale de police prévue à l'art. 36, al. 1 (3^e phrase), Cst. Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique dans un arrêt portant sur un cas antérieur²²⁶. Étant donné que l'art. 7 LEp est de nature purement déclaratoire et qu'il constitue, à ce titre, une concrétisation ou un cas d'application de la compétence relevant du droit de nécessité, le Conseil fédéral peut se fonder sur l'art. 7 LEp pour prévoir des peines privatives de liberté lorsqu'il s'agit de lutter contre une épidémie.

Le fait que le préambule de l'ordonnance 2 COVID-19 ne se réfère pas à la compétence constitutionnelle relevant du droit de nécessité ne joue aucun rôle, car un préambule n'a aucune portée normative, ce qui correspond à la jurisprudence de la plus haute instance judiciaire²²⁷. Aussi bien le cadre légal que la peine prévue pour le cas d'espèce doivent résister à un examen de la proportionnalité. La fixation de la peine au cas par cas incombe toutefois aux tribunaux et n'est pas soumise au droit de nécessité : celui-ci constitue une entorse à la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif, mais ne concerne pas le pouvoir judiciaire.

À l'issue de l'audition, la CdG-N a décidé d'écrire à la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) pour lui soumettre plusieurs questions, en la priant d'en tenir compte lors de ses travaux liés à l'éventuelle nécessité de prendre des mesures législatives dans le contexte de la pandémie de Covid-19. Dans le présent rapport, il a déjà été mentionné que la légalité de l'application du droit de nécessité par le Conseil fédéral ne pouvait faire l'objet d'aucune évaluation définitive ou complète, car les CdG n'ont pas encore conclu les différents travaux qu'elles mènent à ce sujet. Toutefois, la CdG-N peut souligner ici qu'elle n'a pour l'instant

²²⁶ ATF 123 IV 29, 38

²²⁷ ATF 144 II 454, 464

constaté aucun signe d'un comportement illicite du Conseil fédéral dans le cadre de l'application du droit de nécessité.

4.8 Chancellerie fédérale

4.8.1 Gestion de la crise par le Conseil fédéral

À sa séance du 20 mai 2020, le Conseil fédéral a décidé d'évaluer sa gestion de la crise et de charger la Chancellerie fédérale de lui présenter une stratégie en la matière d'ici au 26 août 2020. Les résultats de l'évaluation sont disponibles depuis le 11 décembre 2020.

En octobre 2020, la CdG-E s'est penchée sur la stratégie de la Chancellerie fédérale et a auditionné le chancelier de la Confédération, qui lui en a présenté la teneur. En préambule, le chancelier a souligné que de nombreuses évaluations étaient en cours dans les départements et les offices et que le Parlement avait confié encore d'autres évaluations au Conseil fédéral. Dans ce contexte, la Chancellerie fédérale a décidé de restreindre l'évaluation dont il est question ici aux quatre thèmes suivants : la fermeture des frontières et les assouplissements des mesures prises aux frontières ; la garantie de l'accès aux soins médicaux ; la formation post-obligatoire ; les exploitations de restauration en tant qu'établissements particulièrement concernés sur le plan économique. Le Conseil fédéral espère pouvoir tirer rapidement des conclusions dans ces quatre domaines, afin de s'en servir pour gérer la suite de la crise. Parallèlement, le chancelier de la Confédération a souligné que cette liste de thèmes n'était pas exhaustive et qu'une évaluation judicieuse de la gestion de la crise ne pourrait être définitivement effectuée qu'à long terme, notamment en établissant des comparaisons avec d'autres pays.

Les acteurs concernés ont été fortement impliqués dans l'évaluation. Les conclusions, qui ont été soumises au Conseil fédéral sous forme de recommandations, n'ont pas été effectuées en externe. La Chancellerie fédérale a rédigé la proposition correspondante à l'intention du Conseil fédéral. Le chancelier de la Confédération a précisé qu'un aspect important de l'évaluation résidait dans le fait que les enseignements tirés de cette crise devraient pouvoir être utilisés lors de la gestion d'éventuelles crises ultérieures.

La CdG-E a décidé d'attendre les résultats de l'évaluation avant de poursuivre ses travaux relatifs à la gestion de la crise par le Conseil fédéral. Selon les informations fournies par la Chancellerie fédérale, l'évaluation devrait être achevée à la fin de l'année 2020 et les résultats sont disponibles depuis. La CdG-E se penchera sur l'évaluation effectuée par le Conseil fédéral et poursuivra ses travaux relatifs à la gestion de la crise par le gouvernement en 2021.

4.8.2 Détection précoce des crises

En octobre 2020, la CdG-E s'est penchée sur la détection précoce des crises. Au niveau du Conseil fédéral, la détection précoce des crises est du ressort de la Chan-