

---

# L'État de droit, une perspective de droit comparé

---

Suisse

---



ÉTUDE

---

EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Unité Bibliothèque de droit comparé  
PE 745.684 – Mai 2023





# L'ÉTAT DE DROIT, UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ

## Suisse

ÉTUDE

Mai 2023

### Résumé

Ce document s'intègre dans une série d'études qui, avec une perspective de droit comparé, visent à faire une présentation du concept d'État de droit dans différents ordres juridiques. Après avoir expliqué la normative et la jurisprudence d'application, le contenu, les limites et la possible évolution de ce concept sont examinés.

La présente étude a pour objet le cas de la Suisse.

Elle met en exergue les caractéristiques de l'État de droit en Suisse : une conception large et ouverte de ce concept, d'une part, et une prépondérance de l'élément démocratique par rapport aux principes de l'État de droit, d'autre part. Comparée à la plupart des autres États examinés dans la présente série, la préservation de l'État de droit repose davantage sur des garde-fous politiques, ancrés dans la culture politique, que sur des mécanismes institutionnels ou juridictionnels. L'absence du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, un contrôle très limité de la validité des initiatives populaires fédérales tendant à la révision de la Constitution, et des garanties institutionnelles relativement faibles de l'indépendance des juges fédéraux illustrent ce point.

## AUTEUR

Ce document a été rédigé par **Prof. Dr Maya HERTIG RANDALL**, Professeure à l'Université de Genève, à la demande de l'Unité « Bibliothèque de droit comparée », Direction générale des services de recherche parlementaire (DG EPRS), Secrétariat général du Parlement européen.

## ÉDITEUR

Prof. Dr Ignacio DÍEZ PARRA, chef de l'Unité « Bibliothèque de droit comparé »

Pour contacter l'Unité, veuillez écrire à l'adresse : [EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu](mailto:EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu)

## VERSIONS LINGUISTIQUES

Original : FR

Ce document est disponible sur Internet à l'adresse suivante :

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_STU\(2023\)745684](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2023)745684)

## CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ

Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen. Il est dirigé aux députés et au personnel du Parlement afin de contribuer à leur travail parlementaire.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source, information préalable de l'Unité responsable et transmission d'un exemplaire à celle-ci ([EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu](mailto:EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu)).

Manuscrit achevé en mai 2023

Bruxelles © Union européenne, 2023.

Crédits photo : © natatravel / Adobe Stock

PE 745.684

Papier ISBN : 978-92-848-0590-7

DOI : 10.2861/041

QA-08-23-054-FR-C

PDF ISBN : 978-92-848-0589-1

DOI : 10.2861/49372

QA-08-23-054-FR-N

## Table des Matières

<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>IX</b>
<b>Synthèse .....</b>	<b>XI</b>
<b>I. Brève évolution historique de la reconnaissance de l'État de droit en Suisse.....</b>	<b>1</b>
I.1. Son apparition.....	1
I.1.1. La consécration progressive des principes de l'État de droit.....	2
I.1.1.1 La période antérieure à la création de l'État fédéral suisse.....	2
I.1.1.2 La Constitution de 1848.....	2
I.1.1.3 La Constitution de 1874.....	4
I.1.1.4 Développements ultérieurs jusqu'à la fin du XXème siècle.....	5
I.1.2. Les consécutions explicites de la notion de l'État de droit dans la Constitution de 1999.....	6
I.2. Les facteurs qui ont fait évoluer la notion ensuite.....	8
<b>II. Dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles .....</b>	<b>10</b>
II.1. Dispositions au niveau constitutionnel.....	10
II.1.1. Niveau fédéral.....	10
II.1.2. Niveau cantonal.....	13
II.2. Dispositions infra-constitutionnelles au niveau fédéral.....	16
II.2.1. Lois avec mention explicite de la notion de l'État de droit.....	16
II.2.1.1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937.....	16
II.2.1.2 Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997.....	17
II.2.1.3 Loi fédérale sur le renseignement du 25 septembre 2015.....	17
II.2.1.4 Ordonnance sur la nationalité suisse du 17 juin 2016.....	18
II.2.1.5 Règlement de service de l'armée du 22 juin 1994.....	18
II.2.1.6 Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police.....	19
II.2.2. Lois régissant le fonctionnement des organes fédéraux.....	20
II.2.2.1 Loi sur les droits politiques du 17 décembre 1976.....	20
II.2.2.2 Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002.....	21
II.2.2.3 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997.....	22
II.2.2.4 Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005.....	25
II.2.2.5 Lois sur les autres autorités judiciaires de la Confédération.....	27
II.2.3. Lois régissant la procédure et la protection juridictionnelle.....	28
II.2.3.1 Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968.....	28
II.2.3.2 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007.....	28
II.2.3.3 Code de procédure civile du 19 décembre 2008.....	29
II.2.4. Lois mettant en œuvre les exigences du principe de légalité.....	30
II.2.4.1 Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004.....	30
II.2.4.2 Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958.....	31
II.2.5. Lois régissant les situations extraordinaires .....	33
II.2.5.1 Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 .....	33
II.2.5.2 Autres lois.....	35

<b>III. La jurisprudence du Tribunal fédéral la plus pertinente en la matière.....</b>	<b>36</b>
III.1. Arrêts avec mention explicite de la notion de l'État de droit.....	36
III.1.1. ATF 89 I 92.....	36
III.1.2. ATF 94 I 513.....	37
III.1.3. ATF 104 IV 22.....	37
III.1.4. ATF 109 la 273 <i>Vest</i> .....	38
III.1.5. ATF 112 Ib 606.....	39
III.1.6. ATF 114 la 50.....	39
III.1.7. ATF 139 I 129 et ATF 141 I 211.....	39
III.2. Arrêts sur le principe de légalité.....	40
III.2.1. ATF 103 IV 192 <i>Favre</i> .....	40
III.2.2. ATF 103 la 369 <i>Wäffler</i> .....	41
III.3. Arrêts sur la naturalisation.....	41
III.3.1. ATF 129 I 217 <i>Emmen</i> et ATF 129 I 232 <i>Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich</i> .....	42
III.3.2. ATF 138 I 305 <i>Politische Gemeinde Oberriet</i> .....	44
III.4. Arrêts sur le respect du droit international et le contrôle de conventionnalité.....	45
III.4.1. ATF 125 II 417 <i>PKK</i> .....	45
III.4.2. ATF 139 I 16.....	46
III.4.3. ATF 142 II 35.....	47
III.5. Arrêts sur la protection juridictionnelle effective.....	48
III.5.1. ATF 3, 425 <i>Robatel</i> .....	48
III.5.2. ATF 138 I 61 <i>Kiener Nellen</i> .....	49
III.5.3. ATF 147 I 333.....	49
III.6. Arrêts portant sur les situations extraordinaires.....	50
III.6.1. ATF 137 II 431 <i>Finma</i> .....	50
III.6.2. ATF 141 I 20.....	51
III.6.3. ATF 147 I 450 et ATF 147 I 393.....	52
III.6.4. ATF 148 I 33 et ATF 148 I 19.....	52
<b>IV. L' « État de droit » et ses défis.....</b>	<b>54</b>
IV.1. L' « État de droit » : un concept non univoque ?.....	54
IV.1.1. La tradition doctrinale initiale dans l'ordre juridique suisse.....	54
IV.1.2. État de droit et droit naturel.....	55
IV.1.3. L'État de droit et ses adjectifs.....	56
IV.1.3.1 Fédéral.....	59
IV.1.3.2 Démocratique.....	63
IV.1.3.2.a) Caractéristiques de la démocratie suisse.....	63
IV.1.3.2.b) Le rapport entre la démocratie et l'État de droit.....	65
IV.1.3.3 Social.....	70
IV.2. Portée de l'État de droit : éléments acquis.....	72
IV.2.1. Principe de légalité.....	72
IV.2.1.1 Fondements et portée.....	72
IV.2.1.2 Exceptions.....	74
IV.2.1.3 Exigences découlant du principe de légalité.....	75
IV.2.1.4 Dispositions concrétisant le principe de légalité.....	77
IV.2.2. Principe de sécurité juridique.....	79
IV.2.3. Principe de protection juridictionnelle effective.....	80
IV.2.4. Principe de séparation des pouvoirs.....	83
IV.2.4.1 Au niveau fédéral.....	83
IV.2.4.2 Au niveau des cantons.....	85

IV.2.4.3 La séparation des pouvoirs comme un droit constitutionnel.....	86
IV.2.5. Principe de hiérarchie des normes (notamment les cas problématiques du droit d'urgence).....	86
IV.2.5.1 Fondements.....	86
IV.2.5.2 Le droit de nécessité.....	87
IV.2.5.2.a) Les lois fédérales urgentes.....	88
IV.2.5.2.b) Les ordonnances de nécessité.....	89
IV.2.6. Droits fondamentaux.....	92
IV.2.6.1 Généralités.....	92
IV.2.6.2 Égalité et non-discrimination.....	96
IV.2.6.3 Liberté d'expression et d'information (médias).....	100
IV.2.6.4 Interdiction de l'arbitraire.....	104
IV.2.6.5 Protection de la bonne foi.....	105
IV.2.7. Autres: .....	107
IV.2.7.1 Principe de publicité du droit.....	107
IV.2.7.2 Principe de non-rétroactivité des lois.....	109
IV.2.7.3 Principes de l'intérêt public et de la proportionnalité.....	110
IV.2.7.4 Principe de la bonne foi.....	112
IV.3. Portée de l'État de droit : éléments qui pourraient en faire partie à l'avenir.....	114
IV.3.1. De nouveaux droits fondamentaux ?.....	114
IV.3.1.1 Renforcement des libertés de communication.....	114
IV.3.1.2 Renforcement de l'interdiction des discriminations.....	116
IV.3.1.3 Renforcement des droits sociaux.....	117
IV.3.1.4 Renforcement des garanties de l'État de droit.....	118
IV.3.2. Autres .....	119
IV.4. Mécanismes de protection de l'État de droit.....	121
IV.4.1. Contrôle de constitutionnalité des normes.....	122
IV.4.1.1 Contrôle de constitutionnalité des normes fédérales.....	122
IV.4.1.1.a) Immunité des lois fédérales.....	123
IV.4.1.1.b) Contrôle des actes infra-légaux.....	125
IV.4.1.2 Contrôle de constitutionnalité des normes cantonales et communales.....	125
IV.4.2. Conflits juridictionnels entre organes ou entités étatiques.....	126
IV.4.3. Le recours pour violation des droits et libertés fondamentaux et les autres recours que peuvent présenter les particuliers.....	128
IV.4.4. Indépendance des organes de contrôle.....	130
IV.4.4.1 Juges.....	131
IV.4.4.2 Ministère public.....	135
IV.5. Concept d'État de droit proposé par l'autrice de l'étude.....	138
IV.6. Défis à l'État de droit.....	140
<b>V. Conclusions.....</b>	<b>146</b>
<b>Liste des dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles citées.....</b>	<b>149</b>
<b>Liste des arrêts du Tribunal fédéral cités .....</b>	<b>152</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>154</b>
<b>Liste des sites internet consultés.....</b>	<b>165</b>
<b>Bibliographie utilisée dans les notes de l'éditeur .....</b>	<b>166</b>
<b>Liste des publications de la Bibliothèque de droit comparé du Parlement européen.</b>	<b>171</b>

## Liste des encadrés

<b>ENCADRÉ 1</b> .....	<b>3</b>
Cst.1848, Art. 53.....	3
<b>ENCADRÉ 2</b> .....	<b>5</b>
1848/74, Art. 4.....	5
<b>ENCADRÉ 3</b> .....	<b>10</b>
Cst., Art. 5 - Principes de l'activité de l'État régi par le droit.....	10
<b>ENCADRÉ 4</b> .....	<b>12</b>
Cst., Art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2.....	12
<b>ENCADRÉ 5</b> .....	<b>14</b>
Cst.BE, Art. 66.....	14
<b>ENCADRÉ 6</b> .....	<b>15</b>
Cst.LU, § 1.....	15
<b>ENCADRÉ 7</b> .....	<b>16</b>
CP, Art. 260 quinquies.....	16
<b>ENCADRÉ 8</b> .....	<b>17</b>
LMSI, Art. 1 : But.....	17
<b>ENCADRÉ 9</b> .....	<b>18</b>
LRens, Art. 2 : But.....	18
<b>ENCADRÉ 10</b> .....	<b>18</b>
OLN, Art. 5 : Respect des valeurs de la Constitution.....	18
<b>ENCADRÉ 11</b> .....	<b>19</b>
Règlement de service de l'armée.....	19
<b>ENCADRÉ 12</b> .....	<b>19</b>
Org DFJP, Art. 6 : Objectifs et fonctions.....	19
<b>ENCADRÉ 13</b> .....	<b>21</b>
Loi sur le Parlement.....	21
<b>ENCADRÉ 14</b> .....	<b>23</b>
Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration.....	23
<b>ENCADRÉ 15</b> .....	<b>26</b>
Loi sur le Tribunal fédéral.....	26
<b>ENCADRÉ 16</b> .....	<b>28</b>
PA, Art. 25a.....	28
<b>ENCADRÉ 17</b> .....	<b>29</b>
Code de procédure pénale.....	29
<b>ENCADRÉ 18</b> .....	<b>30</b>
Code de procédure civile.....	30
<b>ENCADRÉ 19</b> .....	<b>31</b>
Loi sur les publications officielles.....	31
<b>ENCADRÉ 20</b> .....	<b>32</b>
Loi sur la Responsabilité.....	32
<b>ENCADRÉ 21</b> .....	<b>34</b>
Loi sur les épidémies.....	34

<b>ENCADRÉ 22</b> .....	<b>35</b>
LP, Art. 62.....	35
<b>ENCADRÉ 23</b> .....	<b>35</b>
LAP, Art. 34 : Suspension de certaines dispositions d'autres actes.....	35
<b>ENCADRÉ 24</b> .....	<b>37</b>
ATF 89 I 92.....	37
<b>ENCADRÉ 25</b> .....	<b>37</b>
ATF 94 I 513.....	37
<b>ENCADRÉ 26</b> .....	<b>38</b>
ATF 104 II 22.....	38
<b>ENCADRÉ 27</b> .....	<b>38</b>
ATF 109 la 273 <i>Vest</i> .....	38
<b>ENCADRÉ 28</b> .....	<b>39</b>
ATF 114 la 50.....	39
<b>ENCADRÉ 29</b> .....	<b>40</b>
ATF 139 I 129.....	40
<b>ENCADRÉ 30</b> .....	<b>40</b>
ATF 141 I 211.....	40
<b>ENCADRÉ 31</b> .....	<b>41</b>
ATF 103 IV 192 <i>Favre</i> .....	41
<b>ENCADRÉ 32</b> .....	<b>41</b>
ATF 103 la 369 <i>Wäffler</i> .....	41
<b>ENCADRÉ 33</b> .....	<b>42</b>
ATF 129 I 217 <i>Emmen</i> et ATF 129 I 232 <i>Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich</i> .....	42
<b>ENCADRÉ 34</b> .....	<b>44</b>
ATF 138 I 305 <i>Politische Gemeinde Oberriet</i> .....	44
<b>ENCADRÉ 35</b> .....	<b>45</b>
ATF 125 II 417 <i>PKK</i> .....	45
<b>ENCADRÉ 36</b> .....	<b>47</b>
ATF 139 I 16.....	47
<b>ENCADRÉ 37</b> .....	<b>48</b>
ATF 143 II 35.....	48
<b>ENCADRÉ 38</b> .....	<b>48</b>
ATF 3, 425 <i>Robatel</i> .....	48
<b>ENCADRÉ 39</b> .....	<b>49</b>
ATF 138 I 61 <i>Kiener Nellen</i> .....	49
<b>ENCADRÉ 40</b> .....	<b>50</b>
ATF 147 I 333.....	50
<b>ENCADRÉ 41</b> .....	<b>50</b>
ATF 137 II 431 <i>Finma</i> .....	50
<b>ENCADRÉ 42</b> .....	<b>51</b>
ATF 141 I 20.....	51
<b>ENCADRÉ 43</b> .....	<b>52</b>
ATF 147 I 450 et ATF 147 I 393.....	52

<b>ENCADRÉ 44</b> .....	<b>53</b>
ATF 148 I 33.....	53
<b>ENCADRÉ 45</b> .....	<b>53</b>
ATF 148 I 19.....	53
<b>ENCADRÉ 46</b> .....	<b>63</b>
Constitution du canton de Bâle-Campagne § 2 : Forme d'État démocratique.....	63
<b>ENCADRÉ 47</b> .....	<b>77</b>
Cst., art. 164 : Législation.....	77
<b>ENCADRÉ 48</b> .....	<b>78</b>
Cst., art. 127 : Principes régissant l'imposition.....	78
<b>ENCADRÉ 49</b> .....	<b>81</b>
Cst., art. 29a : Garantie de l'accès au juge.....	81
<b>ENCADRÉ 50</b> .....	<b>88</b>
Cst., art. 165 : Législation d'urgence.....	88
<b>ENCADRÉ 51</b> .....	<b>89</b>
Cst., art. 173, 184 et 185.....	89
<b>ENCADRÉ 52</b> .....	<b>93</b>
Cst., Art. 35 et 36 : Dispositions générales sur les droits fondamentaux.....	93
<b>ENCADRÉ 53</b> .....	<b>98</b>
Cst., Art. 8 : Égalité.....	98
<b>ENCADRÉ 54</b> .....	<b>100</b>
Cst. : Libertés de communication.....	100
<b>ENCADRÉ 55</b> .....	<b>104</b>
Cst., Art. 9 : Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi.....	104
<b>ENCADRÉ 56</b> .....	<b>122</b>
Cst., art. 189 al. 4 et art. 190.....	122
<b>ENCADRÉ 57</b> .....	<b>127</b>
Cst., art. 189 et LTF, art. 120.....	127
<b>ENCADRÉ 58</b> .....	<b>128</b>
Cst., Art. 189 al. 1 : Compétences du Tribunal fédéral.....	128
<b>ENCADRÉ 59</b> .....	<b>129</b>
LTF, Section 2 Motifs de recours, Art. 95 : Droit suisse.....	129
<b>ENCADRÉ 60</b> .....	<b>131</b>
Cst., arts. 30 et 191.....	131

## Liste des abréviations

<b>art.</b>	Article
<b>ALCP</b>	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes
<b>ASDPO</b>	Association suisse de droit public de l'organisation
<b>CC</b>	Code civil suisse
<b>CP</b>	Code pénal suisse
<b>Cf.</b>	<i>Confer</i>
<b>CEDH</b>	Convention européenne des droits de l'homme
<b>CDFUE</b>	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
<b>CJCE</b>	Cour de justice des Communautés européennes
<b>CJUE</b>	Cour de justice de l'Union européenne
<b>CourEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CP</b>	Code pénal suisse
<b>CPC</b>	Code de procédure civile
<b>CPP</b>	Code de procédure pénale
<b>Cst.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
<b>Cst.1848</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848
<b>Cst.1874</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
<b>Cst.BE</b>	Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993
<b>Cst.LU</b>	Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007
<b>EJIL</b>	<i>European Journal of International Law</i>
<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>GRECO</b>	Groupe d'Etats contre la corruption
<b>LAP</b>	Loi sur l'approvisionnement du pays
<b>LAPG</b>	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain
<b>LB</b>	Loi sur les banques
<b>LDP</b>	Loi sur les droits politiques
<b>LEp</b>	Loi sur les épidémies
<b>LMSI</b>	Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure
<b>LN</b>	Loi sur la nationalité suisse
<b>LOAP</b>	Loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération
<b>LOGA</b>	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration
<b>LP</b>	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite

<b>LParl</b>	Loi sur le Parlement (Loi sur l'Assemblée fédérale)
<b>LPubl</b>	Loi sur les publications officielles
<b>LRCF</b>	Loi sur la responsabilité de la Confédération
<b>LRens</b>	Loi fédérale sur le renseignement
<b>LTAF</b>	Loi sur le Tribunal administratif fédéral
<b>LTF</b>	Loi sur le Tribunal fédéral
<b>LTFB</b>	Loi sur le Tribunal fédéral des brevets
<b>LTrans</b>	Loi sur la transparence
<b>N</b>	Note marginale (dans un commentaire)
<b>n°</b>	Numéro (aussi d'une note marginale dans un ouvrage autre que dans un commentaire)
<b>NdE</b>	Note de l'éditeur
<b>NZZ</b>	<i>Neue Zürcher Zeitung</i>
<b>OLN</b>	Ordonnance sur la nationalité Suisse
<b>Org DFJP</b>	Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police
<b>p.</b>	Page
<b>PA</b>	Loi fédérale sur la procédure administrative
<b>Pacte I</b>	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1
<b>Pacte II</b>	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2
<b>§</b>	Paragraphe
<b>RDLF</b>	Revue des droits et libertés fondamentaux
<b>RDS</b>	Revue de droit suisse
<b>RJB</b>	Revue de la société des juristes bernois
<b>RO</b>	Recueil officiel du droit fédéral
<b>RS</b>	Recueil systématique du droit fédéral [suisse]
<b>RSA</b>	Règlement de service de l'armée
<b>s.</b>	Suivant
<b>ss</b>	Suivants
<b>TF</b>	Tribunal fédéral
<b>ZBI</b>	<i>Zentralblatt</i>

## Synthèse

Cette étude, consacrée à l'État de droit en Suisse, a fait ressortir la complexité de cette notion. Utilisée dans les discussions juridiques, politiques et philosophiques, la connotation de l'État de droit a changé à travers le temps. Selon les époques et les contextes, l'État de droit a été mobilisé comme antithèse d'un État policier, ou comme l'opposé d'un État clérical, mais aussi comme concept hostile à l'État social, ou une idée superflue dans un régime démocratique. Cette dernière réserve à l'égard de l'État de droit montre l'influence de la conception allemande en Suisse, qui a servi à la fois de référentiel positif et négatif. La conception helvétique de l'État de droit est cependant aussi tributaire des idées des Révolutions françaises et américaines, qui ont influencé l'histoire constitutionnelle suisse au 18<sup>ème</sup> et au 19<sup>ème</sup> siècle. Dans la première Constitution fédérale, adoptée en 1848, le concept de l'État de droit n'a pas occupé une place significative. Les différents principes rattachés à l'État de droit se sont progressivement développés, depuis 1974 sous l'influence significative de la CEDH. La Constitution de 1999 les a codifiés en partie, et contient une référence explicite à l'État de droit : l'art. 5 Cst., intitulé « *Principes de l'activité de l'État régi par le droit* » / *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* » / « *Stato di diritto* » énonce à titre exemplatif des principes de nature à la fois formelle (principe de légalité, primauté du droit international) et matérielle (principes de l'intérêt public, de la proportionnalité, et de la bonne foi). D'autres principes, rattachés à l'art. 5 Cst. ou découlant d'autres dispositions de la Constitution, complètent les principes mentionnés. La doctrine s'est davantage intéressée aux divers principes, rassemblés sous le concept de l'État de droit, qu'à cette dernière notion, qui reste partiellement ouverte et évolutive. La législation contient très peu de références au concept de l'État de droit, qui figurent par ailleurs en partie dans des lois particulièrement sensibles sous l'angle des droits fondamentaux. La jurisprudence recourt aussi de façon parcimonieuse au concept de l'État de droit, et s'y est référée notamment comme un argument à l'appui de la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux, ou pour sanctionner des violations flagrantes de droits, en traçant une ligne de démarcation entre les méthodes admissibles dans une démocratie fondée sur le droit, par opposition à des régimes et acteurs qui n'adhèrent pas à ces valeurs.

La doctrine et la jurisprudence contemporaines considèrent que l'État de droit est un principe structurant de l'ordre constitutionnel, en plus d'autres principes, en particulier le principe démocratique, le principe fédéral et le principe social. Ces principes ne sont pas subordonnés les uns aux autres. Se situant sur le même pied d'égalité, et de nature complémentaire, ils doivent être coordonnés entre eux. Il n'empêche qu'avant tout le principe démocratique, mais aussi le principe fédéral, ont tendance à jouer un rôle identitaire plus fort en Suisse que l'État de droit, ce qui est reflété dans certaines spécificités de l'ordre constitutionnel suisse et de la conception de l'État de droit. Un exemple très parlant est la nature limitée de la juridiction constitutionnelle, qui ne permet pas de censurer les lois fédérales contraire à la Constitution (art. 190 Cst.). Des nombreuses tentatives de réforme, lancées pour combler cette lacune dans la protection juridictionnelle, ont toutes été combattues avec succès au nom de la démocratie semi-directe suisse. Un autre exemple concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire. Mesurés à l'aune des standards internationaux de l'État de droit, le mode d'élection, et surtout la possibilité de réélection des juges fédéraux après un mandat relativement court (6 ans), n'offrent pas des garanties suffisantes mais continuent à recevoir un soutien considérable au nom du principe démocratique. L'ordre constitutionnel accorde en plus une très grande confiance au peuple. L'initiative populaire permet aux citoyennes et citoyens de proposer une révision de la Constitution moyennant la récolte de 100'000 signatures à l'appui d'un projet rédigé de toutes pièces. Bien que le pouvoir du peuple ne soit pas illimité, les cautions juridiques sont très limitées, et leur contrôle incombe aux autorités politiques et non au pouvoir judiciaire. Cette situation a eu pour conséquence que des initiatives manifestement

incompatibles avec les conventions internationales vouées à la protection des droits humains (CEDH) et d'autres traités internationaux (ALCP) ont été déclarées valides et ont pu intégrer le texte de la Constitution, une fois acceptées en votation populaire par le peuple et les cantons. L'approche helvétique pour remédier à cette situation n'a pas consisté à renforcer les cautions juridiques et les contrôles en amont, mais à désamorcer le potentiel de conflit au niveau de l'application et de la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles problématiques, par une interaction entre le pouvoir judiciaire, les autorités politiques, et le peuple. Celui-ci a été intégré dans ce processus par le biais des instruments de démocratie directe (initiative et référendum), et a légitimé la stratégie de désamorçage des autres pouvoirs. En vertu d'une longue tradition d'une démocratie semi-directe et de concordance, le principe démocratique n'est dans le contexte helvétique pas seulement un risque pour l'État de droit, mais aussi, et avant tout, une ressource importante, qui a été à de nombreuses reprises mobilisée pour protéger ou faire avancer l'État de droit, notamment pour contraindre le Gouvernement à mettre fin au régime de pleins pouvoirs après les deux Guerres mondiales, ou pour réaliser davantage de transparence du financement de la vie politique. Assurer que la démocratie reste avant tout une ressource pour préserver l'État de droit démocratique, et contrer des conceptions absolutistes qui réduisent la démocratie aux décisions majoritaires du moment, a été un défi par le passé et en restera un à l'avenir. A ce défi s'ajoutent d'autres qui y sont en partie liés : éviter que des préoccupations sécuritaires prennent le dessus sur la liberté ; rendre les principes de l'État de droit davantage opérationnels à l'égard des acteurs privés (notamment les entreprises multinationales), et en dehors du territoire national ; renforcer la transparence et le contrôle dans la sphère du numérique, et procéder à une évaluation de l'arsenal du droit d'urgence à l'aune de la gestion des crises récentes, pour proposer des pistes de réformes adaptées à un monde où les lignes de démarcation entre l'état ordinaire et les situations extraordinaires risquent de s'estomper encore davantage.

## I. Brève évolution historique de la reconnaissance de l'État de droit en Suisse

En Suisse, la notion même de l'État de droit<sup>1\*</sup> n'a fait son apparition dans le texte de la Constitution fédérale que très tardivement, en 1999 (*infra* I.1.2). Un penchant vers le pragmatisme de la doctrine et de la pratique suisses explique en partie cette consécration récente. Il va de pair avec une dose de scepticisme à l'égard de concepts considérés comme étant trop abstraits<sup>2</sup>. Alors que les diverses composantes de l'État de droit ont donné lieu à des discussions animées<sup>3</sup>, le concept en tant que tel n'a pas fait l'objet de nombreuses études et controverses, ce qui amène une partie de la doctrine à dire que « *l'État de droit n'a pas joué un rôle essentiel, ni en pratique ni dans la théorie* »<sup>4</sup>. Ce constat est également dû à la place centrale qu'occupent d'autres principes au sein de l'ordre constitutionnel suisse : le fédéralisme et avant tout la démocratie directe jouent un rôle identitaire plus fort que l'État de droit et le concept de constitution<sup>5</sup>. Un « patriotisme constitutionnel », comparable à l'Allemagne ou aux États-Unis, ne s'est pas établi en Suisse<sup>6</sup>. En particulier la démocratie, et les liens qu'elle entretient avec l'État de droit, sont des thèmes qui reviendront à de nombreuses reprises dans la présente étude.

### I.1. Son apparition

Considérer la consécration formelle de la notion de l'État de droit dans la Constitution fédérale comme le moment de « l'apparition » de ce concept dans l'ordre juridique helvétique serait trompeur et réducteur. Plus proche de la réalité et de la conception large, ouverte et peu théorisée de l'État de droit en Suisse<sup>7</sup> nous paraît une approche qui retrace les grandes lignes

<sup>1</sup> En Suisse, les lettres majuscules ne sont en règle générale pas accentuées. Par souci d'uniformité, nous avons adapté l'orthographe dans des extraits de lois, de jurisprudence ou dans des citations.

\* NdE : Dans la présente série d'études sur « **l'État de droit** », voir aussi :

- **Allemagne** : REIMER, F.: [Der Rechtsstaat, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), März 2023, XVI und 149 S., Referenz PE 745.674;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J.: [L'État de droit, une perspective de droit comparé : Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2023, X et 138 pp., référence PE 745.673;
- **France** : PONTHEAU, M.-C.: [L'État de droit, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2023, IX et 119 pp., référence PE 745.676;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: [El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril de 2023, XIV y 157 pp., referencia PE 745.677.

<sup>2</sup> SCHINDLER (2014), p. 106, N 6; voir aussi BIAGGINI (2017), p. 104, N 3, qui relève que la garantie effective des principes fondamentaux de l'État de droit est plus importante que le concept de l'État de droit et sa définition.

<sup>3</sup> Voir SCHINDLER (2014), p. 106, N 6.

<sup>4</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG/FLÜCKIGER (2021b), p. 540, n° 1088.

<sup>5</sup> Dans ce sens, HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (2020), p. 155, n° 468 avec une comparaison avec l'Allemagne. Au sujet de la prépondérance du principe démocratique par rapport à l'État de droit, voir aussi HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (2020), p. 42, n° 179a.

<sup>6</sup> DIGGELMANN (2011); DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/SCHINDLER (2020), p. 7 s. n° 6, p. 9 s., n° 8.

<sup>7</sup> Voir p.ex. EPINEY (2014), p. 93, N 18, qui décrit l'État de droit en Suisse comme une « idée fondamentale », un « concept ouvert » et non comme une « véritable notion » (traduit par l'autrice).

de l'émergence progressive et de l'évolution des différentes composantes<sup>8</sup>, formelles et matérielles, de l'État de droit dans l'ordre juridique helvétique. Nous distinguerons la période jusqu'à 1999, pendant laquelle les principes liés à l'État de droit émergent en Suisse (*infra*, I.1.1) et la période subséquente, quand l'État de droit trouve sa première mention explicite dans la Constitution fédérale (*infra*, I.1.2). La section I.2 mettra en exergue les facteurs qui ont marqué les discussions sur l'État de droit depuis lors.

### **I.1.1. La consécration progressive des principes de l'État de droit**

#### **I.1.1.1 La période antérieure à la création de l'État fédéral suisse**

Compris dans un sens large<sup>9</sup>, comme un concept qui rassemble toute une série de principes qui seront examinés au sein de cette étude, l'État de droit plonge ses racines loin dans l'histoire<sup>10</sup>. Sous l'égide du régime de l'ancienne Confédération, une confédération de petits États indépendants (nommés cantons) qui précédait la création de l'État fédéral suisse, l'on trouve des traces de certaines exigences, comme l'impartialité et l'incorruptibilité de la justice, et la formalisation du processus judiciaire, qui remontent à la fin du Moyen Âge<sup>11</sup>.

Sous l'influence de la Révolution française, la Constitution de la République Helvétique (1789-1803), transforme l'alliance des cantons souverains en un État unitaire selon le modèle français, et marque le début de la modernisation politique. Elle introduit le principe de la séparation des pouvoirs, et une composante matérielle de l'État de droit, la première consécration de droits et libertés individuelles en Suisse<sup>12</sup>. Même si la période de la République Helvétique est de courte durée, ses apports au niveau de l'État de droit perdurent. Avec la montée du libéralisme et le rejet de l'Ancien Régime en Suisse, un nombre considérable de cantons, majoritairement protestants, se dotent à partir de 1831 de nouvelles constitutions inspirées par le principe de la séparation des pouvoirs. Celles-ci contiennent des garanties de droits fondamentaux et proclament la souveraineté populaire. Cette période, entrée dans l'histoire sous le nom de « La Régénération »<sup>13</sup>, s'achève avec la transformation de la confédération d'États en un État fédéral en 1848, après que les cantons protestants et progressistes sont sortis vainqueurs d'une guerre civile (guerre dit du « Sonderbund ») qui l'opposent aux cantons catholiques et conservateurs.

#### **I.1.1.2 La Constitution de 1848**

La préoccupation principale de la [première Constitution fédérale](#), adoptée en 1848<sup>14</sup>, est d'assurer l'intégration politique et économique du pays<sup>15</sup>, d'une part, et de protéger les acquis de la période de la Régénération, d'autre part. Il s'agit avant tout de démanteler les barrières

---

<sup>8</sup> Sur l'évolution progressive des principes de l'État de droit, voir EPINEY (2014), p. 93, N 18.

<sup>9</sup> Voir KRYGIER (2012), p. 233, qui décrit la « *rule of law* » comme « *a number of overlapping ideas* ». Pour la conception large de l'État de droit en Suisse, voir SCHINDLER (2014), p. 107, N 8.

<sup>10</sup> Voir p.ex. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (2020), p. 147, n° 446, avec des références à l'antiquité.

<sup>11</sup> Voir les exemples donnés dans SCHINDLER (2021), p. 914 s.; KLEY (1995), p. 21 ss, n° 1 ss.

<sup>12</sup> KLEY (2012); MEUWLY (2021), p. 53, N 20.

<sup>13</sup> Voir KOLLER/MARTIN (2010). Le terme évoque le retour aux valeurs de la Révolution française après la période de la Restauration.

<sup>14</sup> Le texte est disponible sur <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/constitution1848.pdf> (date de consultation: 21.02.23).

<sup>15</sup> Voir à ce sujet le Préambule de la [Constitution de 1848](#), qui énonce le but d' « affermir l'alliance des Confédérés, maintenir et accroître l'unité, la force et l'honneur de la Nation suisse ».

entre les cantons, d'établir la paix religieuse et politique dans le jeune État créé à l'issue d'un conflit armé confessionnel, et d'assurer que les organes fédéraux soient capables d'exercer leurs fonctions<sup>16</sup>. Comme la Confédération ne s'est vu attribuer que des compétences très limitées, et la majorité des tâches reviennent aux cantons, l'objectif de limiter le pouvoir fédéral n'apparaît pas comme un souci central<sup>17</sup>. Le rôle dominant du parti radical, attaché au libéralisme, contribue aussi au fait que le concept de l'État de droit n'ait pas été mobilisé comme vecteur de changements. Comme le relève DUBEY, « [f]aute de tradition monarchique et de tendance à la centralisation, la Suisse ne fut pas un terreau très favorable à la conceptualisation et à la revendication de l'État de droit. »<sup>18</sup>

Le rôle très limité du pouvoir central a aussi pour conséquence que la [Constitution de 1848](#) ne consacre pas un catalogue systématique et complet de droits fondamentaux. Elle se contente de garantir les droits et libertés qui semblent essentiels à l'intégration politique et économique du pays, d'une part, et ceux qui paraissent particulièrement menacés dans les cantons conservateurs, d'autre part. La première catégorie englobe, à titre d'exemple, la liberté d'établissement<sup>19</sup>, l'égalité de tous les citoyens suisses<sup>20</sup>, et la liberté du culte<sup>21</sup>, celle-ci avant tout dans un but d'assurer la paix religieuse, fragile dans un État qui vient de sortir d'une guerre confessionnelle. La liberté d'association<sup>22</sup> et la liberté de la presse<sup>23</sup> relèvent de la seconde catégorie. A ces garanties s'ajoute celle du juge naturel, qui a pour corollaire l'interdiction des tribunaux d'exception (art. 53 [Cst.1848](#)<sup>24</sup>), très significative du point de vue de l'État de droit. Cette disposition constitue un garde-fou important contre l'arbitraire et suppose le respect du principe de légalité : elle confère le droit de toute personne d'être jugée par un tribunal *légalement* constitué, et normalement compétent pour connaître de la cause<sup>25</sup>.

## ENCADRÉ 1

**Cst.1848, Art. 53**

*Nul ne peut être distrait de son juge naturel. En conséquence, il ne pourra être établi des tribunaux d'exception.*

À part les droits fondamentaux et la garantie du juge naturel, la [Constitution de 1848](#) établit aussi le principe de la responsabilité des fonctionnaires de la Confédération<sup>26</sup>. Les dispositions qui instaurent et régissent les autorités fédérales reflètent également un autre acquis du libéralisme politique et principe fondamental de l'État de droit, celui de la séparation des pouvoirs<sup>27</sup>.

<sup>16</sup> Dans ce sens KÄGI (1952), p. 173 ss. Cet auteur qualifie la [Constitution de 1848](#) de « construction fonctionnelle sobre », dépourvue de « l'éclat extérieur et du pathos élevé de la liberté et du droit » (traduit par l'autrice).

<sup>17</sup> EPINEY (2014), p. 93, N 18.

<sup>18</sup> DUBEY (2021a), p. 178, N 5; voir aussi SCHINDLER (2014), p. 105, N 4.

<sup>19</sup> Art. 41 [Cst.1848](#).

<sup>20</sup> Art. 4 et 48 [Cst.1848](#).

<sup>21</sup> Art. 44 [Cst.1848](#).

<sup>22</sup> Art. 46 [Cst.1848](#).

<sup>23</sup> Art. 45 [Cst.1848](#).

<sup>24</sup> Cette disposition correspond à l'art. 58a [Cst.1874](#).

<sup>25</sup> Voir KIENER (2019), 19 s.

<sup>26</sup> Art. 110 [Cst.1848](#) : « Les fonctionnaires de la Confédération sont responsables de leur gestion. Une loi fédérale déterminera d'une manière plus précise ce qui tient à cette responsabilité. » Sur la mise en œuvre législative, voir *infra*, II.2.4.2.

<sup>27</sup> Voir le Titre II [Cst.1848](#).

Absent du texte de la première constitution de l'État fédéral suisse, le concept de l'État de droit est mobilisé par la suite dans le discours politique et juridique comme un référentiel tant positif que négatif. D'un côté, il est la cible de critiques de la part de différents camps, conservateurs, socialistes et démocrates<sup>28</sup>; de l'autre, il est utilisé comme une notion de combat dans le contexte du *Kulturkampf*<sup>29</sup>. L'État de droit désigne alors un état régi par le droit, par opposition à la religion ou la morale. Le terme « État de droit » apparaît ainsi dans un rapport d'une commission parlementaire au sujet de la garantie d'une constitution cantonale<sup>30</sup> qui érige la religion catholique en religion d'État. La disposition pertinente est décrite en termes de « *ruine médiévale dans l'État de droit moderne* »<sup>31</sup>.

Le *Kulturkampf* et des tendances anticléricales laissent aussi son empreinte sur la première révision totale de la Constitution de 1848, adoptée en 1874<sup>32</sup>.

### 1.1.1.3 La Constitution de 1874

Comme son prédécesseur, la [Constitution de 1874](#) ne fait aucune mention de la notion de l'État de droit. Elle marque en revanche un progrès important dans ce domaine par un renforcement du principe de la séparation des pouvoirs et de la juridiction constitutionnelle.

La Constitution de 1874 garantit pour la première fois l'indépendance des juges de la cour suprême helvétique – le Tribunal fédéral –, à l'égard de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral en prévoyant des règles d'incompatibilités avec la fonction parlementaire et la fonction exécutive<sup>33</sup>. Le Tribunal fédéral devient une instance permanente et se voit transférer progressivement des compétences juridictionnelles exercées auparavant par le pouvoir législatif et exécutif, y compris le pouvoir de connaître des recours de la part des particuliers pour violation de leurs droits constitutionnels par des actes cantonaux<sup>34</sup>. En prévoyant une voie juridictionnelle qui permet aux individus de faire valoir la violation de leurs droits, le constituant helvétique joue un rôle pionnier dans le domaine de la juridiction constitutionnelle en Europe<sup>35</sup>.

La solution progressiste instaurée à l'égard des actes cantonaux contraste avec l'extension lente de la juridiction administrative fédérale. Le contrôle juridictionnel des décisions fédérales ne devient la règle qu'en 1968<sup>36</sup>. Quant aux lois fédérales, la Constitution de 1874 a

<sup>28</sup> Pour le camp conservateur, l'État de droit était vu comme un concept hostile à la religion, pour le courant socialiste comme un programme en faveur d'un État minimaliste, opposé à l'État-providence, et pour le courant démocratique, l'État de droit était un frein aux réformes et superflu dans un État démocratique, à la différence des États comme l'Allemagne et la France, où l'État de droit servait à imposer des garanties « d'en haut ». Voir l'aperçu et les exemples dans SCHINDLER (2020), p. 908 ss, n° 2 ss. Sur la critique du camp socialiste, qui considérait l'État de droit comme un concept lié à la défense du libéralisme politique et économique de l'école dite de Manchester, qui prônait un État minimal, voir REICH (2020), p. 336, n° 4.

<sup>29</sup> SCHINDLER (2014), p. 105, N 4.

<sup>30</sup> Pour assurer que les constitutions cantonales ne contiennent pas de garanties contraires au droit fédéral, la [Constitution de 1848](#), de même que la [Constitution actuelle](#), prévoient que toute révision d'une constitution cantonale doit être approuvée par le Parlement fédéral. Voir art. 6 [Cst.1848](#) et art. 51 al. 2 [Cst.](#)

<sup>31</sup> BBI 1876 III 42 (traduit par l'autrice).

<sup>32</sup> La [Constitution de 1874](#) contient des dispositions connues sous le nom « d'articles confessionnels » avec une tendance clairement anticléricale (art. 51 [Cst.1874](#): interdiction de l'ordre des jésuites; art. 52 [Cst.1874](#): interdiction de fonder ou de rétablir des couvents ou ordres religieux).

<sup>33</sup> Voir art. 108 [Cst.1874](#); cf. HERTIG RANDALL (2010), p. 238.

<sup>34</sup> Voir p.ex. HERTIG RANDALL (2010), p. 231, 238.

<sup>35</sup> THÜRER (2005), p. 410.

<sup>36</sup> Pour l'évolution de la juridiction administrative en Suisse, voir KIENER (2004).

opté pour une solution qui reflétait la conception de la séparation des pouvoirs dominante à l'époque. Attachée à la primauté du pouvoir législatif, elle met les lois fédérales à l'abri du contrôle juridictionnel de constitutionnalité. Depuis lors, des tentatives de réforme ont été nombreuses, mais se sont toutes soldées par un échec<sup>37</sup>. Dans les discussions politiques, menées, d'une façon peu nuancée, sous la bannière « État de droit contre démocratie », le camp « démocratique » a toujours fini par l'emporter.

L'importance que revêt la démocratie directe dans le système constitutionnel et politique suisse est devenu un facteur majeur qui alimente le scepticisme à l'encontre d'un contrôle juridictionnel des lois<sup>38</sup>. La [Constitution de 1874](#) joue un rôle central à cet égard. Elle complète le référendum constitutionnel obligatoire, prévu dans la [Constitution de 1848](#) tant au niveau fédéral qu'à l'échelon des cantons, en introduisant au niveau fédéral le référendum législatif facultatif<sup>39</sup>. Sept ans plus tard, en 1891, le constituant renforce les instruments de démocratie directe en introduisant l'initiative populaire fédérale, qui permet à 100'000 citoyens de proposer la révision partielle de la Constitution, y compris sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces.

Ces avancées dans le domaine de la démocratie ont profondément marqué l'identité constitutionnelle et politique de la Suisse, davantage que les renforcements progressifs des principes de l'État de droit, malgré leur importance.

#### **1.1.1.4 Développements ultérieurs jusqu'à la fin du XXème siècle**

Depuis la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, des principes centraux de l'État de droit, comme celui de la légalité, se développent dans le domaine du droit administratif. À part la doctrine de droit administratif, un rôle important revient au Tribunal fédéral. Les juges fédéraux complètent le caractère lacunaire du texte constitutionnel, soit en reconnaissant un nombre considérable de droits fondamentaux et principes constitutionnels comme des garanties non écrites, soit en les déduisant de l'article constitutionnel sur l'égalité de traitement (art. 4 [1848/74](#))<sup>40</sup>.

##### ENCADRÉ 2

##### [1848/74](#), Art. 4

*Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilège de lieu, de naissance, de personnes ou de familles.*

Au niveau de la doctrine, le régime des pleins pouvoirs de la période des deux guerres mondiales donne lieu à des vives discussions au sujet de l'État de droit<sup>41</sup>. Pour gérer la situation de crise, l'Assemblée fédérale confère en 1911 et en 1939 au Conseil fédéral des pouvoirs extraordinaires, sans base constitutionnelle ou légale. Le Gouvernement fait une

<sup>37</sup> La dernière tentative, initiée par deux motions parlementaires (motion Zopfi, n° 21.3690 et motion Engler, n° 21.3689), s'est soldée par un échec le 12 septembre 2022, quand le Conseil des États les a rejetées (BO 2022 E 653 ss). Pour des contributions scientifiques publiées en lien avec les deux motions, voir les divers articles publiés dans Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires 1/2022. Pour un aperçu des tentatives précédentes, voir HERTIG RANDALL (2010), p. 240. Les initiatives parlementaires Studer (n° 05.445) et Müller-Hemmi (n° 07.476), mentionnées à la fin de cet aperçu, n'ont pas été couronnées de succès (voir BO 2012 N 1968).

<sup>38</sup> Voir *infra*, IV.4.1.1.

<sup>39</sup> Cf. SCHMID (2020), p. 304, n° 23. Pour le référendum, voir *infra*, IV.1.3.2.a).

<sup>40</sup> Sur les droits fondamentaux non écrits et le pouvoir créateur du Tribunal fédéral, voir ROSSINELLI (1987) ; CHIARIELLO (2009). Pour des exemples jurisprudentiels, voir *infra*, III.1.1.

<sup>41</sup> Voir en particulier l'opposition entre GIACOMETTI (1945) et SCHINDLER (1942).

interprétation large des pleins pouvoirs<sup>42</sup>, et se montre peu enclin à quitter le droit de nécessité extraconstitutionnel pour revenir sur le terrain de la Constitution. Le régime des pleins pouvoirs ne prend formellement fin qu'en 1952, sous pression d'une initiative populaire dite « Pour un retour à la démocratie directe »<sup>43</sup>. Cette expérience a favorisé une connotation positive du concept de l'État de droit, et des approches doctrinales qui soulignent l'interdépendance entre la démocratie et l'État de droit<sup>44</sup>, étant donné que le régime des pleins pouvoirs avait mis à mal les deux principes, comme par ailleurs aussi celui du fédéralisme. Néanmoins, BÄUMLIN, un constitutionnaliste de grand renom, relève encore en 1965 la popularité limitée de l'État de droit, et soulève la question de savoir si ce concept n'est au fond pas étranger à la conception helvétique de l'État<sup>45</sup>.

L'adhésion de la Suisse à la [Convention européenne des droits de l'homme](#) (CEDH) en 1974 marque un tournant important dans l'évolution de l'État de droit en Suisse<sup>46</sup>. Les nombreuses réserves que le gouvernement suisse a fait aux articles 5 et 6 de la Convention au moment de la ratification illustrent de façon éclatante l'écart entre le cadre juridique suisse et les exigences conventionnelles en matière de procès équitable et de protection juridictionnelle. La jurisprudence de la Cour a déclaré la plupart des réserves invalides, ce qui a provoqué dans un premier temps des réactions de rejet, pour déclencher, par la suite, d'importantes réformes en vue de mettre le droit suisse en conformité avec la Convention<sup>47</sup>.

La [CEDH](#) a aussi laissé une empreinte importante sur les travaux de révision totale de la Constitution de 1874, qui ont abouti en 1999. Malgré son appellation, la « nouvelle » [Constitution de 1999](#), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, n'a pas eu pour vocation de conduire à des innovations fondamentales<sup>48</sup>. Sa mission principale était de mettre à jour le texte de la Constitution, notamment en codifiant les principes et droits non écrits développés dans la jurisprudence ou dans la pratique. Cette mise à jour a aussi porté sur les éléments de l'État de droit.

### **I.1.2. Les consécutions explicites de la notion de l'État de droit dans la Constitution de 1999**

Avec la [Constitution de 1999](#), le concept de l'État de droit trouve pour la première fois une mention explicite dans la Constitution fédérale. Fidèle à son approche pragmatique, et au scepticisme à l'égard de concepts abstraits, le constituant a renoncé à codifier des principes structurels ou à caractériser l'État suisse avec des adjectifs<sup>49</sup>. Cependant, une des premières

---

<sup>42</sup> Le Conseil fédéral a adopté 1400 ordonnances de pleins pouvoirs entre 1914 et 1919, et 1856 actes de même nature entre 1939 et 1945, dont plusieurs étaient inconstitutionnels et un grand nombre dérogeait à des lois fédérales. Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 615 ss, n° 1664 s.

<sup>43</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 616, n° 1666.

<sup>44</sup> Voir GIACOMETTI (1960). Pour un résumé de sa position, voir SCHINDLER (2020), p. 925 ss, n° 26 ss.

<sup>45</sup> BÄUMLIN (1965), p. 82.

<sup>46</sup> Pour l'impact de la [CEDH](#) sur l'ordre juridique suisse, voir « 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives ». Rapport du 19.11.2014 du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, FF 2014 359; pour des études doctrinales, voir les contributions dans l'ouvrage de JAAG/KAUFMANN (2015) et l'ouvrage de HOTTELIER/MOCK/PUECHAVY (2011).

<sup>47</sup> Voir le rapport du Conseil fédéral (note 46), p. 370 ss, et en particulier l'impact de CourEDH, *Belilos c. Suisse*, 29.4.1988, n° 10328/83, et les menaces de dénonciation que cet arrêt a provoquées mentionnées dans ledit rapport, p. 394.

<sup>48</sup> Pour un aperçu des principales étapes de la révision et des objectifs poursuivis, cf. HERTIG RANDALL (2016), p. 158 ss.

<sup>49</sup> Voir *infra*, IV.1.3.

dispositions de la Constitution – son article 5 –, porte l'intitulé « *Principes de l'activité de l'État régi par le droit* ». La version allemande « *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* » et en particulier la version italienne « *Stato di diritto* » font encore plus clairement ressortir le concept de l'État de droit. Cette disposition, qui fera l'objet d'une analyse plus approfondie (*infra*, II.1.1.), énonce cinq principes, à savoir le principe de légalité (al. 1), le principe de l'intérêt public (al. 2), le principe de la proportionnalité (al. 2), le principe de la bonne foi (al. 3) et le respect du droit international (al. 4). Cette énumération a un caractère exemplatif, et nullement pour objectif de définir le contenu de l'État de droit de façon exhaustive<sup>50</sup>. D'autres dispositions de la Constitution reprennent et détaillent les principes énoncés (*infra*, II.1.1).

Une autre avancée importante constitue le [Titre 2 de la Constitution](#), qui remplace les garanties éparses et éparpillées de droits fondamentaux de la Constitution de 1874 par un catalogue complet et systématique, qui s'inspire largement de la [CEDH](#) et reprend les garanties non écrites reconnus par le Tribunal fédéral. Le catalogue actuel contient notamment des garanties de procédures (art. 29 ss [Cst.](#)), entièrement absentes de la Constitution précédente.

Du point de vue de l'État de droit, la mention explicite de limites matérielles de la révisibilité de la Constitution fédérale est significative, au vu du fait qu'elle touche à une thématique sensible en Suisse, celle des droits populaires. Codifiant une pratique inaugurée par l'Assemblée fédérale en 1996, la Constitution prévoit que toute révision constitutionnelle doit être conforme aux « *règles impératives du droit international* », et érige le non-respect de cette exigence en une cause d'invalidité des initiatives populaires (art. 139 al. 3 [Cst.](#), *infra*, Encadré n° 4).

En parallèle au projet de « mise à jour » de la Constitution, le constituant a mené de l'avant deux projets de réformes avec des innovations matérielles, un sur la réforme des droits populaires, un autre sur la Réforme de la justice. Cette dernière est adoptée le 12 mars 2000 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>51</sup>. Elle introduit dans la Constitution une garantie générale d'accès au juge (art. 29a [Cst.](#)), dans le but de renforcer la protection juridictionnelle individuelle. À l'appui de cette réforme, le message du Conseil fédéral se réfère aux exigences de l'État de droit. Il relève que « [l']absence de la garantie de l'accès au juge n'est pas compatible avec une conception de l'État de droit qui veut que la protection juridique soit assurée par un tribunal indépendant. »<sup>52</sup> L'impulsion de la jurisprudence de la Cour EDH, et l'évolution dans d'autres États européens, ont conduit à l'adoption d'une disposition dont la portée va au-delà de celle de l'art. 6 [CEDH](#). Le Conseil fédéral estime, en effet, que « [d]ans les autres domaines du droit administratif, les particuliers ont un intérêt légitime à ne pas être simplement assujettis à un pouvoir exécutif de plus en plus puissant, mais à pouvoir aussi saisir une autorité indépendante en étant ainsi assurés de bénéficier de certaines garanties procédurales. »<sup>53</sup>

Pris ensemble, les divers apports de la Constitution et de la Réforme de la justice marquent une avancée importante dans le domaine de l'État de droit. Ils rendent certains éléments plus visibles dans le texte (droits fondamentaux, principes de l'État de droit), et en renforcent d'autres, en particulier la protection juridictionnelle<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> DUBEY (2021a), p. 183, N 17.

<sup>51</sup> Pour un aperçu et une analyse critique de la Réforme de la justice, voir SCHWEIZER (2014d), p. 3018 ss, N 26 ss.

<sup>52</sup> FF 1997 I 498. Le Tribunal fédéral a aussi souligné le lien entre le concept de l'État de droit (art. 5 [Cst.](#)) et la protection juridique effective, mais a indiqué qu'il n'était pas possible de dériver de l'art. 5 [Cst.](#) un droit constitutionnel à la protection juridique *par un tribunal* ([ATF 130 I 388](#), c. 4, souligné par l'autrice).

<sup>53</sup> FF 1997 511.

<sup>54</sup> MARTI (2020b), p. 599, n° 6, parle même d'un « *saut quantique* » (traduit par l'autrice).

## I.2. Les facteurs qui ont fait évoluer la notion ensuite

L'adoption de la nouvelle Constitution étant relativement récente, la notion de l'État de droit n'a à notre sens pas fondamentalement évolué depuis lors. Plusieurs facteurs ont cependant influencé les débats autour de ce concept. Nous aimerions en souligner trois.

Tout d'abord, au début du nouveau millénaire, les discussions sur la relation entre l'État de droit et la démocratie directe se sont intensifiées en raison d'une série d'initiatives populaires qui ont introduit dans le texte de la Constitution des dispositions incompatibles avec les droits humains et certains principes de l'État de droit<sup>55</sup>. Sur le plan juridique, l'adoption de ces initiatives a donné lieu à des controverses sur la nécessité et l'opportunité de réformes des droits populaires dans le but d'assurer un encadrement juridique plus stricte des initiatives populaires en amont du scrutin. Des réformes de ce genre n'ont cependant pas vu le jour. Comme nous le verrons, c'est par le biais d'une interaction entre la jurisprudence et les autorités politiques, y compris le pouvoir constituant, que les éléments essentiels de l'État de droit ont été préservés au stade de l'application et de la mise en œuvre des initiatives problématiques<sup>56</sup>. Depuis le rejet d'une initiative intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » en 2018<sup>57</sup>, la question du rapport entre les droits populaires et les éléments essentiels de l'État de droit n'occupe plus le premier plan des discussions politiques et juridiques. Une autre question, également liée au rapport entre la démocratie (directe) et l'État de droit, est revenue à plusieurs reprises dans l'enceinte politique, celle de l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales<sup>58</sup>.

Ensuite, depuis le nouveau millénaire, une série de crises, de différente nature, a conduit à des discussions et aussi une réforme, du droit d'urgence<sup>59</sup>. Dans le contexte de la crise économique, le Conseil fédéral a adopté en 2008 une ordonnance de nécessité pour recapitaliser la plus grande banque suisse, UBS, en vue de protéger le fonctionnement et la stabilité du système économique<sup>60</sup>. Cette mesure, destinée à sauver un établissement avec une importance systémique (« *too big to fail* »), a été prise quelques années après que le Gouvernement est intervenu pour réduire les conséquences découlant de l'insolvabilité de la compagnie aérienne nationale. A ces mesures urgentes, avec des conséquences financières très considérables, s'est ajouté le recours répété au droit d'urgence dans un autre contexte, celui de la lutte « contre le terrorisme ». La reconduction de ces mesures à plusieurs reprises a suscité des critiques sous l'angle de l'État de droit. Le recours au droit de nécessité dans un autre contexte encore a renforcé la conviction qu'il serait nécessaire d'encadrer davantage le pouvoir de l'exécutif dans les situations extraordinaires. Le Conseil fédéral s'est en effet fondé sur le droit de nécessité pour ordonner la destruction de pièces à conviction (des plans de construction d'armes nucléaires) dans le cadre d'une enquête judiciaire, une décision qui n'a de loin pas fait l'objet d'unanimité dans l'enceinte politique. En réponse à l'expérience faite dans la gestion de ces différentes crises, une initiative parlementaire<sup>61</sup> a initié une réforme qui

---

<sup>55</sup> Voir *infra*, IV.1.3.2.b).

<sup>56</sup> Voir *infra*, IV.1.3.2.b).

<sup>57</sup> FF 2019 5651 ; FF 2017 5027 ; voir *infra*, IV.1.3.2.b).

<sup>58</sup> Voir *supra*, note de bas de page 37. Sur le contrôle de constitutionnalité des lois, voir *infra*, IV.4.1.1.

<sup>59</sup> Pour un aperçu des différentes crises, et les mesures prises par le Conseil fédéral, voir le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 février 2010 sur l'initiative parlementaire n° 09.402 « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires », FF 2010 1431.

<sup>60</sup> Ordonnance relative à la recapitalisation de l'UBS SA du 15 octobre 2008, RO 2008 4741.

<sup>61</sup> Initiative parlementaire n° 09.402, déposée par la Commission des institutions politiques du Conseil national,

a conduit à l'adoption de la Loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires<sup>62</sup>. Adoptée le 17 décembre 2010, cette loi exige dorénavant que les ordonnances de nécessité soient limitées dans le temps (*infra*, II.3.3, et IV.2.5), et renforce la consultation et l'information du Parlement de la part du Gouvernement quand il recourt aux mesures urgentes. Sans surprise, le droit de nécessité est revenu au premier plan des discussions politiques dans le contexte d'une crise subséquente, celle de la pandémie Covid19. La gestion de cette crise a aussi donné lieu à des propositions de réformes, qui n'ont pas (encore) abouti à des modifications législatives<sup>63</sup>. Une autre crise encore intensifie les discussions sur la gestion des situations qualifiées d'extraordinaires<sup>64</sup>. Peu de temps après avoir recouru au droit d'urgence pour sauver une entreprise d'importance systémique pour l'approvisionnement énergétique<sup>65</sup>, le Gouvernement a annoncé le 19 mars 2023 le plan de sauvetage de la banque suisse Crédit Suisse, par le biais de la reprise par UBS SA, une autre banque helvétique d'importance systémique. Moyennant l'adoption d'une ordonnance de nécessité<sup>66</sup>, la reprise a été décidée sans le consentement des assemblées générales des deux établissements concernés. La solution retenue ne correspond par ailleurs pas à celle prévue dans la vaste réforme de la législation bancaire adoptée après le sauvetage de la banque UBS en 2008, destinée à prévenir et à gérer des crises de banques d'importance systémique<sup>67</sup>.

Enfin, les différentes crises ont eu une répercussion allant bien au-delà du droit de nécessité. En particulier la « lutte contre le terrorisme » a soulevé des défis plus larges pour l'État de droit<sup>68</sup>. Dans un contexte social marqué par une aversion au risque, des considérations d'ordre sécuritaire risquent de prévaloir sur les principes de l'État de droit. L'avènement de nouvelles technologies renforce ces pressions sur les exigences de l'État de droit. Ces tendances seront approfondies dans une autre partie de ce rapport (*infra*, IV.5).

---

« Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires » du 19.2.2009. Pour les grandes lignes du projet, voir [FF 2010 1431](#).

<sup>62</sup> RO 2011 1381.

<sup>63</sup> Voir p.ex. la proposition de conférer au Parlement un droit de veto contre les ordonnances de nécessité du Gouvernement, [FF 2019 3139](#).

<sup>64</sup> Pour un aperçu de la crise et des mesures prises, voir THÉVENOZ, L. : *Too big to fail. Des innovations à profusion dans le sauvetage de Credit Suisse*, disponible sur <https://cdbf.ch/1272/> (consulté le 21.3.2023).

<sup>65</sup> Voir « La délégation des finances approuve un crédit urgent en faveur de la société Axpo Holding AG », 6.9.2022, disponible sur <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-findel-2022-09-06.aspx> et « Energie : le Conseil fédéral active le mécanisme de sauvetage et accorde un crédit-cadre à Axpo », 6.9.2022, disponible sur <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-90234.html> (consulté le 4.4.2023).

<sup>66</sup> Ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique du 16 mars 2023, révisée en urgence le 19 mars 2023, RO 2023 135 ; RS 952.3.

<sup>67</sup> Loi fédérale sur Renforcement de la stabilité dans le secteur financier du 30.9.2011 (RO 2012 811 ; [FF 2011 4365](#)), qui modifie la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8.11.1934 ([Loi sur les banques](#), LB), RS 952.0.

<sup>68</sup> Cf. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (2016) p. 493, n° 2697 ss.

## II. Dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles

### II.1. Dispositions au niveau constitutionnel

La présente section donnera un aperçu des dispositions constitutionnelles les plus directement pertinentes pour les exigences de l'État de droit, d'abord au niveau fédéral et ensuite au niveau des cantons.

#### II.1.1. Niveau fédéral

Comme indiqué précédemment, la [Constitution de 1999](#) contient, à la différence de la [Constitution de 1874](#), une référence explicite à l'État de droit. Alors que le message du Conseil fédéral et l'avant-projet de la Constitution proposaient de rendre explicites des « *principes de l'activité de l'État* »<sup>69</sup>, la version finale met en exergue qu'il s'agit de principes caractéristiques de l'État de droit. Elle se réfère à des « *Principes de l'activité de l'État régi par le droit* » (« *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* » / « *Stato di diritto* »).

#### ENCADRÉ 3

##### **Cst., Art. 5 - Principes de l'activité de l'État régi par le droit**

<sup>1</sup> Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.

<sup>2</sup> L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

<sup>3</sup> Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.

<sup>4</sup> La Confédération et les cantons respectent le droit international.

L'art. 5 [Cst.](#) énonce à titre exemplatif une série de principes caractéristiques de l'État de droit. Les principes retenus sont de nature tant formelle que matérielle et reflètent une conception large de l'État de droit.

Les alinéas 1 et 4 de l'art. 5 [Cst.](#) mentionnent deux principes formels, le principe de légalité, et le respect du droit international. Le principe de légalité est décrit avec ses deux sous-composantes « *la réserve de la loi* » (droit comme base de l'activité de l'État) et « *la primauté de la loi* » (droit comme « limite de l'État »)<sup>70</sup>. En décrivant le droit comme « base » et « limite » de l'État, le constituant helvétique se distancie d'une vision purement défensive de l'État de droit, qui sert avant tout à protéger la liberté individuelle en contenant l'activité de l'État dans les limites de la loi<sup>71</sup>. La référence à la « base » de l'État complète la dimension défensive avec la dimension démocratique de l'État de droit<sup>72</sup>.

La Constitution reprend et concrétise le contenu normatif du principe de légalité dans d'autres dispositions constitutionnelles, en particulier dans le domaine des droits fondamentaux (art. 36 a. 1 [Cst.](#)), et de la fiscalité (art. 127 al. 1 [Cst.](#)) ainsi que dans les dispositions au sujet de la forme des actes édictés par l'Assemblée fédérale (art. 163 ss), (voir *infra*, IV.2.1.4). Elle mentionne aussi un complément important du principe de légalité, celle de la responsabilité

<sup>69</sup> FF 1997 I 37, 133.

<sup>70</sup> Voir p.ex. BIAGGINI (2017), N 7 s.

<sup>71</sup> REICH (2020), p. 340, n° 10 s.; au sujet de la conception helvétique de l'État de droit, qui n'est pas purement défensive, voir aussi SCHINDLER (2020), p. 34, n° 38, et les références citées; pour une référence plus ancienne, voir BÄUMLIN (1965), p. 86, qui critique cette conception comme résultant dans une vision antagoniste de l'État de droit et de la démocratie.

<sup>72</sup> REICH (2020), p. 340, n° 10 s.

pour des actes illégaux : selon l'art. 146 [Cst.](#), « [l]a Confédération répond des dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions. »

L'idéal du droit comme fondement et limite de toute activité étatique est aussi reflété dans l'art. 191c [Cst.](#), qui concerne le pouvoir judiciaire. Selon cette disposition, « [d]ans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi. » L'indépendance de la justice figure en outre aussi dans le catalogue des droits fondamentaux, à l'art. 30 [Cst.](#), qui contient une série de droits de procédure judiciaire, dont ceux liées sous l'égide de l'ancienne Constitution à la garantie du juge naturel et l'interdiction des tribunaux d'exception (art. 30 [Cst.1848](#), art. 58a [Cst.1874](#)).

Le rattachement du principe du respect du droit international à l'État de droit tient compte du fait que les États de droit contemporains sont fortement intégrés dans l'ordre juridique international. Ce principe s'inscrit dans une longue tradition suisse caractérisée par l'ouverture vers le droit international. Depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, la pratique suisse se fonde sur le monisme, et reconnaît aux traités internationaux une validité immédiate sur le plan interne<sup>73</sup>. Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne est aussi largement reconnu, même s'il est soumis à quelques tempéraments, justifiés en Suisse au nom du principe démocratique. Pour cette raison, le constituant n'a pas conçu l'art. 5 al. 4 [Cst.](#) comme une règle<sup>74</sup>, mais en tant que principe qui peut être sujet à des exceptions. La teneur allemande de la disposition fait ressortir cet aspect plus clairement que la version française et italienne. Elle utilise le terme « *beachten* » (« *Bund und Kantone beachten das Völkerrecht* »), qui a une connotation moins contraignante que le terme « *respecter* » ou « *rispettare* » retenue dans la version française et italienne.

L'art. 5 al. 4 [Cst.](#) n'a ainsi pas eu pour but de trancher les débats doctrinaux au sujet d'éventuelles exceptions au principe de la primauté du droit international. Celles-ci concernent essentiellement le rapport entre les traités internationaux et des lois fédérales postérieures, d'une part, et la relation entre le droit international et des dispositions de la Constitution fédérale, d'autre part. En effet, selon une jurisprudence vivement débattue (jurisprudence dite *Schubert*)<sup>75</sup>, en cas de conflit irrésoluble par le biais de l'interprétation conforme, une loi fédérale peut exceptionnellement l'emporter sur un traité antérieur si le législateur a consciemment et volontairement souhaité déroger au droit international.

Quant au rapport entre la Constitution et le droit international, il touche à la question délicate de la démocratie directe, dans la mesure où il s'agit d'arbitrer le conflit entre une disposition constitutionnelle, le plus souvent initiée par le peuple, d'une part, et le droit international, d'autre part. Le texte de la Constitution n'apporte pas une réponse claire à cette problématique. Elle réduit cependant le potentiel de conflit en érigeant les règles impératives de droit international en une limite hétéronome de la révisibilité de la Constitution. Une initiative populaire qui ne respecte pas le droit international impératif doit être invalidée et ne pourra dès lors pas être soumise à votation.

<sup>73</sup> Sur le statut du droit international dans l'ordre juridique suisse selon la [Constitution de 1999](#), voir DIGGELMANN (2020), p. 272 ss; MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 498 ss, n° 1369 ss; COTTIER/HERTIG (2000).

<sup>74</sup> FF 1997 I 137, qui relève que la disposition « *qui enjoint tous les organes de l'État d'observer le droit international, sans qu'ils établissent eux-mêmes une véritable règle de conflit.* »

<sup>75</sup> [ATF 99 Ib 39](#). Sur cette jurisprudence, et son impact actuel, voir MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 504 s., n° 1379 ss.

## ENCADRÉ 4

**Cst., Art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2****Cst., Art. 139 al. 3 - Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution**

<sup>3</sup> Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle. Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.

**Cst., Art. 193 al. 4 - Révision totale**

<sup>4</sup> Les règles impératives du droit international ne doivent pas être violées.

**Cst., Art. 194 al. 2 - Révision partielle**

<sup>2</sup> Toute révision partielle doit respecter le principe de l'unité de la matière ; elle ne doit pas violer les règles impératives du droit international.

Le respect des règles impératives du droit international, qui recouvre, selon la pratique des autorités, essentiellement le *ius cogens*<sup>76</sup> et les droits humains non dérogeables (art. 15 [CEDH](#))<sup>77</sup>, ne s'étend qu'au noyau dur du droit international et paraît à première vue une limite très modeste. Elle marque néanmoins une évolution significative par rapport à la conception antérieure, selon laquelle la pouvoir du peuple et des cantons de réviser la Constitution est illimité, et analogue à celui « qu'exerçait autrefois le souverain dans une monarchie absolue »<sup>78</sup>. Selon une pratique inaugurée en 1996, et codifiée dans la Constitution de 1999, la consécration des règles impératives du droit international se justifie pour des considérations liées à l'État de droit : « le droit international contraignant consiste en des normes juridiques qui revêtent une telle importance pour un État de droit qu'il ne peut en aucun cas se soustraire aux obligations qui en découlent »<sup>79</sup>.

L'art. 5 al. 4 [Cst.](#), et les dispositions au sujet des limites matérielles de la révision de la Constitution, n'épuisent pas la thématique complexe du rapport entre le droit international et le droit interne. La pertinence de la jurisprudence *Schubert*, et la solution des conflits entre une norme constitutionnelle et une règle de droit international antérieure ont continué à soulever des discussions, tant parmi la doctrine que dans l'arène politique. Le Tribunal fédéral a été un acteur important dans ce contexte, comme il sera montré dans la section de ce rapport consacré à l'analyse de la jurisprudence (*infra*, III.4).

À part les principes de nature formelle, le constituant a aussi énoncé trois principes matériels de l'État de droit à l'art. 5 [Cst.](#) L'art. 5 al. 2 [Cst.](#) codifie deux principes qui se chevauchent en partie, celui de l'intérêt public et celui de la proportionnalité<sup>80</sup>. Comme le principe de légalité,

<sup>76</sup> FF 1997 369.

<sup>77</sup> Voir le Message concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) », FF 2013 8493, p. 8503; KÜNZLI (2020), p. 1257, n° 22.

<sup>78</sup> FF 1954 I 723; voir aussi, au sujet des limites découlant du droit international, p. 715: « La constitution fédérale ne connaît en revanche pas de telles limites, car il n'y a, en droit positif, aucun pouvoir supérieur à celui du peuple et des cantons, aucun pouvoir habilité à édicter des règles obligatoires pour eux. Une limite n'existerait que si la Suisse faisait partie d'un État plus grand qui aurait fixé les bornes dans lesquelles la constitution fédérale suisse pourrait être révisée valablement. Or la Suisse n'appartient pas à un pareil super-État. Les principes généraux du droit des gens n'ont pas sur le droit constitutionnel des divers États une primauté qui priverait ceux-ci du pouvoir d'insérer dans leur constitution une disposition non conforme au droit des gens. »

<sup>79</sup> FF 1997 I 369, citant à son tour le message sur l'initiative « pour une politique d'asile raisonnable », FF 1994 III 1471 et sa déclaration de nullité par l'Assemblée fédérale, FF 1996 I 1305. Il s'agit de la première invalidation d'une initiative populaire fédérale pour contrariété aux règles impératives du droit international.

<sup>80</sup> Voir *infra*, IV.2.7.3.

ces deux principes jouent un rôle particulièrement important dans le domaine des droits fondamentaux, et sont repris à l'art. 36 [Cst.](#), en tant que conditions de restriction de ces droits. Par la codification de ces principes à l'art. 5 [Cst.](#), le constituant souligne que l'intérêt public et le principe de la proportionnalité sont des principes généraux, qui vont au-delà du champ des droits fondamentaux, et régissent toute activité étatique. Celle-ci doit poursuivre l'intérêt commun, et non les intérêts particuliers de certains groupes. Elle doit garder « une juste mesure », en optant pour des moyens qui sont aptes et nécessaires pour atteindre les objectifs poursuivis, et qui sont dans un rapport raisonnable par rapport au but visé (« *ne pas tirer sur des moineaux avec des canons* »).

Le troisième principe matériel mentionné à l'art. 5 [Cst.](#) est celui de la bonne foi. L'exigence de la bonne foi, prévu au troisième alinéa de ladite disposition, codifie un principe généralement reconnu dans l'ordre juridique suisse, qui trouve une assise normative depuis longtemps dans le Code civil suisse<sup>81</sup>. Il cherche à assurer une attitude loyale de la part des autorités à l'égard des particuliers, et à empêcher un comportement contradictoire ou abusif. Le principe de la bonne foi est repris et renforcé dans le titre II de la [Constitution](#), qui consacre en tant que droit fondamental le droit de toute personne d'être traitée conformément aux règles de la bonne foi (art. 9 [Cst.](#); voir *infra*, IV.2.6.4). Ce droit fait partie d'autres droits fondamentaux que la doctrine qualifie comme des garanties de l'État de droit (*infra*, IV.2.6.).

L'énumération des principes à l'art. 5 [Cst.](#) n'étant pas exhaustive, d'autres principes font partie du droit constitutionnel non écrit. Mentionnons, à titre d'exemple, le principe de non-rétroactivité, l'indépendance de la justice, le principe de la publicité, le principe de la séparation des pouvoirs et le principe de la sécurité juridique<sup>82</sup>.

La Constitution contient une disposition qui prévoit des exigences en matière de l'État de droit visant spécifiquement les cantons et limitant l'autonomie constitutionnelle de ces derniers : l'art. 51 al. 1 [Cst.](#) prévoit que « [c]haque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et doit pouvoir être révisée si la majorité du corps électoral le demande. » La teneur de cette disposition met clairement l'accent sur le principe démocratique. Des considérations liées à l'État de droit ne sont pourtant pas absentes : selon la doctrine et la jurisprudence, l'exigence d'une « constitution démocratique » doit être interprétée de façon large, et implique le respect du principe de la séparation des pouvoirs<sup>83</sup>.

### II.1.2. Niveau cantonal

Les constitutions cantonales contiennent des dispositions plus ou moins nombreuses relatives à des principes de l'État de droit. Les constitutions les plus récentes étant en général les plus riches à cet égard.

Les constitutions les plus anciennes, adoptées à la fin du XIX<sup>ème</sup> ou du début du XX<sup>ème</sup> siècle, ne contiennent pas de référence explicite à l'État de droit. La [Constitution du canton du Valais](#) (1907), par exemple, décrit le canton comme une « *république démocratique, souveraine dans*

<sup>81</sup> Art. 2-3 du Code civil suisse 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

<sup>82</sup> Voir BIAGGINI (2017), p. 104, N 5.

<sup>83</sup> FF 1997 I 221; pour la doctrine, voir p.ex. BIAGGINI (2017), p. 564, N 17; plus réticent: AUBERT/MAHON (2003), p. 437, N 7 qui admettent l'exigence de l'indépendance de la justice et relèvent que les rapports entre Gouvernement et Parlement peuvent être aménagés de différentes façons. Cette marge de manœuvre n'est à notre sens pas incompatible avec le principe de séparation des pouvoirs, qui vise avant tout à éviter la concentration du pouvoir.

les limites de la Constitution fédérale (...)». <sup>84</sup> La [Constitution du canton de Zoug](#) (1894) met aussi l'accent sur le principe démocratique, sans mention de l'État de droit <sup>85</sup>.

Les constitutions adoptées à partir des années quatre-vingt, qui ont inspiré le constituant fédéral, sont une source plus riche <sup>86</sup>. La [Constitution soleuroise](#), par exemple, déclare dans son préambule le dessein « *de protéger la liberté et le droit dans le cadre d'un ordre démocratique* » <sup>87</sup>. Celle du canton de [Thurgovie](#) contient une section intitulée « *Principes fondamentaux de l'État de droit* ». Ces principes s'imposent à toute activité étatique (§ 2 al. 1) <sup>88</sup>. Les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité (§ 2 al. 2), de l'égalité (§ 3) et de la non-rétroactivité (§ 4) y sont mentionnés. La [Constitution thurgovienne](#) codifie aussi plusieurs principes et droits rassemblés sous le titre « *Contrôle du pouvoir de l'État* », notamment celui de la séparation des pouvoirs (§ 10), de la publicité (§ 11), le droit de pétition (§ 12), la protection juridictionnelle (§ 13), les garanties de procédures (§ 14), le secret de fonction (§ 15), et la responsabilité pour les dommages causés par les organes de l'État (§ 16). Elle innove aussi en donnant une définition matérielle de la loi <sup>89</sup> et en énonçant les conditions de la délégation des compétences d'exécution (§ 48).

La [Constitution bernoise](#), considérée comme une loi fondamentale exemplaire et novatrice de son époque, caractérise le canton de Berne comme « *un État de droit libéral, démocratique et social.* » <sup>90</sup> Elle consacre aussi une disposition détaillée au principe de la séparation des pouvoirs.

#### ENCADRÉ 5

##### **Cst.BE, Art. 66**

*1 Les autorités sont organisées selon le principe de la séparation des pouvoirs. Aucune autorité n'a le droit d'user de la puissance de l'État sans contrôle et de manière illimitée.*

*2 Quiconque assume une tâche publique est soumis à la Constitution et à la législation.*

*3 Les autorités de justice n'appliquent pas les actes normatifs cantonaux qui violent le droit supérieur.*

<sup>84</sup> Art. 1 al. 1 de la [Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907](#), RS 131.232.

<sup>85</sup> Art. 1 al. 1 de [Constitution du canton de Zoug du 31 janvier 1894](#), RS 131.218: « *Le canton de Zoug est un État libre démocratique.* » Pour une constitution plus récente, qui décrit la nature de la collectivité publique sans référence à l'État de droit, voir art. 1 al. 1 de la [Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977](#), RS 131.235: « *La République jurassienne est un État démocratique et social fondé sur la fraternité.* »

<sup>86</sup> Pour un aperçu de ces constitutions, voir FF 1997 I 53 ss.

<sup>87</sup> [Constitution du canton de Soleure du 8 juin 1986](#), RS 131.221. Pour des références contenues dans le préambule de constitutions cantonales plus récentes, voir p.ex. celui du [canton de St. Gall du 10 juin 2001](#), RS 131.225, qui mentionne la résolution à « *faire évoluer notre canton dans le respect de la liberté et du droit* », et le préambule de la [Constitution du canton des Grisons du 18 mai 2003/14 septembre 2003](#), RS 131.226, qui se réfère à la résolution « *à préserver la liberté, la paix et la dignité humaine, à garantir la démocratie et l'État de droit, à promouvoir la prospérité et la justice sociale ainsi qu'à préserver l'environnement pour les générations futures* ».

<sup>88</sup> [Constitution du canton de Thurgovie du 16 mars 1987](#), RS 131.228. Pour d'autres constitutions qui énoncent des principes régissant l'activité de l'État, voir p.ex. Art. 9 de la [Constitution du canton de Genève du 14 octobre 2012](#), RS 131.234, qui mentionne aussi le principe de la transparence ; § 3 de la [Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010](#), RS 131.215 ; art. 7 de la [Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002](#), RS 131.223.

<sup>89</sup> § 36: « *Le Grand Conseil adopte sous forme de lois toutes les normes juridiques fondamentales et importantes, notamment en ce qui concerne les droits et obligations des particuliers, l'organisation du canton et de ses établissements et corporations, ainsi que la procédure devant les autorités.* »

<sup>90</sup> Art. 1 al. 1 de la [Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993](#), RS 131.212.

La [Constitution bernoise](#) va plus loin que la [Constitution fédérale actuelle](#) en introduisant le principe de publicité de l'administration<sup>91</sup>, et en garantissant l'interdiction de l'arbitraire avec une portée plus large qu'au niveau fédéral<sup>92</sup>.

Les constitutions cantonales adoptées depuis le début du nouveau millénaire contiennent systématiquement une disposition qui caractérise le canton en termes d'État de droit<sup>93</sup>. Le premier article de la [Constitution du canton de Lucerne](#) en est un exemple<sup>94</sup>.

## ENCADRÉ 6

**Cst.LU, § 1**

*1 Le canton de Lucerne est un État de droit libéral, démocratique et social.*

Les constitutions cantonales mentionnent régulièrement le principe de la séparation des pouvoirs<sup>95</sup>, et le décrivent parfois avec plus de détail, par exemple en énumérant les trois pouvoirs de l'État<sup>96</sup>, et en précisant les règles sur les incompatibilités<sup>97</sup>, ou en l'explicitant de façon pédagogique, en des termes analogues à l'art. 66 [Cst.BE](#), précité<sup>98</sup>.

Certaines constitutions, notamment celles du canton de [Vaud](#) et du canton de [Fribourg](#), se réfèrent aux valeurs de l'État de droit en lien avec la politique migratoire, appelant les

<sup>91</sup> Art. 17 al. 3 de la [Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993](#), RS 131.212.

<sup>92</sup> Art. 11 de la [Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993](#), RS 131.212. Le Tribunal fédéral a cependant interprété cette garantie de façon restrictive. Tout en citant la doctrine bernoise qui appuyait la thèse selon laquelle la garantie de l'art. 11 [Cst.BE](#) est plus généreuse que celle garantie au niveau fédéral, les juges fédéraux ont conclu que les deux garanties avaient la même portée ([ATF 121 I 267](#), c. 3 ; cet arrêt s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle qui interprète l'interdiction de l'arbitraire de façon restrictive, voir *infra* IV.2.6.3).

<sup>93</sup> Pour une constitution relativement récente qui ne se réfère qu'à un aspect de l'État de droit, les droits fondamentaux, voir art. 1 al. 1 de la [Constitution de la République et du canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000](#), RS 131.233: « *Le canton de Neuchâtel est une république démocratique, laïque, sociale et garante des droits fondamentaux.* » L'État de droit n'est pas non plus mentionné dans la [Constitution du canton de Tessin du 14 décembre 1997](#), RS 131.229, dont l'art. 1 al. 1 dispose : « *Le Canton du Tessin est une république démocratique de culture et de langue italiennes.* »

<sup>94</sup> RS 131.213. Pour une disposition avec une teneur quasiment identique, voir § 1 al. 2 de la [Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010](#), RS 131.215; art. 1 de la [Constitution du canton des Grisons du 18 mai 2003/14 septembre 2003](#), RS 131.226 ; art. 1 al. 1 de la [Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002](#), RS 131.223; § 1 al. 1 de la [Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005](#), RS 131.222.1 ; art. 1 al. 2 de la [Constitution du canton de St. Gall du 10 juin 2001](#), RS 131.225, avec une mention en plus des valeurs chrétiennes et humanistes, et une référence au « *respect de la liberté et du droit* » dans le préambule.

<sup>95</sup> Voir p.ex. pour les constitutions adoptées depuis 2000, § 1 al. 3 de la [Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010](#), RS 131.215.; art. 2 al. 2 de la [Constitution du canton de Genève du 14 octobre 2012](#), RS 131.234 ; art. 46 de la [Constitution de la République et du canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000](#), RS 131.233 ; art. 7 de la [Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002](#), RS 131.223;

<sup>96</sup> Voir p.ex. art. 89 al. 2 de la [Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003](#), RS 131.231. Pour une constitution plus ancienne, voir art. 55 de la [Constitution de la République et canton du Jura du 20 mars 1977](#), RS 131.235.

<sup>97</sup> Voir p.ex. art. 90 de la [Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003](#), RS 131.231.; art. 34 [Constitution du canton de St. Gall du 10 juin 2001](#), RS 131.225; art. 83, 103, 142 de la [Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012](#), RS 131.234; § 29 de la [Constitution du canton de Thurgovie du 16 mars 1987](#), RS 131.228.; § 42 de la [Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010](#), RS 131.215.

<sup>98</sup> Voir art. 3 al. 2 de la [Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005](#), RS 131.211: « *Nul n'a le droit d'exercer le pouvoir étatique de manière incontrôlée ou illimitée.* » Art. 69 al. 1 de la [Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005](#), RS 131.222.1 : « *Les autorités sont organisées dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs. Aucune autorité n'est autorisée à exercer le pouvoir de l'État sans surveillance ni limites.* ». § 69 al. 2 : « *Aucune autorité n'est autorisée à intervenir dans un domaine que la Constitution ou la loi soumet à la compétence d'une autre autorité à moins que la Constitution ne le prévoie.* »

collectivités publiques à favoriser l'intégration des personnes étrangères « *dans la reconnaissance mutuelle des identités et le respect des valeurs fondamentales de l'État de droit.* »<sup>99</sup> D'autres érigent le respect des principes de l'État de droit en une limite à l'autonomie des communautés religieuses<sup>100</sup>.

## II.2. Dispositions infra-constitutionnelles au niveau fédéral

L'État de droit contemporain, en tant qu'État à la fois fondé et limité par le droit, repose sur une multitude de normes juridiques qui ne sont pas seulement nombreuses mais aussi difficiles à délimiter. La conception large de l'État de droit, qui englobe des principes formels et matériels, complique davantage la tâche. Pour prendre la composante centrale des éléments matériels de l'État de droit – les droits fondamentaux –, leur réalisation repose sur de nombreuses normes de rang infra-constitutionnel, qui touchent à tous les domaines du droit. Au vu du champ extrêmement large des dispositions pertinentes, des choix se sont imposés. La présente section commencera par donner un aperçu des dispositions légales qui se réfèrent explicitement à la notion de l'État de droit. Par la suite, un aperçu sera donné sur les dispositions les plus pertinentes pour quelques thèmes centraux de l'État de droit. Cette présentation sera limitée aux lois fédérales, en principe à l'exclusion du niveau réglementaire, sans prétention à l'exhaustivité. L'accent sera mis sur les lois qui concernent les questions thématiques abordées dans la suite du rapport, ce qui permettra une analyse aussi holistique et accessible que possible.

### II.2.1. Lois avec mention explicite de la notion de l'État de droit

Des mentions explicites à la notion de l'État de droit dans la législation sont rares. On trouve néanmoins quelques exemples, comme le montre l'aperçu qui suit.

#### II.2.1.1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937

La notion de l'État de droit apparaît dans le [Code pénal suisse](#) (CP)<sup>101</sup> dans une disposition qui pénalise le financement du terrorisme (Art. 260 quinquies al. 3 CP).

##### ENCADRÉ 7

##### CP, Art. 260 quinquies

*1 Celui qui, dans le dessein de financer un acte de violence criminelle visant à intimider une population ou à contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, réunit ou met à disposition des fonds, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

*2 Si l'auteur n'a fait que s'accommoder de l'éventualité que les fonds en question servent à financer un acte terroriste, il n'est pas punissable au sens de la présente disposition.*

*3 L'acte n'est pas considéré comme financement du terrorisme lorsqu'il vise à instaurer ou à rétablir un régime démocratique ou un État de droit, ou encore à permettre l'exercice des droits de l'homme ou la sauvegarde de ceux-ci.*

*4 L'al. 1 ne s'applique pas si le financement est destiné à soutenir des actes qui ne sont pas en contradiction avec les règles du droit international applicable en cas de conflit armé.*

<sup>99</sup> Art. 68 al. 2 de la [Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003](#), RS 131.231; avec une teneur semblable, art. 69 al. 1 de la [Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004](#), RS 131.219.

<sup>100</sup> Art. 109 al. 1 de la [Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002](#), RS 131.223; art. 130 al. 2 let. a de la [Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005](#), RS 131.211.

<sup>101</sup> RS 311.0.

L'art. 260 quinquies al. 3 [CP](#) clarifie que des activités qui ont pour but d'instaurer ou de rétablir un régime d'un État de droit démocratique<sup>102</sup> ou à permettre l'exercice des droits humains ne sont pas visées par cette disposition. Cette clarification fait ressortir que l'État de droit et ses valeurs sont aux antipodes de méthodes terroristes. Elle permet aussi de contrecarrer des interprétations excessivement larges de la notion du financement du terrorisme, qui risquent de limiter et de dissuader les activités des organisations humanitaires ou d'organisations non gouvernementales actives dans le domaine des droits humains. L'arrêt de la Cour suprême des États-Unis [Holder v. Humanitarian Law Project](#)<sup>103</sup> montre qu'un tel danger n'est pas théorique.

### **II.2.1.2 Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997**

L'art. 1 de la [Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure](#) (LMSI)<sup>104</sup>, consacré au but général, recourt, dans sa version allemande, à la notion de l'État de droit. Celle-ci est traduite, dans la version française, par le terme « constitutionnels ».

#### ENCADRÉ 8

##### **LMSI, Art. 1 : But**

*La présente loi vise à assurer le respect des fondements démocratiques et constitutionnels de la Suisse ainsi qu'à protéger les libertés de sa population.*

(Version allemande, soulignée par l'autrice : « *Dieses Gesetz dient der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung.* »)

Ces références à l'État de droit figurent paradoxalement dans une loi qui soulève des sérieuses questions du point de vue du respect des droits fondamentaux. Sa dernière révision, par [la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme](#) (MPT) du 25 septembre 2020<sup>105</sup> a suscité des nombreuses critiques de la part d'instances internationales, de la société civile et des milieux académiques<sup>106</sup>.

### **II.2.1.3 Loi fédérale sur le renseignement du 25 septembre 2015**

Comme la [LMSI](#), la [Loi fédérale sur le renseignement](#) (LRens)<sup>107</sup> est une loi sensible sous l'angle du respect des droits fondamentaux. La référence à l'État de droit, qui figure dans la

<sup>102</sup> Le libellé français de la disposition nous paraît malheureux (« régime démocratique ou un État de droit »). Le connecteur « ou » semble indiquer qu'un régime démocratique qui ne serait pas un État de droit serait concevable. La version allemande, qui utilise le connecteur « et » (« *Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse* »), fait ressortir l'interdépendance entre la démocratie et l'État de droit, ce qui paraît plus convaincant.

<sup>103</sup> 561 U.S. 1 (2010). La Cour suprême a confirmé la constitutionnalité d'une sanction fondée sur le « Patriot Act » à l'égard d'une organisation non gouvernementale qui a prodigué des conseils à des organisations listées comme des organisations terroristes sur comment utiliser les mécanismes en matière des droits humains. Elle a considéré que cette activité a été qualifiée à juste titre de « soutien matériel » d'une organisation terroriste au sens du « Patriot Act ».

<sup>104</sup> [RS 120](#).

<sup>105</sup> [RO 2021 565](#); [FF 2019 4541](#).

<sup>106</sup> Voir les sources répertoriées sur le site <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/initiatives-parlement/lutte-terrorisme/chronologie/> (consulté le 24.3.2023) ; pour une analyse doctrinale, voir MOHLER (2021a et 2021b). Voir aussi *infra*, IV.5.

<sup>107</sup> [RS 121](#).

disposition consacrée au but de la loi (art. 2 let. a) ne suffira pas pour rassurer les voix critiques d'une révision actuellement en cours, qui vise à étendre les pouvoirs du Service de renseignement de la Confédération (SRC)<sup>108</sup>.

ENCADRÉ 9

**L Rens, Art. 2 : But**

*Le but de la présente loi est la sauvegarde d'intérêts nationaux importants ; elle vise les objectifs suivants :*

- a. contribuer à préserver les fondements de la démocratie et de l'État de droit en Suisse et à protéger les libertés individuelles de sa population ;*
- b. augmenter la sécurité de la population suisse et des Suisses de l'étranger ;*
- c. soutenir la capacité d'action de la Suisse ;*
- d. contribuer à sauvegarder les intérêts internationaux en matière de sécurité.*

**II.2.1.4 Ordonnance sur la nationalité suisse du 17 juin 2016**

L'[ordonnance sur la nationalité Suisse](#) (OLN)<sup>109</sup> concrétise les conditions à remplir pour pouvoir obtenir la nationalité suisse, en particulier celles liées à l'intégration. Une des exigences que pose la loi à cet égard est le « *respect des valeurs de la Constitution* »<sup>110</sup>. Cette notion, peu claire, inclut les principes de l'État de droit (art. 5 let. a [OLN](#)).

ENCADRÉ 10

**OLN, Art. 5 : Respect des valeurs de la Constitution**

*(art. 12, al. 1, let. b, 20, al. 1, et 26, al. 1, let. d, [LN](#))*

*Comptent notamment parmi les valeurs de la Constitution les principes de base, les droits fondamentaux et les obligations qui suivent :*

- a. les principes de l'État de droit, de même que l'ordre démocratique-libéral de la Suisse ;*
- b. les droits fondamentaux, tels que l'égalité entre les femmes et les hommes, le droit à la vie et à la liberté personnelle, la liberté de conscience et de croyance, ainsi que la liberté d'opinion ;*
- c. les obligations liées au service militaire ou civil et la scolarité obligatoire.*

**II.2.1.5 Règlement de service de l'armée du 22 juin 1994**

Le [Règlement de service de l'armée](#) (RSA)<sup>111</sup> mobilise à deux reprises à la notion de l'État de droit, tout d'abord en lien avec l'exigence du respect de la liberté de croyance. Par la suite, le règlement caractérise la Suisse comme un État de droit respectueux des droits fondamentaux et énonce le respect de ces droits comme une des missions importantes de l'armée.

<sup>108</sup> Sur la révision en cours, voir <https://www.vbs.admin.ch/fr/secure/recherche-reseignements/loi-reseignement.html> (consulté le 25.3.2023); Voir aussi *infra*, IV.5.

<sup>109</sup> RS 141.01.

<sup>110</sup> Art. 12 al. 1 let. b de la [Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2014](#) (LN), RS 141.0.

<sup>111</sup> RS 510.107.0.

## ENCADRÉ 11

**Règlement de service de l'armée****Chapitre 6 : Assistance spirituelle, services religieux, obsèques, testament**

*Au service, les militaires sont en butte à des contraintes inhabituelles ; ils sont aussi confrontés à des obligations hors du commun. L'engagement – en particulier le combat – peut les pousser jusqu'à leurs limites extrêmes. La violence les menace à chaque instant dans leur corps et dans leur vie. De leur côté, ils doivent aussi employer la force ; cet emploi de la force, n'est justifié que par la nécessité de parer à la menace. Dans les périodes d'instruction et dans l'engagement, on tiendra compte dès lors, autant que possible, du besoin d'assistance spirituelle et religieuse.*

*On rappellera ici une exigence de l'État de droit et une règle de la camaraderie : en matière de croyance, tout militaire doit observer à l'égard des autres le même respect qu'il attend d'autrui.*

**Chapitre 8 : Droits et devoirs**

*État de droit, la Suisse garantit à ses citoyennes et à ses citoyens des droits fondamentaux et des libertés, contribuant ainsi à leur épanouissement personnel. Une des missions importantes de notre armée de milice est la défense de ces droits et de ces libertés. (...)*

**II.2.1.6 Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police**

En vertu de l'[Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police](#) (Org DFJP)<sup>112</sup>, la consolidation des principes de l'État de droit fait partie des objectifs de l'Office fédérale de la justice (art. 6 al. 1 let. b). Le même office a pour fonction de veiller au respect de la légalité des actes du pouvoir législatif et exécutif, ce qui inclut l'observance des principes de l'État de droit (art. 6 al. 2 let. a).

## ENCADRÉ 12

**Org DFJP, Art. 6 : Objectifs et fonctions**

<sup>1</sup> L'Office fédéral de la justice (OFJ) est l'autorité compétente et le centre de service de la Confédération pour les questions relevant du droit, compte tenu des compétences des autres départements. Il poursuit notamment les objectifs suivants :

- a. créer les conditions juridiques favorables à la cohabitation sociale et au développement économique du pays ;
- b. consolider le système fédéral, notamment dans les domaines des droits de l'homme, de la démocratie et des principes de l'État de droit ;
- c. élaborer des normes adéquates de droit fédéral, compréhensibles et cohérentes, compatibles avec le droit supérieur ;
- d. participer à l'instauration d'un ordre mondial pacifique et à l'harmonisation de l'évolution du droit en Europe ;
- e. maintenir et consolider les connaissances juridiques au sein de l'administration fédérale et promouvoir la compréhension du droit.

<sup>2</sup> Dans ce cadre, l'OFJ exerce les fonctions suivantes :

- a. il veille à la légalité des actes législatifs, des arrêtés et des décisions de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, notamment au respect des droits fondamentaux et à l'observation des principes de l'État de droit, de l'ordre de compétences fédéral et autres principes constitutionnels ;
- b. il suit l'évolution du droit en Suisse et à l'étranger, conseille dûment les autorités compétentes en matière de droit fédéral et de politique juridique et leur présente, en temps utile, des solutions adéquates.

<sup>112</sup> RS 172.213.1.

## II.2.2. Lois régissant le fonctionnement des organes fédéraux

La réalisation d'un principe central de l'État de droit, celui de la séparation des pouvoirs, nécessite un cadre législatif qui concrétise et met en œuvre les arrangements institutionnels prévus dans les grandes lignes dans la Constitution. Les principales lois fédérales qui régissent le fonctionnement et les compétences des pouvoirs institués au niveau fédéral seront présentées successivement, en commençant par le peuple, qui dispose, dans la démocratie semi-directe suisse, de compétences plus étendues que les citoyennes et citoyens dans les démocraties représentatives.

### II.2.2.1 Loi sur les droits politiques du 17 décembre 1976

La [loi sur les droits politiques](#) (LDP)<sup>113</sup> régit l'exercice des droits politiques au niveau fédéral. Les cantons se sont dotés de lois analogues, qui concernent les droits politiques au niveau cantonal.

La [LDP](#) régit successivement les thèmes principaux liés à l'exercice des droits politiques. Le Titre 1 apporte des précisions au sujet du droit de vote et des modalités de l'exercice de ce droit. La loi prévoit notamment le vote par correspondance, et le vote anticipé, et crée une base légale pour le vote électronique, à titre expérimental. Le Titre 2 porte sur les votations. Il aborde des questions comme celles des documents destinés aux citoyennes et citoyens, et détaille les principes que le Conseil fédéral est tenu de respecter quand il remplit son obligation d'information sur les objets soumis à vote (art. 10a [LDP](#): principes de l'exhaustivité, de l'objectivité, de la transparence et de la proportionnalité). Le Titre 3 régit les modalités des élections au Conseil national, la chambre populaire du Parlement suisse. Les élections au Conseil des États, la chambre qui représente les cantons, sont régies par le droit cantonal. Les Titres 4 et 5 règlent les modalités des deux instruments de démocratie directe prévus au niveau fédéral, à savoir le référendum, obligatoire et facultatif (Titre 4) d'une part, et l'initiative populaire, d'autre part (Titre 5). La loi prévoit par exemple les modalités de la récolte de signatures, requise pour le référendum facultatif et l'initiative populaire, et apporte des précisions sur les conditions de validité des initiatives populaires, et la possibilité d'un retrait. Le Titre 5a s'applique au registre des partis politiques, et le Titre 5b, introduit par une révision adoptée le 21 juin 2021, à titre de contre-projet indirect à une initiative populaire déposée en 2017<sup>114</sup>, des règles sur la transparence du financement de la vie politique, un domaine où la Suisse a été longtemps à la traîne et reste toujours en conformité partielle avec les recommandations du GRECO<sup>115</sup>. Le Titre 6 est consacré aux voies de recours. La protection judiciaire prévue par la loi laisse subsister des lacunes, dont certaines ont été comblées par la jurisprudence (*infra*, III.5.2).

---

<sup>113</sup> RS 161.1.

<sup>114</sup> Initiative populaire « Pour plus de transparence dans le financement de la vie politique (initiative sur la transparence) » FF 2018 5675. L'initiative a été retirée en raison du contre-projet indirect (FF 2021 2309).

<sup>115</sup> Voir pour un résumé de la situation avant l'adoption de la loi, VUILLEMIER, M., « La Suisse continue de se distinguer par l'opacité du financement de sa vie politique », 21.9.2020., disponible sur [https://www.swissinfo.ch/fr/politique/transparence-en-politique\\_la-suisse-continue-de-se-distinguer-par-l-opacite-du-financement-de-sa-vie-politique/46041584](https://www.swissinfo.ch/fr/politique/transparence-en-politique_la-suisse-continue-de-se-distinguer-par-l-opacite-du-financement-de-sa-vie-politique/46041584) (consulté le 20.3.2023); KELLER (2020), p. 942, n° 12. Pour une évaluation de la situation après la révision du 21 juin 2021, voir GRECO, Addendum au Second Rapport de Conformité sur la Suisse, 15.9.2022, GrecoRC3(2022)3.

### II.2.2.2 Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002

Les 174 dispositions de la [Loi sur l'Assemblée fédérale](#) (appelée « Loi sur le Parlement » [LParl])<sup>116</sup> régit le fonctionnement du Parlement fédéral. La loi pose d'abord des principes essentiels au fonctionnement d'un parlement dans une démocratie, comme le principe de la publicité des débats. Elle définit les droits et obligations des membres (p.ex. le droit à l'information, la protection de l'immunité parlementaire, le secret de fonction, l'obligation de participer aux séances, et celle de signaler les intérêts). La loi contient ensuite des dispositions relatives aux diverses attributions de l'Assemblée fédérale, qui ont trait notamment à la législation, les finances, les élections des membres du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral, à la haute surveillance sur les autres pouvoirs, et la participation à la définition de la politique extérieure. La LParl régit également l'organisation du Parlement. Elle détermine notamment le siège et les différents organes de l'Assemblée fédérale, et définit les différentes procédures applicables relatives aux différentes compétences assumées par l'Assemblée fédérale (procédure législative, procédure relative aux traitements des initiatives populaires, aux interventions parlementaires, aux élections, etc.). Enfin, la Loi sur le Parlement régit aussi les relations entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, et celles entre le Parlement et les tribunaux fédéraux.

Parmi le large champ couvert par la loi, les dispositions relatives aux incompatibilités et aux immunités, reproduites ci-dessous, revêtent une importance centrale pour la séparation des pouvoirs et pour assurer que les parlementaires puissent remplir leur fonction sans entraves indues. Du point de vue de l'État de droit, les différents instruments pour exercer la surveillance sur les autres pouvoirs jouent aussi un rôle important. Ces mécanismes de contrôle et de surveillance seront illustrés ci-dessous, à l'aide de la disposition relative à l'instrument de contrôle le plus incisif à disposition du Parlement – la Commission d'enquête parlementaire.

#### ENCADRÉ 13

#### Loi sur le Parlement

#### **Art. 14 : Incompatibilités**

*Ne peuvent être membres de l'Assemblée fédérale :*

- a. les personnes qui ont été élues par l'Assemblée fédérale elle-même ou dont la nomination a été confirmée par elle ;*
- b. les juges des tribunaux fédéraux qui n'ont pas été élus par l'Assemblée fédérale ;*
- c. les membres du personnel de l'administration fédérale, y compris les unités administratives décentralisées, des Services du Parlement, des tribunaux fédéraux, du secrétariat de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération et du Ministère public de la Confédération, de même que les membres des commissions extra-parlementaires avec compétences décisionnelles, pour autant que les lois spéciales n'en disposent pas autrement ;*
- d. les membres du commandement de l'armée ;*
- e. les membres des organes directeurs des organisations et des personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration qui sont investies de tâches administratives et dans lesquelles la Confédération occupe une position prépondérante ;*
- f. les personnes qui représentent la Confédération dans les organisations ou les personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration qui sont investies de tâches administratives et dans lesquelles la Confédération occupe une position prépondérante.*

<sup>116</sup> RS 171.10.

**Art. 16 : Immunité absolue**

Aucun député ne peut être tenu pour juridiquement responsable des propos qu'il tient devant les conseils ou leurs organes.

**Art. 17 : Immunité relative : portée et compétences**

<sup>1</sup> Un député soupçonné d'avoir commis une infraction en rapport direct avec ses fonctions ou ses activités parlementaires ne peut être poursuivi qu'avec l'autorisation des commissions compétentes des deux conseils. (...)

**Art. 20 : Garantie de participation aux sessions**

<sup>1</sup> Pendant les sessions, aucun député ne peut être poursuivi pour un crime ou un délit qui n'a pas directement trait à ses fonctions ou activités parlementaires, sans qu'il y ait consenti par écrit ou que la commission compétente du conseil dont il est membre en ait donné l'autorisation. La commission compétente de chacun des conseils est désignée dans leurs règlements respectifs. (...)

**Titre 9 - Commission d'enquête parlementaire**

**Art. 163 : Mandat et constitution**

<sup>1</sup> Dans l'exercice des attributions qui lui sont conférées en matière de haute surveillance, l'Assemblée fédérale peut, en cas d'événements d'une grande portée sur lesquels il est indispensable de faire la lumière, instituer une commission d'enquête parlementaire (CEP) commune aux deux conseils et la charger d'établir les faits et de réunir d'autres éléments d'appréciation. (...)

**II.2.2.3 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997**

La [Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration](#) (LOGA)<sup>117</sup> régit le fonctionnement des membres du Conseil fédéral, en leur double rôle de membres du Gouvernement, d'une part, et de chef d'un département de l'administration fédérale, d'autre part. Le Titre 1 énonce les principes qui s'appliquent à l'activité du Gouvernement et de l'administration. À deux reprises, la loi concrétise et applique au Gouvernement et à l'administration le principe de l'État de droit selon lequel toute activité étatique doit être fondée sur le droit (art. 5 al. 1 Cst., *supra*, II.1 ; art. 3 al. 1 et 5 LOGA, *infra*, Encadré n° 14).

Le Titre 2 de la loi règle les compétences, l'organisation et le fonctionnement du Conseil fédéral en son rôle de Gouvernement. Il explicite le principe de collégialité (art. 12 LOGA), qui est un principe fondamental du fonctionnement du Gouvernement, et figure à ce titre, aussi dans le Titre 1 (art. 4 LOGA). En vertu de ce principe, « [l]e Conseil fédéral prend ses décisions en tant qu'autorité collégiale » (art. 12 al. 1 LOGA), ce qui implique que ses membres doivent défendre les décisions prises par le collège (art. 12 al. 2 LOGA), même s'il elles ne correspondent pas à l'opinion individuelle du Conseiller ou de la Conseillère fédérale ou à celle de son parti. En dépit du fait que le principe de collégialité n'est pas toujours respecté, et suscite des discussions, il reste une composante importante d'une culture politique consensuelle, qui limite la personnalisation du pouvoir et l'émergence de personnalités trop dominantes<sup>118</sup>.

Parmi les dispositions du Titre 2 qui régissent les différentes attributions du Conseil fédéral, celles concernant la législation de nécessité, mérite d'être soulignée. Une première révision, adoptée en 2004, crée une base légale qui permet au Conseil fédéral d'appliquer un traité international à titre provisoire, c'est-à-dire avant son approbation par l'Assemblée fédérale « si

<sup>117</sup> RS 172.010.

<sup>118</sup> Voir aussi *infra*, IV.1.3.2.a).

*la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent* » (7b LOGA)<sup>119</sup>. Cette dernière disposition prévoit, dans sa version actuelle, un droit d'opposition des commissions parlementaires compétentes et des cautions temporelles (voir Encadré 14). Une seconde révision, adoptée en 2010, encadre davantage les ordonnances que le Conseil fédéral est habilité à adopter en se fondant directement sur la Constitution pour parer à des situations de crise ou pour protéger les intérêts de la Suisse dans les relations internationales, notamment en posant des limites temporelles (voir Encadré 14). La pertinence de cette problématique pour l'État de droit ressort par ailleurs directement du titre de la loi qui a réformé la LOGA : « *Loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires* »<sup>120</sup>.

Une autre réforme qui a conduit au renforcement du rôle de l'Assemblée fédérale par rapport au Conseil fédéral concerne la dénonciation des traités internationaux. Les art. 7a – 7c LOGA, telles que modifiées en 2019<sup>121</sup>, renforcent un principe de l'État de droit – celui du parallélisme des formes – en matière des traités internationaux. Alors que la Constitution associe l'Assemblée fédérale, ainsi que le peuple et les cantons à la conclusion des traités internationaux, en fonction de l'importance de ceux-ci, le Conseil fédéral a défendu le point de vue, disputé par l'Assemblée fédérale, que la dénonciation des traités relève de sa compétence exclusive. Issue d'une initiative parlementaire, la révision de 2019 retient largement un parallélisme entre la procédure de conclusion et la dénonciation des conventions internationales. Elle prévoit des exceptions pour les cas d'urgence, habilitant le Conseil fédéral de procéder seul à la dénonciation « *si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent* » (art. 7bbis al. 1 LOGA), mais donne un droit de veto aux commissions parlementaires compétentes (art. 7bbis al. 2 LOGA).

Les Titres 3 et 4 de la loi ont subi moins de révisions que les parties de la LOGA consacrées à l'activité législative du Conseil fédéral. Ils portent sur l'administration fédérale, son organisation et son fonctionnement, ainsi que des compétences, de la planification et de la coordination de l'activités des différentes unités.

#### ENCADRÉ 14

##### **Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration**

##### **Art. 3 : Principes régissant l'activité du gouvernement et de l'administration**

*1 Le Conseil fédéral et l'administration fédérale agissent en se fondant sur la constitution et sur la loi. (...)*

##### **Art. 5 : Contrôle des tâches de la Confédération**

*Le Conseil fédéral examine régulièrement les tâches de la Confédération et leur exécution ainsi que l'organisation de l'administration fédérale en appliquant les critères de la nécessité et de la conformité aux objectifs découlant de la constitution et de la loi. Il élabore, pour l'action de l'État, des solutions à caractère prospectif.*

<sup>119</sup> RO 2005 1245; FF 2004 703. Auparavant, cette compétence du Conseil fédéral se fondait sur le droit coutumier. Elle a donné lieu à des controverses à la suite de l'application provisoire d'un accord aérien avec l'Allemagne, qui n'a par la suite pas été approuvé par le Parlement, ce qui a donné l'impulsion à légiférer en la matière. Pour une analyse de la problématique sous l'ancien droit, cf. SAXER/SUTTER (2003).

<sup>120</sup> RO 2011 1381. Sur le contexte et le contenu de la réforme, voir *supra*, I.2, et *infra* IV.2.5.

<sup>121</sup> Loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux du 21 juin 2019, RO 2019 3119; FF 2018 3591.

**Art. 7b : Application à titre provisoire de traités internationaux par le Conseil fédéral**

1 Lorsque l'approbation de la conclusion ou de la modification d'un traité international relève de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral peut décider ou convenir de son application à titre provisoire sans l'approbation de l'Assemblée fédérale si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent.

1bis Il renonce à l'application à titre provisoire si les commissions compétentes des deux conseils s'y opposent.

2 L'application à titre provisoire d'un traité international prend fin si, dans un délai de six mois à compter du début de l'application à titre provisoire, le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale le projet d'arrêté fédéral portant approbation du traité concerné.

3 Le Conseil fédéral notifie aux États contractants la fin de l'application à titre provisoire.

**Art. 7bbis Dénonciation urgente de traités internationaux par le Conseil fédéral**

1 Lorsque l'approbation de la dénonciation d'un traité international relève de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral peut dénoncer un traité sans l'approbation de l'Assemblée fédérale, si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent.

2 Le Conseil fédéral renonce à la dénonciation urgente d'un traité si les commissions compétentes des deux conseils s'y opposent.

**Art. 7c : Ordonnances sur la sauvegarde des intérêts du pays**

1 Le Conseil fédéral peut se fonder directement sur l'art. 184, al. 3, de la Constitution pour adopter une ordonnance lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige.

2 Il limite la durée de validité de l'ordonnance de manière appropriée; cette durée ne peut dépasser quatre ans.

3 Il peut proroger l'ordonnance une fois. Le cas échéant, celle-ci devient caduque six mois après l'entrée en vigueur de sa prorogation si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale de son contenu.

4 De plus, l'ordonnance devient caduque dans les cas suivants :

- a. le projet prévu à l'al. 3 est rejeté par l'Assemblée fédérale;
- b. la base légale prévue à l'al. 3 entre en vigueur.

**Art. 7d : Ordonnances visant à préserver la sécurité extérieure ou intérieure**

1 Le Conseil fédéral peut s'appuyer directement sur l'art. 185, al. 3, de la Constitution pour édicter une ordonnance en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure.

2 L'ordonnance devient caduque dans les cas suivants :

a. dans un délai de six mois après son entrée en vigueur, le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale :

1. un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance,

2. un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale fondé sur l'art. 173, al. 1, let. c, de la Constitution, destinée à remplacer l'ordonnance du Conseil fédéral;

b. le projet est rejeté par l'Assemblée fédérale ;

c. la base légale prévue ou l'ordonnance de l'Assemblée fédérale qui remplace l'ordonnance caduque entre en vigueur.

3 L'ordonnance de l'Assemblée fédérale prévue à l'al. 2, let. a, ch. 2, devient caduque au plus tard trois ans après son entrée en vigueur.

**Art. 7e : Décisions visant à sauvegarder les intérêts du pays ou à préserver la sécurité extérieure ou intérieure**

1 Le Conseil fédéral peut s'appuyer directement sur les art. 184, al. 3, ou 185, al. 3, de la Constitution pour prendre une décision lorsqu'une des conditions suivantes est remplie :

a. la sauvegarde des intérêts du pays l'exige ;

b. il y a lieu de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure.

2 Le Conseil fédéral informe l'organe compétent de l'Assemblée fédérale dans les 24 heures qui suivent sa décision.

#### II.2.2.4 Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005

La [Loi sur le Tribunal fédéral](#) (LTF)<sup>122</sup> a été adoptée dans le cadre de la Réforme de la justice en 2000 et remplace la loi sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943<sup>123</sup>. Le but de la réforme a été à la fois de combler des lacunes dans la protection juridictionnelle et de décharger le Tribunal fédéral. Au niveau des voies de droit, la loi a poursuivi l'objectif de simplifier un système jugé trop complexe, ce qui entrave l'accès à la justice<sup>124</sup>. Elle a remplacé la multiplicité des voies de droit, qui reposaient sur une série de distinctions compliquées, par un recours unifié dans chaque domaine du droit (un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public). Comme la [LTF](#) prévoit, surtout dans le domaine du recours en matière de droit public, une série d'exclusions, elle introduit une voie de recours subsidiaire (le recours constitutionnel subsidiaire), ouverte à des conditions plus restrictives, pour éviter des lacunes de protection, ce qui réintroduit une certaine dose de complexité. Des tentatives de réforme récentes, qui ont voulu davantage limiter l'accès au Tribunal fédéral, notamment en restreignant ou en abolissant le recours constitutionnel subsidiaire, n'ont jusqu'à présent pas fait l'objet d'un consensus<sup>125</sup>.

Les références à des principes de l'État de droit sont les plus fréquentes dans le Chapitre 1 de la [LTF](#), consacré au statut du Tribunal fédéral et aux juges. Après avoir rappelé que le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême du pays (art. 1 al. 1 [LTF](#)), la loi lui confère la surveillance sur la gestion des autres tribunaux fédéraux (art. 1 al. 2 [LTF](#)) et charge, conformément à l'art. 169 al. 1 [Cst.](#), l'Assemblée fédérale de la haute surveillance sur le Tribunal fédéral (art. 3 [LTF](#)). La portée et la limite de la surveillance prévue aux art. 1 et 3 [LTF](#) donne lieu à des discussions, voire à des controverses, surtout en lien avec la surveillance exercée sur le ministère public de la Confédération (*infra*, IV.4.4.2). Le chapitre 1 rappelle et concrétise aussi le principe de l'indépendance judiciaire (art. 2 [LTF](#)), et prévoit des règles détaillées sur l'incompatibilité à raison des fonctions et à raison des personnes (art. 6 et 8 [LTF](#)). Des règles sur la récusation, contenues dans le chapitre 2 (dispositions générales de procédure) mettent en œuvre l'exigence d'impartialité (art. 34 [LTF](#) ss).

Les chapitres 3 et suivants de la [LTF](#) régissent en détail les différentes voies de recours au Tribunal fédéral. Sous l'angle du double objectif visé par la loi, qui consiste à améliorer la

<sup>122</sup> RS 173.110.

<sup>123</sup> Une documentation des différentes étapes de la réforme est disponible sur <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege.html> (consulté le 29.02.2023).

<sup>124</sup> FF 2001 4033.

<sup>125</sup> Pour la proposition de réforme discutée au Parlement, voir FF 2018 4713. En date du 5 mars 2020, le Conseil national a décidé de ne pas entrer en matière.

protection juridictionnelle tout en déchargeant le Tribunal fédéral, une série de dispositions pertinentes pour les cantons méritent d'être mentionnées. La LTF prévoit l'obligation des cantons d'instaurer des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales de dernière instance<sup>126</sup>, ce qui garantit un double degré de juridiction au niveau cantonal et a pour conséquence que le Tribunal fédéral intervient en règle générale comme troisième instance de recours (art. 75 al. 3 [LTF](#); 80 al. 2 [LTF](#); 86 al. 2 [LTF](#)<sup>127</sup>). L'art. 110 [LTF](#) garantit que l'autorité cantonale précédant le Tribunal fédéral ait un pouvoir d'examen qui s'étend au droit et aux faits.

#### ENCADRÉ 15

### Loi sur le Tribunal fédéral

#### **Art. 1 Autorité judiciaire suprême**

1 Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération.

2 Il exerce la surveillance sur la gestion du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets. (...)

#### **Art. 2 Indépendance**

1 Dans l'exercice de ses attributions judiciaires, le Tribunal fédéral est indépendant et n'est soumis qu'à la loi.

2 Ses arrêts ne peuvent être annulés ou modifiés que par lui-même et conformément aux dispositions de la loi.

#### **Art. 3 Rapports avec l'Assemblée fédérale**

1 L'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur le Tribunal fédéral.

2 Elle approuve chaque année le budget, les comptes et le rapport de gestion du Tribunal fédéral.

#### **Art. 6 Incompatibilité à raison de la fonction**

1 Les juges ne peuvent être membres de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral ni exercer aucune autre fonction au service de la Confédération.

2 Ils ne peuvent exercer aucune activité susceptible de nuire à l'exercice de leur fonction de juge, à l'indépendance du tribunal ou à sa réputation ni représenter des tiers à titre professionnel devant le Tribunal fédéral.

3 Ils ne peuvent exercer aucune fonction officielle pour un État étranger ni accepter des titres ou des décorations octroyés par des autorités étrangères.

4 Les juges ordinaires ne peuvent exercer aucune fonction au service d'un canton ni exercer aucune autre activité lucrative. Ils ne peuvent pas non plus être membres de la direction, de l'administration, de l'organe de surveillance ou de l'organe de révision d'une entreprise commerciale.

#### **Art. 8 Incompatibilité à raison de la personne**

1 Ne peuvent être en même temps juges au Tribunal fédéral :

a. les conjoints, les partenaires enregistrés et les personnes qui font durablement ménage commun ;

b. les conjoints et les partenaires enregistrés de frères et sœurs ainsi que les personnes qui font durablement ménage commun avec un frère ou une sœur ;

<sup>126</sup> À noter que l'art. 191b [Cst.](#), adopté dans le cadre de la Réforme de la justice, prévoit que « [l]es cantons instituent des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales. ». Cette disposition doit être lue ensemble avec la garantie de l'accès à la justice (art. 29a [Cst.](#)). L'obligation d'instaurer des tribunaux supérieurs, prévue dans la [LTF](#), va au-delà de l'art. 191b [Cst.](#), dans la mesure où elle garantit un double degré de juridiction.

<sup>127</sup> Pour les recours pour violation de droits politiques, une instance judiciaire est exigée au niveau cantonal (art. 88 al. 2 [LTF](#)).

c. les parents en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale;  
d. les alliés en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale.

2 La réglementation prévue à l'al. 1, let. d, s'applique par analogie aux personnes qui font durablement ménage commun.

### II.2.2.5 Lois sur les autres autorités judiciaires de la Confédération

En plus du Tribunal fédéral, qui est l'autorité judiciaire suprême de la Suisse, l'art. 191a [Cst.](#) prévoit la création d'autres autorités judiciaires. Cette disposition met à la charge de la Confédération l'obligation d'instaurer deux types de tribunaux: un tribunal pénal, avec la mission principale de connaître en première instance des cas que la loi attribue à la juridiction fédérale (art. 191a al. 1 [Cst.](#)), et des « *autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétences de l'administration fédérale.* » (art. 191a al. 2 [Cst.](#)). Elle laisse à la Confédération la possibilité de créer encore d'autres instances judiciaires (art. 191a al. 3 [Cst.](#)).

Comme l'obligation de créer des tribunaux supérieurs au sein des cantonaux (*supra*, II.3.4), l'art. 191a [Cst.](#) a été adopté dans le contexte de la Réforme de la justice dans le but de décharger le Tribunal fédéral. La création d'instances judiciaires préalables, chargées d'effectuer un contrôle complet, en fait et en droit, est censée assurer que le Tribunal fédéral ne soit pas appelé à statuer en première instance, et puisse se limiter à l'examen du droit, sans procéder à la vérification des faits, qui prend beaucoup de temps<sup>128</sup>.

Pour mettre en œuvre le principe des instances judiciaires préalables, le législateur a créé trois tribunaux fédéraux, par l'adoption des lois respectives :

- (1) Le Tribunal pénal fédéral (art. 191a al. 1 [Cst.](#)), dont le siège est à Bellinzone, compétent pour statuer sur les affaires pénales qui relèvent de la compétence des autorités fédérales. Il est régi par la [Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération](#) du 19 mars 2010 (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP)<sup>129</sup>; à noter qu'une révision de la LOAP, adoptée en 2017<sup>130</sup>, introduit une instance d'appel (cour d'appel du Tribunal pénal fédéral), compétent pour revoir en fait et en droit les arrêts rendus en première instance. Cette révision renforce la protection juridictionnelle des particuliers, en garantissant que les faits soient revus par deux instances. Comme le recours au Tribunal fédéral contre les arrêts rendus par le Tribunal pénal fédéral est limité à l'examen du droit, les faits n'étaient avant la révision établis que par une seule instance, à la différence des affaires pénales relevant de la compétence des cantons.
- (2) Le Tribunal administratif fédéral (TAF), avec siège à St. Gall, est régi par la [Loi sur le Tribunal administratif fédéral](#) (LTAF) du 17 juin 2005<sup>131</sup>. Créé pour mettre en œuvre l'art. 191a al. 2 [Cst.](#), le TAF a remplacé des anciennes commissions de recours instaurées comme instance de recours contre les décisions des autorités fédérales.

<sup>128</sup> Voir le document « Les grandes lignes de la révision constitutionnelle », disponible sur <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/archiv/justizreform.html> (consulté le 8.3.2023).

<sup>129</sup> RS 173.71.

<sup>130</sup> RO 2017 5769; FF 2013 6375, 2016 5983.

<sup>131</sup> RS 173.32.

- (3) Le Tribunal fédéral des brevets, créé par la [Loi sur le Tribunal fédéral des brevets](#) (LTFB) du 20 mars 2009<sup>132</sup>, sur la base de l'art. 191 al. 3 [Cst.](#)

### II.2.3. Lois régissant la procédure et la protection juridictionnelle

Les lois en matière de procédure mettent en œuvre la protection juridictionnelle des particuliers et les garanties fondamentales de procédure, qui font partie des garanties de l'État de droit protégées dans le catalogue de droits fondamentaux de la [Constitution](#). La législation fédérale en la matière a été adoptée progressivement. La législation sur la procédure administrative date de 1968, et s'inscrit dans le long processus de création d'une juridiction administrative au niveau fédéral (*supra*, I.1.1.3). A la différence du droit matériel, la procédure civile et pénale a jusqu'au début du nouveau millénaire été du ressort des cantons. La Confédération s'est vu attribuer la compétence d'unifier la procédure civile et pénale seulement dans le cadre de la Réforme de la justice. Les lois respectives ont été adoptées en 2007 et 2008. Dans les sections qui suivent, nous allons nous contenter de mettre en exergue quelques dispositions topiques de chacune des lois.

#### II.2.3.1 Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968

Parmi les dispositions de [Loi sur la procédure administrative](#) (PA)<sup>133</sup>, nous aimerions mettre en exergue l'art. 25a, issue d'une révision adoptée en 2005 sous l'impulsion de la [CEDH](#)<sup>134</sup>, dans le but de garantir une protection juridictionnelle à l'encontre des actes matériels. Le législateur a opté pour un système qui permet à des personnes souhaitant contester des actes matériels d'obtenir une décision qui sera sujet à recours.

#### ENCADRÉ 16

#### PA, Art. 25a

*1 Toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations:*

- a. s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque;*
- b. élimine les conséquences d'actes illicites;*
- c. constate l'illicéité de tels actes.*

*2 L'autorité statue par décision.*

#### II.2.3.2 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007

Portant sur un domaine extrêmement sensible du point de vue des droits fondamentaux et de l'État de droit, les 457 dispositions du [Code de procédure pénale](#) (CPP)<sup>135</sup> régissent en détail toutes les étapes de la poursuite pénale et du jugement par les autorités pénales de la Confédération et des cantons pour les infractions prévues par le droit fédéral. Le CPP régit aussi la répartition de compétences entre les autorités fédérales et cantonales, les droits des personnes sujettes à la procédure, les voies de recours, y compris la garantie fondamentale du *habeas corpus*, ainsi que la réparation pour des préjudices subis. Le Titre 1 du [CPP](#) énonce des principes généraux, dont la plupart reprennent et concrétisent des principes de l'État de droit, comme le principe de légalité, le respect de la dignité et des principes d'un procès équitable,

<sup>132</sup> RS 173.41. Selon l'art. 6 [LTBF](#), « [l]e Tribunal fédéral des brevets tient ses audiences au siège du Tribunal administratif fédéral. »

<sup>133</sup> RS 172.021.

<sup>134</sup> RO 2006 2197 1069; FF 2001 4000.

<sup>135</sup> RS 312.0.

l'indépendance des autorités pénales, les maximes de célérité et de la présomption d'innocence.

#### ENCADRÉ 17

##### Code de procédure pénale

###### **Art. 2 : Administration de la justice pénale**

- 1 La justice pénale est administrée uniquement par les autorités désignées par la loi.
- 2 Les procédures pénales ne peuvent être exécutées et closes que dans les formes prévues par la loi.

##### Chapitre 2 Principes régissant la procédure pénale

###### **Art. 3 : Respect de la dignité et procès équitable**

- 1 Les autorités pénales respectent la dignité des personnes impliquées dans la procédure, à tous les stades de celle-ci.
- 2 Elles se conforment notamment:
  - a. au principe de la bonne foi ;
  - b. à l'interdiction de l'abus de droit ;
  - c. à la maxime voulant qu'un traitement équitable et le droit d'être entendu soient garantis à toutes les personnes touchées par la procédure ;
  - d. à l'interdiction d'appliquer des méthodes d'enquête qui sont attentatoires à la dignité humaine.

###### **Art. 4 : Indépendance**

- 1 Les autorités pénales sont indépendantes dans l'application du droit et ne sont soumises qu'aux règles du droit.
- 2 La compétence de donner des instructions (art. 14) prévue par la loi à l'égard des autorités de poursuite pénale est réservée.

###### **Art. 5 : Célérité**

- 1 Les autorités pénales engagent les procédures pénales sans délai et les mènent à terme sans retard injustifié.
- 2 Lorsqu'un prévenu est placé en détention, la procédure doit être conduite en priorité.

###### **Art. 10 : Présomption d'innocence et appréciation des preuves**

- 1 Toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force.
- 2 Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure.
- 3 Lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation, le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu.

### **II.2.3.3 Code de procédure civile du 19 décembre 2008**

Comme pour le [CPP](#), nous allons mettre en lumière, parmi les 408 dispositions du [Code de procédure civile](#) (CPC)<sup>136</sup>, les articles les plus pertinents pour l'État de droit du chapitre consacré aux principes de procédure. A ces dispositions, il convient d'ajouter celles qui régissent la récusation, dans l'intérêt de l'indépendance et de l'impartialité de la justice (art. 47 ss [CPC](#)).

<sup>136</sup> RS 272.

ENCADRÉ 18

**Code de procédure civile**

**Art. 52 : Respect des règles de la bonne foi**

*Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi.*

**Art. 53 : Droit d'être entendu**

*1 Les parties ont le droit d'être entendues.*

*2 Elles ont notamment le droit de consulter le dossier et de s'en faire délivrer copie pour autant qu'aucun intérêt prépondérant public ou privé ne s'y oppose.*

**Art. 54 : Principe de publicité**

*1 Les débats et une éventuelle communication orale du jugement sont publics. Les décisions doivent être accessibles au public.*

*2 Le droit cantonal détermine si les délibérations sont publiques.*

*3 Le huis clos total ou partiel peut être ordonné lorsque l'intérêt public ou un intérêt digne de protection de l'un des participants à la procédure l'exige.*

*4 Les procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques.*

**II.2.4. Lois mettant en œuvre les exigences du principe de légalité**

Dans la présente section, nous mettrons en avant deux lois importantes pour mettre en œuvre deux principes qui sont le corollaire indispensable du principe de légalité : le principe de publicité, d'une part, et le principe de la responsabilité pour acte illicite, d'autre part.

**II.2.4.1 Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004**

La [Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale](#) (Loi sur les publications officielles, LPubl)<sup>137</sup> régit la publication des recueils du droit fédéral qui assurent la publicité de la législation en vigueur et les étapes importantes du processus législatifs. La Feuille fédérale (FF) est notamment destinée à la publication des actes soumis au référendum, des messages et projets du Conseil fédéral relatif à des actes destinés à l'Assemblée fédérale de même que les rapports et projets des commissions parlementaires relatifs aux mêmes actes<sup>138</sup>. Ces messages et rapports jouent un rôle important pour l'interprétation, comme ils contiennent des informations importantes sur le contexte et le but poursuivi par le législateur.

Le Recueil officiel contient les actes normatifs en vigueur<sup>139</sup>, publiés dans un ordre chronologique, ce qui permet de retracer l'évolution du droit sous forme des révisions successives des lois. Recueil systématique est « *une collection consolidée, classée par matières et mise à jour en permanence* » des textes publiés dans le Recueil officiel et des constitutions cantonales (art. 11 [LPubl](#)). Ce dernier recueil joue un rôle important pour rendre le droit accessible aux destinataires des règles et aux praticiennes et praticiens.

Une révision de la [LPubl](#) de 2014<sup>140</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, est aussi significative du point de vue de l'accessibilité du droit. Elle a pris en compte l'évolution technologique et les habitudes des utilisateurs et utilisatrices pour procéder à une « inversion de primauté »<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> RS 170.512.

<sup>138</sup> Pour la liste complète, voir art. 13 [LPubl](#).

<sup>139</sup> Pour la liste des actes publiés, voir art. 2–3 [LPubl](#).

<sup>140</sup> RO 2015 3977; FF 2013 6325.

<sup>141</sup> FF 2013 6326, 6331.

Depuis l'entrée en vigueur de la modification législative, la version électronique et non la version imprimée fait foi. La possibilité de publier des textes en ligne quotidiennement présente aussi l'avantage d'une plus grande réactivité.

La [L.Publ](#) prévoit différents types de publication et des dérogations, qui permettent de trouver un juste équilibre entre l'impératif de la prévisibilité et la publicité, d'une part, et celui de l'urgence, ou d'autres intérêts qui s'opposent à une publication, d'autre part. L'art. 6 prévoit une exception à la publication officielle pour des actes internationaux destinés à rester secret. L'art. 7 distingue entre la publication ordinaire, qui doit intervenir 5 jours avant l'entrée en vigueur de l'acte, et la publication urgente, qui justifie une entrée en vigueur de l'acte le jour même de la publication. A ces deux catégories s'ajoute la publication extraordinaire, qui vise le cas de figure où il n'est pas possible de publier un texte par la voie normale, par exemple en raison d'un dysfonctionnement généralisé des serveurs internet, due par exemple à une cyberattaque<sup>142</sup>.

#### ENCADRÉ 19

### Loi sur les publications officielles

#### **Art. 6 Dérogation au principe de la publication obligatoire**

1 Ne sont pas publiés dans le RO les actes de la Confédération ainsi que les traités et décisions de droit international qui doivent être tenus secrets pour préserver la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ou en raison d'obligations internationales.

2 Dans la mesure où les textes visés à l'al. 1 contiennent des obligations individuelles, les dispositions les concernant ne lient que les personnes auxquelles elles ont été communiquées.

#### **Art. 7 Publication ordinaire, urgente et extraordinaire**

1 Les textes visés aux art. 2 à 4 sont publiés dans le RO au moins cinq jours avant leur entrée en vigueur.

2 Les traités et décisions au sens des art. 3 et 4 dont la date d'entrée en vigueur n'est pas encore connue au moment de leur approbation, sont publiés dès que cette date est connue.

3 Exceptionnellement, un texte peut être publié au plus tard le jour de son entrée en vigueur (publication urgente) si cela est nécessaire pour lui permettre de déployer pleinement ses effets.

4 Si la plate-forme n'est pas disponible, la publication s'effectue par d'autres moyens (publication extraordinaire).

#### **Art. 8 Effets juridiques de la publication**

1 Les obligations juridiques inscrites dans les textes visés aux art. 2 à 4 naissent dès que les textes en question ont été publiés conformément aux dispositions de la présente section.

2 Si un acte est publié dans le RO après son entrée en vigueur, les obligations qui y sont inscrites ne naissent que le jour qui suit la publication. L'art. 7, al. 3, est réservé.

3 Si un acte est publié selon la procédure extraordinaire, la personne concernée est en droit de prouver qu'elle n'avait pas connaissance de l'acte considéré et qu'elle ne pouvait pas en avoir connaissance malgré le devoir de diligence qui lui incombait.

### **II.2.4.2 Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958**

La [Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires](#) (Loi sur la responsabilité, LRCF)<sup>143</sup> met en œuvre l'art. 146 [Cst.](#), qui pose le

<sup>142</sup> FF 2013 6349.

<sup>143</sup> RS 170.32.

principe selon lequel la « *Confédération répond des dommages causés sans droit par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions.* » Tenir l'État pour responsable des actes illicites de ses organes est une composante importante de l'État de droit, destinée à limiter le pouvoir de l'État et à assurer que des actes contraires au droit, et donc au principe de légalité, ne restent pas sans conséquence.

L'adoption de la LRCF en 1958 a renforcé considérablement la protection des personnes lésées par rapport à la loi antérieure. Adoptée en 1850, celle-ci reflétait l'idée « *que l'État agissant en fonction de sa souveraineté n'avait pas à répondre des dommages découlant de son action, sauf quelques exceptions* »<sup>144</sup>. Selon cette conception, les personnes lésées ne pouvaient agir que contre le ou la fonctionnaire fautif mais non contre la Confédération. La loi de 1958 rompt avec ce paradigme : elle introduit la responsabilité primaire de la Confédération pour le dommage causé illicitement par ses fonctionnaires, indépendamment de la faute de ceux-ci. L'élément subjectif ne joue un rôle que dans le cadre du droit de recours de la Confédération contre la personne qui a causé le dommage<sup>145</sup>.

ENCADRÉ 20

**Loi sur la Responsabilité**

**Art. 3**

*1 La Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire.*

*2 Lorsque la responsabilité pour des faits déterminés est prévue dans des actes législatifs spéciaux, la responsabilité de la Confédération est régie par ces dispositions.*

*3 Le lésé n'a aucune action envers le fonctionnaire fautif.*

*4 Lorsqu'un tiers réclame des dommages-intérêts à la Confédération, celle-ci en informe immédiatement le fonctionnaire contre lequel elle pourrait exercer un droit de recours.*

**Art. 7**

*Lorsque la Confédération répare le dommage, elle a contre le fonctionnaire qui l'a causé intentionnellement ou par une négligence grave une action récursoire même après la résiliation des rapports de service.*

**Art. 8**

*Le fonctionnaire répond envers la Confédération du dommage qu'il lui cause directement en violant ses devoirs de service intentionnellement ou par négligence grave.*

Conformément au régime d'immunité prévu par la Loi sur le Parlement, la LRCF exclut la responsabilité des membres du Gouvernement pour les opinions émises au sein de l'Assemblée fédérale ou de ses organes (art. 2 al. 2 [LRCF](#)). Elle tient aussi compte de la Loi sur le Parlement en prévoyant une procédure d'autorisation pour la poursuite pénale contre des membres d'autorités ou des magistrats ou magistrats élus par l'Assemblée fédérale en raison d'infractions en rapport direct avec leur activité ou situation officielle (art. 14 al. 1 [LRCF](#)). Pour assurer le bon fonctionnement de l'administration et éviter des manœuvres dilatoires<sup>146</sup>, la poursuite des fonctionnaires fédéraux est aussi soumise à autorisation. Celle-ci doit être délivrée par le Département fédéral de justice et police (art. 15 al. 1 [LRCF](#)).

<sup>144</sup> FF 1956 I 1421.

<sup>145</sup> FF 1956 I 1424.

<sup>146</sup> FF 1956 I 1425.

Une question débattue dans le cadre des travaux qui ont précédé l'adoption de la LRCF il y a plus d'un demi-siècle – celle de la responsabilité pour actes licites – est à nouveau devenue d'actualité. Les auteurs de la loi de 1958 avaient décidé d'exclure ce type de responsabilité. Par voie de conséquence, les victimes d'injustices qualifiées aujourd'hui d'historiques<sup>147</sup> ne peuvent pas se fonder sur la [LRCF](#) pour obtenir une compensation financière. Des actions de leur part se heurteraient aussi aux règles de la prescription et de la péremption. Jusqu'à présent, le législateur a décidé de se saisir de la problématique par des lois spécifiques, qui prévoient d'autres modes de réparation que des dommages-intérêts pour des actes qui étaient conformes au droit de l'époque<sup>148</sup>.

### II.2.5. Lois régissant les situations extraordinaires

Les situations extraordinaires mettent l'ordre juridique à l'épreuve de concilier agilité et pragmatisme, d'une part, et le respect des principes de l'État de droit, d'autre part. Plusieurs lois, adoptées à des époques différentes, souvent à l'issue de crises, relèvent le défi de prévoir un cadre pour des situations extraordinaires, par nature difficilement prévisibles. Parmi les plus récentes figurent la Loi fédérale sur la sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires du 19 décembre 2010, qui porte modification à la [LOGA](#) dans le but de renforcer le rôle de l'Assemblée fédérale et de poser des limites temporelles à la législation d'urgence du Conseil fédéral (voir *supra*, II.3.3 et Encadré 14). Dans le contexte de la pandémie Covid-19, des dispositions contenues dans d'autres lois fédérales ont aussi été pertinentes.

#### II.2.5.1 Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012

La [Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme \(Loi sur les épidémies, LEp\)](#)<sup>149</sup> a pour objectif « de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles. » (art. 2 al. 1 [LEp](#)). Elle distingue entre trois types de situations, à savoir la situation ordinaire, la situation particulière (art. 6 [LEp](#)) et la situation extraordinaire (art. 7 [LEp](#)) et prévoit des possibilités d'intervention de l'échelon fédéral et du Conseil fédéral plus ou moins fortes en fonction de la situation. En temps normaux, la compétence pour prendre les mesures nécessaires incombent aux cantons (art. 30 ss [LEp](#)). Dans une situation qualifiée de « particulière », le Conseil fédéral est compétent pour prendre les mesures de lutte, après consultation des cantons, qui restent compétents pour adopter des mesures plus strictes. Enfin, dans une situation extraordinaire, le Conseil fédéral peut décréter des mesures uniformes pour tout le pays qui peuvent, si nécessaire, aller au-delà du cadre tracé par la [LEp](#)<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> Un cas de figure paradigmatique sont les internements administratifs, qui ont conduit à des privations de liberté de groupes vulnérables de la population, fondées sur des motifs vagues, et sans contrôle judiciaire. Pour un aperçu sur la question, voir les informations disponibles sur <https://skmr.ch/fr/publications-documentations/artikel/vom-umgang-mit-vergangenem-unrecht> (consulté le 7.2.2023). Un autre exemple connu est l'enlèvement des enfants yéniches à leurs parents entre 1926 et 1973 dans le cadre de l'œuvre d'entraide « Les enfants de la grand-route », dirigée par la fondation « Pro Juventute ». Le placement des enfants est souvent allé de pair avec des abus et de l'exploitation. Pour une analyse interdisciplinaire de cette problématique, voir GALLE (2016). Sur le processus de réparation, voir GALLE (2014).

<sup>148</sup> Cf. Loi fédérale sur la réhabilitation des personnes placées par décision administrative du 21 mars 2014, RS 211.223.12.

<sup>149</sup> RS 818.101.

<sup>150</sup> Sur les différents échelons, voir BERNARD (2020b), p. 291 ss.

Une des raisons principales de l'introduction de ce nouveau modèle à trois échelons était d'adapter le modèle suisse de la gestion de crise aux exigences de l'OMS<sup>151</sup>.

ENCADRÉ 21

**Loi sur les épidémies**

**Art. 6 : Situation particulière**

1 Il y a situation particulière dans les cas suivants :

a. les organes d'exécution ordinaires ne sont pas en mesure de prévenir et de combattre l'apparition et la propagation d'une maladie transmissible et qu'il existe l'un des risques suivants :

1. un risque élevé d'infection et de propagation,
2. un risque spécifique pour la santé publique,
3. un risque de graves répercussions sur l'économie ou sur d'autres secteurs vitaux ;

b. l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse.

2 Le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons :

- a. ordonner des mesures visant des individus ;
- b. ordonner des mesures visant la population ;
- c. astreindre les médecins et d'autres professionnels de la santé à participer à la lutte contre les maladies transmissibles ;
- d. déclarer obligatoires des vaccinations pour les groupes de population en danger, les personnes particulièrement exposées et les personnes exerçant certaines activités.

3 Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) coordonne les mesures de la Confédération.

**Art. 7 : Situation extraordinaire**

Si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.

Dans le contexte de la crise sanitaire Covid-19, tous les trois échelons ont été appliqués successivement<sup>152</sup>. Après une première période, considérée comme une situation ordinaire, le Conseil fédéral s'est fondé sur l'art. 6 [LEp](#) et sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 [Cst.](#) pour adopter une ordonnance qui prévoyait toute une série de mesures en vue de lutter contre la propagation du coronavirus<sup>153</sup>. Peu de temps après, le Gouvernement a décrété l'existence d'une situation extraordinaire et s'est fondé sur l'art. 7 [LEp](#) pour prendre des mesures plus incisives<sup>154</sup>. Pendant cette période, qui a duré du 16 mars 2020 au 22 juin 2022, le Conseil fédéral a fait usage de son pouvoir de prendre des mesures qui dépassent le cadre de la [LEp](#).

<sup>151</sup> FF 2011 421.

<sup>152</sup> Pour plus de détails, voir BERNARD (2020b), p. 293 ss.

<sup>153</sup> Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 28 février 2020, RO 2020 573; Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Covid-19) (ordonnance 2 Covid-19) du 13 mars 2020 RO 2020 773.

<sup>154</sup> Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Covid-19) du 13 mars 2020 (ordonnance 2 Covid-19), modification du 16 mars 2020, RO 2020 783.

### II.2.5.2 Autres lois

D'autres lois prévoient aussi des bases légales qui permettent d'adopter des mesures pour gérer une situation de crises. C'est le cas notamment de la [Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite](#) du 11 avril 1889 (LP)<sup>155</sup> et de la Loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays ([Loi sur l'approvisionnement du pays](#), LAP) du 17 juin 2016<sup>156</sup>. Cette dernière loi prévoit un chapitre qui régit les mesures d'intervention économique pour faire face à une pénurie grave (chapitre 3). Le Conseil fédéral est habilité à prendre des mesures d'intervention économique temporaires pour garantir l'approvisionnement en biens et services vitaux en cas de pénurie grave, déclarée ou imminente (art. 31 s. [LAP](#)) et d'ordonner la surveillance des prix des biens et services concernés (art. 33 [LAP](#)). L'art. 34 [LAP](#) permet au Conseil fédéral de surcroît d'adopter des mesures dérogeant à d'autres actes.

#### ENCADRÉ 22

##### **LP, Art. 62**

*En cas d'épidémie, de calamité publique ou de guerre, le Conseil fédéral ou, avec son assentiment, le gouvernement cantonal peut ordonner la suspension des poursuites sur une portion du territoire ou au profit de certaines catégories de personnes.*

#### ENCADRÉ 23

##### **LAP, Art. 34 : Suspension de certaines dispositions d'autres actes**

*1 Le Conseil fédéral peut suspendre certaines dispositions d'autres actes pour la durée des mesures d'intervention économique. Les dispositions concernées figurent dans l'annexe 1.*

*2 Les dispositions ne peuvent être suspendues que dans la mesure où elles sont en contradiction avec des mesures prises en vertu de la présente loi.*

*3 La suspension ne doit pas déployer d'effet irréversible ou allant au-delà de la durée des mesures d'intervention économique.*

*4 En cas de pénurie grave, déclarée ou imminente, le Conseil fédéral peut compléter la liste figurant dans l'annexe 1. Si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.*

<sup>155</sup> RS 281.1.

<sup>156</sup> RS 531.

### III. La jurisprudence du Tribunal fédéral la plus pertinente en la matière

La jurisprudence pertinente est difficile à délimiter, étant donné que l'État de droit recouvre toute une série de principes, dont certains ont une portée très large. Mentionnons, à titre d'exemple, celui de la légalité, qui recouvre selon la [Constitution fédérale](#) aussi le respect du droit international. Selon la conception helvétique, l'État de droit s'étend aussi à des principes matériels, comme ceux de l'intérêt public, et de la proportionnalité, dont la portée, en tant que principes constitutionnels généraux régissant l'activité étatique dépasse celle des droits fondamentaux. Ces derniers à eux seuls donnent chaque année lieu à une jurisprudence très riche. Le champ de la jurisprudence pertinente est donc potentiellement extrêmement large. Par conséquent, une délimitation et des choix s'imposent aux fins de la présente section. Nous dresserons dans un premier temps le panorama des arrêts qui contiennent une mention explicite de l'État de droit et recourent à ce concept dans l'argumentation. Par la suite, nous mettrons en lumière des arrêts topiques, regroupés selon différents thèmes liés à la conception helvétique de l'État de droit. Une attention particulière sera accordée aux arrêts fondateurs, et à ceux qui ont conduit à des controverses dans l'arène politique, menées souvent sous la bannière « état de droit contre démocratie »<sup>157</sup>.

#### III.1. Arrêts avec mention explicite de la notion de l'État de droit

Parmi les arrêts qui mentionnent explicitement la notion de l'État de droit, ou son adjectif (« *rechtsstaatlich* »), nous allons mettre en relief ceux qui font ressortir clairement le rôle de principe structurel qui revient à ce concept dans l'ordre juridique suisse<sup>158</sup>. En tant que principe structurant, l'État de droit est une idée directrice qui donne des impulsions pour une interprétation téléologique et évolutive du droit constitutionnel, comme le montrent les deux arrêts qui suivent. Dans les arrêts subséquents présentés dans cette section, la jurisprudence se réfère à l'État de droit pour souligner l'importance de certains principes et des droits fondamentaux, en particulier dans le domaine de la procédure pénale. L'État de droit y est mobilisé comme un rempart contre les atteintes les plus flagrantes à l'intégrité physique et psychique. L'État de droit apparaît comme un État fondé sur la justice, qui est l'opposé de l'injustice. Les deux derniers arrêts présentés concernent le principe de la publicité dans le domaine judiciaire, et mettent en relief l'interdépendance entre l'État de droit et les libertés de communication, qui sont les deux destinés à exercer une fonction de contrôle sur le pouvoir de l'État.

##### III.1.1. ATF 89 I 92

L'[ATF 89 I 92](#) est un des premiers arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a complété les garanties éparpillées des droits fondamentaux contenues dans la Constitution de [1848/74](#) par des droits constitutionnels non écrits<sup>159</sup>. L'arrêt portait sur une action de contestation de la

---

<sup>157</sup> Beaucoup d'arrêts résumés dans cette section sont des arrêts topiques, largement connus sous le nom des personnes recourantes. Pour cette raison, nous allons indiquer les noms, dans la mesure où ils sont parlants, ce qui est utile aussi à des fins rédactionnelles. Quand aucun nom n'est indiqué, il s'agit d'arrêts anonymisés, ce qui est la règle pour la jurisprudence récente.

<sup>158</sup> Sur les principes structurels, voir *infra*, IV.1.3.

<sup>159</sup> Pour d'autres arrêts qui font référence à l'État de droit en lien avec des droits fondamentaux non écrits, voir notamment [ATF 96 I 104](#), c. 1 ; [ATF 100 Ia 392](#), c. 4.c) ; [ATF 104 Ia 88](#), c. 5.c) ; [ATF 121 I 367](#), c. 2.b). Sur les droits fondamentaux non écrits, voir pour des développements complémentaires, *infra*, IV.2.6.

paternité. Dans ce cadre, les autorités judiciaires avaient ordonné une prise de sang à l'encontre de l'enfant à titre de moyen de preuve. Le Tribunal fédéral était appelé à trancher la question de savoir si cette décision, qui ne pouvait se fonder sur aucune base légale, violait la liberté personnelle de l'enfant.

## ENCADRÉ 24

**ATF 89 I 92**

*La liberté personnelle, au sens de l'intégrité physique, est la condition préalable à l'exercice de toutes les autres libertés et constitue ainsi un élément indispensable de l'ordre juridique de l'État de droit suisse (« rechtsstaatliche Ordnung des Bundes »). Selon l'opinion dominante actuelle, la garantie de la liberté personnelle fait donc partie, comme la garantie de la propriété, du droit constitutionnel non écrit de la Confédération. Cette opinion est d'autant moins contestable que le Tribunal fédéral l'a adoptée depuis longtemps en ce qui concerne la garantie de la propriété et qu'il s'y est tenu. La liberté personnelle fait donc aussi partie du droit constitutionnel non écrit de la Confédération.*

**III.1.2. ATF 94 I 513**

Le Tribunal fédéral a très tôt souligné l'importance du principe d'égalité (art. 4 Cst. [1848/74](#)), le qualifiant de « *postulat de la justice étatique* »<sup>160</sup>, et l'interprétant de façon extensive<sup>161</sup>. Les juges fédéraux se sont fondés sur une interprétation extensive de l'art. 4 [Cst.1874](#) pour déduire de cette disposition toute une série de garanties de l'État de droit, qui comprenaient tant des droits de procédure que des principes matériels<sup>162</sup>. Dans l'[ATF 94 I 513](#), par exemple, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence selon laquelle le principe de la bonne foi découle de l'art. 4 Cst. [1848/74](#) et souligne l'importance du principe d'égalité dans un État de droit.

## ENCADRÉ 25

**ATF 94 I 513**

*Le principe de la bonne foi découle directement de l'art. 4 Cst. et s'applique à l'ensemble de l'activité étatique. Il ne faut pas hésiter à reconnaître au citoyen le droit – résultant du principe de l'égalité devant la loi – à être protégé dans la confiance légitime qu'il met dans l'administration. Le Tribunal fédéral a donné de tout temps au principe de l'égalité devant la loi fixée à l'art. 4 Cst. une signification qui dépasse largement son sens littéral, considérant qu'il s'agit là du fondement de l'État de droit. Avant tout, l'art. 4 Cst. doit protéger le citoyen contre une application arbitraire du droit; il garantit au citoyen un minimum de droits de défense dans tout litige et dans toute procédure administrative. En outre, selon de nombreux arrêts récents, l'art. 4 Cst. s'oppose à tout formalisme de procédure qui ne peut se justifier par des intérêts dignes de protection. C'est également un postulat de l'État de droit et de l'art. 4 Cst. que l'on puisse exiger des autorités administratives un comportement consciencieux et digne de confiance.*<sup>163</sup>

**III.1.3. ATF 104 IV 22**

Comme les autres arrêts qui suivront, l'[ATF 104 IV 22](#) est un exemple du recours à la notion de l'État de droit pour tracer une ligne rouge entre des méthodes admissibles dont peuvent se servir les autorités et celles qui constituent un abus du pouvoir incompatibles avec les valeurs à la base de l'ordre constitutionnel. Un policier qui recourt à la violence à l'encontre d'une

<sup>160</sup> [ATF 6 I 171](#), c. 1, traduit par l'autrice (arrêt rendu en 1880).

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Voir pour le déni de justice, ATF 3, 425 *Robatel*, résumé *infra*, III.5.1. Pour un aperçu des droits procéduraux de l'art. 4 [Cst.1874](#), voir KLEY (1995), p. 29 s., n° 15. À noter que le Tribunal fédéral n'a cependant pas reconnu un droit fondamental à l'accès à la justice (KLEY [1995], p. 30 s., n° 16).

<sup>163</sup> Résumé largement fondé sur la traduction dans JT 1996 I 603.

personne amenée au poste de police, sans indication que l'usage de la force physique était nécessaire, franchit clairement cette ligne de démarcation.

## ENCADRÉ 26

**ATF 104 II 22**

*Seuls des moyens admissibles et proportionnés peuvent être utilisés pour rompre la résistance. Donner coups de poing à une personne non-coopérante, ou la tirer par les cheveux, était dans les circonstances du cas d'espèce clairement un usage excessif à la force. Le policier a utilisé des méthodes qui ne peuvent pas être tolérées dans un État de droit.*

**III.1.4. ATF 109 la 273 Vest**

L'[arrêt Vest](#), rendu en 1983, est significatif à plusieurs égards. Il s'agit d'un arrêt de principe sur la constitutionnalité des mesures de surveillance dans le cadre de la procédure pénale. Les juges fédéraux y définissent plusieurs garde-fous, matériels et procéduraux. Ils mettent par exemple des limites à la surveillance secrète, relevant qu'une exclusion générale de toute information ultérieure aux personnes touchées par la surveillance est disproportionnée et viole le droit à un recours effectif (art. 13 [CEDH](#)). L'arrêt *Vest* fait en plus une contribution importante au sujet de l'essence des droits fondamentaux. Aujourd'hui codifiée à l'art. 36 al. 4 [Cst.](#), l'exigence que des mesures attentatoires aux droits fondamentaux respectent, en plus des autres conditions de restriction, également le noyau dur de ces droits vise à contrer le risque inhérent à la flexibilité de l'examen de la proportionnalité<sup>164</sup>. En particulier en temps de crise, la mise en balance des différents droits et intérêts concurrents comporte le danger que la balance penche trop facilement en faveur des considérations sécuritaires au détriment des libertés. La condition du respect de l'essence ne peut cependant déployer un rôle protecteur supplémentaire aux autres conditions de restriction, que si le noyau des différents droits est déterminé de façon suffisamment claire. L'arrêt *Vest* fait partie des rares jugements qui contient des développements sur l'essence des droits fondamentaux. Il apporte des précisions importantes sur l'essence de la liberté personnelle, concrétisée à la lumière de l'État de droit. Le raisonnement du Tribunal fédéral y ressemble à celui du Président de l'époque de la Cour suprême d'Israël, Aron BARAK, selon lequel les démocraties doivent parfois lutter « *avec une main attachée derrière le dos* »<sup>165</sup>, et ne peuvent pas se servir des mêmes moyens que ses ennemis.

## ENCADRÉ 27

**ATF 109 la 273 Vest**

*En accord avec les explications de la CourEDH, on ne peut ignorer le fait que l'espionnage, le terrorisme et la criminalité peuvent, avec le développement de la technique, utiliser des moyens de surveillance de plus en plus sophistiqués. L'État de droit ne peut donc pas s'interdire d'y répondre par des mesures appropriées car il n'est pas dans l'esprit d'un État libre et démocratique de se priver de ses moyens de défense et de se livrer à ses adversaires sans moyens de défense équivalents. D'un autre côté, la préservation d'un tel ordre libéral exige justement de limiter les moyens et les atteintes. L'État de droit se distingue de ses adversaires par le fait qu'il n'utilise pas les mêmes méthodes que ceux-ci. Ainsi, le fait que les terroristes n'hésitent pas à recourir à la torture ne saurait en justifier l'usage. Elle est en effet proscrite par la garantie de la liberté personnelle et par l'art. 3 CEDH, de même que l'utilisation de détecteurs de mensonges, de la narcoanalyse ou des sérums de vérité comme méthode de recherche de la vérité n'est pas autorisée par la Constitution. De telles méthodes d'enquête signifient une intrusion dans l'espace psychique propre de l'être humain. On arracherait ainsi à la personne concernée des déclarations contre son gré ou en contournant sa volonté, ou bien sa formation de*

<sup>164</sup> Pour une étude approfondie du noyau des droits fondamentaux, voir SCHEFER (2001).

<sup>165</sup> HCJ 3799/02 *Adalah v. Military Commander of the West Bank*, du 23.06.23.2005, traduit par l'autrice.

*volonté serait est tout simplement supprimée. De telles méthodes portent atteinte à l'essence même de la liberté personnelle et ne doivent donc pas être utilisées dans l'État de droit, même dans des cas exceptionnels, pour l'autodéfense.*

### III.1.5. ATF 112 Ib 606

Comme dans l'arrêt *Vest*, le Tribunal fédéral se réfère dans l'[ATF 112 Ib 606](#) à l'État de droit pour poser des limites aux moyens admissibles auxquelles les autorités peuvent recourir pour établir la vérité. Même si l'arrêt vise à circonscrire la portée du secret professionnel de l'avocat, le Tribunal fédéral souligne que la recherche de la vérité n'est pas un intérêt qui l'emporte sur toutes les autres considérations dans un État de droit: « *Certes le refus de renseigner la justice peut compliquer la recherche de la vérité. Mais dans un État de droit cet inconvénient doit être accepté.*»<sup>166</sup>

### III.1.6. ATF 114 Ia 50

L'[ATF 114 Ia 50](#) est un exemple qui illustre le rôle central que le Tribunal fédéral accorde aux garanties de procédure, notamment à l'indépendance et à l'impartialité des juges, en les liant à plusieurs principes dérivés de l'État de droit (séparation des pouvoirs, égalité de traitement, interdiction de l'arbitraire), ainsi qu'à la légitimité et la confiance dans le pouvoir judiciaire.

#### ENCADRÉ 28

#### ATF 114 Ia 50

*Les art. 58 al. 1er Cst. et 6 ch. 1 CEDH peuvent être considérés comme une concrétisation de la séparation des pouvoirs. Elles empêchent en effet le pouvoir exécutif de s'immiscer dans les affaires judiciaires. Mais les art. 58 al. 1er Cst. et 6 ch. 1 CEDH visent aussi à assurer la liberté d'esprit du juge sans laquelle il n'y a pas de procès équitable. Or ce résultat risque d'être compromis lorsque des éléments (subjectifs ou objectifs) étrangers au procès pèsent sur son issue. La partialité effective conduit directement à une influence étrangère à l'affaire, à un procès inéquitable pour les parties et donc, dans certains cas, à un jugement contraire au principe d'égalité de traitement et à l'interdiction de l'arbitraire. Même dans la mesure où un juge doit pouvoir être récusé et exclu sur la seule base d'une apparence de partialité, la Constitution et la Convention veulent garantir une procédure équitable et ouverte, même du point de vue (objectif) des parties. Il doit être en effet un « authentique médiateur » et « le justiciable doit se sentir juridiquement en sécurité auprès de lui ». Outre la protection des parties au procès, ce système vise le maintien de la confiance dans la justice et du respect dans les jugements. Du point de vue de la communauté juridique, il en va donc de la crédibilité de la procédure et des tribunaux qu'une société démocratique se doit d'inspirer au justiciable<sup>167</sup>.*

### III.1.7. ATF 139 I 129 et ATF 141 I 211

La confiance dans le pouvoir judiciaire n'est pas seulement un motif en faveur de l'indépendance et l'impartialité judiciaire, mais aussi une considération importante à l'appui de la publicité de la justice, ce que le Tribunal fédéral relève dans sa jurisprudence constante, illustrée ci-dessous à l'aide de l'[ATF 139 I 129](#). L'accent y est aussi mis sur une autre fonction centrale des principes de l'État de droit, celle de limiter le pouvoir étatique. Les libertés de communication, en particulier la liberté des médias, poursuivent également cet objectif. L'[ATF 141 I 211](#) souligne le rôle fondamental que jouent les médias en lien avec la publicité de la justice, et, d'une façon plus générale, dans un État démocratique fondée sur le droit.

<sup>166</sup> Cité selon JT 1987 IV 150.

<sup>167</sup> Cette traduction se fonde largement sur JT 1989 IV 78.

## ENCADRÉ 29

**ATF 139 I 129**

*L'art. 30 al. 3 Cst. consacre le principe de la publicité de la justice, également prévu par l'art. 6 § 1 CEDH et l'art. 14 Pacte ONU II. La publicité permet l'accès à la jurisprudence et elle assure la transparence des procédures judiciaires. D'une part, elle protège les parties directement impliquées dans le procès [en favorisant] un déroulement correct et un jugement conforme à la loi. D'autre part, la publicité permet à tous de suivre comment les procédures sont conduites, le droit appliqué et la justice administrée. La publicité s'oppose en ce sens à toute forme de justice secrète. Elle vise à assurer la transparence et à susciter la confiance en la justice. Elle revêt une importance primordiale dans un État de droit démocratique. Le contrôle de l'ensemble des justiciables doit parer aux soupçons selon lesquelles la justice privilégie ou désavantage indûment certains plaideurs, ou conduit ses investigations de manière unilatérale et critiquable au regard des principes de l'État de droit<sup>168</sup>.*

## ENCADRÉ 30

**ATF 141 I 211**

*Le code de procédure pénale met en œuvre le principe de la publicité de la justice ancré dans l'art. 30, al. 3, Cst., l'art. 6, ch. 1, CEDH et l'art. 14, al. 1, du Pacte II. Il est important que les citoyennes et citoyens puissent voir comment les juges assument la responsabilité qui leur est confiée. Le principe de la publicité des débats est au service d'une activité judiciaire et de recherche du droit transparentes. Comme tout le monde ne peut pas assister à tout moment à n'importe quelle audience, les médias jouent un rôle important de passerelle en rendant l'activité judiciaire accessible à un public plus large. Les comptes rendus judiciaires servent ainsi à une publicité judiciaire élargie ou indirecte et, en ce sens, ils présentent un intérêt public considérable.*

## III.2. Arrêts sur le principe de légalité

Pierre angulaire de l'État de droit, le principe de légalité occupe une place importante dans la jurisprudence. Les arrêts [Favre](#) et [Wäffler](#), rendus en 1977, et résumés ci-dessous, sont deux décisions judiciaires classiques qui ont contribué à concrétiser le contenu du principe de légalité et à en étendre la portée<sup>169</sup>.

### III.2.1. ATF 103 IV 192 *Favre*

Condamné à une amende pour avoir enfreint l'obligation de porter la ceinture de sécurité prévue par la législation sur la circulation routière, le recourant faisait valoir que la sanction prise à son encontre se fondait sur une ordonnance qui était illégale, dans la mesure où elle sortait du cadre de la Loi fédérale sur la circulation routière (LCR)<sup>170</sup>. Le Tribunal fédéral a examiné la légalité de l'ordonnance par voie d'exception et a admis le recours. Dans son raisonnement, il insiste sur la distinction entre les ordonnances dites d'exécution, qui ne peuvent contenir que des normes secondaires, et des ordonnances dites de substitution, qui contiennent des règles primaires et doivent se fonder sur une délégation législative explicitement prévue dans la loi<sup>171</sup>. Il conclut que l'obligation du port de la ceinture de sécurité est une règle primaire qui ne peut pas se fonder sur une délégation législative suffisante.

<sup>168</sup> Cité selon JT 2014 I 147.

<sup>169</sup> Pour une autre problématique liée au principe de légalité, celle de l'exception de la clause générale de police, voir *infra*, III.6.1 et IV.2.1.

<sup>170</sup> [Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958](#) (LCR), RS 741.01.

<sup>171</sup> Pour la différence entre ordonnances d'exécution et ordonnances de substitution, voir *infra*, IV.2.1.3, et note de bas de page 343 ; sur la délégation législative, voir *infra*, IV.2.1.

## ENCADRÉ 31

**ATF 103 IV 192 Favre**

« Une ordonnance d'exécution proprement dite ne doit pas déborder du cadre de la loi; elle n'a par définition pas d'autre fonction que d'en préciser certaines dispositions, d'en combler le cas échéant les véritables lacunes et de fixer, lorsque c'est nécessaire, la procédure applicable. En revanche, elle ne saurait contenir des dispositions nouvelles qui étendraient le champ d'application de la loi en restreignant les droits des administrés ou en imposant à ceux-ci des obligations, même si ces règles sont encore conformes au but visé par le législateur (...). Une ordonnance qui étendrait le champ d'application de la loi ne serait toutefois pas de ce seul fait contraire à celle-ci. En effet, il n'est pas rare que le législateur autorise ou même charge le pouvoir exécutif de fixer lui-même dans une certaine mesure la portée de l'acte législatif en édictant des règles primaires qui seraient normalement du ressort de la loi (...). Dans ce cas, l'ordonnance, dite de substitution, doit être fondée, par définition puisqu'elle est dépendante, sur une délégation législative expresse, encore que celle-ci puisse être assez large (dans les arrêtés conjoncturels notamment). L'illégalité d'une ordonnance dont l'objet serait plus étendu que la stricte application de la loi ou qui sortirait du cadre d'une délégation expresse ne peut être invoquée que par voie d'exception, c'est-à-dire par le biais d'un recours dirigé contre une décision d'application ».

**III.2.2. ATF 103 la 369 Wäffler**

L'arrêt [Wäffler](#) portait sur l'admissibilité du numerus clausus pour les études de médecine. Le Tribunal fédéral y revient sur sa jurisprudence selon laquelle l'exigence de la base légale s'applique à l'administration dite restrictive, à savoir des mesures étatiques qui restreignent des libertés fondamentales ou imposent aux particuliers des obligations, mais non à l'administration dite de prestation.

## ENCADRÉ 32

**ATF 103 la 369 Wäffler**

Après avoir conclu que les limitations d'admission et de durée des études, conditionnées par la capacité d'accueil limitée d'une Université, ne constituent pas une atteinte aux droits fondamentaux et ne relève donc pas de l'administration restrictive, le Tribunal fédéral étend l'exigence de la réserve de la loi à l'administration de prestation. A l'appui de ce revirement de jurisprudence, il relève que la limitation de la réserve de la loi au domaine de l'administration restrictive ne répond plus aux besoins et aux conceptions actuels. Cette doctrine, développée en Allemagne au 19<sup>ème</sup> siècle, est discutable à la lumière de la conception démocratique suisse de l'État et a suscité des critiques de la doctrine suisse depuis longtemps. La Cour constitutionnelle allemande vient par ailleurs de l'abandonner, précisément compte tenu de l'ancrage dans la Loi fondamentale d'une conception démocratique et parlementaire de l'État. Ce raisonnement vaut a fortiori pour la démocratie référendaire cantonale et fédérale. En outre, depuis des décennies, l'administration de prestation a augmenté en volume et en intensité, ce qui a pour conséquence qu'il existe une forte interdépendance entre les restrictions et les prestations. Au fur et à mesure que l'intervention de la puissance publique s'étend à tous les domaines de la vie, le concept de restriction n'est plus un critère de distinction pertinent. Enfin, les mesures qui relèvent de l'administration de prestation constituent de plus en plus la condition de l'accès à la vie sociale et de l'exercice effectif des droits fondamentaux garantis par la Constitution.

**III.3. Arrêts sur la naturalisation**

La jurisprudence relative aux naturalisations est très illustrative du contexte helvétique, marquée par l'interaction entre les garanties de l'État de droit, la démocratie directe et le fédéralisme. En Suisse, les cantons et les communes conservent des compétences importantes dans le domaine des naturalisations. La législation fédérale se limite, pour la naturalisation dite ordinaire, à poser des conditions minimales que les candidates et candidats doivent remplir. Les cantons peuvent poser des exigences supplémentaires, et ont la compétence

décisionnelle principale pour statuer sur les demandes, une compétence que le droit cantonal attribue souvent aux communes. Les organes compétents et la procédure peuvent donc varier d'une collectivité publique à l'autre. Il n'est pas inhabituel que le droit cantonal confie le rôle décisionnel à l'Assemblée communale, à savoir l'organe législatif au niveau communal, composé des citoyennes et citoyens actifs qui ont leur domicile politique dans la commune. Dans certaines communes alémaniques, la procédure de naturalisation s'achevait par un scrutin populaire. Dans deux causes célèbres, rendues en 2003, le Tribunal fédéral a mis un terme aux naturalisations aux urnes, les déclarant inconstitutionnelles.

### III.3.1. ATF 129 I 217 Emmen et ATF 129 I 232 Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich

Dans l'[ATF 129 I 217](#), Le Tribunal fédéral a été appelé à statuer sur les recours de plusieurs personnes dont les demandes de naturalisation avaient été rejetées par le corps électoral de la commune d'Emmen. Le résultat du scrutin montrait que les citoyennes et citoyens avaient systématiquement rejeté les demandes de personnes originaires de l'ex-Yougoslavie, ainsi que de certains pays de l'Europe de l'Est, alors que celles introduites par des personnes italiennes avaient été acceptées.

L'[ATF 129 I 232](#), rendu le même jour que l'arrêt *Emmen* portait sur une initiative populaire communale, qui avait pour but de soumettre, en ville de Zurich, les naturalisations au scrutin populaire. L'acceptation de l'initiative aurait eu pour conséquence que le corps électoral zurichois, composé à l'époque de plus de 100'000 citoyennes et citoyens, aurait été appelé à se prononcer sur plus de cent demandes lors de chaque scrutin.

Dans les deux arrêts, le Tribunal fédéral a conclu que les scrutins populaires sont une procédure structurellement inapte. Celle-ci contrevient non seulement aux garanties procédurales (le droit à une décision motivée), mais aussi à plusieurs garanties matérielles. En effet, les naturalisations aux urnes nécessitent de communiquer aux citoyennes et citoyens des informations sensibles sur les candidates et candidats, ce qui est incompatible avec le droit à la protection de la sphère privée (art. 13 [Cst.](#)). Comme le résultat du vote dans la commune d'Emmen l'a montré, le scrutin populaire favorise de surcroît des décisions discriminatoires, contraires à l'art. 8 al. 2 [Cst.](#)

Les deux arrêts ont étendu les exigences de l'État de droit aux procédures de naturalisation, rompant avec la conception selon laquelle la naturalisation est une question politique sur laquelle le peuple peut statuer souverainement. Dans le contexte helvétique, très attaché à la démocratie directe, ils ont eu un retentissement politique considérable. En particulier l'argument selon lequel le peuple est soumis au respect des droits fondamentaux, qui ressort du résumé ci-dessous, a provoqué des réactions virulentes.

#### ENCADRÉ 33

##### **ATF 129 I 217 Emmen et ATF 129 I 232 Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich**

*Les citoyennes et citoyens sont liés par les droits fondamentaux quand ils statuent sur des demandes de naturalisations. Selon l'art. 35 al. 2 Cst., quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Or, les citoyennes et citoyens qui statuent sur des demandes de naturalisation agissent en tant qu'organe de la commune et assument une tâche de l'État. Ils sont dès lors liés par les droits fondamentaux. Le respect des droits politiques ne conduit pas à une conclusion différente. La liberté de vote (34 al. 2 Cst.), qui protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté, ne confère aucun droit à la validation d'un résultat incompatible avec l'ordre juridique.*

Pour certains, assimiler le peuple à un organe de l'État revenait à faire chuter le souverain de son piédestal. L'opposition suscitée par les deux causes célèbres a pris une forme typiquement suisse, celle d'une initiative populaire. Lancée en 2004, l'initiative populaire « Pour des naturalisations démocratiques »<sup>172</sup> avait pour objectif de permettre aux communes de réintroduire la procédure des naturalisations aux urnes. Elle prévoyait qu'il reviendrait à chaque commune de déterminer la procédure de naturalisation, et que la décision de l'organe compétent serait définitive, ce qui excluait toute voie de droit à l'encontre d'un refus de naturalisation. Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale proposèrent de rejeter l'initiative, au motif que celle-ci aurait pour conséquence « *que nos valeurs fondamentales ne s'appliquent pas partout et à tous* »<sup>173</sup>. L'initiative conduirait à la suppression de l'interdiction de la discrimination et de l'arbitraire et serait « *contraire aux principes de l'État de droit moderne* », une « *démocratie forte [ayant] besoin d'un État de droit qui garantisse des procédures correctes à tous les habitants.* »<sup>174</sup> Le peuple et les cantons ont suivi la recommandation de vote et ont rejeté l'initiative populaire de façon claire, avec 64% de non. Une révision de la Loi sur la nationalité<sup>175</sup>, élaborée à titre de contre-projet indirect à l'initiative<sup>176</sup>, a probablement aussi favorisé le rejet net de l'initiative<sup>177</sup>. En effet, si on était allé au bout du raisonnement du Tribunal fédéral dans les deux arrêts de principe, les naturalisations décidées par l'Assemblée communale auraient aussi dû être remises en question. Au vu de la résistance suscitée par les arrêts *Emmen* et *Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich*, la jurisprudence ultérieure du Tribunal fédéral s'est montrée prudente. Contrairement aux naturalisations aux urnes, celles prononcées par les assemblées communales n'ont pas été jugées en soi inconstitutionnelles. Le Tribunal fédéral s'est contenté d'exiger que les décisions soient motivées. Une motivation ultérieure, rédigée sur la base des discussions au sein de l'Assemblée communale, serait suffisante, selon le Tribunal fédéral, pour satisfaire aux exigences constitutionnelles. Le contre-projet indirect codifiait et légitimait la jurisprudence. Il prévoyait que la procédure de naturalisation soit régie par le droit cantonal, lequel pouvait conférer la compétence décisionnelle à l'Assemblée communale. La procédure devait cependant respecter l'obligation de motivation et être conçue de façon à respecter la protection de la sphère privée<sup>178</sup>.

<sup>172</sup> FF 2006 8481; 2007 6553; 2008 5599.

<sup>173</sup> Voir la brochure explicative du Conseil fédéral relative à la votation populaire du 1<sup>er</sup> juin 2008, disponible sur <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/va-2008-06-01-erl-bundesrat-f.pdf> (consultée le 10.02.2023). Les citations proviennent des pages p. 14.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 14 s.

<sup>175</sup> [Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2014](#) (LN), RS 141.0.

<sup>176</sup> Pour combattre une initiative populaire qui ne se heurte pas à un motif d'invalidité, l'Assemblée fédérale a trois possibilités : (1) se contenter de recommander le rejet de l'initiative, ce qui a l'avantage d'exprimer une position claire ; (2) recommander le rejet de l'initiative et soumettre au vote une proposition alternative de révision de la Constitution (contre-projet direct, art. 139 al. 5 [Cst.](#)). Celle-ci est d'habitude plus modérée que l'initiative et répond à certaines préoccupations des initiates et initiants. Dans ce cas de figure, les citoyennes et citoyens sont amenés à voter sur les deux textes. La procédure est conçue de façon à éviter que les voix favorables à un changement ne soient réparties entre l'initiative et le contre-projet, ce qui favoriserait indûment le *statu quo* (voir art. 139b [Cst.](#)). (3) élaborer une loi à titre de contre-projet indirect et recommander le rejet de l'initiative. Dans ce cas de figure, l'entrée en vigueur de la loi est conditionnée par le rejet de l'initiative.

<sup>177</sup> RO 2008 5911.

<sup>178</sup> Voir art. 15 à 17 [LN](#). Au sujet de l'obligation de motivation, l'art. 16 al. 1 [LN](#) pose le principe selon lequel toute décision négative doit être motivée. L'art. 16 al. 2 [LN](#) apporte une précision pour les décisions rejetées par l'Assemblée communale, indiquant que « *[l]es électeurs ne peuvent rejeter une demande de naturalisation que si celle-ci a fait l'objet d'une proposition de rejet motivée.* »

La solution de compromis consistant à ne pas remettre en question les assemblées communales comme instance de décision en matière de naturalisation n'est pas idéale du point de vue de l'État de droit. Elle comporte, peut-être dans une moindre mesure, le même risque d'arbitraire que les décisions prises aux urnes, et ne permet pas de satisfaire l'exigence de motivation de la même façon qu'une décision prise par un organe avec une composition plus restreinte<sup>179</sup>.

### III.3.2. ATF 138 I 305 *Politische Gemeinde Oberriet*

Face à une décision arbitraire, les candidates et candidats à la naturalisation se heurtaient pendant longtemps à l'obstacle que la voie au Tribunal fédéral leur était fermée. Comme la voie de recours ordinaire au Tribunal fédéral est exclue contre des décisions de naturalisation<sup>180</sup>, seule une voie de droit subsidiaire (le recours constitutionnel subsidiaire) est ouverte, qui subordonne la qualité pour recourir à un intérêt juridique<sup>181</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interdiction de l'arbitraire ne confère à lui seul pas un intérêt juridique. Pour que le recours soit recevable, ce grief doit être invoqué en lien avec une autre disposition qui protège une position juridique de la personne recourante. Comme il n'existe selon la conception dominante en Suisse pas un droit à la naturalisation, des recours contre des décisions de naturalisation pour arbitraire étaient jugés irrecevables.

Dans l'[ATF 138 I 305](#), le Tribunal fédéral se fonde sur les dispositions de la [Loi sur la nationalité](#) adoptées à titre de contre-projet à l'initiative « Pour des naturalisations démocratiques » en vue de renforcer la protection juridictionnelle contre des décisions de naturalisation arbitraires<sup>182</sup>.

#### ENCADRÉ 34

#### **ATF 138 I 305 *Politische Gemeinde Oberriet***

*Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent refusé de contrôler si une décision négative en matière de naturalisation ordinaire viole l'interdiction de l'arbitraire. Compte tenu notamment de l'obligation de motiver les décisions négatives introduite dans le cadre d'une révision partielle de la Loi sur la nationalité, entrée en vigueur en 2009, il faut conclure, sur la base d'une interprétation systématique de l'art. 14 LN (aptitude de la requérante ou du requérant à la naturalisation), que cette norme vise également à protéger les intérêts de la personne requérante et lui procure une position juridique définie de manière suffisamment claire pour avoir un intérêt juridique qui lui permet de se plaindre d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) et de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire.*

L'aperçu de l'évolution jurisprudentielle et légale dans le domaine de la naturalisation montre que la protection actuelle dont bénéficient les candidates et candidats à la naturalisation est le résultat d'un processus dialogique entre le pouvoir judiciaire, d'une part, et les organes politiques, y compris le peuple et le pouvoir constituant, d'autre part. Cette interaction a permis d'assurer que les procédures de naturalisation ne sont pas un domaine soustrait, au nom de la démocratie, aux garanties de l'État de droit. Elle a conduit à un renforcement des droits fondamentaux et de la protection juridictionnelle. Les organes politiques, y compris le peuple, ont favorisé ce processus, par le biais du rejet de l'initiative populaire lancée pour « corriger » les arrêts du Tribunal fédéral et par une révision législative. En même temps, l'épée de Damoclès des droits populaires a incité les juges fédéraux et les autorités politiques à la

<sup>179</sup> Voir la critique d'AUER (2009).

<sup>180</sup> Art. 83 let. b [LTF](#).

<sup>181</sup> Voir à ce sujet *infra*, IV.2.6.3 et IV.4.3.

<sup>182</sup> Pour un exemple jurisprudentiel qui montre que le risque de décisions arbitraires n'est pas hypothétique, voir [ATF 146 I 49](#).

prudence et au compromis. La retenue du Tribunal fédéral, et la révision de la Loi sur la nationalité, adoptée à titre de contre-projet indirecte à l'initiative « Pour des naturalisations démocratiques », a permis le maintien d'une procédure qui garantit la participation directe des citoyennes et citoyens, réunis en Assemblée communale, et qui n'est pas optimale du point de vue de l'État de droit, même si elle est dorénavant encadrée par des exigences procédurales et matérielles.

### III.4. Arrêts sur le respect du droit international et le contrôle de conventionnalité

Comme dans d'autres États attachés à la primauté de l'autorité législative, l'absence d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales a posé des difficultés à la suite de la ratification de la [CEDH](#)<sup>183</sup>. A l'instar d'autres juridictions suprêmes, le Tribunal fédéral a remédié à la situation en posant progressivement les jalons du contrôle de conventionnalité des lois fédérales, qui assume dans l'ordre juridique suisse le rôle d'un substitut (partiel) du contrôle de constitutionnalité. Cette évolution jurisprudentielle culmine dans l'arrêt *PKK*.

#### III.4.1. ATF 125 II 417 PKK

L'arrêt *PKK* est la première décision judiciaire dans laquelle le Tribunal fédéral refuse d'appliquer une loi fédérale contraire à la [CEDH](#). L'arrêt contient en plus des considérations importantes sur le rapport entre le droit international et le droit interne.

ENCADRÉ 35

#### ATF 125 II 417 PKK

*Dans cet arrêt, les requérants font valoir que la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, qui exclut le recours au Tribunal fédéral en l'espèce, est contraire à l'art. 6 CEDH. Le Tribunal fédéral entre en matière en fondant sa compétence directement sur la Convention et laisse inappliquée la disposition légale contraire. A l'appui de cette décision, il relève que la clause d'immunité (art. 190 Cst.) ne règle pas le conflit entre une loi fédérale et un traité international. Un tel conflit doit être résolu en recourant aux principes généralement reconnus du droit international public. Le principe de la primauté du droit international lie non seulement le législateur, mais aussi tous les organes de l'État. Il en résulte qu'en cas de conflit, le droit international prime en principe sur le droit interne. Il s'en suit qu'une norme de droit interne contraire au droit international ne peut pas être appliquée dans un cas particulier. Ce règlement des conflits s'impose d'autant plus lorsque la primauté découle d'une norme de droit international public qui sert à protéger les droits de l'homme. Il n'y a pas lieu d'examiner ici si, dans d'autres cas, il faut envisager des solutions de conflit qui s'en écartent (cf. p. ex. [ATF 99 Ib 39](#) consid. 4 p. 44 s.).*

La dernière partie du raisonnement a soulevé des questions d'interprétation. En indiquant que le droit international prime « en principe » sur le droit interne, le Tribunal fédéral laisse entendre que des exceptions sont concevables. La référence à l'[ATF 99 Ib 39](#) fait référence à la jurisprudence dite *Schubert*, qui pourrait constituer une telle exception<sup>184</sup>. Selon cette jurisprudence, très controversée en doctrine, le Tribunal fédéral accorde la préférence à la loi fédérale s'il est établi que le législateur a consciemment et volontairement dérogé au droit international. Il laisse ouvert la question de savoir si cette jurisprudence s'applique encore. En revanche, par la référence « à d'autres cas », c'est-à-dire à des cas autres que ceux qui portent sur les normes internationales protectrices des droits humains, il réduit la portée de la

<sup>183</sup> Cf. HERTIG RANDALL (2010), p. 247 s. (Suisse), et p. 276 ss (aperçu de droit comparé). Sur l'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, voir *supra*, I.1.1.3 et *infra* IV.4.1.1.

<sup>184</sup> Voir aussi *supra*, I.1.2.

jurisprudence *Schubert* en l'excluant du domaine des droits humains. La jurisprudence ultérieure confirme cette lecture de l'arrêt *PKK* et l'étend aux droits garantis par l'[ALCP](#)<sup>185</sup>, même s'il y a eu des cas isolés où la jurisprudence *Schubert* est appliquée dans le domaine des droits humains<sup>186</sup>.

Comme indiqué précédemment, le contrôle de conventionnalité des lois parlementaires, au cœur de la jurisprudence *PKK*, est une problématique commune à d'autres États européens. Il s'est développé notamment en France et dans les pays du Benelux. En revanche, le contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles, qui est au cœur de la jurisprudence qui suit, porte sur une problématique spécifique au contexte suisse.

### III.4.2. ATF 139 I 16

En raison de plusieurs facteurs, le risque de conflits entre des dispositions constitutionnelles, d'une part, et le droit international, en particulier le droit international des droits humains, d'autre part, est plus élevé en Suisse que dans d'autres ordres juridiques avec une longue tradition démocratique. En effet, la [Constitution suisse](#) est très flexible, tant d'un point de vue juridique qu'en raison du contexte social et politique dans lequel elle s'inscrit. Selon la conception helvétique, l'initiative populaire fédérale doit permettre au peuple de proposer la révision de la Constitution fédérale « *en tout temps* »<sup>187</sup>, ce qui fait de la charte fondamentale helvétique un instrument qui est moins à l'abri du processus politique ordinaire que dans d'autres États, en particulier ceux avec un patriotisme constitutionnel très développé. Comme les limites matérielles de la révisibilité de la Constitution sont très restreintes (respect des règles impératives du droit international)<sup>188</sup>, le contrôle préalable des initiatives populaires ne permet pas d'empêcher que des initiatives contraires au droit international soient soumises à votation. Leur acceptation par le peuple et les cantons a conduit à des constellations où des normes constitutionnelles sont manifestement incompatibles avec des conventions protectrices des droits humains ou l'[ALCP](#)<sup>189</sup>. En effet, les règles impératives de droit international telles qu'interprétées par les autorités politiques, n'englobent qu'un nombre extrêmement limité des droits humains, ce qui expose la Suisse à un risque élevé d'une « condamnation » par la Cour européenne des droits de l'homme et des conflits avec l'Union européenne. L'[ATF 139 I 16](#) a été rendu après l'acceptation de l'initiative sur le « renvoi des étrangers criminels »<sup>190</sup>, lancée pour prescrire l'éloignement automatique des personnes étrangères qui ont commis certains crimes ou qui ont abusé des prestations sociales. La teneur de la disposition, et de la volonté affichée des initiates et initiants, étaient manifestement contraire à la [CEDH](#) et à d'autres conventions protectrices des droits humains.

---

<sup>185</sup> Pour l'extension à l'[ALCP](#), voir [ATF 142 II 35](#), *infra*, III.4.3; pour un arrêt qui confirme la jurisprudence *PKK*, voir [ATF 144 I 126](#) c. 3 et [ATF 148 II 169](#) c. 5.2 (avec une mention de l'[ALCP](#)).

Pour un aperçu plus complet de la jurisprudence, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021 a), p. 504 s., n° 1379 s.

<sup>186</sup> Voir [ATF 136 III 168](#) dans lequel le Tribunal fédéral applique les dispositions du Code civil sur le droit au nom clairement contraires à l'interdiction des discriminations (art. 14 [CEDH](#)) en se référant à la jurisprudence *Schubert*. La jurisprudence plus récente confirme cependant clairement que *Schubert* ne s'applique pas dans le domaine des droits humains. Les fluctuations de la jurisprudence s'expliquent à notre sens en partie par une sensibilité différente des différents cours du Tribunal fédéral. Les cours de droit public ont tendance à se monter plus favorable à la [CEDH](#) que les cours de droit civil (voir HERTIG RANDALL (2010), p. 252, note de bas de page 168).

<sup>187</sup> Cf. Art. 192 al. 1 Cst. : « *La Constitution peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement.* »

<sup>188</sup> Voir *supra* Encadré 4.

<sup>189</sup> Voir *supra*, I.1.1.4 et *infra*, IV.1.3.2.b).

<sup>190</sup> Voir *infra*, IV.1.3.2.b).

## ENCADRÉ 36

**ATF 139 I 16**

*Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours à l'encontre d'une décision d'expulsion prononcée à l'encontre d'une personne étrangère. Les juges fédéraux indiquent que la disposition constitutionnelle issue de l'initiative sur le renvoi n'est pas directement applicable. Comme le Parlement n'a pas encore adopté une législation de mise en œuvre, le Tribunal fédéral a pu résoudre la question de fond sans devoir appliquer les dispositions constitutionnelles qui prévoient le renvoi automatique à l'encontre de personnes étrangères ayant commis certains crimes, ce qui, selon la volonté déclarée des initiants, était destiné à exclure l'application du principe de proportionnalité. Le Tribunal fédéral a néanmoins saisi l'occasion de se prononcer sur deux questions de principe: l'interprétation de la Constitution, d'une part, et le rapport entre droit international et les dispositions constitutionnelles, d'autre part.*

*Au sujet du premier point, il relève que les dispositions contenues dans la Constitution ne forment pas une unité. Elle contient des principes, des garanties et de mandats ponctuels, qui ne sont pas toujours cohérents entre eux, et qui ne sont pas subordonnés les uns aux autres. Sauf si une disposition indique clairement qu'elle l'emporte sur d'autres articles, il faut partir de l'idée que les dispositions sont équivalentes et doivent être conciliées par le biais de l'interprétation, au regard des principes structurels, de la conformité au droit international et d'une unité minimale au sein de la Constitution. Il s'agit de concilier les différents intérêts et droits fondamentaux en les ménageant le plus possible, en application du principe de la concordance pratique. Ces maximes interprétatives excluent une interprétation qui se fonderait exclusivement sur la volonté des initiants, sans tenir compte du contexte constitutionnel global, ou qui accorderait simplement la préférence à la norme la plus récente (lex posterior).*

*Quant au rapport entre le droit international et la Constitution, une question que la jurisprudence précédente n'avait pas encore abordée, le Tribunal fédéral écarte l'application de la lex posterior. Après avoir rappelé sa ligne jurisprudentielle favorable à la primauté du droit international, y compris l'arrêt PKK (supra, III.4.1), les juges fédéraux se prononcent sur la relation entre la CEDH, d'une part, et la Constitution, d'autre part. Soulignant les spécificités de la CEDH (existence d'une voie de recours individuel; caractère obligatoire des arrêts de la Cour), il indique que la ratification de la CEDH n'oblige la Suisse pas seulement à reprendre l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la Convention mais aussi à se soumettre au mécanisme de contrôle prévu par cette dernière. Ce mécanisme lie le Tribunal fédéral, qui doit, en application de l'art. 190 Cst., continuer de donner suite aux exigences découlant des arrêts de la Cour. La jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH exige un examen au cas par cas, en fonction de tous les intérêts privés et publics en cause, et interdit par conséquent un renvoi automatique, fondé sur une application mécanique de la nouvelle disposition constitutionnelle (121 al. 3 Cst.). En cas d'un conflit irrésoluble entre la CEDH et une disposition constitutionnelle, celle-ci ne peut pas être appliquée.*

L'[ATF 139 I 16](#) a déclenché des vives controverses politiques. L'opposition à cette jurisprudence a culminé dans le lancement et l'aboutissement d'une initiative populaire, intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » (*infra*, IV.1.3.2). Le constituant a rejeté cette initiative, ce qui confère une légitimité démocratique à la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a par ailleurs été étendue à l'[ALCP](#), à nouveau dans le contexte où le conflit avec un traité d'une grande importance pour la Suisse a été provoqué par une initiative populaire.

**III.4.3. ATF 142 II 35**

L'[ATF 142 II 35](#), rendu le 26 novembre 2015, s'inscrit dans un contexte politique marqué par des discussions sur la mise en œuvre de l'initiative « Contre l'immigration de masse » (*infra*, IV.1.3.2), acceptée par le constituant le 14 février 2014. L'art. 123a [Cst.](#), introduit par l'initiative, prévoit la gestion autonome de l'immigration et le recours à des limitations quantitatives, en violation manifeste avec les engagements de la Suisse à l'égard des États membres de l'Union européenne prévus dans l'[ALCP](#). Le Tribunal fédéral saisit l'occasion de se prononcer sur le

rapport entre l'[ALCP](#) et la [Constitution](#), même si cette question n'a pas été décisive pour trancher le recours.

ENCADRÉ 37

**ATF 143 II 35**

*Le Tribunal fédéral relève d'abord que la Suisse s'est engagée, en vertu de l'art. 16 al. 2 [ALCP](#), d'interpréter des notions de droit communautaire à la lumière de la jurisprudence pertinente de la CJCE antérieure à la date de signature de l'Accord. Il rappelle sa jurisprudence selon laquelle il convient également de tenir compte des arrêts postérieurs de la CJUE pour assurer une convergence aussi grande que possible entre la situation juridique des parties contractantes, nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Accord. Une exception se justifie seulement en présence de motifs sérieux. Le nouvel art. 123a [Cst.](#) ne constitue selon le Tribunal fédéral pas un tel motif pour s'écarter de la jurisprudence européenne. Les juges fédéraux justifient cette conclusion par le principe de la primauté du droit international, d'une part, et par les spécificités du traité international en question, d'autre part. L'ALCP a pour objectif de réaliser la participation sectorielle de la Suisse au marché intérieur et la libre circulation des personnes, une liberté fondamentale qui a un effet direct dans les ordres juridiques des États membres et l'emporte sur le droit national contraire. La jurisprudence Schubert ne trouve dès lors pas application en cas de conflit entre l'ALCP et le droit suisse.*

### III.5. Arrêts sur la protection juridictionnelle effective

#### III.5.1. ATF 3, 425 Robatel

Le Tribunal fédéral a déjà souligné dans l'[arrêt Robatel](#), rendu en 1877, l'importance de pouvoir accéder à la justice, admettant que le déni de justice viole les droits fondamentaux, y compris le droit à l'égalité de traitement.

ENCADRÉ 38

**ATF 3, 425 Robatel**

*« Bien que ni la Constitution fédérale, ni celle du Canton du Valais ne contiennent de dispositions spéciales en matière de déni de justice, on ne saurait contester au Tribunal fédéral la faculté de se nantir des recours interjetés en pareil cas : le droit d'obtenir justice est, en effet, un de ces droits fondamentaux du citoyen, dont la protection rentre dans la sphère d'attributions que soit la Constitution fédérale, soit la loi sur l'organisation judiciaire fédérale ont entendu donner au Tribunal fédéral : le refus de la part d'autorités cantonales de rendre justice à un citoyen, impliquerait d'ailleurs la violation du principe de l'égalité de tous les Suisses devant la loi, proclamé et garanti aux art. 4 de la Constitution fédérale et 3 de celle du Canton du Valais, et de ce chef encore, la compétence du Tribunal fédéral ne saurait faire l'objet d'aucun doute. »*

La protection juridictionnelle effective a pris par la suite une place importante dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, principalement sous impulsion de la [CEDH](#). L'arrêt *PKK*, résumé précédemment, en est un exemple. Les juges fédéraux s'inspirent aussi de la [CEDH](#) quand il s'agit de garantir une protection juridictionnelle contre des mesures de surveillance secrète<sup>191</sup>.

L'adoption de la garantie générale d'accès à la justice (art. 29a [Cst.](#), *infra*, IV.2.3) a donné un nouvel élan à la jurisprudence, et a permis de réduire le risque de lacunes dans la protection juridictionnelle. Les deux arrêts qui suivent illustrent ce point.

<sup>191</sup> Cf. [ATF 147 I 280](#), c. 7.2.2.

### III.5.2. ATF 138 I 61 *Kiener Nellen*

L'[ATF 138 I 61](#) est un exemple intéressant pour illustrer l'interdépendance des principes de l'État de droit et du principe démocratique. Le Tribunal fédéral y est appelé à statuer sur un recours qui porte sur la violation des droits politiques. Les personnes recourantes font valoir que le Conseil fédéral a fourni des informations grossièrement erronées aux citoyennes et citoyens dans la brochure explicative et dans la campagne précédant la votation sur une réforme de l'imposition des entreprises. En effet, l'impact financier de la réforme, qui a été l'élément décisif pour le camp des opposantes et opposants et le comité référendaire, a été minimisé de façon très significative. La recevabilité du recours au Tribunal fédéral se heurtait à deux obstacles. Tout d'abord, la législation applicable (La [loi fédérale sur les droits politiques](#), *supra* II.2.2.1) ne prévoit pas la possibilité de contester le résultat d'un scrutin dans le cas de figure où les irrégularités sont découvertes ultérieurement, après l'expiration des délais de recours. Ensuite, l'art. 189 al. 4 [Cst.](#) exclut le recours au Tribunal fédéral contre les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Le Tribunal fédéral entre néanmoins en matière et conclut que le Conseil fédéral a violé la liberté de vote des citoyennes et citoyens.

#### ENCADRÉ 39

#### **ATF 138 I 61 *Kiener Nellen***

*Le Tribunal fédéral souligne qu'il a déduit dans certaines circonstances un droit constitutionnel à la reconsidération de l'art. 4 Cst. 1874. Il relève que la loi contient une lacune et ne s'oppose pas à la possibilité de vérifier le respect des droits politiques dans le cas de figure où des irrégularités grossières sont découvertes ultérieurement. Il déduit une voie de droit directement des principes constitutionnels découlant des garanties générales de procédure (art. 29 Cst.) et de la garantie d'accès à la justice (art. 29a Cst.). Au sujet de l'art. 189 al. 4 Cst., le Tribunal fédéral relève que le message explicatif du Conseil fédéral, et les déclarations individuelles des membres du Conseil fédéral qui reprennent le contenu dudit message ne sont pas attaquables en tant que telles. Peut en revanche faire l'objet d'une contestation l'état d'information global prévalant au moment d'une votation populaire, à savoir l'ensemble des informations à disposition des citoyennes et citoyens, indépendamment de la source qui les a relayées. Le Tribunal fédéral estime que les informations émanant du Conseil fédéral, et surtout les éléments passés sous silence, ont conduit à une situation dans laquelle les citoyennes et citoyens ne disposaient pas des éléments essentiels à la formation et à l'expression de leur opinion. Il s'est cependant contenté d'un jugement déclaratoire. L'annulation du scrutin poserait des difficultés à la lumière de la sécurité du droit et de la bonne foi, étant donné que la loi était déjà entrée en vigueur et que les particuliers avaient déjà pris des dispositions se fondant sur le nouveau droit.*

Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence par la suite, et a pour la première fois annulé une votation fédérale dans un arrêt rendu en 2019 qui portait sur un scrutin sur une initiative populaire<sup>192</sup>. Comme la nouvelle disposition constitutionnelle issue de l'initiative n'avait pas encore été mise en œuvre, la question de la sécurité juridique n'était pas un obstacle à l'annulation, à la différence de l'état de fait dans l'arrêt *Kiener Nellen*.

### III.5.3. ATF 147 I 333

Dans l'[ATF 147 I 333](#), qui s'inscrit dans le contexte de la pandémie Covid19, le Tribunal fédéral se montre très soucieux du respect des principes de l'État de droit. Les ordonnances de nécessité, qui permettent au Conseil fédéral d'adopter des règles et de prendre des mesures directement fondées sur la Constitution en cas de situation extraordinaire, doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

<sup>192</sup> [ATF 145 I 207](#).

## ENCADRÉ 40

**ATF 147 I 333**

*L'ordonnance Covid dans le secteur de la culture du 20 mars 2020, en vigueur du 21 mars au 20 septembre 2020, exclut toute possibilité de recours contre des décisions d'application. Cette ordonnance, adoptée par le Conseil fédéral en début de pandémie de coronavirus sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., peut être revue à titre préjudiciel par le Tribunal fédéral et les autorités d'application du droit. L'absence totale de voies de droit viole l'art. 29a Cst. Ni la politique culturelle, ni la brièveté de l'ordonnance limitée à six mois, ni la volonté d'assurer une action rapide de l'État ne suffisent à justifier une exception à la garantie de l'accès au juge. La préservation de l'État de droit implique de maintenir un contrôle juridictionnel sur l'activité administrative même lors d'une période troublée.*

### III.6. Arrêts portant sur les situations extraordinaires

Les situations extraordinaires exigent de concilier l'impératif de l'effectivité avec la protection des principes de l'État de droit dans une perspective à long terme. Comme l'a montré le dernier arrêt résumé dans la section précédente, un rôle important revient à la jurisprudence pour naviguer ce dilemme. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des situations extraordinaires. Les exemples jurisprudentiels illustrent différents types de crise, et portent sur différents instruments juridiques à disposition des autorités pour gérer des situations urgentes.

#### III.6.1. ATF 137 II 431 *Finma*

L'[ATF 137 II 431](#) s'inscrit dans un contexte politique tendu, opposant les autorités fiscales américaines à la banque suisse UBS, accusée d'avoir encouragé et prêté son concours à l'évasion fiscale aux États-Unis. Pour donner suite à la demande des autorités américaines, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a ordonné à l'UBS de leur transmettre 285 dossiers de clientes et clients, sous la menace que la banque ferait face à des actions judiciaires aux États-Unis en cas de non-collaboration. Plusieurs clientes et clients concernés ont recouru contre la décision de la FINMA en faisant valoir que l'ordre de livrer les données aux États-Unis ne pouvait se fonder sur aucune base légale et violait le secret bancaire, protégé par le droit à la protection de la sphère privée. Le Tribunal fédéral suit l'argument des recourants, dans la mesure où il confirme que la décision litigieuse ne reposait pas sur une base légale écrite. Il a examiné par la suite si la transmission des données pouvait se fonder sur la clause générale de police (art. 36 al. 1 [Cst.](#) dernière phrase, *infra*, IV.2.1 et IV.2.6), qui permet aux autorités exceptionnellement de restreindre les droits fondamentaux sans pouvoir se fonder sur une loi ou un texte réglementaire pour avertir un danger sérieux, direct et imminent qui menace des biens juridiques fondamentaux. L'arrêt prend position sur deux questions controversées en lien avec la clause générale de police. L'interprétation privilégiée par les juges fédéraux favorise une lecture plus large de ladite clause, au détriment d'une application rigoureuse du principe de légalité en cas de crise.

## ENCADRÉ 41

**ATF 137 II 431 *Finma***

*La première question controversée sur laquelle le Tribunal fédéral se prononce est de savoir si le recours à la clause générale de police est limité à une situation « atypique et imprévisible ». Cette exigence avait été posée dans la jurisprudence antérieure pour éviter que les autorités politiques puissent bénéficier de leur inaction et agir sans base légale, alors qu'elles avaient connaissance du problème. Le Tribunal fédéral se rallie au camp doctrinal qui considère cette condition comme étant trop restrictive et confirme son argumentation dans un arrêt non publié selon laquelle l'inaction du législateur ne peut pas contraindre l'État, dans une situation d'urgence, à abandonner des biens juridiques fondamentaux qu'il doit préserver en vertu*

d'obligations de protection auxquelles les collectivités publiques sont tenues. L'exigence d'une situation « atypique et imprévisible » ne doit dans ces constellations pas être interprétée comme une condition pour recourir à la clause générale de police, mais comme un facteur à prendre en compte dans la pesée des intérêts pour établir si l'action de l'État sans base légale était justifiée. Le Tribunal fédéral prend ensuite position sur un deuxième point controversé, qui porte sur la nature des biens juridiques qui justifient le recours à la clause générale de police. Selon une interprétation étroite, l'agissement de l'État sans fondement dans une loi ou un texte réglementaire n'est admissible que pour protéger des biens de police au sens classique, qui incluent des biens comme la vie, la sécurité, et la santé publique. Selon une interprétation plus large, d'autres biens juridiques fondamentaux peuvent aussi entrer en ligne de compte. Le Tribunal fédéral se rallie à la seconde interprétation. Il relève que la pression de la part des États-Unis faisait planer un risque existentiel sur une banque qui avait une importance systémique pour le système économique suisse et international (« too big to fail »). La stabilité économique et la protection de la place financière suisse étaient des biens juridiques fondamentaux qui justifiaient le recours à la clause générale de police. Enfin, le Tribunal fédéral relève que les mesures protectrices fondées sur la législation bancaire doivent respecter le secret bancaire et ne pas conduire à contourner les compétences des autorités fiscales ou d'entraide judiciaire et les cautions prévues dans le cadre de ces procédures. Ces développements montrent que le recours à la clause générale de police permet une exception à l'exigence de la base légale (art. 36 al. 1 Cst.), mais ne dispense pas les autorités du respect des autres conditions de restriction des droits fondamentaux (36 al. 2-4 Cst.)

### III.6.2. ATF 141 I 20

L'[ATF 141 I 20](#) porte sur un autre instrument qui permet au Conseil fédéral de prendre des mesures sans fondement dans une loi spécifique, l'ordonnance dite de nécessité, qui se fonde directement sur la Constitution. Elle permet au Gouvernement d'adopter les ordonnances ou prendre les mesures nécessaires pour protéger la sécurité intérieure ou intérieure (art. 185 al. 3 Cst.), ou pour sauvegarder des intérêts de la Suisse (art. 184 al. 3 Cst.). Une ordonnance fondée sur la première disposition a été en cause dans l'[ATF 147 I 333](#) (*supra*, III.5.3). L'[ATF 141 I 20](#) porte sur une ordonnance fondée sur l'art. 184 al. 3 Cst. L'arrêt contient des considérations intéressantes sur la question de savoir dans quelle mesure les ordonnances de nécessité doivent être en accord avec le droit supérieur, à savoir la loi et la Constitution, et sur l'étendue du contrôle qu'exerce le Tribunal fédéral.

#### ENCADRÉ 42

#### ATF 141 I 20

Le Tribunal fédéral a été appelé à statuer sur un recours d'une personne dont les avoirs ont été gelés en application de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de certaines personnes originaires de la République arabe d'Égypte (O-Égypte) et qui fait valoir que ces mesures de blocage violent ses droits fondamentaux. Le Tribunal fédéral procède en deux temps. Il examine tout d'abord si l'ordonnance respecte les conditions de l'art. 184 al. 3 Cst. Il faut que l'ordonnance (1) serve à protéger les intérêts de la Suisse dans les relations extérieures, (2) qu'elle soit nécessaire pour atteindre les objectifs visés et (3) qu'elle soit limitée dans le temps. Le Tribunal fédéral admet que les trois conditions sont remplies en l'espèce, en indiquant qu'il fait preuve de retenue et laisse au Conseil fédéral une marge d'appréciation considérable en lien avec les deux premières conditions. Il précise en outre qu'une ordonnance fondée directement sur la Constitution « ne saurait en principe être adoptée *contra legem*, soit en contradiction avec le droit fédéral, en particulier avec les lois fédérales existantes ». L'ordonnance en question ne pose pas de difficulté sous cet angle non plus. Elle est donc conforme à l'art. 184 al. 3 Cst. et peut servir de base légale pour restreindre les droits fondamentaux. L'examen de la conformité à l'art. 184 al. 3 Cst. se confond par conséquent avec l'exigence de la légalité en tant que condition de restriction des droits fondamentaux prévue à l'art. 36 al. 1 Cst. En revanche, le Tribunal fédéral relève que l'examen des conditions d'application de l'art. 184 al. 3 Cst. ne coïncide pas avec les autres conditions de restriction (respect de l'intérêt public [art. 36 al. 2 Cst.] et de la proportionnalité [art. 36 al. 2 Cst.]), lesquelles doivent être examinées séparément. Les mesures coercitives prises contre le recourant qui portent atteinte à la garantie de la propriété remplissent ces conditions.

### III.6.3. ATF 147 I 450 et ATF 147 I 393

Dans un État fédéral comme la Suisse, la compétence d'adopter des normes pour gérer des situations extraordinaires ne relève pas uniquement de la Confédération. Les cantons ont aussi des attributions en la matière. Dans le contexte de la pandémie Covid-19, le Tribunal fédéral a été saisi à plusieurs reprises pour statuer sur la constitutionnalité des normes cantonales qui introduisaient des mesures pour lutter contre la propagation de la maladie. Pour naviguer le dilemme entre respect des libertés, d'une part, et la protection de la santé publique et des droits fondamentaux menacés dans un contexte marqué par l'urgence et l'incertitude, le Tribunal fédéral opte pour une approche qui laisse aux autorités une marge d'appréciation considérable. Celle-ci est cependant encadrée par des obligations de nature procédurale.

Dans deux arrêts rendus le même jour, le 8 juillet 2021, Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'interdiction de manifester de plus de 10, respectivement de 30 personnes, contenue dans une ordonnance du canton de Schwyz ([ATF 147 I 450](#)), et l'obligation de porter le masque pour les personnes de plus de 12 ans dans les commerces et supermarchés, prévue dans une ordonnance fribourgeoise ([ATF 147 I 393](#)). Dans des considérations communes aux deux arrêts, le Tribunal fédéral relève que sous l'angle du principe de la proportionnalité, les cantons ne peuvent pas poursuivre une politique de zéro risque, destiné à empêcher toute transmission de maladie. Il incombe au pouvoir exécutif, et non aux tribunaux, de fixer le niveau du risque acceptable en procédant à une mise en balance des intérêts en présence. Les autorités disposent d'une marge d'appréciation relativement importante lors de l'adoption de mesures visant à lutter contre le coronavirus. Ces mesures doivent être prises sur la base de l'état des connaissances du moment, ce qui nécessite qu'elles soient adaptées en fonction de l'évolution de l'état des connaissances.

#### ENCADRÉ 43

##### **ATF 147 I 450 et ATF 147 I 393**

*Dans des considérations communes aux deux arrêts, le Tribunal fédéral relève que sous l'angle du principe de la proportionnalité, les cantons ne peuvent pas poursuivre une politique de zéro risque, destiné à empêcher toute transmission de maladie. Il incombe au pouvoir exécutif, et non aux tribunaux, de fixer le niveau du risque acceptable en procédant à une mise en balance des intérêts en présence. Les autorités disposent d'une marge d'appréciation relativement importante lors de l'adoption de mesures visant à lutter contre le coronavirus. Ces mesures doivent être prises sur la base de l'état des connaissances du moment, ce qui nécessite qu'elles soient adaptées en fonction de l'évolution de l'état des connaissances.*

*Dans l'ATF 147 I 450, le Tribunal fédéral conclut que l'interdiction de manifester de plus de 10, respectivement 30 personnes, du canton de Schwyz, qui constitue une restriction grave à la liberté de réunion, n'est pas contraire à la Constitution, compte tenu aussi de la courte durée de cette interdiction.*

*Selon l'ATF 147 I 393, la réglementation fribourgeoise au sujet du port du masque constitue une restriction légère à la liberté personnelle, au vu du fait qu'elle ne concernait que certains lieux et des personnes âgées de plus de 12 ans. Sur la base des connaissances du moment, il était justifié de prendre d'autres mesures pour combattre le coronavirus que dans le cas d'une grippe saisonnière et de considérer le port du masque comme une mesure apte à lutter contre la propagation du coronavirus. L'obligation du port du masque est une mesure moins incisive par rapport à d'autres mesures, comme la fermeture des magasins, et respecte donc aussi le principe de nécessité.*

### III.6.4. ATF 148 I 33 et ATF 148 I 19

Dans ces deux arrêts rendus le même jour, le 3 septembre 2021, le Tribunal fédéral s'est prononcé, comme dans l'[ATF 147 I 450](#) précité, sur deux ordonnances cantonales qui limitaient le nombre de personnes aux manifestations. La conclusion différente à laquelle parviennent les juges fédéraux dans les deux arrêts montre l'importance du principe de proportionnalité,

interprété à la lumière de la fonction des libertés de communication dans une société démocratique.

## ENCADRÉ 44

**ATF 148 I 33**

*La limitation du nombre de participants aux manifestations politiques et de la société civile à 15 personnes, prévue dans une ordonnance du canton de Berne, constitue une atteinte grave à la liberté de réunion qui poursuit un objectif légitime mais qui s'avère disproportionnée, au vu de la grande importance démocratique des manifestations. La liberté de réunion est à ce point limitée s'agissant des manifestations qu'elle en est pratiquement vidée de son contenu.*

## ENCADRÉ 45

**ATF 148 I 19**

*Une ordonnance cantonale qui limite le nombre de participantes et participants aux manifestations politiques et de la société civile à 300 personnes ne viole pas la liberté de réunion. Cette réglementation tient compte à la fois de l'intérêt public à la protection de la santé et de la fonction d'appel et de publicité des manifestations. En établissant des règles spéciales, et moins sévères, pour les manifestations politiques et de la société civile que pour d'autres manifestations, le législateur a tenu compte de l'importance particulière de la liberté de réunion dans un État de droit démocratique. Les cantons peuvent, dans le cadre de leurs compétences, évaluer le risque de façon différente que d'autres cantons ou la Confédération, si cette évaluation repose sur des motifs objectivement défendables, et décider des mesures plus strictes sur cette base. Les différences de traitement qui en résultent ne sont pas contraire au principe d'égalité mais inhérentes au fédéralisme.*

## IV. L' « État de droit » et ses défis

### IV.1. L' « État de droit » : un concept non univoque ?

Nous avons relevé au début de cette étude que l'État de droit est un concept large, ouvert et peu théorisé en Suisse<sup>193</sup>. La notion en tant que telle apparaît davantage dans les discussions politiques, probablement grâce à sa connotation positive, mais a peu séduit la pratique juridique, comme l'a montré l'aperçu des bases constitutionnelles et légales, qui ne font guère mention de l'État de droit. Le silence des textes légaux n'est pas une pure coïncidence, ou le signe d'une simple indifférence. Il reflète la crainte selon laquelle la consécration du concept abstrait de l'État de droit soit utilisé comme un « *chapeau d'un magicien* », duquel on peut sortir des contenus difficilement prévisibles<sup>194</sup>.

Le concept de l'État de droit n'a pas non plus suscité beaucoup d'intérêt de la part de la doctrine, qui s'est intéressée davantage à étudier des principes juridiques qui sont rattachés à la notion générique de l'État de droit qu'à des analyses dogmatiques du concept en tant que tel<sup>195</sup>. Le constat selon lequel l'État de droit n'est pas une notion uniforme, mais un « *principe structurel partiellement ouvert* »<sup>196</sup>, ou un « terme générique » (« *Oberbegriff* »)<sup>197</sup>, caractérise bien la conception helvétique et son penchant vers le pragmatisme.

#### IV.1.1. La tradition doctrinale initiale dans l'ordre juridique suisse

La conception helvétique de l'État de droit s'est développée principalement en référence à la notion allemande<sup>198</sup>. Reconnus comme des composantes essentielles de l'État de droit en Allemagne, le principe de légalité, et la juridiction administrative ont eu un retentissement considérable en Suisse. L'absence d'un contrôle judiciaire des actes de l'administration, et les résistances auxquelles la juridiction administrative s'est heurtée, ont amené le professeur Fritz FLEINER à refuser le qualificatif de l'État de droit à la Suisse. Comme relevé au début de cette étude, le « *Rechtsstaat* » selon le modèle allemand n'a pas toujours été un référentiel positif, mais a aussi suscité du scepticisme. Pour certains auteurs, il s'agissait d'un concept utile dans l'état autoritaire allemand, mais superflu, voire étranger à l'état démocratique suisse. D'autres relèvent que le « *Rechtsstaat* », initialement limité à des éléments purement formels, était devenu un substitut de la démocratie en Allemagne et n'avait pas pu empêcher les dérives du Troisième Reich<sup>199</sup>.

<sup>193</sup> *Supra*, I.

<sup>194</sup> Pour l'image du chapeau de magicien, voir KLEY (1995), p. 29, n° 15. Voir à ce sujet aussi le rapport final du groupe de travail Wahlen, institué dans le cadre des travaux de révision de la constitution de 1874 : « *Il suffit et il est préférable d'énumérer les principes qui, ensemble et les uns à côté des autres, constituent l'État de droit. Sinon, il existe le risque que tout ce qui est possible et imaginable soit rattaché à l'État de droit et que ses principes soient profanés et deviennent l'enjeu de discussions et de querelles sans fin.* » (Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung : Schlussbericht, Berne 1973, traduit par l'auteur).

<sup>195</sup> Voir KLEY (1995), p. 28 s, n° 14. Le même auteur parle d'une « *conception non dogmatique* » de l'État de droit en Suisse (p. 32, n° 18) termes traduits par l'auteur.

<sup>196</sup> MARTI (2020a) p. 121; ID. (2020b) p. 598, n° 2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (2020), p. 40, 170a.

<sup>197</sup> Voir KLEY (1995), p. 68, n° 1.

<sup>198</sup> Cf. BÄUMLIN (1965), 82.

<sup>199</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 539 s., n° 1087. Comme le relève ZILLER (2023), p. 82, la conception purement formelle de l'État de droit, sans lien à la démocratie, a aussi suscité de la méfiance en France. Pour la conception allemande de l'État de droit, et son évolution au 19<sup>ème</sup> siècle, cf. REIMER (2023), p. 1 ss. Pour la France, voir PONTHEAU (2023), p. 3 s., p. 27 s., sur le concept d'État legal, développé par CARRÉ DE

La tradition allemande n'a pas été la seule à exercer une influence sur la Suisse. L'héritage de la Révolution française et de la révolution américaine a aussi joué un rôle important, par la diffusion des droits humains, y compris les droits politiques, et du principe de la séparation des pouvoirs. Ces deux éléments, mentionnés à l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyens<sup>200</sup> comme des composantes indispensables du constitutionnalisme, ont exercé une influence déterminante sur le programme politique du mouvement radical et libéral avant et après la fondation de l'État fédéral en 1948. Ils n'ont été rattachés au concept allemand du « *Rechtsstaat* » que plus tard.

Alimentée à partir de différents courants d'idées politiques<sup>201</sup>, la conception de l'État de droit s'est développée progressivement pour englober des principes tant formels que matériels. Sans pouvoir être réduit à une seule idée, l'objectif de lutter contre l'abus du pouvoir a occupé un rôle important. Concernant les droits fondamentaux, la conception française a laissé des traces durables dans l'ordre constitutionnel suisse. Selon la pensée républicaine, les droits humains étaient des principes objectifs à mettre en œuvre par le processus législatif démocratique. La loi, en tant qu'expression de la volonté générale, était considérée comme le principal garant de la liberté individuelle. La [Constitution de 1848](#) reflétait cette conception aussi sur le plan institutionnel, en chargeant l'Assemblée fédérale de l'exercice de la juridiction constitutionnelle. Le « *judicial review* » à l'américaine, qui se fonde sur une conception des droits fondamentaux comme des droits subjectifs opposable au législateur, ne s'est jusqu'à présent pas entièrement imposée en Suisse. La clause d'immunité<sup>202</sup>, introduite dans la [Constitution de 1874](#), aussi en tant que contrepartie au renforcement du rôle du Tribunal fédéral, a jusqu'à présent survécu à toutes les propositions de réforme<sup>203</sup>. Comme le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer des lois fédérales même si elles sont inconstitutionnelles, le processus législatif reste le principal remède à l'encontre des lois contraires à la Constitution.

#### IV.1.2. État de droit et droit naturel

Territoire multilingue situé entre la France et l'Allemagne, la Suisse est à la croisée des chemins des courants intellectuels de ces deux pays voisins et a été exposés aux penseurs allemands et français du droit naturel<sup>204</sup>. Grâce à une riche activité scientifique, qui comprenait aussi des traductions et des vulgarisations, la Suisse a joué un rôle important dans la diffusion des doctrines du jusnaturalisme. Les idées de l'école romande du droit naturel déployèrent une portée politique, en particulier dans les théories du contrat social et de la souveraineté populaire du penseur genevois Jean-Jacques ROUSSEAU. Avec l'influence des Révolutions française et américaine, ces idées, et surtout la doctrine des droits naturels, se répandirent en Suisse et laissèrent leur empreinte sur la politique et le droit positif.

Le 19<sup>ème</sup> siècle marqua un recul de la pensée du droit naturel, avec l'ascension du positivisme et de l'école historique allemande, pour connaître à nouveau des résurgences au XX<sup>ème</sup> siècle<sup>205</sup>. Dans sa contribution sur l'évolution de l'État de droit suisse, publiée dans la période

---

MALBERG pour décrire, avec une visée critique, le concept de l'État de droit à la française qui incorpore la suprématie parlementaire.

<sup>200</sup> « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* »

<sup>201</sup> Cf. KÄGI (1952), p. 173 ss, qui décrit l'État de droit suisse comme une « mosaïque ».

<sup>202</sup> Dans la constitution actuelle art. 190 [Cst.](#)

<sup>203</sup> Voir *supra*, I.1.1.3.

<sup>204</sup> Pour l'école du droit naturel en Suisse et son influence, voir DUFOUR (2011).

<sup>205</sup> DUFOUR (2011).

de l'après-guerre, KÄGI inclut parmi les éléments de l'état de droit « *l'orientation de l'activité étatique vers la justice* »<sup>206</sup>. Dans la jurisprudence et dans la doctrine contemporaine, des traces de la pensée jusnaturaliste se manifestent à notre sens dans des notions comme l'interdiction de l'arbitraire. La définition jurisprudentielle de l'arbitraire (voir *infra*, IV.2.6.3), fait référence au « *sentiment de la justice et de l'équité* », ce qui laisse supposer l'existence de standards de justice objectifs. En définissant comme arbitraire une décision qui « *heurte d'une manière choquante* » le sentiment de la justice et de l'équité, la jurisprudence adopte une approche qui ne s'aventure pas à définir la justice, mais à s'y approcher de façon négative, en partant de l'hypothèse qu'il existe des cas flagrants d'injustice qui sont clairement identifiables. L'approche « *rights from wrongs* » (DERSHOWITZ [2005]) permet de comprendre les droits humains aussi comme une réaction à des expériences concrètes d'injustice et de souffrances qui ont jalonné l'histoire de l'humanité.

Dans les discussions juridiques et politiques contemporaines, des idées s'inscrivant dans le courant du droit naturel, comme la formule de RADBRUCH, sont mobilisées pour justifier des excuses ou autres formes de réparation en faveur des victimes de pratiques qualifiées aujourd'hui d'injustice historique. Mentionnons, à titre d'exemple, la pratique dite de l'internement administratif, qui a perduré jusqu'aux années huitante du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>207</sup>. Ce ne fut que sous l'influence de la [CEDH](#) que le cadre juridique suisse fut révisé pour mettre fin à des privations de liberté, prononcées sans aucun contrôle judiciaire et sur la base de motifs très vagues (p.ex. mode de vie oisif ou libertin), pour faire disparaître des personnes vulnérables ou heurtant les sensibilités morales de l'époque (jeunes mères célibataires, personnes pauvres) non conformistes derrière les barreaux. La notion d'injustice historique, utilisée aujourd'hui pour qualifier ces pratiques conformes au cadre juridique en vigueur à l'époque, montre le lien entre l'idée de justice et les éléments centraux de l'État de droit (légalité, contrôle judiciaire, droits fondamentaux). Comme pour la notion de l'arbitraire, l'idéal de justice est à nouveau cerné de façon négative, à partir de cas de violations flagrantes.

### IV.1.3. L'État de droit et ses adjectifs

Aborder « l'État de droit et ses adjectifs » n'est pas évident d'un point de vue du droit constitutionnel helvétique. Tout d'abord, le titre pourrait être interprété dans le sens que l'élément « État de droit », en tant que groupe nominal, occupe une place plus importante que les adjectifs (social, démocratique, etc.) qui le qualifient. Or, dans le contexte helvétique, la nature fédérale et démocratique de l'État joue un rôle identitaire plus fort que l'élément de l'État de droit<sup>208</sup>. Ensuite, comme déjà relevé à plusieurs reprises, la Constitution fédérale ne contient pas une clause générale qui caractérise l'État, à la différence de nombreuses constitutions cantonales<sup>209</sup>. Dans le cadre du long processus menant à l'adoption de la [Constitution de 1999](#)<sup>210</sup>, le projet de constitution élaborée par une commission d'experts, et publié en 1977, qualifiait la Confédération suisse comme un « *État fédéral, démocratique, libéral et social* »<sup>211</sup>. Si le terme « libéral » reprend des éléments de l'État de droit, dans la mesure où il

<sup>206</sup> KÄGI (1052), p. 173ss, traduit par l'autrice.

<sup>207</sup> Voir les références sous note de bas de page 147.

<sup>208</sup> Voir aussi *supra*, I.

<sup>209</sup> Voir *supra*, II.1.2.

<sup>210</sup> Pour un aperçu des principales étapes, voir p.ex. HERTIG RANDALL (2016), p. 158 ss.

<sup>211</sup> Voir art. 1 al. 1 du projet de 1977, traduit par l'autrice de l'allemand: « *Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist ein demokratischer, freiheitlicher und sozialer Bundesstaat.* » Le texte du projet est disponible sur le site <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html>, sous le nom « Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der

suppose un État qui respecte la liberté individuelle, ce qui implique, outre la garantie des droits fondamentaux, aussi le respect de principes tels que la légalité et la séparation des pouvoirs, l'absence de mention de l'État de droit n'est pas anodine. Le rapport explicatif de la commission d'experts confirme ce point. L'extrait pertinent mérite d'être cité *verbatim* :<sup>212</sup>

*« La Commission a examiné de manière approfondie si l'art. 1 al. 1 du projet devait inclure l'élément de l'État de droit. Cette notion revêt cependant des significations différentes et divergentes dans la région germanophone, alors qu'elle semble importée et superflue du point de vue de la région francophone. En allemand, on entend par là les aspects formels et institutionnels de ce que l'on appelle « l'État de protection juridictionnelle » (« Rechtsschutzstaat »), qui vise essentiellement à limiter le pouvoir de l'État. On peut également concevoir l'État de droit comme un « État fondé sur la primauté du droit » (« Rechtsprimatstaat »), en ce sens que là où il existe des normes juridiques, le droit doit avoir la priorité sur toutes les considérations d'opportunité, d'utilité ou de contraintes techniques. Enfin, on attribue à l'État de droit une signification matérielle, en considérant comme critère pertinent le contenu juste (« Gerechtigkeitsgehalt ») de la loi, de l'acte administratif et de la décision judiciaire ; En tant qu' « État juste » (« Gerechtigkeitsstaat »), l'État de droit doit protéger et promouvoir les droits humains, et en tant qu' « État de droit social » il doit garantir la paix, l'égalité et la justice sociales. Compte tenu des problèmes d'interprétation découlant des différentes langues, et les différences de sens, la commission a estimé qu'une garantie de l'État de droit à l'art. 1 al. 1 du projet exprimerait soit une évidence pour la Suisse, soit elle conduirait à des querelles définitionnelles inutiles. »<sup>213</sup>*

Dans ce passage, la commission d'expertise se distancie d'une conception de l'État de droit qui est à son sens dominante en Allemagne et exprime des craintes que la mention explicite de ce concept conduise à des controverses alimentées par une vision antagoniste entre l'État de droit, d'une part, et la démocratie, d'autre part. Selon cette conception, l'État de droit risque de conduire à une juridicisation excessive (« *Rechtsschutzstaat* », « *Rechtsprimatstaat* ») qui réduit la sphère du politique à une peau de chagrin et renforce le pouvoir judiciaire au détriment de celui du pouvoir législatif. En effet, un « *Rechtsschutzstaat* », et un « *Rechtsprimatstaat* » semble difficilement compatible avec un ordre constitutionnel qui laisse le contrôle de constitutionnalité des lois dans les mains du législateur, et enjoint, en vertu de la clause d'immunité (art. 190 [Cst.](#), *infra*, IV.4.1.1) les autorités judiciaires d'appliquer même des lois inconstitutionnelles<sup>214</sup>.

Le [message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996](#) se montre moins sceptique à l'égard de la notion de l'État de droit que la commission d'experts en 1977. Il indique que « *la constitution fédérale le laisse clairement apparaître, la Confédération suisse se veut un État de droit fédéral, libéral, démocratique et social. Ces éléments, et notamment la forme typiquement suisse de la participation populaire, sont inhérents à la constitution et représentent des choix fondamentaux qui conditionnent l'ensemble de la structure de notre*

---

Bundesverfassung », consulté le 24.1.2023. Un rapport explicatif est disponible sur le même site sous le titre « Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977) ».

<sup>212</sup> Rapport explicatif (note 211), p. 21, traduit par l'auteur.

<sup>213</sup> La dernière préoccupation, selon laquelle la notion de l'État de droit serait source de querelles sans fin, a aussi été avancée par le groupe de travail Wahlen, voir la citation figurant sous note de bas de page 194.

<sup>214</sup> À noter qu'au moment de la rédaction du projet et du rapport explicatif, l'emprise de la [CEDH](#), ratifiée en 1974, sur les lois fédérales ne se faisait pas encore sentir, et le contrôle de conventionnalité des lois fédérales n'était pas encore établi, et probablement difficilement concevable.

État. »<sup>215</sup> Ces principes dits « *structurants* », ou, selon d'autres dénominations répandues dans la doctrine, « *structurels* » ou « *directeurs* »<sup>216</sup> « *caractérisent la communauté politique suisse* »<sup>217</sup>. Ils sont selon le message « *aujourd'hui à ce point admis et reconnus qu'un constituant se doit de les prendre en compte.* »<sup>218</sup> Le constat qu'il existe un large consensus au sujet des principes structurants n'amène le Conseil fédéral cependant pas à proposer leur codification dans la Constitution. Il justifie sa décision de ne pas nommer explicitement les caractéristiques fondamentales de l'État suisse par des tensions qui peuvent exister entre les différents principes structurants. Les conflits entre ces principes, « *qui ont une égale importance* »<sup>219</sup>, doivent être tranchés sur la base d'une pesée des intérêts dans des cas concrets<sup>220</sup>. Une disposition générale qui nommerait les principes structurants et régirait leurs rapports mutuels, « *n'apporterait guère de solutions au problème des conflits fondamentaux qui peuvent exister entre éléments structurants. Le projet de constitution du Conseil fédéral renonce donc à une telle disposition* »<sup>221</sup>.

Même si le message du Conseil fédéral ne prône pas la codification des différents principes structurels, il donne un aperçu de leur contenu. Au sujet de l'élément de l'État de droit, il mentionne en premier lieu un principe formel (la Confédération est « *soumise au respect du droit* », mais aussi des principes matériels, à savoir les « *impératifs fondamentaux de justice matérielle* », « *tels qu'ils découlent des droits fondamentaux* », et qui « *s'inscrivent toujours davantage au niveau international* »<sup>222</sup>. Il conclut que la « *Suisse est incontestablement en ce sens un État de droit* », tout en apportant une nuance à cette affirmation : la Suisse est un État de droit même si « *l'absence d'une juridiction constitutionnelle spécifique au niveau fédéral (...) se fait toujours plus sentir* ». <sup>223</sup>

La mention de la juridiction constitutionnelle doit être placée dans le contexte de la réforme constitutionnelle dans son ensemble. En effet, celle-ci était composée de trois paquets<sup>224</sup>. Un premier projet qui consistait à codifier et rationaliser le droit constitutionnel existant, et deux projets de réforme portant sur les droits populaires, d'une part, et la justice, d'autre part. Le dernier projet proposait d'étendre le contrôle judiciaire de constitutionnalité aux lois fédérales<sup>225</sup>, et de combler ce que le message du Conseil fédéral décrit comme un déficit en matière de l'État de droit. L'échec de cette réforme montre que la position du Gouvernement n'a pas emporté la conviction sur un autre narratif, celui qui considère l'extension du contrôle judiciaire comme un affaiblissement d'un autre principe structurant, celui de la démocratie.

Bien qu'il n'existe d'un point de vue juridique pas de rapport de subordination entre les différents principes structurants, lesquels sont de même importance et doivent être coordonnés entre eux<sup>226</sup>, l'échec du renforcement de la juridiction constitutionnelle montre

<sup>215</sup> FF 1997 I 14.

<sup>216</sup> Voir p.ex. MARTENET/DUBEY (2021), p. 11, 14, N 31.

<sup>217</sup> FF 1997 I 14

<sup>218</sup> FF 1997 I 14.

<sup>219</sup> FF 1997 I 16.

<sup>220</sup> FF 1997 I 16.

<sup>221</sup> FF 1997 I 16.

<sup>222</sup> FF 1997 I 16.

<sup>223</sup> FF 1997 I 16.

<sup>224</sup> FF 1997 I 20 s.; Cf. HERTIG RANDALL (2016), p. 162 s.

<sup>225</sup> FF 1997 I 79.

<sup>226</sup> Voir à ce sujet l'extrait du rapport de la Commission d'expert de 1977, cité plus haut dans cette section ; voir

que certains principes occupent une place plus dominante dans la réalité juridico-politique que d'autres. Les rapports entre les différents principes ne sont cependant pas figés une fois pour toute mais de nature évolutive. D'un point de vue historique, le principe fédéral a été dominant<sup>227</sup>, pour être devancé au XX<sup>ème</sup> siècle par le principe démocratique, devenu, avec l'extension des instruments de démocratie directe, un aspect probablement encore plus central de l'identité politique et constitutionnelle du pays que le fédéralisme<sup>228</sup>. Le principe de l'État de droit, à son tour, a été progressivement renforcé, principalement sous l'influence du droit international, comme le mentionne le message du Conseil fédéral précité.

Les sections qui suivent mettront en lumière les relations entre le principe de l'État de droit et les autres principes structurels<sup>229</sup>, qui seront présentés successivement, en suivant l'ordre dans lequel ils sont présentés dans le Message du Conseil fédéral.

#### IV.1.3.1 Fédéral

Le fédéralisme constitue, selon le [Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution](#), non seulement un principe juridique, mais aussi « *une maxime d'État* ». <sup>230</sup> Il exprime la détermination du peuple et des cantons suisses de « *vivre ensemble leurs diversités dans le respect de l'autre* »<sup>231</sup>, de favoriser « *la cohésion interne et la diversité culturelle du pays*. »<sup>232</sup>. L'attitude fédéraliste, qui est le substrat du fédéralisme suisse, exige tant « *la nécessité de l'union* » que « *la légitimité des autonomies locales* », « *en dépit de leur caractère logiquement antinomique et pratiquement antagoniste.* » « *Elle est un art de la composition, qui requiert à la fois et en même temps la vivacité des contrastes et leur harmonisation.* »<sup>233</sup> L'aspiration de « *vivre ensemble dans la diversité* »<sup>234</sup> est liée au respect des minorités linguistiques, religieuses et culturelles. Le fédéralisme reflète aussi l'attachement à une structure de l'état qui favorise la proximité des autorités aux citoyennes et citoyens, et qui est respectueux du principe de subsidiarité (art. 6a [Cst.](#)).<sup>235</sup>

Comme dans d'autres États fédéraux, la forme de l'État suisse se caractérise par la participation des entités fédérées (les cantons) au processus de décision au niveau fédéral<sup>236</sup>. Les cantons

---

aussi MARTI (2021b), p. 595, n° 1 et références citées. Pour le rapport entre différentes normes et principes constitutionnels, voir [ATF 139 I 16](#), *supra* III.4.2.

<sup>227</sup> MARTI (2020b), p. 596, n° 2.

<sup>228</sup> Voir MARTI (2020b), p. 595, n° 1, selon lequel le principe démocratique occupe le premier rang, suivi du principe fédéral.

<sup>229</sup> Nous nous limiterons aux principes structurants mentionnés précédemment qui font l'objet d'un consensus au sein de la doctrine et de la pratique des autorités. Nous n'aborderons pas d'autres principes, mentionnés ou reflétés dans la [Constitution](#), mais qui ne sont pas (encore) généralement reconnus en tant que principes structurants, comme celui de l'État national coopératif et ouvert vers le monde, le principe de subsidiarité, le principe du développement durable, le principe de solidarité, le principe économique, et la dignité humaine. Pour un aperçu des autres principes mentionnés, voir BELSER (2014), p. 19 N 49.

<sup>230</sup> FF 1997 I 15. Pour des contributions récentes au sujet du fédéralisme suisse, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 351 ss ; BELSER (2020) ; SCHWEIZER (2020) ; BRÜHL-MOSER (2020) ; pour le rapport entre fédéralisme et État de droit, voir MARTI (2020a et 2020 b).

<sup>231</sup> Préambule de la [Constitution](#).

<sup>232</sup> Art. 2 al. 2 [Cst.](#), qui énonce les buts de la Confédération.

<sup>233</sup> ROUGEMONT (1963), p. 69.

<sup>234</sup> Préambule de la [Constitution](#).

<sup>235</sup> FF 1997 I 15.

<sup>236</sup> Voir art. 45 [Cst.](#), Participation au processus de décision sur le plan fédéral.

1 Les cantons participent, dans les cas prévus par la Constitution fédérale, au processus de décision sur le plan

sont représentés dans la seconde chambre du Parlement (le Conseil des États), forment ensemble avec le peuple le pouvoir constituant, et peuvent avoir une emprise directe sur l'adoption des lois fédérales par le biais du référendum<sup>237</sup>.

Une autre caractéristique fondamentale du fédéralisme est l'autonomie dont disposent les entités fédérées. Comparé aux deux états fédéraux voisins de la Suisse, l'Autriche et l'Allemagne, l'autonomie des cantons suisses est considérablement plus grande. La [Constitution](#) garantit cette autonomie tout d'abord par un système de partage des compétences selon lequel la compétence résiduelle revient aux cantons. Ceux-ci « *sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération.* » (art. 3 [Cst.](#)). Que le terme « *souveraineté* » soit interprété comme un rappel historique de l'indépendance des cantons avant la fondation de l'État fédéral, ou comme l'attachement du constituant helvétique à une conception de souveraineté partagée entre l'État central et les cantons<sup>238</sup>, il donne un indice sur l'importance qui revient aux cantons dans la fédération suisse.

En plus de l'art. 3 [Cst.](#), la Constitution contient une disposition qui garantit explicitement l'autonomie des cantons, en recourant, dans la version allemande, à un terme qui indique que l'autonomie des cantons doit être significative<sup>239</sup>. Elle recouvre l'autonomie de tâches (la Confédération devant laisser aux cantons « *suffisamment de tâches propres* »), l'autonomie constitutionnelle et organisationnelle, et en plus l'autonomie financière (art. 47 al. 2 [Cst.](#)). Cette dernière implique la capacité des cantons et des communes de lever leurs propres impôts, qui sont plus significatifs que ceux que la Confédération a la compétence de percevoir, et contribue à la nature compétitive du fédéralisme suisse<sup>240</sup>. Du point de vue de l'État de droit, l'autonomie constitutionnelle et organisationnelle a pour conséquence que les questions du respect des principes tels que la séparation des pouvoirs, de la protection juridictionnelle effective, pour en nommer quelques-uns, se posent aussi au niveau des cantons. Dans les limites tracées par le droit supérieur, les cantons disposent d'une autonomie considérable pour mettre en œuvre les exigences de l'État de droit.

Les divergences des solutions adoptées au niveau des cantons sont propices à l'expérimentation, à la comparaison et à l'innovation. Des approches ou institutions qui ont fait leur preuve peuvent donner des impulsions à des réformes au niveau fédéral. Dans le domaine des droits fondamentaux, par exemple, des droits absents de la Constitution fédérale, ou protégés de façon moins généreuse, sont depuis plus d'un siècle des sources d'inspiration pour le constituant fédéral et la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>241</sup>. Des réformes constitutionnelles qui conduisent progressivement à la création de Conseils de la

---

fédéral, en particulier à l'élaboration de la législation.

2 La Confédération informe les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée ; elle les consulte lorsque leurs intérêts sont touchés.

<sup>237</sup> Cf. art. 141 [Cst.](#), selon lequel le référendum peut être demandé par 50'000 citoyennes et citoyens ou par huit cantons.

<sup>238</sup> Sur les différentes interprétations de la « souveraineté » des cantons, voir p.ex. SCHWEIZER (2014a), p. 83 ss, N 5 ss.

<sup>239</sup> La version allemande utilise le terme « *Eigenständigkeit* », et non « *Autonomie* ». « *Eigenständigkeit* » évoque, en plus de l'autonomie, aussi l'indépendance, et un degré d'autosuffisance (littéralement, la capacité de se tenir debout de façon indépendante).

<sup>240</sup> Sur la nature plus compétitive du fédéralisme suisse, comparée à l'Allemagne et à l'Autriche, notamment, voir MARTI (2020a), p. 130 ; MARTI (2020b), p. 597, n° 3.

<sup>241</sup> Voir *infra*, IV.2.6.

Magistrature au sein des cantons, sont un autre exemple pertinent<sup>242</sup>. Ces organes indépendants, qui ont pour mission de préparer l'élection des juges et d'assumer la haute surveillance des tribunaux, sont une alternative intéressante et plus respectueuse de l'indépendance judiciaire que le système traditionnel, qui laisse ses tâches dans les mains exclusives du Parlement (*infra*, IV.4.4.1).

À part la capacité d'impulser des innovations favorables à la réalisation des principes de l'État de droit, le fédéralisme présente encore une autre synergie importante avec l'État de droit. Les deux principes structurants sont des stratégies complémentaires de limiter le pouvoir étatique. Même si la fonction de protéger la liberté par un système de répartition verticale des pouvoirs est moins explicitement évoquée en Suisse qu'aux États-Unis et en Allemagne, elle est aussi présente. Comme l'exprime DENIS DE ROUGEMONT, « [L]e fédéralisme refuse par principe et par définition l'uniformité imposée par un centre, qu'il s'agisse d'une capitale ou d'un parti, d'un pouvoir clérical ou politique. Il est donc le contraire absolu de tout régime totalitaire, de tout ordre géométrique simpliste, et par-là même tyrannique. »<sup>243</sup>

Il existe encore une autre interdépendance entre le principe fédéraliste et l'État de droit, dans la mesure où le fonctionnement du système fédéraliste implique des mécanismes juridictionnels pour assurer le respect du partage de compétences établi par la [Constitution](#). En Suisse, la juridiction constitutionnelle n'est en mesure d'assumer ce rôle que partiellement, et de façon asymétrique. Elle permet de censurer des actes cantonaux qui usurpent une compétence fédérale, mais la protection inverse est lacunaire, étant donné que l'art. 190 [Cst.](#) soustrait des lois fédérales à la censure des juges constitutionnels<sup>244</sup>. Des lois fédérales qui empiètent sur une compétence des cantons doivent donc être appliquées malgré leur inconstitutionnalité. La clause dite d'immunité, souvent critiquée comme un déficit du point de vue de l'État de droit, est aussi critiquable du point de vue du fédéralisme. Des propositions de réforme pour étendre le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales au moins à des questions liées au partage de compétences se sont jusqu'à présent soldées par un échec<sup>245</sup>. Visiblement, l'argument démocratique a pesé plus fort que la défense du fédéralisme.

La relation entre le principe de l'État de droit et le principe fédéraliste n'est pas toujours celle d'un renforcement mutuel. Il existe aussi des tensions. La diversité des lois, de leur mise en œuvre et des pratiques au sein des cantons soulève des questions sous l'angle du principe d'égalité<sup>246</sup>. Le Tribunal fédéral relève à cet égard dans sa jurisprudence constante que la diversité est inhérente au fédéralisme, et que le « *principe de l'égalité n'exclut pas que les cantons édictent des réglementations différentes dans le même domaine* »<sup>247</sup>. Il n'empêche que des inégalités dans la loi ou dans leur application ne sont pas sans soulever des difficultés quand

<sup>242</sup> Voir *infra*, IV.4.4.1.

<sup>243</sup> ROUGEMONT (1963), p. 67 s.

<sup>244</sup> Voir *infra*, IV.4.1.1.

<sup>245</sup> Pour une proposition dans ces sens, voir p.ex. la motion d'Andrea Caroni n° 14.4038 du 01.12.2014 « Défense du fédéralisme. Juridiction constitutionnelle limitée en faveur des cantons ». La réponse du Conseil fédéral contient un inventaire de toutes les tentatives récentes d'étendre le contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales pour conclure ce qui suit : « *Compte tenu de ces divers refus, il apparaît prématuré et sans doute vain de remettre sur le tapis la question de la portée de la juridiction constitutionnelle.* » Le Gouvernement relève en plus qu'un renforcement de la juridiction constitutionnelle ne devrait pas se limiter à des questions du fédéralisme mais aussi viser les droits fondamentaux.

<sup>246</sup> Voir p.ex. BRÜHL-MOSER (2020), p. 568s, n° 7; MARTI (2020a), p. 126 s.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, p. 115, n° 569.

<sup>247</sup> Voir p.ex. [ATF 133 I 249](#), c. 3.4. concernant la législation sur la détention de chiens et l'interdiction de certaines races considérées comme dangereuses.

elles touchent à des intérêts fondamentaux des particuliers. Dans le domaine du droit des migrations, par exemple, les chances pour des personnes en situation irrégulière d'obtenir la régularisation de leur séjour varient de façon très significative d'un canton à l'autre. Il en va de même des prestations allouées aux requérantes et requérants d'asile déboutés en vertu du droit fondamental à des conditions minimales d'existence, censé permettre à toute personne le minimum indispensable à une vie conforme à la dignité humaine<sup>248</sup>. Ce qu'il faut pour une vie digne ne dépend cependant guère des frontières cantonales.

Toujours dans le domaine des droits humains, la structure fédérative peut aussi être un facteur qui entrave le respect des engagements internationaux. Alors que la Confédération est l'entité engagée sur le plan international, elle n'a que des moyens limités pour assurer la mise en œuvre des droits humains dans les domaines qui relèvent de la compétence cantonale<sup>249</sup>. D'autres facteurs liés au fédéralisme suisse, comme la complexité due à l'enchevêtrement des compétences, qui conduit à des responsabilités peu claires et qui est peu propice à la transparence<sup>250</sup>, sont aussi mentionnés comme pouvant poser problème à l'aune des principes de l'État de droit.

Pour finir ces réflexions sur les relations entre l'État de droit et le fédéralisme, la complémentarité entre les deux principes structurels mérite d'être soulignée. Les garanties de l'État de droit peuvent contrecarrer certains risques liés moins à la structure fédérative en tant que telle, mais plutôt au contexte social: dans un État avec un nombre considérable de collectivités publiques de petites tailles<sup>251</sup>, marquées par des fortes interdépendances personnelles et un risque de repli sur soi, la protection juridictionnelle effective assurée au niveau fédéral revêt une importance particulière pour contrer le « *nationalisme local* »<sup>252</sup>. Même si « ce chauvinisme local »<sup>253</sup> n'est, selon DENIS DE ROUGEMONT, incompatible avec une attitude fédéraliste, qui vit de la tension dialectique entre unité et diversité, et suppose la coopération et l'ouverture vers l'extérieure, incompatibles avec « *l'esprit de clocher* », il peut être présent dans la réalité. Comme la jurisprudence le montre, des personnes qui demandent la naturalisation se heurtent parfois à l'état d'esprit de « *ceux qui n'admettent rien d'autre que leur manière de vivre locale, définie par la majorité locale* » et qui « *traitent tout le reste d'étranger, donc d'impur* »<sup>254</sup>. Dans ces constellations, marquées par « *l'étroitesse du contexte cantonal* »<sup>255</sup>, la garantie de pouvoir accéder à une juridiction avec un certain détachement du contexte local est fondamentale.

---

<sup>248</sup> Voir p.ex. [ATF 146 I 1](#), c. 5.1. (« couverture des besoins élémentaires pour survivre d'une manière conforme aux exigences de la dignité humaine »).

<sup>249</sup> Voir p.ex. BRÜHL-MOSER (2020), p. 593 s., n° 58. Pour des conclusions d'une étude de recherche à ce sujet, voir SCHMID/MIAZ/MAGGETTI/KAEMPFER/NIEDERHAUSER (2020) et pour des propositions de bonnes pratiques, SCHMID/BAYER/KAEMPFER/MARLÉTAZ (2020).

<sup>250</sup> Voir BRÜHL-MOSER (2020), p. 568s, n° 7.

<sup>251</sup> Pour d'autres défis que celui mentionnés par la suite liés à la petite taille de certains cantons, voir MARTI (2020a), p. 128 ss.

<sup>252</sup> ROUGEMONT (1963), p. 68.

<sup>253</sup> ROUGEMONT (1963), p. 68.

<sup>254</sup> ROUGEMONT (1963), p. 68.

<sup>255</sup> Voir à ce sujet FLEINER/GIACOMETTI, 1978, p. 898 s., qui justifiaient l'importance du recours au Tribunal fédéral par les avantages d'une juridiction détachée du contexte cantonal en ces termes: « *lorsque dans l'étroitesse du contexte cantonal, la passion politique est à la barre, tout citoyen sait que la voie du Tribunal fédéral lui est ouvert.* » (traduit par l'autrice).

### IV.1.3.2 Démocratique

L'importance du principe démocratique, et de son rôle identitaire en Suisse, a été mis en exergue à plusieurs reprises dans ce rapport<sup>256</sup>. Pourtant, le terme « démocratie » ou « démocratique » apparaît très peu dans la Constitution. Il figure dans le Préambule, comme un objectif de l'alliance du peuple et des cantons. Par la suite, il est mentionné seulement dans deux dispositions : une qui concerne les cantons<sup>257</sup> et une autre qui porte sur les objectifs de la politique extérieure (art. 54 al. 2 [Cst.](#)).

La démocratie, en tant que principe structurant, peut être déduit de l'ensemble du droit constitutionnel, écrit et non écrit, qui offre aussi des repères sur la conception de la démocratie qui sous-tend l'ordre constitutionnel et politique suisse<sup>258</sup>. Pour brosser les grands traits de la démocratie helvétique, deux caractéristiques nous paraissent fondamentales.

#### IV.1.3.2.a) *Caractéristiques de la démocratie suisse*

La démocratie suisse est tout d'abord une démocratie semi-directe. Il s'agit d'un régime qui combine des éléments de la démocratie représentative (élection d'un parlement) avec des instruments de démocratie directe. Une disposition dans la [Constitution du canton de Bâle-Campagne](#) est illustrative à cet égard.

#### ENCADRÉ 46

#### **Constitution du canton de Bâle-Campagne § 2 : Forme d'État démocratique**

1 Le pouvoir réside dans l'ensemble du peuple.

2 Il est exercé par les citoyens actifs et par les autorités.

Les instruments de démocratie directe, qui permettent aux citoyennes et citoyens de participer directement aux décisions politiques, sont présents à tous les échelons de l'État, au niveau fédéral, cantonal et communal<sup>259</sup>. Au niveau fédéral, deux types d'instruments sont prévus. Tout d'abord, l'initiative constitutionnelle, dit initiative populaire fédérale, qui permet à une fraction du corps électoral de proposer la révision totale ou une révision partielle de la Constitution fédérale. Ensuite, le référendum, qui peut être obligatoire ou facultatif. Le référendum est obligatoire si des actes, considérés comme particulièrement importants (révisions de la Constitution fédérale, certaines catégories de traités internationaux, lois fédérales urgentes dépourvues d'une base constitutionnelle<sup>260</sup>), doivent être approuvés en votation populaire par le constituant, à savoir le peuple et les cantons<sup>261</sup>, pour être valablement adoptés (art. 140 al. 1 [Cst.](#)).

<sup>256</sup> *Supra*, I et IV.1.3.

<sup>257</sup> Voir l'art. 51 al. 1 [Cst.](#), qui constitue une clause dite d'homogénéité, et prévoit que les cantons doivent se doter d'une constitution démocratique.

<sup>258</sup> Voir à ce sujet BRÜHLMEIER/VATTER (2020) ; pour l'évolution de la démocratie suisse, cf. SCHMID (2020).

<sup>259</sup> Pour une étude approfondie des instruments de démocratie directe en Suisse, voir HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER (2023).

<sup>260</sup> Voir art. 140 al. 1 [Cst.](#)

<sup>261</sup> L'art. 142 [Cst.](#) apporte des précisions sur l'exigence dite de double majorité. La majorité du peuple est atteinte si la majorité de toutes les personnes qui ont participé au scrutin a voté en faveur de l'acte (art. 142 al. 1 [Cst.](#)). Les résultats de la votation populaire au sein de chaque canton déterminent le vote pour ou contre dudit canton (art. 142 al. 3 [Cst.](#)). À noter que six cantons ont, pour des raisons historiques, seulement une demi-voix (art. 142 al. 4 [Cst.](#)).

Le référendum est facultatif si l'approbation de l'acte en votation populaire n'est requise que si le scrutin est demandé par une fraction du corps électoral (50'000 signatures) ou par 8 cantons (art. 141 al. 1 [Cst.](#)). À la différence du référendum obligatoire, une simple majorité (peuple), au lieu d'une double majorité (peuple et cantons), est suffisante. Dans une perspective de droit comparé, il est important de relever que le référendum ne peut être déclenché que par le peuple ou les cantons, mais non par les autorités, ce qui confère à cet instrument de démocratie directe une nature ascendante (« *bottom up* ») et participative, et réduit le risque que les votations populaires soient organisées dans le but de consolider la position du gouvernement<sup>262</sup>. Comme la Constitution et la législation déterminent les conditions, les modalités et la procédure des votations populaires, et ne laissent en principe pas de place pour des scrutins organisés par les autorités en fonction des considérations politiques, la démocratie directe suisse a été décrite comme une démocratie fondée sur le droit (« *rechtsstaatliche Demokratie* »), à la différence d'une démocratie plébiscitaire<sup>263</sup>.

La deuxième caractéristique fondamentale de la démocratie suisse est sa nature consensuelle. En tant que démocratie de concordance<sup>264</sup>, la Suisse se distingue des démocraties de concurrence, qui fonctionnent selon le principe majoritaire (« *the winner takes it all* ») et l'affrontement entre le(s) parti(s) au pouvoir et l'opposition. Le système politique suisse peut être considéré comme un exemple type d'un régime de démocratie consociative théorisée par LIJPHART<sup>265</sup>. Il repose sur la quête de compromis largement acceptés par les différents segments de la société, et une représentation proportionnelle des partis politiques au sein des institutions fédérales.

À l'Assemblée fédérale, l'élection selon le système proportionnel au Conseil national, introduit en 1918, a mis fin à l'hégémonie du parti radical, au pouvoir depuis la fondation de l'État fédéral. Elle a conduit à la présence d'un nombre élevé de partis dans la chambre populaire dont les plus importants sont représentés en fonction de leur force au Conseil fédéral. Le gouvernement suisse est donc un Gouvernement de coalition qui inclut les principaux partis politiques, ce qui a pour conséquence qu'aucun parti majeur n'est, du moins formellement, dans l'opposition. Sa composition est restée extrêmement stable pendant des décennies. Entre 1959 et 2003, la représentation des partis politiques au sein du Conseil est restée inchangé, avec trois partis représentés chacun par deux membres, et un parti avec un membre<sup>266</sup>. La composition connue sous le nom « *formule magique* » a subi des ajustements, par la suite, mais a retrouvé un nouvel équilibre qui prend en compte la modification des rapports de force au Parlement au bénéfice de l'UDC et au détriment du parti Le Centre.<sup>267</sup>

En plus de l'appartenance à un parti politique, d'autres facteurs sont pris en compte lors de l'élection des membres du Conseil fédéral. Codifiant une longue pratique, l'art. 175 al. 4 [Cst.](#) indique que « *[l]es diverses régions et les communautés linguistiques doivent être équitablement représentées au Conseil fédéral.* » La logique de veiller à l'inclusion et la représentation des partis politiques proportionnellement à leur force électorale, de même que des différents groupes linguistiques et régions géographiques, ne se limite pas au Conseil fédéral. Elle

---

<sup>262</sup> Cf. MÖCKLI (2022), p. 608 s.

<sup>263</sup> Cf. KLEY (2020b), p. 88 s., n° 7.

<sup>264</sup> Cf. BRÜHLMEIER/VATTER (2020), p. 390 s., n° 41 s.

<sup>265</sup> LIJPHART (1969).

<sup>266</sup> Le parti radical (PLR), le parti démocratique du centre (PDC) et le parti socialiste (PS) avaient deux membres au Conseil fédéral, le parti de l'Union démocratique du Centre (UDC) un membre.

<sup>267</sup> L'UDC est représentée par 2 membres, et le Centre (parti issu de la fusion du Parti démocrate-chrétien (PDC) et du Parti bourgeois-démocratique (PBD) en 2021) avec un seul siège.

s'étend aussi à la justice, à d'autres fonctions politiques, et des postes à responsabilité dans l'administration et dans l'armée.

Même si la Suisse n'est pas à l'abri d'une certaine polarisation du paysage politique<sup>268</sup>, qui n'est pas toujours propice à la quête d'un compris, l'élément consensuel et inclusif reste encore bien prononcé. Le référendum facultatif joue un rôle important à cet égard. La menace d'une censure par le peuple plane comme une épée de Damoclès sur le politique. Elle a favorisé l'émergence d'une culture politique consensuelle, et continue à inciter les autorités à consulter et à prendre en compte les avis des différentes parties prenantes pour s'assurer que les lois reposent sur un consensus aussi large que possible et minimiser le risque qu'un référendum soit lancé. À part sa nature consensuelle, la culture politique helvétique se caractérise aussi par peu de personnalisation du pouvoir politique. Des têtes qui dépassent trop peinent à s'imposer dans l'arène politique, et surtout au Gouvernement, dont les sept membres s'efforcent à cultiver une image de normalité. Le culte des personnalités fortes séduit pour cette raison peu en Suisse<sup>269</sup>.

#### *IV.1.3.2.b) Le rapport entre la démocratie et l'État de droit*

Les particularités de la démocratie suisse ont un impact sur la conception helvétique de l'état de droit. La culture politique largement consensuelle et le référendum comme un instrument de contre-pouvoir sont considérés comme des garanties importantes de l'État de droit<sup>270</sup>, voire comme des garanties suffisantes. Comparé à d'autres États, le système politique suisse accorde une grande confiance au peuple, et aux processus politiques pour préserver l'État de droit. La [Constitution suisse](#) ne connaît, à la différence par exemple de la [Loi fondamentale allemande](#), pas de normes intangibles qui seraient soustraites à l'emprise du pouvoir constituant. Il n'existe pas non plus de limites matérielles inférieures, qui pourraient empêcher d'inclure dans la Constitution des dispositions, qui, en raison de leur manque d'importance et/ou de leur niveau de détail, n'ont pas leur place dans la charte fondamentale de l'État et devraient se trouver au niveau législatif. Comme la Constitution ne prévoit pas d'initiative législative, mais uniquement l'initiative constitutionnelle, il est relativement fréquent que des dispositions matériellement non constitutionnelles intègrent la Constitution à la suite de l'acceptation d'une initiative populaire<sup>271</sup>.

Le fait que la Constitution est peu rigide accentue ce phénomène. La souplesse de la Constitution ne découle pas uniquement de la procédure de révision, qui prévoit un seuil relativement bas<sup>272</sup>, mais aussi de la culture politique. Comparé à des États comme les États-Unis ou l'Allemagne, avec un patriotisme constitutionnel prononcé, la Constitution suisse n'est pas vue comme un vénérable document qui doit rester largement à l'abri de l'emprise du

<sup>268</sup> KÜBLER (2020) p. 330, n° 32.

<sup>269</sup> À titre d'exemple, il sied de mentionner l'exemple de Christoph Blocher. L'homme fort du parti UDC, élu au Conseil fédéral en 2003, n'a pas été réélu en 2007, ce qui est un phénomène très rare en Suisse. Voir RAAFLAUB, CH., PAUCHARD, O.: « La non réélection de Christoph Blocher à son poste n'étonne pas vraiment les observateurs de la politique fédérale. Ils considèrent que le ministre de la Justice paie aujourd'hui quatre années de provocations », swissinfo, 12.7.2007, disponible sur <https://www.swissinfo.ch/fr/christoph-blocher--principal-responsable-de-sa-defaite/238182> (consulté le 24.3.2023).

<sup>270</sup> L'importance du compromis pour la démocratie et l'État de droit est déjà soulignée par BÄUMLIN (1965), 100 s.

<sup>271</sup> Mentionnons, à titre d'exemple, la disposition au sujet de la rémunération des personnes dirigeantes des sociétés anonymes (art. 95 al. 3 [Cst.](#)); l'interdiction de construire des minarets (art. 72 al. 3 [Cst.](#)) et les dispositions très détaillées issues de l'initiative sur le renvoi des étrangers délinquants (art. 121 al. 3-6 [Cst.](#)). Les deux dernières initiatives sont mentionnées plus bas dans cette section.

<sup>272</sup> Cf. art. 139 al. 1 [Cst.](#), art. 140 avec 142 [Cst.](#)

politique, mais comme un instrument qui permet au peuple de participer au processus politique via l'initiative populaire<sup>273</sup>. Celle-ci joue traditionnellement le rôle d'un instrument qui permet à des groupes qui ne sont pas suffisamment représentés dans le système de la concordance de faire entendre leurs voix, d'influencer l'agenda politique, et donner des impulsions à des changements. L'impact des initiatives populaires a pendant longtemps été avant tout de nature indirecte. Alors que peu d'initiatives ont été acceptées<sup>274</sup>, elles ont souvent influencé l'opinion publique et les autorités, incitant celles-ci à examiner ou entamer des réformes plus modérées que les propositions des initiates et initiants. Dans ce contexte, des garde-fous de nature politique ont été considérés comme suffisants pour contrer des dérives.

Au cours des deux premières décennies du nouveau millénaire, une série d'initiatives populaires ont été lancées, souvent par le plus grand parti politique suisse à l'égard de certains groupes peu populaires (« *outgroups* »)<sup>275</sup>. Parmi ces initiatives, un nombre considérable était incompatible avec les droits humains protégés dans les instruments internationaux (en particulier la [CEDH](#)) ou d'autres accords internationaux, notamment [ALCP](#)<sup>276</sup>. Comme la relevé TSCHANNEN, le conflit avec la [CEDH](#) n'était pas tant un effet secondaire non voulu, mais plutôt une stratégie délibérée pour décrédibiliser le droit international, et avant tout la CourEDH, décriée comme l'ennemi de l'auto-détermination du peuple<sup>277</sup>.

Fallait-il dans ce contexte renforcer les cautions juridiques pour davantage encadrer la démocratie directe ? Cette question a conduit à des nombreuses discussions politiques et scientifiques<sup>278</sup>. Parmi les propositions les plus fréquentes figurait l'élargissement des conditions de validité des initiatives populaires, soit par le biais d'une interprétation plus large des limites matérielles prévues dans la Constitution (compatibilité avec les règles impératives du droit international)<sup>279</sup>, soit par le biais d'une révision constitutionnelle. Le renforcement de la procédure de contrôle de la validité des initiatives populaires était aussi souvent proposé. Un organe judiciaire indépendant serait mieux à même qu'un organe politique à contrôler si les initiatives populaires respectent les conditions de validité prévues dans la Constitution.

Des propositions de confier ce rôle au Tribunal fédéral, au lieu de l'Assemblée fédérale, investie de cette tâche par la Constitution, ou d'instaurer une voie de recours à l'encontre de la décision du Parlement, n'ont pas su s'imposer dans les débats politiques. La portée des limites matérielles hétéronomes n'a pas non plus évolué de façon significative. Les autorités

<sup>273</sup> KLEY (2020b), p. 86 s., n° 4 s.; HERTIG RANDALL (2016), p. 158; Cette conception est aussi reflétée dans l'art. 192 al. 1 [Cst.](#): « La Constitution peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement. » (souligné par l'auteur).

<sup>274</sup> Entre 1891, quand l'initiative populaire fédérale a été introduite dans l'ancienne [Constitution](#) et 2021, presque 500 initiatives ont été lancées, dont 347 ont abouti, et 24 ont été acceptées, dont 11 (donc presque la moitié) dans les deux dernières décennies. Voir KOLLER (2022).

<sup>275</sup> En plus des initiatives qui seront présentées par la suite, il sied de mentionner l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » (initiative dite « anti-burqa »), acceptée le 7.3.2021 (voir art. 10a [Cst.](#)) ; RO 2021 310; FF 2019 2895, et l'initiative populaire fédérale « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants », acceptée le 18.3.2014 (voir art. 123c [Cst.](#)), RO 2014 2771 ; FF 2012 8151. Ces initiatives ciblent en particulier des personnes étrangères, des personnes délinquantes, et des personnes musulmanes (dans ce sens, KÜBLER [2020], p. 328, n° 28).

<sup>276</sup> Pour des exemples, et une analyse dans le contexte constitutionnel suisse, cf. HERTIG RANDALL (2017).

<sup>277</sup> Dans ce sens, TSCHANNEN (2007), p. 805. La référence à l'autodétermination n'est pas de cet auteur. Elle est inspirée du titre d'une initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » présentée plus loin dans cette section.

<sup>278</sup> Pour un aperçu et une discussion, avec de nombreuses références, voir MAHON (2020), p. 1519 ss, N 41 ss.

<sup>279</sup> Sur la notion de règles impératives de droit international, voir *supra*, II.1.1.

politiques ont poursuivi leur pratique extrêmement favorable aux droits populaires, ce qui a eu pour conséquence que des initiatives manifestement incompatibles avec les droits humains ont été déclarées valides et ont été soumises à votation populaire<sup>280</sup>. À part leur incompatibilité avec le droit international, une autre caractéristique de plusieurs de ces initiatives était la méfiance à l'égard des institutions, en particulier du pouvoir judiciaire. Pour contrer le prétendu « laxisme » des autorités politiques et judiciaires, les initiates et initiants ont proposé des textes libellés de manière à minimiser, voire à exclure tout pouvoir d'appréciation des autorités politiques ou judiciaires<sup>281</sup>. Dans la rhétorique politique qui accompagnait les discussions de ces textes, le principe de proportionnalité, que la Constitution range parmi les principes de l'État de droit (art. 5 al. 2 [Cst.](#), *supra*, I.1.2 et *infra*, IV.2.7.3), était dans le collimateur.

Avec l'acceptation en 2004 de l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »<sup>282</sup>, celle « contre la construction de minarets »<sup>283</sup>, en 2009, deux dispositions constitutionnelles ont été adoptées dont la teneur est clairement incompatible avec les droits humains, et qui sont issues d'initiatives qui partagent la caractéristique que nous venons de mentionner. La première était destinée à empêcher toute libération d'une certaine catégorie de personnes délinquantes, et la seconde prévoyait une interdiction formulée de façon absolue<sup>284</sup>.

Deux autres initiatives ont suivi, qui avaient un impact politique et un potentiel de conflit avec les principes de l'État de droit encore plus significatifs. Tout d'abord, l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) »<sup>285</sup>, acceptée en 2010, heurtait de front le droit à la protection de la vie privée et familiale (art. 8 [CEDH](#)), étant donné qu'elle prévoyait le renvoi automatique des personnes qui avaient commis certains crimes. L'automatisme était justement promu comme un antidote au « manque de fermeté » des autorités judiciaires, et avait pour but d'empêcher celles-ci d'examiner le renvoi à l'aune du principe de la proportionnalité. Ensuite, l'initiative « Contre l'immigration de masse »<sup>286</sup>, acceptée en 2014, prévoyait une « gestion autonome » de l'immigration et l'introduction des mécanismes de limitation (contingents), une logique aux antipodes de l'Accord de libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne.

La suite des événements, et la dynamique déclenchée par les deux initiatives, ont mis à l'épreuve l'État de droit en Suisse. Un long processus de discussion et de contestation a suivi, auquel tous les organes de l'État, y compris le peuple, ont été associés, de même que les partis

<sup>280</sup> Pour un aperçu de ces initiatives, qui sont brièvement mentionnées par la suite, et des problèmes de compatibilité avec le droit international, cf. HERTIG RANDALL (2017), p. 134 ss.

<sup>281</sup> Cf. MÜLLER/BIAGGINI (2015), p. 243 ss, avec une critique à l'aune du principe de la séparation des pouvoirs et d'autres principes de l'État de droit, notamment celui de la proportionnalité.

<sup>282</sup> Art. 123a [Cst.](#); FF 2000 3124; RO 2004 2341.

<sup>283</sup> Art. 72 al. 3 [Cst.](#); FF 2008 6259; RO 2010 2161.

<sup>284</sup> Une autre initiative acceptée par le constituant et qui ne sera pas présentée par la suite partage cette caractéristique : l'initiative « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » (FF 2009 6359; RO 2014 2771) introduit en 2014 dans la Constitution une disposition (art. 123c [Cst.](#)) selon laquelle des personnes condamnées pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne dépendante sont *définitivement* privées du droit d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes. (souligné par l'auteur).

<sup>285</sup> Voir art. 121 al. 3-6 [Cst.](#); FF 2008 1745; RO 2011 1199.

<sup>286</sup> Voir art. 121a [Cst.](#) FF 2011 5845; RO 2014 1391.

politiques et la société civile<sup>287</sup>. Parmi les autorités, le Tribunal fédéral a donné une impulsion importante en faveur du respect des engagements internationaux. Dans deux arrêts très fortement médiatisés<sup>288</sup>, il a indiqué qu'en cas de conflit irréductible, les instruments de protection des droits humains (en particulier la [CEDH](#)), et l'[ALCP](#) l'emporteraient sur une disposition constitutionnelle, même postérieure. Les juges fédéraux ont de surcroît lancé un signal à l'attention du Parlement l'invitant à concilier les dispositions issues des initiatives populaires avec les autres dispositions et principes constitutionnels. Ce faisant, il a renforcé la position de l'Assemblée fédérale, qui s'était dans le cas des deux initiatives engagées dans cette voie.

Ces réponses institutionnelles ont provoqué des réactions sous forme de trois nouvelles initiatives populaires. Deux initiatives, lancées sous la bannière de la « mise en œuvre » des initiatives adoptées précédemment, ont essentiellement eu pour vocation de se substituer à une législation d'exécution du Parlement ou d'amener celui-ci à veiller à une mise en œuvre fidèle à la volonté affichée des initiates et initiants<sup>289</sup>. Une troisième initiative, intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) »<sup>290</sup> était, malgré son intitulé, davantage dirigé contre le Tribunal fédéral que contre la CourEDH et avait pour objectif de « corriger » la jurisprudence mentionnée précédemment sur le rapport entre le droit international et le droit interne. Sans l'afficher très clairement, elle ne visait pas seulement de rétablir la primauté de la [Constitution](#) sur la [CEDH](#) et l'[ALCP](#), mais aussi celle de la loi fédérale par rapport à la Convention, en empêchant le contrôle de conventionnalité des lois<sup>291</sup>. Les trois initiatives ont subi un échec aux urnes<sup>292</sup>, entre autres grâce à une très forte mobilisation de la part de la société civile. Le rejet des deux premières initiatives a renforcé la légitimité de la législation de mise en œuvre, qui réduisait de façon significative le potentiel de conflit avec le droit international. La censure aux urnes de l'initiative « pour l'autodétermination » confère de la légitimité démocratique à la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui fait primer l'[ALCP](#) et les instruments en matière des droits humains sur les dispositions constitutionnelles et légales qui leur sont contraires.

Le tableau ne serait pas complet sans mention d'un autre instrument de démocratie directe, qui est aussi intervenu dans ce long processus de « digestion » des initiatives contraires à des engagements internationaux fondamentaux de la Suisse. Un opposant de l'initiative sur l'immigration de masse a lancé le référendum contre la législation de mise en œuvre au motif que celle-ci s'écarterait indûment du texte constitutionnel<sup>293</sup>. Craignant une défaite aux urnes,

---

<sup>287</sup> Pour une analyse plus approfondie que celle qui suit, cf. HERTIG RANDALL (2018).

<sup>288</sup> [ATF 139 I 16](#), *supra*, III.4.2, et [ATF 142 II 35](#), *supra*, III.4.3.

<sup>289</sup> Initiative « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) », FF 2013 8493; initiative « Pour une immigration modérée (initiative de limitation) », FF 2019 4807.

<sup>290</sup> FF 2017 5027.

<sup>291</sup> L'initiative visait donc aussi à revenir sur la jurisprudence dite *PKK*, exposée *supra*, III.4.1.

<sup>292</sup> L'initiative « pour l'autodétermination » a été rejetée le 28.11.2018 (FF 2019 5651), l'initiative « de mise en œuvre » le 28.2.2016 (FF 2016 3557), et l'initiative « de limitation » le 27.9.2020 (FF 2020 8449).

<sup>293</sup> Cf. DUBOULOZ, C.: « Un référendum surprise contre la mise en œuvre de l'initiative sur l'immigration », *Le Temps*, 29.12.2016 (disponible sur : <https://www.letemps.ch/suisse/un-referendum-surprise-contre-mise-oeuvre-initiative-immigration>, consulté le 28.2.2023);

FENAZZI, S.: « Das kuriose Referendum des Bürgers Stojanovic », 24.1.2017 (disponible sur : <https://www.swissinfo.ch/ger/direktedemokratie/umsetzung-masseneinwanderungs-initiative-ein-referendum-aus-staatspolitischen-gruenden/42893930>, consulté le 28.2.2023).

le parti politique à l'origine de l'initiative populaire n'a pas prêté son concours au référendum<sup>294</sup>, qui n'a pas abouti<sup>295</sup>.

Si nous avons relaté ces événements qui ont occupé la scène politique et les constitutionnalistes pendant presque deux décennies, c'est pour mettre en exergue les spécificités du rapport entre le principe démocratique et l'État de droit dans le contexte helvétique. La réponse donnée à des tendances de saper l'État de droit par le biais de la démocratie directe n'a pas été le renforcement des cautions juridiques qui auraient permis d'éviter qu'une initiative manifestement contraire aux principes de l'État de droit (en particulier les droits humains, et le principe de proportionnalité) ne soit soumise à votation. Elle a consisté principalement en une stratégie qui intervient en aval, et qui repose sur l'intervention et la collaboration de tous les pouvoirs institués, en plus du peuple. Complexe et pas exempte de certaines contradictions<sup>296</sup>, cette stratégie a le mérite de concevoir la démocratie directe non seulement comme un risque, mais aussi comme une ressource à mobiliser pour la sauvegarde de l'état de droit. L'échec aux urnes d'initiatives subséquentes, lancées pour mettre en œuvre et défendre la volonté populaire, démentit le crédo populiste d'un peuple monolithique avec une volonté claire et figée que seuls les leaders avec prétention d'incarner le peuple sont capables de déceler et de défendre<sup>297</sup>. Il souligne aussi l'importance de la culture politique pour la préservation de l'État de droit.

Le long processus déclenché par une série d'initiatives problématiques fait ressortir l'interaction complexe et dynamique entre la démocratie et l'État de droit, qui ne se laisse pas résumer en une formule simple et limpide, comme le font certaines approches doctrinales. Mentionnons, à titre d'exemple, celles qui considèrent que la relation de la démocratie et de l'état de droit est synergétique, dans le cas où la juridiction constitutionnelle garantit le bon déroulement du processus démocratique, mais antinomiques dans le cas de figure où les juges se prononcent sur la compatibilité d'un acte approuvé par le peuple avec des garanties matérielles<sup>298</sup>. Une vision dialogique, qui met en exergue l'interaction entre le pouvoir judiciaire, les autres autorités politiques, et le peuple, est plus proche de la réalité. Rappeler aux citoyennes et citoyens que la majorité n'est pas toute puissante, que les décisions majoritaires peuvent changer avec le temps, et qu'elles ne sont acceptables que si elles

<sup>294</sup> Cf. FENAZZI (note 293).

<sup>295</sup> Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes). Modification du 16 décembre 2016, RO 2018 733.

<sup>296</sup> En effet, cette stratégie de désamorcer le conflit avec le droit international conduit à une situation où une initiative est déclarée valide avant la votation, mais la disposition constitutionnelle qui en est issue, à la suite de l'acceptation de l'initiative en votation populaire, n'est *de facto* pas appliquée par la suite car elle est incompatible avec la CEDH ou l'ALCP. L'argumentaire des défenseurs et des détracteurs des initiatives problématiques change au cours du processus politique. Avant la votation, le camp opposé à la nouvelle disposition constitutionnelle souligne que le texte est clairement incompatible avec le droit international et les principes de l'État de droit, alors que le camp du « oui » prétend le contraire. Après la votation, les rôles s'inversent, dans la mesure où le camp du « non » propose des interprétations et des solutions de mise en œuvre compatibles avec le droit international mais très éloignées du libellé de la disposition constitutionnelle, alors que le camp du « oui » soutient que ces propositions s'écartent indûment de la teneur du texte et fait fi de la volonté des initiants et initiés.

<sup>297</sup> Comme le relève MÖCKLI (2022), p. 609, l'usage régulier des instruments de la démocratie directe sur initiative des citoyennes et citoyens fait ressortir le caractère changeant des majorités, ce qui affaiblit les positions populistes qui présentent le peuple comme une entité avec une volonté préexistante.

<sup>298</sup> Dans ce sens, GONIN (2021c), p. 76 s., n° 122 ss. ; voir aussi DUBEY (2021a), p. 184, N 20, pour qui la question du contrôle de constitutionnalité des lois met le principe démocratique et celui de l'État en opposition, un principe étant la « négation » de l'autre.

respectent les droits des minorités structurelles (« *outgroups* »), généralement peu représentées dans le processus politique<sup>299</sup>, est nécessaire pour préserver une société démocratique dans une perspective à long terme.

#### IV.1.3.3 Social

Le principe structurel de l'État social trouve une première assise dans le préambule de la [Constitution](#), qui énonce la conscience que « *la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres* ». L'art. 2 [Cst.](#), qui énonce les buts de la Confédération, confère à celle-ci la mission de favoriser « *la prospérité commune* » (art. 2 al. 2 [Cst.](#)) et à veiller « *à garantir une égalité des chances aussi grande que possible.* » (art. 2 al. 3 [Cst.](#)). Le principe social trouve ensuite son expression dans le catalogue de droits fondamentaux, qui protège quelques droits sociaux fondamentaux, et dans les buts sociaux (art. 41 [Cst.](#)). Ceux-ci engagent la Confédération et les cantons à œuvrer vers la réalisation d'une série d'objectifs liés à des thèmes classiques du droit social, comme la sécurité sociale, la santé, le logement, la protection de la famille, et l'intégration sociale, culturelle et politique. À ces dispositions s'ajoutent des normes relatives à la répartition des compétences, en particulier dans les sections consacrées à la formation, la recherche et la culture (Titre 3, chapitre 2, Section 3) au logement, le travail, la sécurité sociale et la santé (Titre 3, chapitre 2, Section 8).

Peut-on déduire du texte constitutionnel, comme le fait le [Message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle Constitution](#), que « *[l]a nécessité d'une responsabilité sociale de l'État et de son engagement en faveur des défavorisés et des individus socialement les plus faibles pénètre aujourd'hui l'ordre juridique tout entier (...)* et que « *[l]e caractère social de l'État fait sans conteste partie aujourd'hui des éléments identitaires de la Confédération suisse* » ?<sup>300</sup> Une partie de la doctrine a émis des réserves, ou est allée jusqu'à questionner l'attribut « *social* » de l'État suisse<sup>301</sup>. Elle relève que le système social helvétique doit son bon fonctionnement davantage à la prospérité économique qu'à des facteurs juridiques et institutionnels<sup>302</sup>. Même sans aller aussi loin, on peut leur donner raison dans le sens que la Suisse ne correspond, dans une perspective comparative, pas à l'exemple paradigmatique d'un État social. Certaines cautions et relativisations découlent du texte même de la Constitution. Celle-ci accorde une place non négligeable à la responsabilité individuelle<sup>303</sup>, énoncée comme principe à l'art. 6 [Cst.](#)<sup>304</sup>. L'idée que « *[t]oute personne est responsable d'elle-même* » est aussi reprise dans la disposition sur les buts sociaux: la Confédération et les cantons sont tenus de s'engager à réaliser ces objectifs « *en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée* » (art. 41 al. 1 [Cst.](#)).

La Constitution précise, en outre, que les buts sociaux ne sont, à la différence des droits fondamentaux, pas justiciables (art. 41 al. 4 [Cst.](#)) et pas non plus des normes attributives de compétences. La Confédération et les cantons s'engagent à les réaliser « *dans le cadre de leurs*

<sup>299</sup> Cf. REICH (2020), p. 348 s., n° 21 s., qui distingue, en s'inspirant de la doctrine anglosaxonne, les « *topical minorities* », à savoir le camp qui sort perdant d'une votation, et les « *discrete and insular minorities* », à savoir les groupes qui sont structurellement désavantagés dans le processus politique et qui, en Suisse, n'ont que très peu de chances d'avoir leur intérêts pris en compte dans les votations populaires.

<sup>300</sup> FF 1997 I 16.

<sup>301</sup> Voir DUPONT (2020); AUBERT (1991).

<sup>302</sup> AUBERT (1991), p. 157 ss.

<sup>303</sup> Voir DUPONT (2020), p. 2091, n° 1, p. 2093, n° 8 s.

<sup>304</sup> Cette disposition énonce aussi la responsabilité sociale des particuliers, comme le montre l'intitulé « *Responsabilité individuelle et sociale* ». Sa teneur complète est la suivante : « *Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société.* »

*compétences constitutionnelles et des moyens disponibles.* » (art. 41 al. 3 [Cst.](#)). Dans la structure fédéraliste de la Suisse, la répartition des compétences dans les domaines qui touchent au droit social est complexe<sup>305</sup>. La Confédération ne dispose que de peu de compétences exclusives, limitées essentiellement aux assurances sociales. Certains domaines importants, comme l'éducation (avec l'exception des deux Hautes Écoles Polytechniques), et l'aide sociale, relèvent principalement des cantons. Dans des domaines tels que la protection des travailleurs, le logement, et les soins de santé, les compétences sont fortement enchevêtrées, avec un rôle plus ou moins important accordé à la Confédération. Les dispositions attributives de compétences laissent de surcroît souvent une marge considérable aux collectivités publiques, ce que qui amène DUPONT à constater « *qu'il est difficile de distinguer dans les normes attributives de compétences un signal clair en faveur d'un véritable programme social.* »<sup>306</sup>.

La disposition sur les buts sociaux contient encore une autre réserve, en plus de celle relative aux compétences. Elle exclut la justiciabilité des buts sociaux. Des prestations individuelles ne peuvent être déduites en justice que des droits sociaux consacrés dans le catalogue de droits fondamentaux, qui sont peu nombreux, et limités à des prestations minimales<sup>307</sup>. Celles-ci restent au-dessous du niveau de protection qui découle des droits sociaux protégés dans les conventions internationales ratifiées par la Suisse, en particulier le Pacte I. Comme la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que les droits garantis dans le Pacte I ne sont en principe pas directement applicables<sup>308</sup>, l'utilité pratique des droits sociaux garantis au niveau international est réduite. Une réserve, voire une certaine méfiance à l'égard des droits sociaux s'exprime aussi dans le refus de la Suisse de ratifier la [Charte sociale européenne révisée](#)<sup>309</sup>, et le Protocole au Pacte I permettant aux particuliers d'adresser des communications individuelles au Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

En résumé, on peut conclure que le texte de la Constitution est le fruit d'un compromis âprement négocié, reflété notamment dans la distinction entre « droits sociaux » et « buts sociaux », et la maxime de la responsabilité individuelle qui doit être conjuguée avec la responsabilité sociale de l'État. L'idée de la responsabilité sociale a eu de la peine à faire son chemin dans certains domaines. Le combat de plus d'un demi-siècle pour mettre en œuvre le mandat constitutionnel de créer une assurance maternité, et le congé minimal accordé aux pères<sup>310</sup>, sont des exemples paradigmatiques, qui reflètent la conviction que la prise en charge des enfants est une affaire privée.

La relation entre le principe social et l'État de droit nous semble faire l'objet de peu de discussions à l'heure actuelle. Tel n'a pas toujours été le cas. Comme indiqué dans la première partie de ce rapport, l'État de droit a parfois été assimilé à un programme politique et économique libéral d'un État minimal, hostile à l'état social (*supra*, I.1.1.2). À l'ère

<sup>305</sup> Pour un aperçu critique, voir DUPONT (2020), p. 2094 ss, 2105 ss.

<sup>306</sup> DUPONT (2020), p. 2098, n° 24.

<sup>307</sup> Voir à ce sujet *infra*, IV.2.6.

<sup>308</sup> [ATF 120 Ia 1](#) c. 5; [ATF 136 I 290](#) c. 2.3.1.

<sup>309</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 788, n° 1660 et références citées.

<sup>310</sup> Un congé de paternité de deux semaines a été introduit par une loi fédérale du 27.09.2019 (voir art. 16i ss de la [Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952](#) [LAPG], RS 834.1; RO 2020 4689; FF 2019 3309 3743). Comme le référendum contre cette loi avait abouti, elle a été sujette à votation populaire et approuvée le 27.9.2020 avec une majorité de 60,3%. Voir : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/votations/20200927/modification-de-la-loi-sur-les-allocations-pour-perde-de-gain.html>, consulté le 11.3.2023.

contemporaine, la doctrine souligne davantage l'interdépendance entre les deux principes<sup>311</sup>. D'une part, l'état social se doit de fournir des prestations dans le respect des principes de l'État de droit. L'observation des principes comme celui de légalité, de proportionnalité, et des droits fondamentaux tels que l'égalité et la non-discrimination, le droit à la protection de la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire, et des garanties procédurales sont essentielles pour garantir l'accès égal aux prestations sociales. Là où ces garanties ne sont pas observées, les prestations sociales perdent leur qualité de droits et deviennent des privilèges, et le népotisme règne. D'autre part, comme le souligne la théorie de l'interdépendance et l'indivisibilité des droits fondamentaux, l'exercice effective des libertés individuelles dépend de la satisfaction de besoins matériels et immatériels fondamentaux, et suppose aussi une formation suffisante<sup>312</sup>. Le Tribunal fédéral s'est fondé sur cette interdépendance quand il a reconnu le droit à des conditions minimales d'existence comme droit fondamental non écrit, au motif que ce droit constitue une condition d'un État de droit démocratique<sup>313</sup>. Le phénomène du populisme nous semble aussi mettre en lumière l'interdépendance entre les deux principes structurels. Des fléaux tels que la croissance des inégalités, la pauvreté et le chômage peuvent alimenter la méfiance à l'égard des institutions, renforcée par un discours politique qui oppose « le peuple » aux « élites dirigeantes »<sup>314</sup>. Même si le contexte social et politique est différent en Suisse des États avec une forte montée du populisme, le pays n'est pas à l'abri de ce phénomène, comme l'ont montré nos développements sur la démocratie (*infra*, IV.1.3.2).

## IV.2. Portée de l'État de droit : éléments acquis

Continuellement enrichi au cours du temps, l'État de droit englobe toute une série de principes, largement interdépendants entre eux, qui feront l'objet de la présente section, sans prétendre à l'exhaustivité.

### IV.2.1. Principe de légalité

#### IV.2.1.1 Fondements et portée

L'adage aristotélien selon lequel il vaut mieux être gouverné par les lois que par les hommes est une maxime centrale de l'État de droit. Elle est aussi inhérente à la notion de la « *rule of law* ». Les revendications d'un gouvernement des lois ont eu pour objectif central de limiter le pouvoir, et de mettre les citoyennes et citoyens à l'abri d'une action incontrôlable et arbitraire de la part des autorités. Malgré ces finalités communes, il n'existe pas une approche uniforme pour réaliser l'objectif d'un « gouvernement des lois ». Les différentes traditions juridiques (en particulier la différence entre les pays de la *common law* et de la *civil law*), ont donné naissance à différentes conceptions du principe de légalité. La présente section donnera un aperçu de l'assise normative du principe de légalité, de son contenu et de sa portée, en mettant en lumière les spécificités de la conception helvétique.

---

<sup>311</sup> Voir TSCHANNEN (2021) p. 100, n° 256.

<sup>312</sup> SCHINDLER (2014), p. 110, N 15, qui donne l'exemple du droit à l'enseignement de base (art. 19 [Cst.](#)) et du droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 [Cst.](#)) comme exemples qui illustrent l'interdépendance entre l'État de droit et le principe de l'État social.

<sup>313</sup> Cf. [ATF 121 I 367](#), c. 2.b).

<sup>314</sup> Sur le risque des inégalités sociales pour la démocratie, cf. BONDOLFI, S. : « Quelles sont les conséquences d'un fossé entre riches et pauvres? », Swissinfo, 16.12.2019, disponible sur : <https://www.swissinfo.ch/fr/societe/série-inégalités-sociales-queelles-sont-les-conséquences-d-un-fossé-entre-riches-et-pauvres-/45434048>, consulté le 25.3.2023.

Le principe de légalité, est, sans surprise, le premier principe constitutionnel énuméré à l'art. 5 [Cst.](#) même s'il n'y est pas mentionné comme tel. Le droit comme « *la base et la limite de l'activité de l'État* » (art. 5 al. 1 [Cst.](#), Encadré 3) fait, selon le Message du Conseil fédéral relative à la nouvelle Constitution, allusion aux « *deux aspects fondamentaux du principe de la légalité, à savoir la primauté du droit et la réserve de la loi ou, en termes plus généraux, du droit.* »<sup>315</sup>.

Avant de revenir sur ces deux aspects, il convient de cerner la notion de « droit » plus précisément. Elle fait référence, dans la tradition de la *civil law* à laquelle appartient la Suisse, au droit écrit, à savoir les normes juridiques édictées dans le respect des procédures prévues à cette fin. La prééminence du droit codifié a pour conséquence que le droit non écrit (jurisprudence, coutume) ne peut être qualifié de « droit » au sens de l'art. 5 al. 1 [Cst.](#) qu'à des conditions restrictives et bien délimitées<sup>316</sup>. À cet égard, la Constitution se montre plus exigeante que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui tient compte des différentes traditions juridiques, et plus spécifiquement des pays de la *common law*, et admet qu'une ingérence dans les libertés fondamentales peut se fonder non seulement sur des actes adoptés par le pouvoir législatif, voire exécutif, mais aussi sur une règle non écrite, ou la jurisprudence<sup>317</sup>.

Le « droit » au sens de l'art. 5 al. 1 [Cst.](#) suppose une loi au sens matériel, à savoir des normes juridiques de caractère général et abstrait, par opposition aux décisions, qui concerne des cas individuels et concrets. Cette exigence est centrale pour que le principe de légalité puisse garantir d'autres maximes de l'État de droit, telles que l'égalité et la prévisibilité. Compris au sens de la loi matérielle, le terme « droit » recouvre « *toutes les normes juridiques, indépendamment de leur rang (constitution, loi, ordonnance, droit national ou international).* »<sup>318</sup>

Le principe de la primauté du droit<sup>319</sup> commande que les organes de l'État sont tenus d'observer le droit, y compris les normes dont ils sont les auteurs. La primauté du droit a pour corollaire le principe du parallélisme des formes : le respect du droit suppose qu'un acte juridique ne peut être modifié que selon la même procédure et dans la même forme dans laquelle il a été adopté<sup>320</sup>. L'existence de procédures différentes est liée au principe de la hiérarchie des normes, qui est aussi une composante de la légalité, sous l'angle de la primauté du droit. Les normes de rang inférieur doivent être conformes, tant d'un point formel que matériel, aux normes de rang supérieur. Il s'ensuit que les autorités ont le devoir de refuser d'appliquer des normes de rang inférieur contraire au droit supérieur. Du point de vue procédural, cette obligation implique le contrôle préjudiciel général de la légalité auquel toute autorité d'application du droit doit procéder (*infra*, IV.4.1.1).

Le principe de la réserve du droit exige que l'activité étatique soit fondée sur le droit. Initialement limité à l'administration dite restrictive (à savoir les décisions étatiques qui

<sup>315</sup> FF 1997 I 133.

<sup>316</sup> Pour une analyse plus détaillée, voir DUBEY (2021a), p. 191 s., N 33 ss. En ce qui concerne le rôle de la jurisprudence, voir pour une approche plus nuancée, au vu de l'importance croissante de cette source du droit, SCHINDLER (2014), p. 115, N 24 et références citées. Au sujet de la coutume, voir [ATF 138 I 196](#) c. 4.5.4.

<sup>317</sup> Sur le principe de légalité dans la jurisprudence de la Cour EDH, voir ROMAINVILLE (2019).

<sup>318</sup> FF 1997 I 134.

<sup>319</sup> Nous reprenons ici la terminologie utilisée dans le message du Conseil fédéral, qui est plus englobante que la notion classique de la primauté de la loi. Pour une critique de cette dernière notion, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 683, n° 1850, qui relèvent que « la « suprématie de la loi » a cédé sa place à la *primauté de la constitution*, elle-même relativisée par la primauté du droit international sur le droit interne. »

<sup>320</sup> Cf. DUBEY (2021a), p. 207, N 67; AUBERT/MAHON (2003), p. 43, N 8. Pour le parallélisme des formes en lien avec l'adoption et la dénonciation des traités internationaux, voir *supra*, II.3.3.

limitent les droits fondamentaux des particuliers ou leur imposent des obligations), son champ a été étendu à l'administration dite de prestation (à savoir les décisions par lesquelles les autorités accordent aux particuliers des bénéfices ou des services)<sup>321</sup>. Il s'étend aujourd'hui en principe à l'ensemble de l'activité étatique<sup>322</sup>. Ce principe connaît deux exceptions, une qui a peu d'impact en pratique, l'autre qui joue un plus grand rôle, et soulève des discussions théoriques.

#### IV.2.1.2 Exceptions

La première exception concerne l'usage accru du domaine public. Selon une jurisprudence ancienne, l'État peut soumettre ce type d'utilisation à autorisation sans qu'une loi ne le prévienne explicitement<sup>323</sup>. Bien que cette exception à l'exigence d'une base légale soit considérée comme étant désuète de nos jours, le Tribunal fédéral ne l'a pas encore clairement abandonnée, probablement aussi parce cette question n'a pas soulevé des difficultés en pratique, étant donné que les cantons ont légiféré en la matière de sorte que la question de la base légale n'a plus fait l'objet de controverses dans les prétoires.

La seconde exception est celle de la clause générale de police<sup>324</sup>. Elle trouve une mention explicite à l'art. 36 [Cst.](#) al. 1 [Cst.](#), qui pose le principe selon lequel une base légale est requise pour toute restriction d'un droit fondamental, mais l'assortit d'une exception : « *Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.* » Cette formulation indique que le recours à la clause générale de police ne peut se justifier que dans des circonstances exceptionnelles, pour préserver des biens juridiques élémentaires contre des atteintes graves<sup>325</sup>. L'action étatique sans base légale ne se justifie de surcroît qu'en cas d'urgence, et doit être conforme au principe de la proportionnalité.

Une exigence supplémentaire, qui a fait l'objet de controverses doctrinales, est celle de l'imprévisibilité du danger ou de la menace. L'idée à la base de cette condition est de ne pas permettre aux autorités de tirer profit de leur inaction au détriment du principe de légalité. Si certaines situations sont prévisibles, elles doivent être appréhendées par la loi<sup>326</sup>. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral a considéré le recours à la clause générale de police comme étant injustifié, au motif que la condition de l'imprévisibilité n'était pas réalisée. Dans d'autres, il s'est montré moins strict, soit en qualifiant (trop) facilement certaines situations d'imprévisibles (comme le risque qu'une personne en détention recoure à la grève de la faim)<sup>327</sup>, soit en

---

<sup>321</sup> Voir [ATF 103 Ia 369](#), *supra*, III.2.2.

<sup>322</sup> Cette exigence doit être interprétée à la lumière d'autres principes et ne doit pas être comprise dans le sens que toute action de la part des autorités doit être normée dans le plus petit détail (voir SCHINDLER (2014), p. 116 s., N 29 ss.

<sup>323</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 399, n° 781.

<sup>324</sup> Sur la clause générale de police, voir DUBEY (2021c), p. 1091 ss, N 87 ss; BIAGGINI (2017), p. 444 ss, N 16 ss; SCHWEIZER (2014c), p. 834 ss, N 27 ss.

<sup>325</sup> À noter qu'il n'existe pas de définition exhaustive des biens juridiques qui peuvent justifier le recours à la clause générale de police. Le Tribunal fédéral a par exemple admis que le recours à la clause générale de police permettait de justifier la transmission des données bancaires aux autorités américaines pour sauvegarder la stabilité économique et la protection du marché financier ([ATF 137 II 431](#), c. 4.1., *supra*, III.6.1.).

<sup>326</sup> Voir à ce sujet [ATF 136 IV 97](#), c. 6.3.2.: la condition d'imprévisibilité « *tend (...) à empêcher que, par le recours à la clause générale de police, le gouvernement, l'administration et les tribunaux ne s'arrogent des pouvoirs qu'en ne légiférant pas, le Parlement n'avait précisément pas voulu leur accorder.* »

<sup>327</sup> [ATF 136 IV 97](#), c. 6.3.2.: « *Il est certes vrai que le jeûne de protestation est un problème bien connu de médecine pénitentiaire. Mais l'absence, au niveau fédéral et dans la plupart des cantons, de toute règle légale indiquant aux autorités d'exécution des peines comment réagir lorsqu'un détenu se livre à une grève de la faim prolongée, ne peut*

considérant que l'imprévisibilité n'était pas une condition indépendante, mais un facteur à prendre en compte dans le cadre de l'examen de la condition de proportionnalité<sup>328</sup>. La jurisprudence semble actuellement privilégier cette dernière approche, dans les cas de figure où les autorités ont un devoir d'agir qui découle directement d'un droit fondamental, comme c'est le cas notamment du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradant, qui imposent aux autorités des obligations positives<sup>329</sup>. Les controverses au sujet de la condition d'imprévisibilité, et l'interprétation parfois large des biens juridiques qui justifient le recours à la clause générale de police, montrent les difficultés de canaliser l'action de l'État par le droit dans des situations de crise.

#### IV.2.1.3 Exigences découlant du principe de légalité

Deux critères permettent d'évaluer si les exigences de la légalité sont remplies dans un cas donné. Le premier est celui de la « *densité normative* ». Il porte sur une exigence largement répandue dans une perspective de droit comparé, celle d'une précision et de clarté suffisante. Le recours à des formulations trop vagues ou obscures va à l'encontre de plusieurs fonctions centrales du principe de légalité, celles de la prévisibilité, de l'égalité de traitement, et de la protection contre l'arbitraire<sup>330</sup>. Les exigences quant à la densité normative sont relatives: tout d'abord, un certain degré d'imprécision est inhérent au caractère général et abstrait d'une règle de droit, destinée à s'adresser à un nombre indéterminé de personnes et de situations. Ensuite, la jurisprudence se montre plus ou moins stricte, en fonction d'une série de facteurs<sup>331</sup>, dont certains peuvent aller dans des sens différents dans une situation donnée. Un degré élevé de précision et de clarté est typiquement exigé pour des normes qui portent atteinte aux droits fondamentaux, en particulier lorsqu'il s'agit d'atteintes graves, comme constituent par exemple des cas de privation de liberté, historiquement le premier domaine visé par le principe de légalité.

A l'inverse, pour des raisons de praticabilité, les exigences sont moindres pour la réglementation des rapports de droit spéciaux, à savoir les situations où des personnes se trouvent dans une relation juridique particulièrement étroite avec l'État, comme c'est le cas notamment des personnes en détention, du service militaire, des fonctionnaires, des patientes et patients dans les hôpitaux, des personnes fréquentant des établissements de formation publiques<sup>332</sup>. En raison des difficultés inhérentes à une réglementation précise de l'action et des missions policières, la jurisprudence se montre aussi moins exigeante dans ce domaine<sup>333</sup>.

---

*s'expliquer autrement que par le fait que, dans un pays qui n'est confronté ni à une contestation politique radicale ni à des revendications sécessionnistes, l'on est parti de l'idée qu'une solution allait de toute façon être trouvée avant que l'état de santé de l'intéressé ne devienne critique.*»

<sup>328</sup> Voir [ATF 137 II 431](#), c. 3.3.2. *supra*, III.6.1.

<sup>329</sup> [ATF 147 I 161](#), c. 5.1.

<sup>330</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 689, n° 1866.

<sup>331</sup> Parmi ces critères figurent, en plus de ceux mentionnés par la suite, le besoin de flexibilité et d'adaptabilité dans des domaines sujets à une rapide évolution, technologique ou économique, le cercle des destinataires, et la variété des situations que la loi est censée régler (voir TANQUEREL [2018], p. 166, n° 479 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 689, n° 1867).

<sup>332</sup> Pour la notion de rapport de droits spéciaux, des exemples, et les exigences en matière de légalité, voir TANQUEREL (2018), p. 170s, n° 489 ss.

<sup>333</sup> Voir p.ex. [ATF 140 I 381](#), c. 4.4.: « En matière de droit de police, l'exigence de précision de la règle se heurte généralement à des difficultés particulières en raison de la spécificité du domaine à réglementer. En effet, la mission de la police et les notions de sécurité et d'ordre publics ne peuvent pas véritablement être décrites de façon abstraite. Il est donc difficile d'édicter des normes précises, tant du point de vue des conditions d'application que du point de vue des mesures de police envisageables ».

Dans les cas de figure où l'intervention policière, ou les mesures prises à l'encontre des personnes qui se trouvent sous un contrôle direct de l'État, conduit à des restrictions graves de droits fondamentaux, l'abaissement des exigences n'est pas admissible<sup>334</sup>. Il convient aussi d'admettre avec prudence que le renforcement de garanties procédurales peut compenser le caractère imprécis d'une loi<sup>335</sup>.

Le second critère général pour évaluer le respect du principe de légalité est celui du « *rang de la norme* ». Il se réfère à la position d'un acte normatif dans la pyramide des normes, qui est à son tour déterminé par la procédure d'adoption. La loi fédérale, par exemple, adoptée par l'Assemblée fédérale, avec le consentement implicite ou explicite du peuple qui découle du référendum facultatif (art. 141 [Cst.](#)), se situe à un rang plus élevé qu'une ordonnance du Conseil fédéral. D'un point de vue comparatif, l'exigence liée au rang de la norme est moins connue dans d'autres ordres juridiques, en particulier ceux appartenant à la tradition de la *common law*. Elle s'explique par d'autres fonctions que le principe de légalité est censé remplir dans l'ordre juridique suisse, outre celles assurées par la densité normative (prévisibilité, égalité de traitement, absence d'arbitraire). En font partie le respect du principe de la séparation des pouvoirs, et de la démocratie représentative, voire directe : une loi fédérale, soumise au référendum facultatif, se conforme aux exigences de la séparation des pouvoirs, et repose sur une légitimité démocratique directe. Une ordonnance de l'Assemblée fédérale, acte réglementaire non soumis au référendum, répond également à la finalité de la séparation des pouvoirs, et bénéficie d'une légitimité démocratique, qui est de nature indirecte, et non directe. Adoptée par l'organe exécutif, sans concours du Parlement et du peuple, l'ordonnance du Conseil fédéral remplit les fonctions associées à la densité normative, mais ne répond pas à des préoccupations liées à la séparation des pouvoirs et la légitimité démocratique.

Comme pour la densité normative, les exigences relatives au rang de la norme sont variables, en partie en fonction des mêmes critères. Pour les personnes qui se trouvent dans un rapport de droit spécial, l'exigence d'une loi au sens formel (à savoir une loi adoptée par le législateur ordinaire, qui sont l'Assemblée fédérale et le peuple) est nécessaire pour la création du rapport et pour les restrictions des droits fondamentaux qui sont graves ou qui ne résultent pas de façon prévisible du but du rapport de droit spécial<sup>336</sup>. En revanche, pour les normes qui concernent l'aménagement concret du rapport de droit spécial et qui ne portent pas une atteinte grave aux droits fondamentaux (p.ex. fixation des heures de visite dans un hôpital, plan d'études des élèves), une norme de niveau réglementaire (loi au sens matériel) est suffisante.

Les deux critères – densité normative et rang de la norme –, forment deux faces inséparables de l'exigence d'une base légale. La Constitution contient encore des dispositions spécifiques qui soulignent l'importance du principe de légalité, ou apportent des précisions supplémentaires à celles découlant du principe général codifiée à l'art. 5 al. 1 [Cst.](#)

---

<sup>334</sup> Cf. TANQUEREL (2018), p. 170, n° 489. Pour une critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'action policière et la liberté de mouvement, voir HERTIG RANDALL/MARQUIS (2021), p. 418, N 62.

<sup>335</sup> Sur la compensation par des garanties procédurales, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021 a), p. 690, n° 1869.

<sup>336</sup> TANQUEREL (2018), p. 170, n° 489. À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'interdiction du port du voile à l'école publique obligatoire constitue une atteinte grave à la liberté religieuse qui ne résulte pas de façon prévisible du rapport de droit spécial, avec la conséquence que le règlement de l'établissement scolaire en question n'est pas une base légale suffisante ([ATF 139I 280](#), c. 5; [ATF 142I 49](#), c. 7). Des considérations analogues l'ont amené à conclure qu'il est contraire au principe de légalité de pratiquer une autopsie sur le corps d'un patient décédé dans un hôpital public sans base légale formelle ([ATF 111 Ia 231](#), c. 5b).

#### IV.2.1.4 Dispositions concrétisant le principe de légalité

Pour la restriction des droits fondamentaux, l'art. 36 al. 1 [Cst.](#) prévoit : « Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. » La seconde phrase clarifie les exigences au sujet du rang de la norme, en indiquant qu'une loi au sens formel est nécessaire pour apporter des restrictions graves à un droit fondamental. Cette disposition reprend l'idée à la base d'un autre article central pour le principe de légalité :

##### ENCADRÉ 47

##### **Cst., art. 164 : Législation**

1 Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives :

- a. à l'exercice des droits politiques ;
- b. à la restriction des droits constitutionnels ;
- c. aux droits et aux obligations des personnes ;
- d. à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts ;
- e. aux tâches et aux prestations de la Confédération ;
- f. aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral ;
- g. à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

2 Une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue.

L'art. 164 [Cst.](#) n'avait pas d'équivalent dans la Constitution de 1874. Si la formulation de la disposition soulève de nombreuses questions d'interprétation<sup>337</sup>, sa finalité est claire : il s'agit de garantir que le Parlement remplisse les tâches législatives qui lui incombent et ne s'en dépouille pas par la délégation à d'autres autorités, y compris par ailleurs au Parlement lui-même<sup>338</sup>. En effet, le but de l'art. 164 [Cst.](#) est aussi de protéger les droits populaires, en assurant que la participation du corps électoral via le référendum facultatif ne soit pas contournée.

Pour délimiter les règles qui ne peuvent pas être soustraites à la participation populaire de celles que l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral peuvent adopter seuls, l'art. 164 [Cst.](#) renvoie à un critère d'ordre matériel. Il se rattache au contenu des règles de droit, en distinguant entre les règles importantes, voire fondamentales, d'une part, et celles qui ne méritent pas ce qualificatif, d'autre part. Il introduit dans la Constitution « une notion matérielle de la loi », ou « une définition matérielle du contenu de la loi, ou (...) la délimitation « matérielle » de la « réserve de la loi (...), qui est l'indication des actes où les autorités, notamment le Gouvernement et l'administration, ne peuvent pas agir si elles ne trouvent pas à s'appuyer sur une loi. »<sup>339</sup>

<sup>337</sup> Voir à ce sujet AUBERT/MAHON (2003), p. 1244 ss, N 14 ss ; il est en particulier controversé si l'art. 164 al. 1 [Cst.](#) utilise les termes « important » et « fondamental » comme des synonymes ou non. En fonction de la réponse, la doctrine arrive à des conclusions différentes au sujet d'autres questions, notamment celle de l'admissibilité de la délégation législative, régie au second alinéa de la disposition. En faveur de la thèse de la synonymie, qui est majoritaire, voir AUBERT/MAHON (2003), p. 1245, N 15 ss ; pour la thèse contraire, voir DUBEY (2021d), p. 3067 s, N 31 s., avec des références extensives aux autres opinions doctrinales contraires, et les implications pour la délégation législative (p. 3067, N 54).

<sup>338</sup> Le cas de figure visé est celui des ordonnances de l'Assemblée fédérale (art. 163 al. 1 [Cst.](#)).

<sup>339</sup> AUBERT/MAHON (2003), p. 1242, N 3.

Dans le but de fournir des repères pour l'évaluation du caractère important des règles de droit, l'art. 164 [Cst.](#) énumère de façon non exhaustive des domaines de législation. Les dispositions fondamentales y relatives doivent être adoptées sous forme de loi fédérale. La jurisprudence et la doctrine identifient des critères additionnels pour évaluer l'importance des règles de droit. En font partie des critères tant quantitatifs (p.ex. nombre de personnes et de situations concernées) que qualitatifs (p.ex. la nature controversée de la question tranchée, l'impact important sur les droits fondamentaux, le système démocratique)<sup>340</sup>.

Le second alinéa de l'art. 164 [Cst.](#) concerne la question de la délégation législative, à savoir celle de savoir à quelles conditions, et dans quelles circonstances, le législateur ordinaire (l'Assemblée fédérale avec concours du peuple) peut conférer à une autre autorité la compétence d'édicter des règles de droit qu'il « *pourrait et devrait normalement édicter lui-même* ». <sup>341</sup> Le cas de figure le plus fréquent consiste en la délégation opérée en faveur du Conseil fédéral, qui l'habilite à adopter des ordonnances dite de substitution, à savoir les ordonnances qui contiennent de règles de droit qui complètent et se substituent à une loi fédérale<sup>342</sup>. La compétence du Gouvernement d'édicter des ordonnances dites d'exécution (celles qui se limitent à préciser le contenu et de régler le détail des règles qu'elles mettent en œuvre) n'est pas concernée<sup>343</sup>.

L'art. 164 al. 2 [Cst.](#) prévoit que la délégation législative n'est pas permise dans des domaines où la Constitution l'exclut explicitement. Une telle exclusion peut résulter d'une disposition spécifique ou d'une disposition générale. Font partie de la première catégorie des dispositions qui indiquent spécifiquement qu'une certaine question est régie par la loi. Ce cas de figure est fréquent dans le domaine des droits fondamentaux (voir p.ex. art. 28 al. 4 ; 30 al. 1 et 2 ; 31 al. 1 ; 36 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase [Cst.](#)) ou dans les dispositions qui régissent des questions importantes relatives au fonctionnement des autorités (p.ex. art. 144 al. 3 ; 153 al. 2 et 4 ; 162 al. 2 [Cst.](#); art. 188 al. 2, 189 al. 3 et 191 [Cst.](#)). Dans le domaine de la fiscalité, l'art. 127 al. 1 [Cst.](#) pose des limites spécifiques :

#### ENCADRÉ 48

##### **Cst., art. 127 : Principes régissant l'imposition**

*1 Les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, sont définis par la loi.*

Une réserve générale de la loi formelle découle de l'art. 164 al. 1 [Cst.](#), qui limite, voire exclut la délégation législative pour les règles importantes ou fondamentales. Des conditions supplémentaires, qui ne sont pas mentionnées à l'art. 164 al. 2 [Cst.](#), doivent être réalisées pour que la délégation législative soit conforme à la Constitution<sup>344</sup>. À part le fait de ne pas se

<sup>340</sup> Pour plus de détails, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 566, N 1552 ; BIAGGINI (2017), p. 1247 s., N 6 ; DUBEY (2021d), p. 3054 s., N 22 s.

<sup>341</sup> AUBERT/MAHON (2003), p. 1253, N 36.

<sup>342</sup> Pour un exemple, voir *supra*, III.2.1.

<sup>343</sup> Pour la distinction entre les ordonnances de substitution et les ordonnances d'exécution, voir p.ex. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 591 s., n° 1689 s. Dans la réalité, la délimitation est souvent difficile, voir UHLMANN (2020), p. 1036, n° 29. Les deux types d'ordonnance ont leur fondement dans l'art. 182 [Cst.](#) Le premier alinéa se réfère aux ordonnances de substitution : « *Le Conseil fédéral édicte des règles de droit sous la forme d'une ordonnance, dans la mesure où la Constitution ou la loi l'y autorisent.* ». La compétence d'adopter des ordonnances d'exécution se fonde sur le second alinéa : « *Il [le Conseil fédéral] veille à la mise en œuvre de la législation, des arrêtés de l'Assemblée fédérale et des jugements rendus par les autorités judiciaires fédérales.* »

<sup>344</sup> Sur les conditions de la délégation législative, voir p.ex. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a),

heurter à une exclusion, spécifique ou générale, prévue par la Constitution, la doctrine et la jurisprudence exigent que la délégation soit contenue dans une loi fédérale, qu'elle porte sur une matière déterminée et qu'elle contienne les lignes fondamentales de la réglementation déléguée. Les deux dernières conditions s'opposent à ce que le législateur ordinaire opère une délégation en blanc, sans contours ni limites<sup>345</sup>.

#### IV.2.2. Principe de sécurité juridique

N'étant pas explicitement mentionné dans la Constitution, le principe de sécurité juridique constitue selon la doctrine un principe constitutionnel non écrit, ou un principe dérivé de l'art. 5 [Cst.](#) (principes de l'activité de l'État régi par le droit, *supra* II.1) et de l'art. 9 [Cst.](#) (interdiction de l'arbitraire et protection de la bonne foi)<sup>346</sup>.

Le principe de la sécurité juridique est indissociable du principe de légalité. Parmi les objectifs centraux d'un « *gouvernement par des lois, non par des hommes* » est d'assurer que l'activité étatique soit prévisible pour les particuliers afin que ceux-ci puissent anticiper les conséquences juridiques de leurs actes et orienter leur comportement en fonction. Cet objectif va de pair avec une limitation du pouvoir de l'État, et la protection de la liberté, comprise comme la liberté de pouvoir faire ce qui n'est pas interdit par la loi, au lieu de subir les caprices d'un souverain arbitraire. Plusieurs exigences dérivées du principe de légalité, notamment celle d'une densité normative suffisante<sup>347</sup>, garante de la clarté et de l'intelligibilité, et d'un recours limité à la clause générale de police<sup>348</sup>, sont des garants indispensables de la sécurité juridique. Celle-ci est aussi liée à d'autres principes dérivés de l'art. 5 [Cst.](#), en particulier le principe de publicité et celui de non-rétroactivité.

Au-delà du respect strict des exigences du principe de légalité, la sécurité juridique est aussi un postulat de nature juridico-politique. Un ordre juridique orienté vers la pleine réalisation de la sécurité et de la prévisibilité du droit suppose outre l'intelligibilité des normes juridiques, la cohérence et une certaine stabilité du droit. Cette dernière exigence est mise à mal par des changements législatifs trop fréquents. Dans cet esprit, la stabilité des plans constitue un principe cardinal en matière de l'aménagement territoire, consacré l'art. 21 al. 2 de la [Loi fédérale sur l'aménagement du territoire](#)<sup>349</sup>. Cette disposition vise à limiter les modifications en prévoyant que les plans d'affectation feront l'objet des adaptations nécessaires « *[l]orsque les circonstances se sont sensiblement modifiées* »<sup>350</sup>.

Des changements jurisprudentiels peuvent aussi mettre à mal le principe de la prévisibilité juridique, en plus de l'égalité de traitement. Le Tribunal fédéral pose en conséquence des conditions qui doivent être réunies pour justifier un revirement de jurisprudence<sup>351</sup>. Celui-ci doit reposer sur des motifs objectifs et sérieux, à savoir une connaissance plus approfondie de l'intention du législateur, un changement des circonstances extérieures ou l'évolution des

p. 597 ss, n° 1633 ss.; DUBEY (2021 d), p. 3066 ss, N 62 ss. Pour un arrêt récent, voir [ATF 146 II 56](#), c. 6.2.

<sup>345</sup> Voir p.ex. [ATF 136 I 87](#), c. 8.3., qui qualifie une clause de délégation autorisant la vidéosurveillance dans la loi sur la police zurichoise de « d'un blanc-seing sans limite ni contour » (cité selon JT 2010 I p. 367, 392). Voir aussi DUBEY (2021 d), p. 3068, N 56 (« délégations pleins-pouvoirs », « délégations blanc-seing »).

<sup>346</sup> BIAGGINI (2017), p. 104, N 5.

<sup>347</sup> Voir *supra*, IV.2.1.3.

<sup>348</sup> Voir *supra*, III.6.1 et IV.2.1.2.

<sup>349</sup> [Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979](#) (LAT), RS 700.

<sup>350</sup> Mise en exergue par l'auteurice.

<sup>351</sup> Voir p.ex. [ATF 146 I 105](#), c. 5.2.

conceptions juridiques. Surtout au regard du principe de la sécurité du droit, les motifs doivent être d'autant plus sérieux que la jurisprudence est ancienne.

Dans le domaine judiciaire, l'autorité de la chose jugée protège la sécurité juridique, en s'opposant à une remise en cause ultérieure d'un jugement qui n'est plus susceptible d'aucun recours. Elle assure dans ce cas de figure qu'une action identique portant sur la même prétention entre les mêmes parties, puisse aboutir à un nouveau jugement. Des règles de nature formelle, comme les délais de recours, protègent aussi la sécurité juridique. En droit matériel, il en va de même des règles de la prescription ou de la péremption.

### IV.2.3. Principe de protection juridictionnelle effective

Le principe de la protection juridictionnelle effective\* peut aujourd'hui être considéré comme un acquis du droit constitutionnel suisse. Il s'agit cependant d'un acquis relativement récent, qui a nécessité des changements importants tant au niveau de l'organisation judiciaire qu'au niveau de la conception de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs. L'influence du droit international, en particulier de la [CEDH](#), a joué un rôle important. Quand le Gouvernement a

---

\* NdE : Pour une comparaison sur la reconnaissance du principe de **protection juridictionnelle effective** dans différents ordres juridiques, voir le point IV des études suivantes :

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. : [Rechtsbehelfe des Einzelnen bei den höchsten gerichtlichen Instanzen: eine Perspektive der Rechtsvergleichung - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2017, X und 65 S., Referenz PE 608.735 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, V et 38 pp., référence PE 608.732 ;
- **Canada** : POIRIER, J. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 73 pp., référence PE 608.733 (version originale en français). Voir aussi : POIRIER, J. : [Legal Proceedings available to Individuals before the Highest Courts: A Comparative Law Perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, X and 80 pp., reference PE 608.733 (version en anglais) ;
- **Conseil de l'Europe** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2017, VI y 51 pp., referencia PE 608.734 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIANO SÁNCHEZ, P. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2017, VIII y 52 pp., referencia PE 608.737 ;
- **États-Unis** : ACOSTA, L. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 33 pp., reference PE 608.743 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VIII e 31 pp., referencia PE 608.736 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 50 pp., reference PE 608.746 ;
- **Suisse** : DE ROSSA, F. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 58 pp., référence PE 608.738 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni, una prospettiva di diritto comparato - UE: Corte di giustizia dell'Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VI e 39 pp., referencia PE 608.742.

ratifié la Convention en 1974, il était conscient du fait que le droit interne ne remplissait pas entièrement les exigences d'une protection juridictionnelle effective découlant des articles 5 et 6 [CEDH](#), raison pour laquelle il a formulé plusieurs réserves et déclarations interprétatives à ces deux dispositions<sup>352</sup>.

Sous l'angle de l'art. 5 [CEDH](#), la pratique dite des internements administratifs posait problème. Considérée aujourd'hui comme un exemple d'injustice historique, elle permettait de priver des particuliers de leur liberté pour des motifs vagues, tels qu'un mode de vie oisif ou contraire aux mœurs, sans aucun contrôle judiciaire<sup>353</sup>.

Du point de vue de l'art. 6 [CEDH](#), l'organisation judiciaire de l'époque ne permettait pas de satisfaire les exigences conventionnelles, dans le domaine du droit pénal et du contentieux de droit administratif, dont une large partie tombe dans le champ des contestations de nature civile au sens de la disposition conventionnelle. Contre les condamnations pour des infractions mineures, et des décisions relevant du droit administratif, des voies de recours étaient ouvertes à des instances telles que le Gouvernement ou des organes intérieurs à l'administration ou à la police qui ne satisfaisaient pas les exigences d'indépendance d'un tribunal.

Des réformes successives, en partie sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, ont conduit à la transformation du paysage judiciaire, culminant en 2000, en la consécration dans la Constitution d'une garantie générale de l'accès au juge<sup>354</sup>, considérée une composante essentielle d'un État de droit moderne.

#### ENCADRÉ 49

##### **Cst., art. 29a : Garantie de l'accès au juge**

*Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels.*

Entré en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, l'art. 29a [Cst.](#) confère à toute personne le droit à ce que sa cause soit examinée au moins une fois par une autorité judiciaire au sens de l'art. 30 [Cst.](#), à savoir « *un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial* ». Cette autorité doit disposer d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit. Un examen de l'opportunité n'est pas exigé. La notion de « cause » au sens de l'art. 29a [Cst.](#) se réfère à « *un différend juridique mettant en jeu des intérêts individuels dignes de protection* »<sup>355</sup>. Cette définition vise notamment à exclure une *action populaire*. Elle limite l'accès au juge à des contestations qui portent sur des positions juridiques individuelles, dignes de protection, ce qui est le cas quand des droits ou obligations des particuliers sont en jeu. Dans ces constellations, l'accès à la justice doit être garanti non seulement à l'encontre des actes formels (décisions) mais aussi contre les actes matériels (p.ex. les agissements non formels d'une autorité, comme des campagnes d'information, ou l'exercice de la force par les membres de la police)<sup>356</sup>. L'art. 29a [Cst.](#) n'exige

<sup>352</sup> Voir « 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives ». Rapport du 19.11.2014 du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, FF 2014 359, p. 368.

<sup>353</sup> Voir les références sous note de bas de page 147.

<sup>354</sup> Disposition acceptée en votation populaire du 12 mars 2000, en vigueur depuis le 1er janvier 2007 (RO 2002 3148, 2006 1059; FF 1997 I 1; 1999 7831; 2000 2814; 2001 4000).

<sup>355</sup> GRODECKI (2021), p. 885, N 19.

<sup>356</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), avec des exemples et les solutions législatives adoptées pour garantir une protection juridictionnelle contre les actes matériels. Voir à ce sujet aussi *supra*, II.2.3.1. A défaut d'une base légale, la jurisprudence s'est parfois montrée restrictive. Voir p.ex. [ATF 130I 388](#).

cependant pas la possibilité de pouvoir contester des normes de façon abstraite, le contrôle concret étant suffisant. Il ne fait pas obstacle à des réglementations de nature procédurale (exigence de délais, de motivation, qualité pour agir, etc.), dans la mesure où celles-ci servent l'intérêt de la bonne administration de la justice<sup>357</sup>. Des exigences excessives, comme des frais de justice disproportionnés, peuvent cependant poser problème à l'aune de l'art. 29a [Cst.](#)<sup>358</sup>.

L'art. 191c al. 1 [Cst.](#) concrétise la garantie de l'accès à la justice en mettant à la charge des cantons l'obligation d'instituer des autorités judiciaires « *pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales.* »<sup>359</sup> La [LTF](#) (*supra*, II.3.4) reprend et précise cette obligation pour les différentes voies de recours<sup>360</sup>. Pour le recours en matière de droit public, l'art. 86 al. 2 [LTF](#) prévoit l'obligation des cantons d'instituer « *des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral (...)* »<sup>361</sup>. L'art. 86 al. 3 [LTF](#) indique à son tour que les cantons peuvent « *instituer une autorité autre qu'un tribunal* » pour « *les décisions revêtant un caractère politique prépondérant.* » Cette dernière disposition prévoit une exception à la garantie de l'accès au juge, conformément à la seconde phrase de l'art. 29a [Cst.](#), selon laquelle l'accès à la justice peut être exclu par la loi. Cette faculté est cependant limitée aux « *cas exceptionnels* », ce qui exprime la volonté du constituant de ne pas laisser la garantie de l'accès à la justice à la libre disposition du pouvoir législatif. Les actes de gouvernements, compris restrictivement comme des actes qui revêtent un caractère politique prépondérant, sont considérés comme une exception justifiée à l'art. 29a [Cst.](#)

L'art. 189 al. 4 [Cst.](#), qui concerne la possibilité de contester des actes du Gouvernement et du Parlement en justice, est construit de façon analogue à l'art. 29a [Cst.](#), mais va dans le sens opposé. Il pose d'abord le principe selon lequel « *[L]es actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral.* » et l'assortit ensuite d'exceptions « *déterminées par la loi* ». Comme l'art. 29a [Cst.](#) n'exige pas le contrôle abstrait des normes, l'exclusion prévue à l'art. 189 al. 4 [Cst.](#) ne pose pas des difficultés à la lumière du droit à l'accès à la justice pour les actes généraux et abstraits, dont le contrôle concret, à titre préjudiciel, reste possible, dans les limites de l'art. 190 [Cst.](#) (*infra*, IV.4.1.1). Pour les actes individuels et concrets, et les actes matériels, par contre, il existe une tension entre l'art. 189 al. 4 [Cst.](#) et l'art. 29a [Cst.](#) Pour concilier les deux dispositions, il convient d'interpréter et de mettre en œuvre l'art. 189 al. 4 [Cst.](#) en tenant compte des exigences du droit d'accès à la justice<sup>362</sup>, au vu de sa nature fondamentale. Pour ménager le droit d'accès au juge, le Parlement peut limiter la

---

rendu avant l'entrée en vigueur de l'art. 29a [Cst.](#), dans lequel le Tribunal fédéral a indiqué que la Constitution ne garantit aucun droit au contrôle judiciaire l'encontre d'une atteinte aux droits fondamentaux qui résultent des actes matériels, si un tel contrôle n'est pas exigé par l'art. 6 § 1 [CEDH](#). Un journaliste qui s'est fait interdire l'accès à Davos durant le Forum économique mondial en 2001 n'a dès lors pas pu faire valoir un droit à un contrôle judiciaire de cette atteinte à sa liberté d'opinion et d'information sa liberté personnelle, sous l'angle de la liberté de mouvement.

<sup>357</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 664, n° 1341; GRODECKI (2021); WALDMANN (2014),

<sup>358</sup> Voir BIAGGINI (2017), p. 362, p. 8b.

<sup>359</sup> Sur le lien entre l'art. 191b [Cst.](#) avec l'art. 29a [Cst.](#), voir WALDMANN (2014), p. 2802, N 3; VERNIORY (2021) p. 3492, N 4.

<sup>360</sup> Voir en plus de l'art. 86 al. 2 [LTF](#), mentionné dans la suite du texte, l'art. 75 [LTF](#) (recours en matière civile), art. 80 al. 2 [LTF](#) (recours en matière pénale), 88 al. 2 [LTF](#) (recours en matière de droit public pour violation des droits politiques). L'art. 110 [LTF](#) précise que les tribunaux supérieurs que les cantons doivent instaurer, ou au moins une instance précédente, doivent disposer d'un pouvoir d'examen complet des faits et du droit. Cette exigence est essentielle à l'aune de l'art. 29a [Cst.](#), étant donné que le Tribunal fédéral ne revoit en principe les faits pas librement, son rôle étant de veiller au respect du droit.

<sup>361</sup> À noter que le Tribunal fédéral peut seulement procéder à un plein examen des questions de droit, non de faits, de sorte que la possibilité de recourir au Tribunal fédéral ne satisfait pas aux exigences de l'art. 29a [Cst.](#)

<sup>362</sup> BIAGGINI (2017), p. 1449, N 20.

portée de l'exclusion prévue par l'art. 189 al. 4 en prévoyant des exceptions par la voie législative, conformément à la seconde phrase de cette dernière disposition.

La garantie de l'accès à la justice n'a de sens que si l'autorité judiciaire est dotée d'un pouvoir de décision qui permet d'apporter une solution effective à la contestation juridique. Tel n'est actuellement pas le cas pour des contestations qui mettent en cause une décision au motif que celle-ci est fondée sur une loi fédérale contraire à une disposition de la Constitution fédérale qui n'a pas de pendant dans une convention internationale<sup>363</sup>. Dans ce cas de figure, les autorités d'application du droit se bornent conformément à l'art. 190 [Cst.](#) à constater l'inconstitutionnalité (*infra*, IV.4.1.1).

Certaines entraves juridiques au droit d'accès à la justice peuvent être de nature indirecte. A titre d'exemple, les règles sur la prescription ou la péremption, qui ont pour conséquence que certaines prétentions en dommages-intérêts sont systématiquement prescrites avant que le préjudice ne se matérialise, sont incompatibles avec le droit d'accès à un tribunal selon la CourEDH<sup>364</sup>. Le droit d'accéder à la justice est largement privé de son effectivité pour une des catégories les plus vulnérables de la population, les personnes étrangères sans statut légal<sup>365</sup>. En raison de l'obligation légale faite aux autorités de transmettre les informations au sujet du séjour illégal aux autorités migratoires, le recours à la justice les expose au risque d'être éloignées. Cet effet dissuasif a pour conséquence que les personnes en situation irrégulière ne sont pas effectivement en mesure de faire valoir leurs droits en justice, y compris les droits fondamentaux. Pour rendre la protection juridictionnelle, et l'exercice des droits, pour cette catégorie de personnes concrète et effective, le législateur devrait prévoir des exceptions à l'obligation de transmission des données<sup>366</sup>.

D'une façon plus générale, il incombe à l'État d'adopter des mesures pour rendre l'accès à la justice effectif<sup>367</sup>, en assurant par exemple que des obstacles de nature financière ne privent une partie de la population de leur droit de porter des contestations juridiques devant une autorité judiciaire. L'effet cumulé de différents obstacles devrait aussi être pris en compte.

## IV.2.4. Principe de séparation des pouvoirs

### IV.2.4.1 Au niveau fédéral

Contrairement à un nombre non négligeable de constitutions cantonales (*supra*, II.1.2), la Constitution fédérale ne mentionne pas explicitement le principe de séparation des pouvoirs.

<sup>363</sup> Il sied de rappeler que le Tribunal fédéral refuse d'appliquer des lois fédérales qui sont contraires au droit international, en particulier la CEDH (voir *supra*, III.4.1). Avant d'interpréter l'art. 190 [Cst.](#) comme permettant le contrôle de conventionnalité, l'ordre juridique suisse ne prévoyait pas une voie de recours effective au sens de l'art. 13 [CEDH](#). Sur le plan procédural, l'absence d'une voie de recours effective a eu pour conséquence que les particuliers pouvaient saisir directement la CourEDH, sans s'adresser auparavant aux instances internes, étant donné que la condition de recevabilité de l'épuisement des voies de recours internes ne vaut que pour les voies de droit effectives. Voir à ce sujet HERTIG RANDALL (2010), p. 247 s.

<sup>364</sup> CourEDH, *Howald Moore et autres c. Suisse*, 11.03.2014, n° 52067/10 et 41072/11.

<sup>365</sup> Cf. HERTIG RANDALL/THÜRER (2022) p. 72 s., n° 1.151; HERTIG RANDALL (2019b), p. 34 s.

<sup>366</sup> Cf. HERTIG RANDALL (2019b), p. 34 s. et références y citées. Cette proposition est faite par le rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, François Crépeau, « Exploitation des migrants par le travail », 3 avril 2014, A/HRC/26/35, qui recommande aux États: « *Mettre en place des cloisonnements entre les services de l'immigration et les services publics comme la police, les services de santé et le système éducatif, afin de garantir que les travailleurs migrants en situation irrégulière puissent jouir de leurs droits civils, économiques, sociaux et culturels sans craindre que d'être arrêtés, détenus et expulsés.* » (n° 103).

<sup>367</sup> Cf. KIENER (2019), p. 57 ss.

L'architecture des pouvoirs de la Confédération prévue par la Constitution fait cependant très clairement ressortir la conviction du constituant selon laquelle la séparation des pouvoirs est depuis le siècle des lumières un élément central du constitutionnalisme contemporain<sup>368</sup>, même si elle « *n'occupe probablement pas la même place dans l'histoire constitutionnelle suisse que celle qui revient au fédéralisme et la démocratie.* »<sup>369</sup> Le Titre 5 de la [Constitution](#), consacré aux autorités fédérales, prévoit trois autorités différentes, auxquelles elle attribue une fonction principale différente : (1) l'Assemblée fédérale, investie d'un pouvoir législatif (chapitre 2, art. 148 ss) ; (2) le Conseil fédéral et l'administration fédérale, investis du pouvoir exécutif (chapitre 3, art. 174 ss), et (3) le Tribunal fédéral, investi de la fonction judiciaire (chapitre 4, art. 188 ss). La séparation personnelle entre les trois pouvoirs est garantie par des règles d'incompatibilités (art. 144 [Cst.](#), art. 14 [LParl.](#), *supra*, II.3.2).

Comme indiqué, la Constitution attribue à chacune des trois autorités une fonction *principale*, ce qui veut dire *non exclusive*. La conception privilégiée est donc celle d'une coopération et d'une interaction entre des trois pouvoirs, et non une séparation clinique, par ailleurs difficilement réalisable en pratique. Comme dans d'autres systèmes constitutionnels, le pouvoir exécutif assume une part importante de la fonction législative. D'une part, faisant usage de son droit d'initiative (art. 181 [Cst.](#)), le Conseil fédéral est à l'origine de la plupart des projets de loi, et d'autre part, il met en œuvre les lois par l'adoption des textes réglementaires (art. 182 [Cst.](#)). En revanche, il est moins habituel dans une perspective de droit comparé que l'Assemblée fédérale assume encore certaines fonctions judiciaires. Il lui revient, en particulier, d'accorder la garantie aux constitutions cantonales, en vérifiant que des dispositions nouvellement adoptées ne sont pas contraires au droit fédéral (art. 51 al. 2 [Cst.](#) avec art. 172 al. 2 [Cst.](#)). Elle statue en plus sur des conflits de compétences entre les autorités fédérales suprêmes (173 al. 1 let. i [Cst.](#)), y compris dans les cas où elle est elle-même concernée<sup>370</sup>. Une autre compétence importante qui lui est attribuée est celle de statuer sur la validité des initiatives populaires fédérales, qui doivent respecter certains principes juridiques (unité de la forme, unité de la matière, exécutabilité<sup>371</sup>) et être conformes aux règles impératives du droit international (art. 139 al. 3 [Cst.](#), *supra*, Encadré 4).

Ces attributions s'expliquent d'une part par des raisons historiques. En effet, la [Constitution de 1848](#) avait conféré des pouvoirs judiciaires importants aux deux autres pouvoirs, et réservé un rôle subsidiaire au Tribunal fédéral. D'autre part, elles reflètent aussi le grand poids accordé en Suisse au principe démocratique. La Constitution qualifie ainsi l'Assemblée fédérale d'« *autorité suprême de la Confédération, sous réserve des droits du peuple et des cantons* » (art. 148 al. 1 [Cst.](#)). Il revient à l'Assemblée fédérale d'élire les membres du Conseil fédéral, le ou la présidente de la Confédération, le chancelier ou la chancelière de la Confédération, ainsi que les juges fédéraux (art. 168 [Cst.](#)). La suprématie de l'Assemblée fédérale a aussi été la justification principale invoquée en faveur de la clause d'immunité (art. 190 [Cst.](#)), qui enjoint le Tribunal fédéral d'appliquer les lois fédérales, même si elles sont inconstitutionnelles (*infra*, IV.4.1.1). Dans le domaine de la juridiction constitutionnelle, l'idée d'un « *checks and balances* », souvent avancée pour justifier le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, ne s'est pas imposée en Suisse jusqu'à aujourd'hui.

---

<sup>368</sup> Voir à ce sujet l'art. 16 de la [Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789](#): « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* »

<sup>369</sup> MARTENET (2021), p. 1007, n° 26.

<sup>370</sup> MARTENET (2021), p. 1008, n° 32.

<sup>371</sup> Sur les différentes conditions de validité des initiatives populaires, cf. MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG/FLÜCKIGER (2021a), p. 278 ss, n° 798 ss.

Dans l'architecture institutionnelle suisse, le peuple et les cantons agissent en tant que contre-pouvoir, et constituent également un organe de l'État, mentionné, dans la Constitution, avant les trois autres pouvoirs (Titre 4 Peuple et cantons, art. 136 ss [Cst.](#)). Les instruments de la démocratie directe leur permettent d'exercer un contrôle sur les autres pouvoirs, contrôle qui est de nature politique et non juridique, et n'est donc pas un substitut à un contrôle judiciaire, ce que les défenseurs de la clause d'immunité tendent à oublier.

L'importance accordée au peuple et aux cantons en tant qu'organes de la Confédération ressort de l'art. 148 al. 1 [Cst.](#), qui place la suprématie de l'Assemblée fédérale « *sous réserve des droits du peuple et des cantons* ». Ces droits se réfèrent principalement à l'institution du référendum<sup>372</sup> : toute révision de Constitution fédérale, et certains traités internationaux particulièrement importants, sont soumis à votation populaire et doivent être acceptés par une majorité du peuple et une majorité des cantons (art. 140 [Cst.](#)). À ce type de référendum dit obligatoire s'ajoute le référendum dit facultatif, qui permet à une fraction du corps électoral fédéral (50'000 citoyennes et citoyens) ou à 8 cantons de déclencher une votation populaire sur des lois fédérales et certains traités internationaux (art. 141 [Cst.](#)). Bien que rarement demandé, le référendum a un effet important sur le processus législatif. Il pousse le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale à trouver des compromis acceptables et a contribué à façonner la culture politique largement consensuelle caractéristique de la Suisse.

Le rôle de contrôle qu'exercent le peuple et les cantons par le biais du référendum explique largement l'absence de responsabilité politique du Gouvernement devant le Parlement, ce qui distingue la Suisse des systèmes parlementaires. Lorsqu'un de ses projets subit la censure aux urnes, le Conseil fédéral, ou le membre qui en est l'initiateur ne peut être contraint à la démission. L'approche contraire conduirait à une situation politique aléatoire et peu stable, l'issue des votations populaires étant souvent difficiles à prévoir. À l'inverse, le Conseil fédéral n'a pas le pouvoir de dissoudre l'Assemblée fédérale, un pouvoir qui aurait une utilité très limitée, car il agirait comme levier politique seulement sur une partie du pouvoir législatif – l'Assemblée fédérale –, sans aucune emprise sur le peuple, qui garde le dernier mot.

#### **IV.2.4.2 Au niveau des cantons**

Au niveau des cantons, les constitutions cantonales doivent, en vertu de la Constitution fédérale (art. 51 al. 1 [Cst.](#)), respecter le principe de séparation des pouvoirs, comme relevé précédemment (*supra*, II.1.1). Cette limite imposée par le droit fédéral laisse aux cantons encore une grande autonomie constitutionnelle et organisationnelle. En dépit de ce fait, les solutions retenues au niveau de l'agencement des pouvoirs se ressemblent beaucoup entre cantons, et présentent des importantes similitudes avec l'organisation et le fonctionnement des autorités fédérales : tous les cantons ont un exécutif collégial, qui ne peut pas être contraint à la démission par le Parlement, et n'a pas le pouvoir de dissoudre celui-ci<sup>373</sup>. Le référendum, aussi présent sur l'échelon communal, confère au peuple le rôle de contre-pouvoir, lui permettant de censurer des actes normatifs, et même certaines décisions des autres pouvoirs. Des différences par rapport aux autorités fédérales concernent le mode d'élection de l'exécutif et la composition du Parlement<sup>374</sup>. Les gouvernements cantonaux sont

<sup>372</sup> Sur le référendum, voir *supra*, IV.1.3.2.a).

<sup>373</sup> Cf. AUER (2016), p. 74 ss.

<sup>374</sup> Il sied d'indiquer que deux cantons, Glaris et Appenzell Rhodes-Intérieures, connaissent encore une institution de démocratie directe avec une longue tradition, celle de la « Landsgemeinde », à savoir une assemblée des citoyennes et citoyens rassemblés sur la place publique qui exercent plusieurs fonctions, y compris législatives, par des votations à main levée. Pour un bref aperçu, y compris l'origine historique de la Landsgemeinde, cf. AUER (2016), p. 382 ss.

directement élus par les citoyennes et citoyens, et non par les parlements, qui sont composés d'une seule chambre. La logique fédérative a pour conséquence que les compétences du pouvoir judiciaire ne sont pas limitées par une clause analogue à la clause d'immunité au niveau fédéral, un contrôle judiciaire complet étant nécessaire pour assurer que le droit cantonal soit en conformité avec le droit fédéral, y compris les engagements internationaux de la Suisse.

#### **IV.2.4.3 La séparation des pouvoirs comme un droit constitutionnel**

Dans l'ordre constitutionnel suisse, la séparation des pouvoirs n'est pas seulement un principe constitutionnel, mais depuis 1875 aussi reconnu par le Tribunal fédéral comme un droit constitutionnel dont les particuliers peuvent se prévaloir en justice pour faire censurer un acte adopté par un organe de l'État en violation des règles constitutionnelles et légales sur le partage des compétences<sup>375</sup>. Les cas de figure les plus fréquents concernent les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Un acte réglementaire sans fondement dans la loi ou la Constitution, ou qui sort du cadre de la délégation de compétences donnée par le pouvoir législatif à l'exécutif, viole le principe de séparation des pouvoirs et peut être contesté à ce titre<sup>376</sup>. Le contrôle qu'effectue l'autorité judiciaire compétente dans ce cas de figure se recoupe largement avec un contrôle de la légalité, ce qui reflète l'interdépendance entre les deux principes : comme indiqué précédemment (*supra*, IV.2.1.1), le principe de séparation des pouvoirs fait partie des justifications du principe de légalité. Le grief fondé sur la violation du droit constitutionnel de la séparation des pouvoirs permet aux particuliers en plus aussi de veiller au respect du principe démocratique, mis à mal si le pouvoir exécutif empiète sur les compétences de l'autorité législative. Les deux principes – le principe démocratique et la séparation des pouvoirs –, s'opposent aussi à ce que le parlement se dépouille de ses pouvoirs par le biais d'une délégation législative excessivement large, qui ne respecte pas les garde-fous constitutionnelles et jurisprudentielles en la matière<sup>377</sup>. Dans ces cas de figures, le Tribunal fédéral peut censurer la violation de la séparation des pouvoirs seulement de la part du législateur cantonal. Lorsqu'une loi fédérale procède à une délégation « en blanc » en faveur de l'exécutif, elle doit être appliquée en vertu de l'art. 190 [Cst.](#) malgré son caractère inconstitutionnel<sup>378</sup>.

#### **IV.2.5. Principe de hiérarchie des normes (notamment les cas problématiques du droit d'urgence)**

##### **IV.2.5.1 Fondements**

Le principe de hiérarchie des normes n'est pas explicitement mentionné dans la Constitution. Il peut être déduit du principe de légalité, et des dispositions relatives aux organes de la Confédération et aux procédures d'adoption des actes juridiques. La [Constitution](#) régit en effet successivement le constituant, à savoir peuple et cantons (Titre 4), les autorités fédérales (Titre 5), à savoir l'Assemblée fédérale (chapitre 2), le Conseil fédéral et l'administration fédérale (chapitre 3) et le Tribunal fédéral ainsi que autres autorités judiciaires (chapitre 4). La Constitution, obligatoirement approuvée par le peuple et les cantons (le constituant), se situe au sommet de la pyramide des normes, sous réserve de la primauté du droit international, suivie par les actes adoptés par l'Assemblée fédérale avec le concours facultatif du peuple et

<sup>375</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 665, n° 1796.

<sup>376</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 666, n° 1796, p. 671, n° 1811.

<sup>377</sup> À ce sujet, voir *supra* IV.2.1.

<sup>378</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 742, n° 2008.

des cantons (lois fédérales), et ensuite par les actes adoptés selon une procédure simplifiée, sans participation du peuple et des cantons (en particulier les ordonnances du Conseil fédéral, mais aussi celles de l'Assemblée fédérale, et les actes réglementaires adoptés par les tribunaux fédéraux). Comme relevé précédemment, le principe de légalité implique le respect de la hiérarchie des normes, sous la forme du contrôle de conformité des normes inférieures aux normes supérieures.

Il est important de préciser que l'art. 190 [Cst.](#), qui empêche le Tribunal fédéral de censurer l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale, n'est pas une exception au principe de hiérarchie des normes. Il ne dispense en effet pas l'Assemblée fédérale du respect de la Constitution mais met le Parlement à l'abri d'une sanction de la part d'un organe extérieur. Il revient à l'Assemblée fédérale d'évaluer la constitutionnalité des lois fédérales, de façon préventive, dans le cadre de la procédure législative, et de tirer les conséquences d'une contrariété à la Constitution qui se révèle plus tard, en procédant à la révision des dispositions légales concernées. La thèse contraire, qui placerait l'Assemblée fédérale au-dessus de la Constitution, est par ailleurs clairement démentie par l'art. 35 al. 2 [Cst.](#) Selon cette disposition, le respect et la réalisation des droits fondamentaux incombe à « [q]ui qu'onque assume une tâche de l'État », une notion qui englobe clairement aussi l'Assemblée fédérale<sup>379</sup>.

#### IV.2.5.2 Le droit de nécessité

Comme dans d'autres États, les situations extraordinaires présentent des défis pour les principes de l'État de droit, y compris le respect du principe de hiérarchie des normes<sup>380</sup>. Pour gérer des situations de crise, le recours à des mesures qui ne trouvent pas d'ancrage dans la Constitution ou qui dérogent au droit supérieur peut mettre à mal l'État de droit, et comporte aussi le risque que l'état d'exception\* devienne la nouvelle normalité, sans perspective d'un

<sup>379</sup> Voir p.ex. BIAGGINI (2017), p.431, N 10. A comparer avec le *Human Rights Act* du Royaume-Uni du 9.11.1998, qui exclut explicitement le Parlement des autorités publiques tenues au respect des droits fondamentaux pour ménager la souveraineté parlementaire (art. 6 (3) du *Human Rights Act*).

<sup>380</sup> Sur le droit d'urgence en Suisse, voir l'étude de TRÜMLER (2012); pour un aperçu plus succinct, BERNARD (2020a), p. 987 ss, n° 30 ss.

\* NdE: Pour une comparaison du **droit d'exception dans** d'autres ordres juridiques, voir :

- **Allemagne** : SCHÄFER, B. : [Das Recht des Ausnahmezustands im Rechtsvergleich - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), mai 2020, IV und 35 S., Referenz PE 651.938 (version originale en allemand) ; [Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Allemagne: non-utilisation du droit d'exception en faveur de l'application du droit ordinaire](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2020, IV et 38 pp., référence PE 651.938 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BOUHON, M., JOUSTEN, A., MINY, X. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - Belgique: Entre absence d'état d'exception, pouvoirs de police et pouvoirs spéciaux](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2021, X et 161 pp., référence PE 690.581 ;
- **Espagne** : LECUMBERRI BEASCOA, G. : [El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), abril 2020, II y 19 pp., referencia PE 649.366 (version originale en espagnol) ; [Das Notstandsrecht, eine rechtsvergleichende Perspektive - Spanien: Alarmzustand](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2020, II und 20 S., Referenz PE 649.366 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ; [Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Espagne: état d'alerte](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2020, II et 19 pp., référence PE 649.366 (version en français) ; [Il diritto di eccezione, una prospettiva di diritto comparato - Spagna: stato di allarme](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), aprile 2020, II e 20 pp., referencia PE 649.366 (version en italien avec commentaires ajoutés) ; [El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de](#)

retour au régime ordinaire prévu par la Constitution. En Suisse, les pleins pouvoirs conférés par l'Assemblée fédérale au Conseil fédéral pendant les deux guerres mondiales, et les difficultés de démanteler le régime des pleins pouvoirs, montrent que ce risque n'est pas théorique. Rappelons qu'il a fallu la pression d'une initiative populaire pour que le Gouvernement revienne sur le terrain de la Constitution (voir *supra*, I.1.1.3).

Le droit constitutionnel actuel tire des leçons de cette expérience historique. Il prévoit un arsenal d'instruments juridiques conçus pour gérer des situations extraordinaires, qui permettent une plus ou moins grande réactivité et flexibilité en fonction du degré d'urgence. Il instaure aussi des garde-fous, sous forme de limites temporelles, et, selon les cas, d'une possibilité d'une participation populaire différée. Il n'empêche que les instruments ne sont pas sans soulever des questions sous l'angle de la hiérarchie des normes, comme nous le verrons.

#### IV.2.5.2.a) Les lois fédérales urgentes

L'instrument qui limite le moins les principes de l'État de droit et de la démocratie, mais qui ne permet pas une réaction quasi immédiate dans une situation de crise, est la loi fédérale urgente, prévue à l'art. 165 [Cst.](#)

#### ENCADRÉ 50

##### **Cst., art. 165 : Législation d'urgence**

*1 Une loi fédérale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peut être déclarée urgente et entrer immédiatement en vigueur par une décision prise à la majorité des membres de chacun des conseils. Sa validité doit être limitée dans le temps.*

*2 Lorsque le référendum est demandé contre une loi fédérale déclarée urgente, cette dernière cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée par le peuple dans ce délai.*

*3 Lorsqu'une loi fédérale déclarée urgente est dépourvue de base constitutionnelle, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée dans ce délai par le peuple et les cantons. Sa validité doit être limitée dans le temps.*

*4 Une loi fédérale déclarée urgente qui n'a pas été acceptée en votation ne peut pas être renouvelée.*

Cette disposition habilite l'Assemblée fédérale à adopter en cas d'urgence des lois fédérales qui se distinguent des lois fédérales ordinaires par le fait qu'elles entrent en vigueur de façon immédiate, sans attente de l'expiration du délai référendaire, ou, dans le cas où le référendum aboutit, de l'acceptation de la loi en votation populaire. L'expérience historique selon laquelle l'Assemblée fédérale avait par le passé abusé de la faculté de soustraire des actes au référendum en les déclarant urgents a conduit à une révision constitutionnelle en 1949. La [Constitution de 1999](#) reprend ce régime, qui consiste à changer la nature du référendum au lieu de l'exclure totalement. L'effet suspensif du référendum, qui s'applique aux lois ordinaires, se transforme en référendum abrogatoire pour les lois déclarées urgentes.

---

[alama](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), 2a edición, julio 2020, VI y 69 pp., referencia PE 652.005 (2<sup>ème</sup> édition mise à jour) ;

- **France** : ZILLER, J. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - France : lois d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2021 (mise à jour du 1<sup>er</sup> juin 2021), X et 105 pp., référence PE 690.624 ;
- **Italie** : ALIBRANDI, A. : [Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato - Italia: stato di emergenza](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), giugno 2020, VIII e 49 pp., referencia PE 651.983.

À cet égard, l'art. 145 [Cst.](#) distingue deux types de lois fédérales urgentes, celles qui sont conformes à la Constitution (al. 2) et celles qui sont « *dépourvues de base constitutionnelle* » (al. 3). Dans les deux cas de figure, la durée de la loi doit être limitée dans le temps (al. 1). Dans le premier cas, en analogie avec les lois ordinaires, le référendum abrogatoire est facultatif : seulement si le référendum est demandé avec succès, une confirmation de la loi en votation populaire (exigence d'une majorité simple) est-elle nécessaire. Si la loi est censurée aux urnes, elle cesse de produire des effets juridiques une année après son adoption. Dans le second cas, le référendum abrogatoire est obligatoire. Sans acceptation en votation populaire par la double majorité du peuple et des cantons, elle est abrogée après une année. Pour éviter que l'Assemblée fédérale passe outre le refus exprimé aux urnes, l'art. 165 al. 3 prévoit que la loi urgente ne peut pas être renouvelée dans ce cas de figure.

En conférant à l'Assemblée fédérale le pouvoir d'adopter des lois urgentes « *dépourvues d'une base constitutionnelle* », art. 165 [Cst.](#) prévoit une solution qui s'écarte du respect de la hiérarchie des normes. La dérogation à la Constitution est cependant doublement limitée. Tout d'abord, la doctrine majoritaire interprète la notion de lois « *dépourvues de base constitutionnelle* » d'une façon étroite, dans le sens d'une dérogation limitée au système de partage de compétence entre Confédération et cantons<sup>381</sup>. L'urgence justifie selon cette lecture d'adopter une loi fédérale sur un domaine qui relève de la compétence des cantons sans permettre à l'Assemblée fédérale d'adopter des lois qui sont incompatibles avec les dispositions matérielles de la Constitution. Selon cette interprétation, le Parlement reste lié par les principes de l'État de droit (art. 5 [Cst.](#)) et ne peut limiter les droits fondamentaux qu'en observant les conditions de restriction prévue par la Constitution (art. 36 [Cst.](#)). Ensuite, la dérogation à la Constitution est limitée à la durée maximale d'une année. Dans le cas où la loi est acceptée, l'état d'inconstitutionnalité est résorbé, étant donné que les dispositions urgentes ont été approuvées par le constituant, dans la procédure analogue à celle prévue pour la révision de la Constitution.

#### IV.2.5.2.b) *Les ordonnances de nécessité*

La Constitution ajoute à l'arsenal des lois fédérales urgentes encore d'autres instruments, du niveau réglementaire, qui permettent une réponse plus immédiate à une situation de crises. Il s'agit de la faculté conférée à l'Assemblée fédérale et au Conseil fédéral d'adopter des ordonnances dites de nécessité qui ont leur fondement directement dans la Constitution.

#### ENCADRÉ 51

#### **Cst., art. 173, 184 et 185**

##### **Art. 173 : Autres tâches et compétences**

1 L'Assemblée fédérale a en outre les tâches et les compétences suivantes: (...)

c. elle peut édicter, lorsque des circonstances extraordinaires l'exigent et pour remplir les tâches mentionnées aux lettres a et b, des ordonnances ou des arrêtés fédéraux simples; (...)

##### **Art. 184 : Relations avec l'étranger**

(...)

3 Lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires. Les ordonnances doivent être limitées dans le temps.

<sup>381</sup> Voir DUBEY (2021e), p. 3082 ss, N 27 ss et les références citées. La doctrine assimile à l'adoption d'une loi qui ne se fonde pas sur une disposition spécifique d'attribution de compétences le cas de figure des lois qui dérogent au principe de la liberté économique, étant donné que la Constitution exige que ce type de dérogations puisse se fonder sur une disposition constitutionnelle spécifique. Voir DUBEY (2021e), p. 3083, N 29.

**Art. 185 : Sécurité extérieure et sécurité intérieure**

(...)

3 II [Le Conseil fédéral] peut s'appuyer directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, 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.  
(...)

Comme l'a confirmé la gestion de la crise de la pandémie Covid19 et des autres crises (financières, énergétiques) récentes (*supra*, I.1.1.4), le pouvoir réglementaire d'urgence du Conseil fédéral joue un rôle plus important dans des circonstances extraordinaires que celui de l'Assemblée fédérale<sup>382</sup>. Les ordonnances fondées sur l'art. 173 al. 1 let. c [Cst.](#) sont avant tout un outil pour permettre au Parlement de « corriger » les mesures décidées par le Gouvernement<sup>383</sup>.

Selon que les conditions de l'une ou de l'autre disposition sont remplies, le Conseil fédéral peut se fonder sur l'art. 184 al. 3 let. c et sur l'art. 185 al. 3 [Cst.](#), voire sur les deux dispositions conjointement, pour adopter des ordonnances ou prendre des décisions nécessaires pour sauvegarder les intérêts du pays et/ou parer à des troubles<sup>384</sup>. Les deux dispositions requièrent que les mesures prises soient limitées dans le temps. Cette exigence constitutionnelle est précisée au niveau de la loi, qui prévoit la caducité des ordonnances, notamment dans l'hypothèse où le Conseil fédéral a omis de soumettre à l'Assemblée fédérale un projet qui permet de créer une base légale davantage compatible avec les exigences de l'état de droit et du principe démocratique que les ordonnances de nécessité (loi fédérale ou, pour une durée limitée, une ordonnance de l'Assemblée fédérale)<sup>385</sup>.

Dans la pratique, l'idée selon laquelle le droit d'urgence est limité dans le temps et pas censé perdurer a parfois été éludée. Un exemple notoire est l'interdiction du groupe Al-Qaïda en Suisse, qui s'est fondée sur une ordonnance de nécessité, adoptée en 2001 sur la base des art. 184 et 185 [Cst.](#) Prorogée à trois reprises, cette ordonnance est restée en vigueur jusqu'au 31 novembre 2012, donc pendant plus d'une décennie, pour être remplacée, en application des limites légales entrées en vigueur entre-temps, par une ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 173 al. 1 let. c [Cst.](#)). 3 ans plus tard, celle-ci a été remplacée par une loi fédérale urgente (art. 165 [Cst.](#)). La durée de la loi a été limitée à quatre ans (du 1<sup>er</sup> janvier 2015 au 31 décembre 2018), mais prolongée par la suite pour une nouvelle période de quatre ans, dans l'attente d'une révision de la [Loi fédérale sur les renseignements](#) (LRens)<sup>386</sup>. Pendant presque deux décennies, les autorités politiques se sont fondées sur l'arsenal juridique prévu pour les situations extraordinaires, censé répondre à une situation urgente. La doctrine a critiqué à juste titre cette approche qui se fonde sur l'idée paradoxale d'une « urgence permanente »<sup>387</sup>.

La question de l'observation des limites temporelles s'est également posée dans le cadre de la pandémie Covid-19. Pour fournir une base légale à l'arsenal des ordonnances de nécessité adoptées par le Gouvernement à partir du printemps 2020, le Parlement a adopté une loi

<sup>382</sup> Pour le rôle historiquement plus important du Gouvernement dans le domaine des mesures sécuritaires, voir AUBERT/MAHON (2003), p. 1402 s., N 4.

<sup>383</sup> GONIN (2021a), p. 3192, N 48 ; SAXER (2014), p. 2971, N 63.

<sup>384</sup> Voir SCHMID (2021), p. 3342, N 32 ; SCHWENDMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER (2014), p. 2952 ss, N 30 ss. Pour un aperçu des ordonnances adoptées sur la base de l'art. 184 al. 3 Cst, voir AUBERT/MAHON (2003), p. 1395 ss, N 13 ss.

<sup>385</sup> Voir art. 7c et 7d [LOGA](#), voir *supra*, II.3.3.

<sup>386</sup> RS 121, voir art. 74 [LRens](#). Sur cette loi, voir *supra*, II.2.1.3 et *infra*, IV.5.

<sup>387</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 573 s., n° 1569 ; voir aussi SAXER (2014), p. 2981, N 108.

fédérale urgente (Loi dite Covid-19) en date du 25 janvier 2020<sup>388</sup>. Comme le référendum contre la loi a abouti<sup>389</sup>, celle-ci a fait l'objet d'une votation populaire et a été approuvée par le peuple en date du 31 juin 2021, ce qui ne l'a pas mis à l'abri des critiques sous l'angle de l'État de droit. Les détracteurs font essentiellement valoir que la loi correspond du fait de son contenu à un blanc-seing conféré au Conseil fédéral, ce qui n'est pas conforme aux exigences de la légalité<sup>390</sup>. Cette critique ne fait cependant pas l'objet de l'unanimité<sup>391</sup>.

Dans le contexte de la pandémie Covid-19, d'autres points relatifs aux ordonnances de nécessité ont été controversés. Tout d'abord, les avis divergent sur la portée matérielle de l'art. 185 al. 3 [Cst.](#)<sup>392</sup>. Selon un courant doctrinal, le Gouvernement est sorti du cadre tracé de la Constitution, en transformant l'art. 185 al. 3 [Cst.](#) d'une clause qui permet de parer à des troubles de l'ordre public en une « *forme de clause général d'État-Providence* ». <sup>393</sup> Des mesures prises pour atténuer les conséquences liées à la pandémie sur certains secteurs (par exemple la culture) ne sont selon cette opinion pas couvertes par la Constitution. Selon un avis contraire, l'art. 185 al. 3 [Cst.](#) permet une gestion plus holistique d'une crise. Cette disposition peut justifier non seulement des mesures directement nécessaires pour contenir la pandémie, mais aussi celles destinées à atténuer les conséquences desdites mesures. Ce qui est déterminant est le lien de causalité entre le premier type de mesures et le second.

Ensuite, des avis doctrinaux divergent sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les ordonnances de nécessité peuvent contenir des dispositions qui sont contraires à la loi, à la Constitution ou au droit international<sup>394</sup>. Avant la crise sanitaire, la position doctrinale majoritaire défendait le point de vue que les ordonnances de nécessité ne doivent pas aller à l'encontre de la loi ou de la Constitution<sup>395</sup>. Pendant la crise du Covid-19, des ordonnances qui contenaient des dispositions *contra legem* ou *contra constitutionem* n'ont pas été rares<sup>396</sup>, ce qui a donné lieu à certaines positions moins respectueuses de la hiérarchie des normes, défendues au nom du pragmatisme. La jurisprudence du Tribunal fédéral est plus proche du premier courant. Les juges fédéraux ne se limitent pas à examiner si les ordonnances respectent les conditions et le cadre tracé dans la base constitutionnelle mais vérifient

<sup>388</sup> [Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 du 25 septembre 2020](#) (Loi COVID-19), RS 818.102; FF 2020 6363.

<sup>389</sup> Le référendum a aussi été saisi contre les révisions subséquentes, de sorte que le peuple sera appelé à voter sur la loi Covid-19 pour une troisième fois. Sur la deuxième votation, qui a eu lieu le 28 novembre 2021, voir <https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/documentation/abstimmungen/covid-19-gesetz.html>; Sur l'aboutissement du référendum qui donnera lieu à la troisième votation, cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msq-id-94108.html> (consulté le 25.4.23).

<sup>390</sup> KLEY, A.: « Der Bundesrat kann, kann, kann... Die Änderung des Covid-19-Gesetzes ist ein weiterhin verfassungswidriges Vorhaben », NZZ, Gastkommentar, 20.10.2021.

<sup>391</sup> MÜLLER, G./RHINOW, R.: « Das Covid-19-Gesetz ist nicht verfassungswidrig », NZZ, Gastkommentar, 9.11.2021.

<sup>392</sup> Pour un aperçu de cette controverse, voir GONIN (2021b), p. 3374 ss, N 118 ss. Déjà avant la pandémie, il a été controversé de savoir si l'art. 185 al. 3 [Cst.](#) se limite à la protection des biens de police compris dans un sens stricte ou permet aussi de sauvegarder d'autres intérêts, comme la stabilité économique du pays. Voir SAXER (2014), p. 2974 s., N 75 ss; sur la question de la stabilité économique, voir, sous l'angle de la clause générale de police, [ATF 137 II 431](#), *supra*, III.6.1.

<sup>393</sup> BIAGGINI (2020), p. 257 (« Wohlfahrtsstaats-Generalklausel »); GONIN (2021b), p. 3375, N 121.

<sup>394</sup> La question se pose tant pour les ordonnances de l'Assemblée fédérale que pour celles du Conseil fédéral. Pour un aperçu des différentes positions doctrinales, voir, pour l'art. 173 al. 1 let c., GONIN (2021a) p. 3196 ss, N 62 ss; pour l'art. 184 al. 3 SCHMID (2021), p. 3343 s., N 38, et pour l'art. 185 al. 3 [Cst.](#) GONIN (2021b), p. 3362, N 71 ss; BIAGGINI (2020), p. 242; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (2020), p. 695 ss; SAXER (2014), p. 2978 ss, N 96 ss.

<sup>395</sup> Pour la confirmation de cette position en lien avec les ordonnances Covid-19, voir KLEY (2020a), p. 273 ss.

<sup>396</sup> Voir les exemples dans GONIN (2021b), p. 3376 ss, N 125 ss.; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (2020), p. 695 s.

également si l'ordonnance est conforme aux autres dispositions constitutionnelles, tout en laissant une marge d'appréciation considérable au Conseil fédéral. Celle-ci n'a pas empêché le Tribunal fédéral de conclure que l'exclusion de toute voie de droit prévue dans une ordonnance Covid n'est pas compatible avec la garantie de l'accès au juge (art. 29a [Cst.](#))<sup>397</sup>. En analogie avec l'argumentation relative aux lois fédérales urgentes dépourvues de base constitutionnelle (art. 165 [Cst.](#)), il faut à notre sens admettre que la situation de crise puisse justifier une dérogation temporaire à certaines dispositions constitutionnelles (notamment celles relatives au partage de compétence). Une mise en parenthèse des principes de l'État de droit (art. 5 [Cst.](#)) et des droits fondamentaux ne serait en revanche pas admissible<sup>398</sup>.

## IV.2.6. Droits fondamentaux

### IV.2.6.1 Généralités

La Constitution de 1999 contient un catalogue systématique et complet de droits fondamentaux, sans prétendre à l'exhaustivité<sup>399</sup>. La codification des droits et libertés n'a pas pour vocation d'empêcher le Tribunal fédéral de faire évoluer le catalogue en fonction des développements sociétaux, politiques et technologiques par la reconnaissance de droits fondamentaux non écrits<sup>400</sup>. Sous l'égide de la Constitution de 1874, les juges fédéraux avaient reconnu de nombreux droits, tels que la liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté d'association, la garantie de la propriété, liberté personnelle et le droit à des conditions minimales d'existence en s'inspirant des instruments internationaux voués à la protection des droits humains, en particulier la CEDH, d'une part, et des constitutions cantonales, d'autre part. En ce qui concerne les garanties de procédure, largement absentes dans l'ancienne Constitution, ils ont comblé la lacune en déduisant ces droits de la garantie générale d'égalité de traitement. Pour justifier la création de nouveaux droits, et contrer la critique d'usurper le rôle du constituant, le Tribunal fédéral s'est référé à deux critères. Le premier est de nature axiologique: le nouveau droit concerner des facultés qui conditionnent l'exercice d'autres libertés garanties dans la Constitution ou qui apparaissent comme partie intégrante ou indispensable de l'ordre démocratique fondé sur le droit de la Confédération<sup>401</sup>. Le second fait référence à la pratique constitutionnelle: il faut que le nouveau droit puisse se fonder sur un consensus général, qui se dégage du droit constitutionnel ou de la pratique des cantons et de la doctrine. La condition selon laquelle le droit à reconnaître constitue une condition d'un État de droit démocratique<sup>402</sup> est intéressante pour la présente étude, parce qu'elle montre le potentiel du concept général de l'État de droit de servir de point de référence à l'activité créatrice des juges et au développement du droit constitutionnel.

Bien que la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux par voie prétorienne reste toujours possible, le caractère systématique et complet du catalogue des droits fondamentaux contenu dans la Constitution de 1999 a eu pour conséquence que le besoin de combler des

---

<sup>397</sup> [ATF 147 I 333](#); pour un autre exemple concernant le contrôle d'une ordonnance fondées sur l'art. 184 al. 3 [Cst.](#), voir [ATF 141 I 20](#).

<sup>398</sup> Dans ce sens, SCHMID (2021), p. 3344, N 38, qui admet aussi qu'une ordonnance fondée sur l'art. 184 al. 3 [Cst.](#) corrige de façon temporaire une loi qui est inadéquate au vu du contexte, et qui reprend la proposition de MADER (2010), 109 s.

<sup>399</sup> Pour des études des droits fondamentaux en Suisse, voir MÜLLER/SCHEFER (2008); DUBEY (2018a et 2018b); KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (2018); MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b).

<sup>400</sup> Voir à ce sujet les études de ROSSINELLI (1987); CHIARIELLO (2009), et *supra*, III.1.1.

<sup>401</sup> Voir p.ex. [ATF 96 I 104](#), c. 1; [ATF 104 Ia 88](#), c. 5.c); [ATF 121 I 367](#) c. 2.a).

<sup>402</sup> Terme aussi utilisé dans [ATF 96 I 104](#), c. 1, comme synonyme pour un ordre démocratique fondé sur le droit.

lacunes s'est fait beaucoup moins ressentir que sous l'égide de l'ancienne Constitution, qui se contentait d'énumérer quelques garanties éparses. Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution actuelle, aucun nouveau droit fondamental non écrit n'a été reconnu.

Le chapitre 1 du Titre 2 de la Constitution, consacré aux droits fondamentaux, est composé de 30 articles: 28 dispositions (art. 7 à 34) énoncent des droits fondamentaux, et deux dispositions, de nature générale, régissent la portée et la limite de ces droits (art. 35 et 36 [Cst.](#)).

## ENCADRÉ 52

**Cst., Art. 35 et 36 : Dispositions générales sur les droits fondamentaux****Art. 35 : Réalisation des droits fondamentaux**

1 Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

2 Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3 Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

**Art. 36 : Restriction des droits fondamentaux**

1 Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2 Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3 Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4 L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

L'art. 35 [Cst.](#) se distancie d'une vision purement défensive des droits fondamentaux, en leur conférant aussi une dimension objective ou constitutive<sup>403</sup>. Les droits doivent être « réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique » (al. 1), y compris dans les relations entre particuliers, « dans la mesure où ils s'y prêtent » (al. 3). En d'autres termes, les droits fondamentaux s'adressent à tous les organes de l'État – aussi le peuple –<sup>404</sup>, qui doivent orienter leurs actions vers la pleine réalisation des droits et libertés fondamentales et prendre les mesures nécessaires en vue de leur protection, y compris contre les atteintes de la part d'acteurs non étatiques. Ceux-ci sont eux-mêmes liés par les droits fondamentaux dans la mesure où ils assument une tâche de l'État (35 al. 2 [Cst.](#)).

Les droits fondamentaux ne lient en revanche, sauf exception<sup>405</sup>, pas directement les particuliers dans les rapports de droit privé (absence d'un effet horizontal direct). Ils peuvent déployer des effets indirects, par le biais de l'interprétation conforme de l'ensemble des règles de droit, y compris celles relevant du droit privé, à l'aune des droits et libertés fondamentales (effet horizontal indirect)<sup>406</sup>. L'art. 35 [Cst.](#) constitue en plus en droit constitutionnel suisse

<sup>403</sup> Pour une étude de l'art. 35 [Cst.](#), voir p.ex. MÜLLER (2018).

<sup>404</sup> Le Tribunal fédéral a souligné ce point dans sa jurisprudence célèbre au sujet des naturalisations aux urnes, voir *supra*, III.3.1.

<sup>405</sup> La seule exception qui fait l'objet de l'unanimité en doctrine et dans la jurisprudence est l'égalité salariale entre hommes et femmes (art. 8 al. 3, 3ème phrase [Cst.](#)). Comme cette disposition a été mise en œuvre par la voie législative, cette exception n'a pas de signification pratique.

<sup>406</sup> Alors que l'effet horizontal indirect fait l'objet d'un large consensus, l'effet horizontal direct a suscité des vives controverses doctrinales. L'art. 35 al. 3 [Cst.](#) opte pour une formulation de compromis (« dans la mesure où ils s'y prêtent »), qui ne donne pas une réponse générale à cette question. Sur l'art. 35 [Cst.](#) al. 3 et l'effet horizontal

l'assise normative aux obligations positives déduites par la CourEDH de nombreuses garanties conventionnelles, en particulier du droit à la vie (art. 2 [CEDH](#)) et de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3 [CEDH](#))<sup>407</sup>. La conception objective et constitutive des droits fondamentaux, reflétée dans l'art. 35 [Cst.](#), a aussi pour conséquence que la portée des droits va au-delà de normes que les particuliers peuvent invoquer en justice. Ils ont également une dimension programmatique, qui doit guider l'ensemble de l'activité étatique. La portée de l'art. 35 [Cst.](#) rejoint sur ce point le triptyque devenu classique dans les domaines de la protection internationale des droits humains, selon lequel ces droits imposent à l'État trois types d'obligations : de respect, de protection et de garantie, y compris de pleine réalisation<sup>408</sup>. Dans la pratique, la question de savoir comment délimiter les composantes justiciables d'un droit fondamental de celles qui ont une portée purement programmatique revêt une importance significative dans les constellations où le législateur est resté inactif et n'a pas adopté le cadre législatif nécessaire à la pleine réalisation des droits fondamentaux<sup>409</sup>.

Avec l'art. 36 [Cst.](#), le constituant helvétique a opté pour une approche qui consiste à consacrer une clause générale de limitation des droits fondamentaux, au lieu de définir les limites de chaque droit dans la disposition qui le consacre. Cette solution rejoint celle des auteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 52 [CDFUE](#)), à la différence de celle privilégiée dans la plupart des conventions protectrices des droits humains (voir p.ex. la [CEDH](#), le [Pacte II](#)). Les conditions générales de restriction se recouvrent en grande partie avec celles prévues à l'art. 52 [CDFUE](#) et correspondent largement aux clauses de limitation prévues dans les dispositions qui protègent des libertés fondamentales au niveau européen ou universel.

Pour être justifiées, des atteintes aux droits fondamentaux doivent satisfaire à quatre conditions. Elles doivent être (1) prévues par une loi (art. 36 al. 1 [Cst.](#)), (2) poursuivre un intérêt légitime, à savoir intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui (36 al. 2 [Cst.](#)), (3) être proportionnées par rapport au but poursuivi (art. 36 al. 3 [Cst.](#)) et (4) ne pas violer l'essence du droit (art. 36 al. 4 [Cst.](#)). Comme relevé précédemment, au sujet du principe de légalité (*supra*, IV.2.1.4), les exigences de l'art. 36 al. 1 [Cst.](#) vont au-delà de celles posées dans la jurisprudence de la CourEDH, étant donné que les restrictions graves doivent reposer sur une loi au sens formel et que la jurisprudence à elle seule ne peut pas constituer une base légale suffisante. La quatrième condition, qui n'est pas explicitement mentionnée dans la CEDH, permet de tenir compte des droits qui selon la systématique de la CEDH ne souffrent d'aucune limitation, dans la mesure où toute restriction d'un droit absolu (comme l'interdiction de la torture, et des peines et traitements inhumains ou dégradant) porte atteinte à l'essence même du droit.

Principalement conçues pour les libertés, les conditions de restriction de l'art. 36 [Cst.](#) s'appliquent pour certains droits (partiellement) par analogie. C'est selon la jurisprudence le cas pour le droit à l'enseignement de base (art. 19 [Cst.](#))<sup>410</sup>, et, selon une partie de la doctrine,

---

direct, voir p.ex. SCHWEIZER (2014b), p. 817 ss, N 58 ss.

<sup>407</sup> Sur les obligations positives déduites de la CEDH, voir PÉTERMANN (2014); sur les obligations positives en droit suisse, voir TSCHENTSCHER (2020).

<sup>408</sup> Triptyque développé sur le fondement SHUE (2020) (première parution de l'ouvrage en 1980).

<sup>409</sup> Voir à cet égard BIAGGINI (2017), p. 436, N 21 qui identifie la question de savoir à qui incombe la réalisation des droits fondamentaux (législateur ou pouvoir judiciaire) comme un des enjeux pratiques de l'art. 35 [Cst.](#)

<sup>410</sup> ATF

pour les garanties de l'État de droit<sup>411</sup>, qui correspondent à une des différentes catégories de droits fondamentaux garanties par la Constitution fédérale.

Selon une classification répandue<sup>412</sup>, les droits fondamentaux contiennent tout d'abord les *libertés*, qui sont au service de l'autonomie de l'être humain en protégeant un comportement humain fondamental pour l'épanouissement individuel: « *s'exprimer, vendre, croire, faire du commerce, se réunir, s'associer, prier, se déplacer publier* »<sup>413</sup>, pour en donner quelques exemples. L'exercice de ces droits présuppose la protection du droit à la vie et de l'intégrité corporelle, des droits qui peuvent soit être rangés, par extension, dans la catégorie des libertés, soit être considérés comme une catégorie à part<sup>414</sup>.

La Constitution protège ensuite les *droits politiques* (art. 34 [Cst.](#))<sup>415</sup>, qui jouent un rôle central dans la démocratie semi-directe suisse, où les citoyennes et citoyens disposent de différents moyens pour participer directement à l'exercice du pouvoir et sont appelés aux urnes plusieurs fois par année. Pour être en mesure d'exercer leurs droits de façon effective, les citoyennes et citoyens doivent pouvoir disposer d'informations fiables et suffisantes, et plus largement, le processus de libre formation de l'opinion politique doit être garanti. Dans cet esprit, l'art. 34 al. 2 [Cst.](#) « *protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté.* »

La Constitution contient aussi quelques garanties de *droits sociaux* (le droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 [Cst.](#)), le droit à l'enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 [Cst.](#)), et le droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 [Cst.](#))<sup>416</sup>. Ces droits sont qualifiés de « petits droits sociaux », dans la mesure où ils ne recouvrent de loin pas les droits sociaux protégés dans des conventions internationales, comme le Pacte I ou la Charte sociale européenne, un instrument que la Suisse n'a jusqu'à présent pas ratifié. Le constituant s'est en effet limité à consacrer seulement des garanties minimales en tant que droits fondamentaux, invocables en justice, et de créer une nouvelle catégorie, inconnue dans la Constitution de 1874, celle des buts sociaux. Ces derniers figurent, comme les droits fondamentaux, dans le Titre 2 de la Constitution, mais dans un chapitre distinct, pour marquer leur absence justiciabilité (art. 41 al. 4 [Cst., supra](#), IV.1.3.3).

La loi fondamentale helvétique protège enfin des garanties de l'État de droit. À la différence des libertés, les droits classés dans cette catégorie n'ont pas principalement pour objet le comportement des individus mais visent celui de l'État. Ils sont destinés à limiter « *aussi bien le contenu que la forme de l'activité étatique dans le but de soumettre l'État au respect de quelques*

<sup>411</sup> Voir p.ex. l'étude de de OESCH (2008).

<sup>412</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 8 ss, n° 12 ss.

<sup>413</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 10, n° 20.

<sup>414</sup> La dernière approche tient compte du fait que les libertés ont un aspect négatif, dans le sens qu'elles protègent non seulement la prérogative de leurs titulaires de les exercer, mais aussi celle de ne pas les exercer. Cet aspect négatif fait défaut au droit à la vie et à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Pour le droit à la vie, voir CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29.4.2002, n° 2346/02, § 39, qui distingue le droit à la vie d'une liberté classique comme la liberté d'association, en relevant « *qu'une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté est inhérente à la notion de celle-ci* » et que « *[l']article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie.* »

<sup>415</sup> Voir aussi l'art. 33 [Cst.](#), qui garantit le droit de pétition. Pour une étude approfondie des droits politiques en Suisse, au niveau fédéral et cantonal, voir HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER (2023).

<sup>416</sup> Pour une étude sur les droits sociaux en Suisse, voir HERTIG RANDALL/CHATTON (2016 et 2014). Sur les droits sociaux, voir aussi *supra*, IV.1.3.3.

règles essentielles »<sup>417</sup>. Parmi cette catégorie de droits fondamentaux, on trouve des garanties d'égalité (art. 8 [Cst.](#)), et des garanties de procédure (art. 29 – 32 [Cst.](#)), largement inspirées par les exigences de la CEDH et des garanties non écrites reconnues sous l'égide de l'ancienne Constitution. Dans une perspective de droit comparé, il est intéressant de relever que la Constitution suisse va au-delà des garanties d'égalité et des garanties de procédure. Elle protège aussi à titre de droit fondamental deux autres maximes centrales de l'État de droit, qui sont l'interdiction de l'arbitraire et la protection de la bonne foi. Ces garanties, qui ne constituent peut-être pas une singularité, mais en tout cas une spécificité du catalogue suisse de droits fondamentaux, seront brièvement présentés (*infra*, IV.2.6.3 et IV.2.6.4).

#### IV.2.6.2 Égalité et non-discrimination

Le principe d'égalité\* est indissociablement lié à d'autres principes de l'État de droit, comme celui de légalité, le principe de la séparation des pouvoirs. Nous l'avons vu, le principe d'égalité

<sup>417</sup> MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 10, n° 19.

\* NdE : Pour une comparaison sur la reconnaissance des **principes d'égalité et de non-discrimination** dans différents ordres juridiques, voir :

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, XIV und 77 S., Referenz PE 659.305 (version originale en allemand) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, XIV et 111 pp., référence PE 729.295 (version en français mise à jour et avec commentaires) ;
- **Autriche** : VAŠEK, M. : [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Österreich](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, VIII und 44 S., Referenz PE 659.277 (version originale en allemand) ; [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Autriche](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 49 pp., référence PE 659.277 (version en français avec commentaires) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.087 (version originale en français) ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Bélgica](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), julio 2022, X y 82 pp., referencia PE 733.602 (version en espagnol avec commentaires ajoutés et mise à jour) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Belgien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Dezember 2022, VII und 106 S., Referenz PE 739.262 (version en allemand mise à jour et avec commentaires) ;
- **Canada** : SHEPPARD, C. : [The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2020, VIII and 64 pp., reference PE 659.362 (version originale en anglais) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, X et 92 pp., référence PE 698.937 (version en français mise à jour et avec commentaires) ;
- **Chili** : GARCÍA PINO, G. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), marzo 2021, VIII y 120 pp., referencia PE 690.533 ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), febrero 2023, X y 178 pp., referencia PE 739.352 (deuxième édition mise à jour avec commentaires ajoutés) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Chile](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Februar 2023, XII und 210 S., Referenz PE 739.353 (version en allemand mise à jour et avec commentaires) ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen

est une des justifications centrales pour soumettre l'ensemble de l'activité étatique au respect des lois au sens matériel – des règles de droit générales et abstraites (*supra*, IV.2.1.1). De même, charger des autorités différentes de la création et de l'application du droit, comme l'exige le principe de la séparation des pouvoirs, est un garde-fou essentiel contre l'inégalité de traitement, mais non suffisant. La protection de l'égalité, en tant que droit fondamental, permet aux particuliers de s'adresser à un organe de contrôle indépendant pour corriger des inégalités. L'accès à la justice est particulièrement important pour des catégories de personnes, qui appartiennent « à un groupe déterminé qui, dans l'histoire et dans la réalité sociale actuelle, a fit l'objet d'exclusion et a été traité comme étant inférieur (...) »<sup>418</sup>. A la lumière de ce constat, la Constitution fédérale ne se contente pas d'une garantie générale d'égalité, mais

(EPRS), octobre 2020, VIII et 72 pp., référence PE 659.276 ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado – Consejo de Europa](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2022, IX y 122 pp., referencia PE 738.179 (version en espagnol avec commentaires ajoutés et mise à jour) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Europarat](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2022, X und 138 S., Referenz PE 739.217 (version en allemand mise à jour et avec commentaires) ;

- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2020, VIII y 104 pp., referencia PE 659.297 (version originale en espagnol) ; [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Espagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2022, X et 167 pp., référence PE 733.554 (version en français mise à jour et avec commentaires ajoutés) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Spanien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Januar 2023, X und 194 S., Referenz PE 739.207 (version en allemand mise à jour et avec commentaires) ;
- **États-Unis** : OSBORNE, E.L. : [The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2021, XII and 83 pp., reference PE 689.375 (version originale en anglais) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - États-Unis d'Amérique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, XIII et 111 pp., référence PE 698.938 (version en français mise à jour et avec commentaires) ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), janvier 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.061 (version originale en français) ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Francia](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), abril 2022, XI y 83 pp., referencia PE 729.378 (version en espagnol mise à jour et avec commentaires) ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [I principi di equaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2020, X e 71 pp., referencia PE 659.298 ;
- **Pérou** : ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), diciembre 2020, VIII y 64 pp., referencia PE 659.380 ;
- **Suisse** : FREI, N. : [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Schweiz](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, X und 70 S., Referenz PE 659.292 (version originale en allemand) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, X et 95 pp., référence PE 729.316 (version en français mise à jour et avec commentaires) ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), gennaio 2021, VIII e 61 pp., referencia PE 679.060.

<sup>418</sup> [ATF 129 I 232](#), c. 3.4.1., cité selon la traduction dans SJ 2003 I 513, p. 520.

complète celle-ci par l'interdiction des discriminations, une garantie à tel point centrale qu'elle est systématiquement contenue, sous une forme plus ou moins large, dans les conventions protectrices des droits humains<sup>419</sup>.

## ENCADRÉ 53

**Cst., Art. 8 : Égalité**

1 *Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.*

2 *Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.*

3 *L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.*

4 *La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.*

L'art. 8 al. 1 [Cst.](#) consacre une garantie générale d'égalité, qui est violée, selon la formule type du Tribunal fédéral, « *lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente* »<sup>420</sup>. Par sa nature large et ouverte, elle est susceptible d'appréhender tout critère imaginable qui aurait servi à une différence de traitement. Selon les domaines, le principe d'égalité pose des exigences plus ou moins élevées, laissant au législateur et aux autorités d'application du droit une liberté d'appréciation plus ou moins large. À titre d'exemple, pour des raisons de praticabilité, l'égalité ne s'oppose pas à un certain schématisme, difficilement évitable par exemple dans la législation fiscale<sup>421</sup>. En revanche, la garantie d'égalité bénéficie d'une protection renforcée dans le domaine de la liberté économique (art. 27 [Cst.](#))<sup>422</sup>. La jurisprudence a déduit de cette dernière garantie l'égalité de traitement entre personnes dans un rapport de concurrence directe, et n'admet dans ce domaine des inégalités que de façon restrictive.

L'interdiction des discriminations, garantie à l'art. 8 al. 2–4 [Cst.](#), offre une protection renforcée contre les formes d'inégalité « qualifiées »<sup>423</sup> qui portent atteinte à la dignité humaine. Ces inégalités se fondent sur des critères qui concernent « *une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer.* »<sup>424</sup> L'interdiction des discriminations reflète l'expérience de dépréciation, d'exclusion et de stigmatisation vécue par certains groupes à travers l'histoire et dans la réalité sociale contemporaine. L'art. 8 al. 2 [Cst.](#) énumère de façon non exhaustive des critères suspects, notamment l'origine (nationale ou ethnique), la « race », le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie (notion qui inclut l'orientation sexuelle), les convictions religieuses, philosophiques ou politiques et le handicap. L'art. 8 al. 3 [Cst.](#) reprend le critère du sexe, en renforçant la protection par une garantie explicite de l'égalité salariale entre femmes et hommes, et en conférant le mandat au législateur de réaliser l'égalité non seulement en droit, mais aussi dans les faits. L'art. 8 al. 4 [Cst.](#)

<sup>419</sup> Pour un aperçu des sources internationales de l'interdiction des discriminations, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 548 ss, n° 1102 ss.

<sup>420</sup> [ATF 128 I 295](#), c. 7b).

<sup>421</sup> Voir à ce sujet l'étude de OESCH (2008).

<sup>422</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 532, n° 1075.

<sup>423</sup> P.ex. [ATF 143 I 129](#), c. 2.3.1.: « *forme qualifiée d'inégalité de traitement* ».

<sup>424</sup> Voir p.ex. [ATF 143 I 129](#), c. 2.3.1.

renforce la protection contre la discrimination fondée sur un autre critère, celui du handicap, également par un mandat législatif d'adopter « *de mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées* ».

Le principe général d'égalité et l'interdiction des discriminations visent à combattre des inégalités tant dans la loi que devant la loi. Il s'agit donc d'assurer que le pouvoir législatif aussi bien que les autorités d'application du droit respectent le principe d'égalité. Le contrôle judiciaire de l'égalité et de l'interdiction des discriminations dans la loi est un garde-fou important pour des minorités ou autres groupes dont les intérêts ne sont souvent pas suffisamment représentés et pris en compte dans le processus législatif, ou deviennent même la cible de mesures d'exclusion ou de stigmatisation<sup>425</sup>. Il ne s'agit pas d'un exemple théorique<sup>426</sup>, comme le montre l'adoption de l'initiative « anti-minaret » en 2009<sup>427</sup>. Abstraction faite d'éventuels cas d'application, la présence même dans la Constitution d'une norme ouvertement et manifestement discriminatoire communique aux personnes de confession musulmanes un message d'hostilité et d'intolérance à leur égard.

La jurisprudence suisse en matière d'interdiction des discriminations est alignée avec la jurisprudence européenne et les développements en droit comparé en protégeant tant contre les discriminations directes que contre des discriminations indirectes. Elle est pour l'instant peu abondante sur la discrimination intersectionnelle, encore peu connue et théorisée en Suisse<sup>428</sup>, de même que la discrimination par association. Au sujet des mesures positives (« *affirmative actions* ») en faveur du genre sous-représenté, la jurisprudence a fait preuve d'une grande réticence à l'égard des quotas, même si la position initiale de refus a fait l'objet de quelques nuances et assouplissements<sup>429</sup>.

Dans la pratique, c'est avant tout la réalisation de l'égalité et de la non-discrimination dans les rapports de droit privé qui fait l'objet de critiques. Malgré les recommandations de la part de plusieurs organes de contrôle en matière des droits humains<sup>430</sup>, des révisions législatives, par exemple par l'adoption d'une loi générale contre la discrimination, n'ont jusqu'à présent pas été entreprises. La Suisse n'étant pas un membre de l'Union européenne, le droit européen n'a pas agi comme catalyseur de réformes, comme c'était le cas pour les États membres de l'Union. Pour une analyse plus approfondie des principes d'égalité et de non-discrimination en Suisse dans une perspective comparative, il est renvoyé à l'étude réalisée dans le même cadre que la présente contribution, et publiée en 2022<sup>431</sup>.

<sup>425</sup> Voir p.ex. HERTIG RANDALL (2010), p. 319.

<sup>426</sup> Voir VATTER (2011) et le rapport final du 14.2.2011 concernant le projet de recherche dirigé par le même auteur, « *Direkte Demokratie und religiöse Minderheiten in der Schweiz: Tyrannei der Mehrheit oder ausgebauter Minderheitenschutz? Eine Untersuchung im Rahmen des nationalen Forschungsprogramms 58 „Religionsgemeinschaften, Staat und Gesellschaft“* », disponible sur : [https://www.snf.ch/media/de/nEVA4TOAC0nCGbep/NFP58\\_Schlussbericht\\_Vatter.pdf](https://www.snf.ch/media/de/nEVA4TOAC0nCGbep/NFP58_Schlussbericht_Vatter.pdf), consulté le 20.1.2023, qui conclut que l'issue des votations populaires est souvent défavorable pour les minorités perçues comme des « *outgroups* ».

<sup>427</sup> Voir art. 72 al. 3 Cst.: « *La construction de minarets est interdite.* » Sur les initiatives populaires contraires aux droits humains, voir *supra*, IV.1.3.2.b)..

<sup>428</sup> Mais voir l'étude de KLEBER (2015).

<sup>429</sup> Voir ATF 123 I 152 ; [ATF 125 I 21](#) ; [ATF 131 II 361](#). Pour un résumé et l'évolution de cette jurisprudence, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 619 ss, n° 1246 ss.

<sup>430</sup> Voir p.ex. CERD, Observations finales Suisse, 27.12.2021, CERD/C/CHE/CO/10-12, § 6.d.

<sup>431</sup> [FREI \(2022\)](#).

### IV.2.6.3 Liberté d'expression\* et d'information (médias)

La Constitution fédérale contient différentes dispositions qui protègent différentes facettes de la communication<sup>432</sup>.

#### ENCADRÉ 54

##### Cst. : Libertés de communication

##### Art. 16 : Liberté d'opinion et d'information

1 La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties.

2 Toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion.

3 Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser.

##### Art. 17 : Liberté des médias

1 La liberté de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques est garantie.

\* NdE : Pour une comparaison de la **liberté d'expression** dans différents ordres juridiques, voir :

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Freiheit der Meinungsäußerung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2019, X und 107 S., Referenz PE 642.269 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 42 pp., référence PE 642.243 ;
- **Canada** : MOYSE, P.-E. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 71 pp., référence PE 642.244 ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 64 pp., référence PE 642.268 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVUJANO SÁNCHEZ, P. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2019, VIII y 56 pp., referencia PE 642.241 ;
- **États-Unis** : VELENCHUK, T. : [Freedom of expression, a comparative law perspective - The United States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, X and 48 pp., reference PE 642.246 ;
- **France** : PONTHEUREAU, M.-C. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 43 pp., référence PE 642.245 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2019, VIII e 55 pp., referencia PE 642.242 ;
- **Pérou** : ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), noviembre 2019, VI y 43 pp., referencia PE 644.176 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [Freedom of expression, a comparative-law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, VI and 53 pp., reference PE 642.263 ;
- **Suisse** : COTTIER, B. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VIII et 39 pp., référence PE 642.262 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2019, VI e 40 pp., referencia PE 644.172.

<sup>432</sup> Pour une étude plus approfondie réalisée dans une perspective de droit comparé, cf. [COTTIER \(2019\)](#).

2 La censure est interdite.

3 Le secret de rédaction est garanti.

**Art. 18 : Liberté de la langue**

La liberté de la langue est garantie.

**Art. 20 : Liberté de la science**

La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est garantie.

**Art. 21 : Liberté de l'art**

La liberté de l'art est garantie.

**Art. 22 : Liberté de réunion**

La liberté de réunion est garantie.

Parmi les libertés de communication, comprises au sens large, l'on peut établir une distinction en fonction de la dimension collective, plus ou moins prononcée, des droits. L'exercice de la liberté de réunion (art. 22 [Cst.](#)) et la liberté d'association (art. 21 [Cst.](#)) suppose forcément plusieurs personnes, nécessaires pour se rassembler, s'associer. C'est cette dimension collective qui permet à ces deux libertés d'agir comme catalyseur d'actions sociales. Les autres libertés de communication ont une dimension plus individuelle, et peuvent, juridiquement parlant, être exercées par une personne seule, même si le processus de communication revêt toujours une dimension sociale, et suppose une pluralité de participantes et participants. Les conventions générales des droits humains (CEDH, Pacte II), protègent ces dernières garanties par une seule disposition (art. 10 [CEDH](#), liberté d'expression ; art. 19 [Pacte II](#), liberté d'opinion et d'expression). La Constitution fédérale ne contient pas une disposition générique mais protège différentes facettes de la communication par des dispositions spécifiques, qui sont cependant régies par des principes communs.

L'art. 16 [Cst.](#) (liberté d'opinion est d'information) est une garantie avec un champ de protection très large, qui trouve application si l'état de fait n'est pas appréhendé par une disposition plus spécifique. Il protège le processus de communication du point de vue des personnes qui souhaitent émettre une opinion ou une information (art. 16 al. 2 [Cst.](#), liberté d'opinion) et d'un point de vue des personnes qui désirent en recevoir ou en rechercher (art. 16 al. 3 [Cst.](#), liberté d'information). Les deux facettes de la communication humaine sont interdépendantes, ce qui rend une délimitation artificielle. La transmission d'une information ou idée reçue est ainsi protégée tant par la liberté d'opinion que par la liberté d'information<sup>433</sup>.

L'art. 17 [Cst.](#) protège la liberté des médias, qui englobe la presse, la radio et de la télévision, ainsi que les « autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques » (art. 17 al. 3 [Cst.](#)). Cette dernière composante permet de tenir compte des développements technologiques, qui rendent par ailleurs la délimitation difficile entre les acteurs et entités qui peuvent être qualifiés de médias et invoquer l'art. 17 [Cst.](#) et ceux qui ne peuvent se prévaloir que de la disposition générale et subsidiaire de l'art. 16 [Cst.](#) Cette distinction n'est pas juste de nature théorique. L'art. 17 [Cst.](#) tient compte du rôle capital que jouent les médias dans une société démocratique, et de leur fonction de contrôle, par une protection renforcée. Codifiant la jurisprudence de la Cour EDH, le constituant a explicitement consacré le secret de rédaction (art. 17 al. 3 [Cst.](#)), qui permet aux médias de ne pas dévoiler

<sup>433</sup> Voir l'art. 16 al. 3 [Cst.](#), qui mentionne explicitement le fait de diffuser des informations comme un aspect de la liberté d'information.

leurs sources. La liberté d'information est aussi protégée de façon plus large pour les médias, un point sur lequel nous reviendrons.

A la différence des autres libertés de communication, l'art. 17 [Cst.](#) interdit explicitement la censure. Doctrine et jurisprudence considèrent cependant que l'interdiction de la censure constituent l'essence de toutes les libertés de communication. La portée de cette interdiction absolue n'est pas aisée à cerner<sup>434</sup>. Malgré des controverses et incertitudes, on peut retenir que l'interdiction de la censure s'oppose en tout cas à un régime qui soumet la diffusion des opinions ou informations à l'exigence d'un contrôle systématique et préalable.

La liberté des médias doit être lue conjointement avec l'art. 93 [Cst.](#) Cette disposition est tout d'abord une norme attributive de compétences, en vertu de laquelle la Confédération est compétente pour légiférer en matière des médias. Elle reflète ensuite l'idée que la radio et la télévision remplit un rôle d'intérêt général dans une société démocratique et « *définit un mandat de prestation* »<sup>435</sup>. Conçu en tant que service public, la radio et la télévision ont la mission de contribuer, selon l'art. 93 al. 2 [Cst.](#), « *à la formation et au développement culturel, à la libre formation de l'opinion et au divertissement prestation publique* ». Opérant dans un pays avec une grande diversité, notamment linguistique, historique, et religieuse, elles « *prennent en considération les particularités du pays et les besoins des cantons.* » Pour faire une contribution à la libre formation de l'opinion publique, qui est centrale pour toute démocratie, mais encore davantage pour une démocratie semi-directe comme la Suisse, où les citoyennes et citoyens sont appelés aux urnes plusieurs fois par années, la Constitution précise que « *la radio et la télévision présentent les événements de manière fidèle et reflètent équitablement la diversité des opinions.* » (93 al. 2 [Cst.](#)).

Pour permettre aux particuliers de se plaindre du non-respect de ces standards, l'art. 93 al. 5 prévoit la possibilité de s'adresser à une autorité indépendante. La conception de la radio et de la télévision comme un service public est mise en œuvre par un système de concessions et d'autorisations délivrées à des prestataires, dont la Constitution garantit l'indépendance et l'autonomie dans la conception des programmes (art. 93 al. 3 [Cst.](#)). Parmi ces prestataires, un rôle prépondérant revient à la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR). Au bénéfice d'une concession régulièrement renouvelée depuis 1931, cet organisme privé est financé par des fonds publics en vue de créer une offre médiatique pour l'ensemble du territoire de la Suisse.

A la différence du secteur de la radio et télévision, conçue comme un service public destiné à garantir un système pluraliste, les autres médias ne bénéficient que d'un soutien ponctuel, ce qui est problématique dans le contexte contemporain, marqué par la concentration des contenus et la disparition des journaux payants, due largement à l'effondrement des recettes publicitaires. L'art. 93 al. 4 [Cst.](#) se contente de demander à la Confédération de prendre en considération la « *situation et le rôle des autres médias, en particulier de la presse* ». Des tentatives d'inscrire dans la Constitution une disposition sur la politique des médias n'ont jusqu'à présent pas été couronné de succès<sup>436</sup>.

À part la liberté d'opinion et d'information et la liberté des médias, la Constitution contient encore trois garanties qui protègent des composantes ou facettes particulières de la communication.

---

<sup>434</sup> Pour une étude de l'interdiction de la censure, voir KRÜSI (2011).

<sup>435</sup> FF 1997 I 276.

<sup>436</sup> Voir les références dans BIAGGINI (2017), p. 825, N 16.

(1) L'art. 18 [Cst.](#) protège la liberté de la langue, à savoir la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Cette liberté s'inscrit dans un régime linguistique qui repose largement sur le principe de territorialité de la langue et doit être lue en parallèle avec des dispositions constitutionnelles sur les langues nationales (art. 4 [Cst.](#)) les langues officielles, et plus largement la politique linguistique et la compétence de la Confédération dans ce domaine (art. 70 [Cst.](#)).

(2) L'art. 20 [Cst.](#) garantit avec la liberté de la science les activités de recherche, d'enseignement, d'études et de communication scientifique. D'un point de vue institutionnel, cette disposition garantit, ensemble avec l'art. 63 al. 3 [Cst.](#), également l'autonomie des hautes écoles publiques.

(3) L'art. 21 [Cst.](#) protège la liberté de l'art, qui s'étend à tous les acteurs impliqués dans le processus allant de la création à l'aliénation d'une œuvre d'art, passant par l'intermédiaire de son exposition ou d'autres formes de représentation.

Malgré la place importante qu'occupent les libertés de communication dans le catalogue de droits fondamentaux, et leur mission d'intérêt général dans une société libre et démocratique, soulignée dans la jurisprudence, la liberté d'expression fait partie des droits le plus souvent invoqués avec succès devant la CourEDH. La jurisprudence strasbourgeoise a rendu un nombre considérable d'arrêts constatant une violation de l'art. 10 [Cst.](#), particulièrement à l'égard des médias<sup>437</sup>.

L'interprétation évolutive de l'art. 10 [CEDH](#) et d'autres garanties conventionnelles remet en outre en question l'interprétation étroite de la liberté d'information du Tribunal fédéral. Malgré l'importance croissante du principe de la publicité de l'administration, la haute cour helvétique n'a pas encore clairement franchi le pas vers l'interprétation de la liberté d'information à l'aune du principe de la transparence dans le sens d'un droit d'accès aux documents de l'administration, tel qu'il est protégé notamment dans l'art. 42 [CDFUE](#) et dans plusieurs constitutions cantonales. Même si elle a émis des doutes sur sa jurisprudence<sup>438</sup>, elle n'a pas encore abandonné l'interprétation de l'art. 16 al. 3 [Cst.](#), qui garantit le droit de se procurer des informations aux « *sources généralement accessibles* », notion qui désigne, selon le Tribunal fédéral, les sources rendues publiques par la loi. En d'autres termes, à la différence d'autres droits et libertés, l'emprise du législateur sur la liberté d'information ne se limite pas à la faculté de restreindre ladite liberté, moyennant le respect des conditions prévues à l'art. 36 [Cst.](#), mais s'étend à la définition du champ d'application même de la liberté. Celle-ci est essentiellement laissée à la disposition du pouvoir législatif. En d'autres termes, selon cette interprétation, c'est le secret de l'administration, et non la transparence qui constitue la règle. Trois facteurs réduisent aujourd'hui la portée pratique de cette jurisprudence<sup>439</sup>. Le premier tient à l'évolution législative. En effet, la plupart des collectivités publiques se sont dotées d'une législation qui érige l'accès aux documents en principe. Le second découle de la liberté des médias. Celle-ci inclut, selon le Tribunal fédéral, la liberté de rechercher activement des informations, indépendamment de la question de savoir si celles-ci sont publiques ou non, ce qui a conduit les juges fédéraux à admettre le droit d'accéder à des lieux non publics, comme

<sup>437</sup> Voir, pour des arrêts rendus dans les derniers 20 ans, CourEDH, *Jecker c. Suisse*, 6.10.2020, n° 35449/14; CourEDH *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse*, 9.1.2018, n° 18597/13; CourEDH (GC), *Perinçek c. Suisse*, 15.10.2015, n° 27510/08; Cour EDH, *Haldimann et autres c. Suisse*, 24.2.2015, n° 21830/09; CourEDH, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) c. Suisse*, 21.6.2012, n° 34124/06; CourEDH (GC), *Verein g. Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30.6.2009, n° 32772/02; CourEDH, *Damman c. Suisse*, 25.4.2006, n° 77551/01.

<sup>438</sup> [ATF 137 I 8](#), c. 2.7; [ATF 144 I 70](#), c. 5.1. (non publié).

<sup>439</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 311 ss, n° 613 ss.

une prison<sup>440</sup>, sans garantir toutefois le droit de recevoir l'accès à des documents non publics de la part de l'administration. Le troisième facteur est l'impact de la jurisprudence européenne. En tant que standard minimum qui s'impose à la Suisse, celle-ci doit veiller à interpréter les libertés fondamentales de manière conforme à la jurisprudence de la Cour<sup>441</sup>, y compris un droit d'accès à des informations plus généreux que celui découlant de l'art. 16 al. 3 [Cst.](#)

Dans une perspective de droit comparé, et à une époque où la lutte contre la désinformation est devenue une préoccupation majeure, il est intéressant de signaler que la Constitution suisse protège l'intégrité du processus de formation de l'opinion politique par le biais des droits politiques (art. 34 [Cst.](#)). Le droit à « *la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté* » (art. 34 al. 2 [Cst.](#)), garantit aux citoyennes et citoyens « *qu'aucun résultat de vote ne soit reconnu s'il ne traduit pas de façon fidèle et sûre l'expression de leur libre volonté* »<sup>442</sup>. Il protège entre autres contre des informations et interventions de la part des autorités politiques qui s'écartent de leur devoir d'objectivité, de transparence et de proportionnalité, par exemple par des informations fausses, clairement inexacts ou incomplètes<sup>443</sup>, par un manque de retenue qui leur incombe en la matière, ou par le recours à des moyens, notamment des financements, occultes. Des irrégularités qui sont propres à influencer le résultat du scrutin peuvent conduire à l'annulation de la votation sur recours de la part des particuliers. Des interventions irrégulières de la part des personnes privées, qui sont cependant tenus à des standards moins élevés que les autorités, peuvent aboutir au même résultat.

#### IV.2.6.4 Interdiction de l'arbitraire

L'État de droit s'oppose à un système politique qui livre les particuliers au bon vouloir et au caprice d'un pouvoir tyrannique et imprévisible. Il est l'antithèse de l'arbitraire. Dans l'ordre constitutionnel suisse, l'interdiction de l'arbitraire est protégée à un double titre : en tant que principe fondamental qui s'applique à l'ensemble de l'activité étatique, et qui complète la protection découlant d'autres principes constitutionnels de l'État de droit, notamment la légalité, et la séparation des pouvoirs, d'une part, et en tant que droit fondamental, d'autre part<sup>444</sup>.

#### ENCADRÉ 55

##### **Cst., Art. 9 : Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi**

*Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.*

L'art. 9 [Cst.](#) confère aux particuliers le droit individuel de ne pas être traités de façon arbitraire par les autorités étatiques. Comme l'égalité de traitement, il offre protection tant contre un contenu arbitraire de la loi (arbitraire dans la loi) que contre une application arbitraire de la loi (arbitraire devant la loi). Le premier cas de figure, rare dans la pratique, se réfère à une loi qui « *ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou n'a ni sens ni but.* »<sup>445</sup> Le second vise une

<sup>440</sup> [ATF 137 I 8](#), c. 2.5.

<sup>441</sup> Voir en particulier CourEDH (GC), *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, 8.11.2016, n° [18030/11](#).

<sup>442</sup> Voir p.ex. [ATF 145 I 207](#), c. 2.1.

<sup>443</sup> Voir *supra*, III.5.2.

<sup>444</sup> Voir p.ex. [ATF 134 IV 36](#), c. 1.4.4. Pour une étude approfondie de l'interdiction de l'arbitraire en tant que droit fondamental, voir UHLMANN (2005).

<sup>445</sup> Voir p.ex. [ATF 124 I 297](#), c. 3.b).

décision lorsque celle-ci « contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat »<sup>446</sup>. Est arbitraire l'application de la loi qui est « déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de législation en cause »<sup>447</sup>. Une violation manifeste du principe de proportionnalité peut aussi être qualifiée d'arbitraire<sup>448</sup>.

Ces formules jurisprudentielles montrent que l'interdiction de l'arbitraire est conçue comme une garantie élémentaire de justice et d'équité, et que le seuil pour admettre une violation de l'art. 9 [Cst.](#) est très élevé, comparable à celui requis pour le test « d'irrationalité » (« *Wednesbury reasonable standard* ») au Royaume-Uni<sup>449</sup>. La jurisprudence montre qu'une telle protection minimale et subsidiaire à d'autres droits fondamentaux n'est pas superflue. À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a à plusieurs reprises qualifié de contraires à l'art. 9 [Cst.](#) des décisions de refus en matière de naturalisation qui posaient des exigences déraisonnables ou excessives quant à l'intégration des personnes requérantes<sup>450</sup>.

Actuellement, l'art. 9 [Cst.](#) n'arrive pas à garantir de façon effective une activité étatique exempte d'arbitraire dans tous les domaines de vie. Le Tribunal fédéral a en effet limité la protection judiciaire de cette garantie fondamentale par une jurisprudence critiquée et critiquable<sup>451</sup>. Il considère que l'interdiction de l'arbitraire ne confère à lui seul pas un intérêt juridique pour recourir. Dans les voies de recours ordinaires au Tribunal fédéral, cette jurisprudence ne pose pas problème, étant donné qu'un intérêt de fait est suffisant pour avoir la qualité pour recourir. Un intérêt juridique est cependant requis pour pouvoir former un recours constitutionnel subsidiaire, la seule voie de droit ouverte dans les domaines pour lesquels la loi exclut la voie ordinaire (le recours en matière de droit public) pour des contestations portant sur le droit public (art. 83 [LTF](#)). Afin que le recours constitutionnel soit recevable, la partie recourante doit invoquer le grief de l'arbitraire conjointement avec la violation d'un droit que lui confère la législation applicable. Cette jurisprudence ferme la voie au Tribunal fédéral dans une grande partie du droit des étrangers, notamment à l'encontre des décisions qui refusent de délivrer une autorisation de séjour à laquelle il n'existe pas un droit<sup>452</sup>.

#### **IV.2.6.5 Protection de la bonne foi**

Comme l'interdiction de l'arbitraire, la protection de la bonne foi est garantie à un double titre, en tant que principe constitutionnel (art. 5 al. 3 [Cst.](#), voir *supra*, II.1.1) et en tant que droit

<sup>446</sup> Voir p.ex. [ATF 144 I 318](#), c. 5.4.

<sup>447</sup> Voir p.ex. [ATF 148 II 121](#), c. 5.2.

<sup>448</sup> [ATF 133 I 145](#), c. 4.2.

<sup>449</sup> Nommé selon l'arrêt de la Cour d'Appel de l'Angleterre et du Pays de Galles, *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. Pour différentes définitions jurisprudentielles données de ce standard, et les différences par rapport au principe de proportionnalité, nettement plus exigeant, voir l'arrêt de la Chambre des Lords *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] UKHL 4.

<sup>450</sup> [ATF 138 I 305](#), *supra*, III.3.2; [ATF 146 I 49](#).

<sup>451</sup> Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 637 ss, n° 1283 ss; DE ROSSA (2017), p. 46.

<sup>452</sup> Sur cette problématique, voir aussi *supra*, III.3.2.

fondamental<sup>453</sup>. À part de sauvegarder des intérêts individuels, le droit d'être traité conformément aux règles de la bonne foi permet aussi de protéger la confiance de la part des particuliers dans les autorités, un facteur qui influe sur la stabilité des institutions. Il peut être invoqué avec succès essentiellement dans deux constellations.

La première concerne le cas de figure où la même autorité adopte un comportement contradictoire (*contravenire factum proprium*) à l'égard d'une même partie, dans la même affaire, ou à l'occasion d'affaires identiques. Dans cette dernière hypothèse, un changement de pratique, motivé par des raisons pertinentes, est réservé<sup>454</sup>.

La seconde constellation vise à protéger la confiance légitime de la part des individus dans les assurances données ou les promesses faites à leur égard. La jurisprudence subordonne la protection de la bonne foi dans ces cas de figure à cinq conditions cumulatives. Il faut tout d'abord (1) que l'autorité ait fait une promesse ou donné une assurance qui sont effectives, donc suffisamment concrètes, et qui s'adressent à des personnes déterminées. Ensuite (2), la promesse ou l'assurance doit provenir d'une autorité compétente, ou au moins compétente en apparence. Si la personne administrée était consciente, ou aurait pu se rendre compte en usant l'attention commandée par les circonstances de l'incompétence de l'autorité, elle ne peut pas tirer un droit de l'art. 9 [Cst.](#) Il faut aussi (3) que le particulier n'ait pas pu se rendre compte immédiatement que le renseignement donné est inexact ou la promesse donnée irrégulière, à défaut de quoi la promesse ou l'assurance ne sont pas dignes de foi. Pour pouvoir bénéficier du droit à la protection de la bonne foi, il est encore nécessaire (4) que la personne concernée se soit fondée sur la promesse ou sur l'assurance donnée pour prendre des dispositions sur lesquelles il n'est pas possible de revenir sans subir un préjudice. Enfin (5), les particuliers ne peuvent se prévaloir de la protection de la bonne foi que si la loi n'a pas été modifiée entre-temps. Dans cette hypothèse, une protection peut découler de l'interdiction de la rétroactivité ou de la préservation des droits acquis<sup>455</sup>, qui résulte notamment de l'assurance donnée dans la loi que celle-ci ne sera pas modifiée ou au moins maintenue sans changements pendant un certain temps<sup>456</sup>. Des considérations liées à l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, et le respect des principes de proportionnalité et de la confiance, peuvent exiger de la part du législateur de prévoir des dispositions transitoires appropriées, pour permettre aux particuliers de s'adapter au nouveau régime juridique<sup>457</sup>.

Entre le droit à la protection de la bonne foi et les autres principes de l'État de droit, il existe tant des synergies que des tensions. Un comportement contradictoire de la part des autorités rend leurs actions imprévisibles, et incompatibles avec la sécurité du droit. En protégeant les particuliers dans ce type de constellations, l'art. 9 [Cst.](#) est donc au service du principe de la sécurité juridique. En même temps, le respect du droit à la protection de la bonne foi peut exiger de la part des autorités de prendre une décision contraire à la loi pour honorer leur promesse ou l'assurance donnée, ce qui entre en tension avec le principe de légalité. Le droit

---

<sup>453</sup> Pour une étude approfondie du droit à la protection de la bonne foi, voir CHIARIELLO (2003). Pour des analyses plus succinctes, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 641 ss n° 1291 ss; DUBEY (2021b), p. 375, N 67 ss; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (2018), p. 410 ss; MÜLLER/SCHÉFER (2008), p. 5 ss.

<sup>454</sup> DUBEY (2021b), p. 387s., N 97 s, avec des exemples, et MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 643 s., n° 1295 s, avec des exemples également.

<sup>455</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 646, n° 1303.

<sup>456</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 645, n° 1300.

<sup>457</sup> BIAGGINI (2017), p. 175, N 19.

à la protection de la bonne foi peut même conduire à une situation où une loi fédérale doit rester inappliquée, en dépit de la clause d'immunité<sup>458</sup>.

#### IV.2.7. Autres:

Aux principes et droits exposés précédemment s'ajoutent encore une série d'autres principes, notamment celui de publicité du droit, de la non-rétroactivité, et de la bonne foi. Pris dans leur ensemble, les différents principes sont interdépendants et se renforcent mutuellement à un point qu'il est difficile de les dissocier les uns des autres. Des tensions sont également envisageables, comme l'ont montré les développements au sujet du droit à la protection de la bonne foi, valables aussi pour le principe de même nom<sup>459</sup>.

##### IV.2.7.1 Principe de publicité du droit

Pour déployer tout son effet utile, le principe de publicité du droit doit être compris dans un sens large. Il ne se limite pas à la publicité de la législation, mais requiert aussi la transparence au niveau de l'application du droit, et s'étend à l'activité judiciaire et administrative.

Le principe de publicité de la législation est un dérivé indispensable du principe de légalité, en particulier sous l'angle de l'exigence de la prévisibilité et de la sécurité du droit. Le principe de légalité requiert que l'activité de l'État repose en règle générale sur le droit écrit, notion qui implique dans un État de droit moderne des exigences de nature formelle. Pour pouvoir déployer des effets juridiques, l'acte normatif doit être adopté par l'autorité compétente, dans la procédure prévue à cet effet, d'une part, et être publié, d'autre part. L'entrée en vigueur des actes normatifs fédéraux est ainsi conditionnée par leur publication dans le Recueil officiel du droit fédéral (art. 2 ss [LPubl](#)<sup>460</sup>), au moins cinq jours auparavant (art. 7 al. 1 [LPubl](#))<sup>461</sup>, et celle des actes cantonaux dans la publication officielle prévue par le droit cantonal. Pour les actes normatifs soumis au référendum facultatif, une publication préalable de l'acte est requise après son adoption pour signaler officiellement aux citoyennes et citoyens le début du délai référendaire. Pour les lois fédérales, le délai référendaire de 100 jours (art. 141 al. 1 [Cst.](#)) est déclenché par la publication dans la Feuille fédérale (art. 13, al. 1, let. e, [LPubl](#)). La publication dans le Recueil officiel, et l'entrée en vigueur de la loi, ne sont envisageables que si le référendum n'a pas été demandé, ou n'a pas abouti, dans le délai prévu, ou, dans l'hypothèse où il a abouti, si l'acte a été approuvé en votation populaire. L'exigence de la publication des lois adoptées par le Parlement dans la Feuille fédérale est donc aussi au service du principe démocratique.

Dans le domaine de l'activité judiciaire, le principe de la publicité est un instrument important pour le contrôle des tribunaux et la confiance des justiciables dans l'appareil judiciaire. L'exigence de publicité porte tout d'abord sur les audiences et le prononcé des jugements, et ensuite sur la publication des décisions judiciaires. La publicité des audiences et du prononcé des décisions judiciaire découle de la garantie d'un procès équitable, protégé au niveau international par les art. 6 [CEDH](#) et 14 [Pacte II](#), et en droit suisse par l'art. 30 [Cst.](#)<sup>462</sup> Cette dernière disposition prévoit à son troisième alinéa que « [l']audience et le prononcé du jugement

<sup>458</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 646, n° 1303.

<sup>459</sup> Sur la bonne foi en tant que principe constitutionnel, voir *infra*, IV.2.7.4.

<sup>460</sup> [Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004](#) (Loi sur les publications officielles, LPubl), RS 170.512, voir *supra*, II.5.1.

<sup>461</sup> Une exception s'applique à la législation urgente (art. 7 al. 3 [LPubl](#)), voir *supra*, II.5.1.

<sup>462</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 700, n° 1422.

sont publics » et réserve des exceptions prévues par la loi, ce qui permet de concilier l'exigence de la transparence avec d'autres intérêts ou publics concurrents<sup>463</sup>.

La garantie fondamentale de la publicité protège en plus des parties au procès aussi le public et les médias, qui peuvent se prévaloir, outre l'art. 30 al. 3 [Cst.](#), également de la liberté d'information (art. 16 al. 3 [Cst.](#)), ou de la liberté des médias (art. 17 [Cst.](#))<sup>464</sup>. Les médias assument, en leur rôle de chien de garde dans une société démocratique, un rôle important de contrôle de la justice, et agissent en tant qu'intermédiaires avec le public plus large, en permettant à celui-ci de vérifier le déroulement correct du procès (*supra*, III.1.7).

Le principe de la publicité en matière judiciaire exige aussi l'accessibilité des jugements. Le public doit pouvoir accéder aux décisions des tribunaux, qui comprennent la composition du tribunal, l'exposé des faits, les considérants en droit et le dispositif. Pour mettre en œuvre le principe de l'accessibilité des jugements, différentes modalités, qui peuvent être combinées, sont envisageables, allant de la mise à disposition publique des jugements, leur publication dans des recueils officiels, à leur diffusion sur Internet et leur consultation sur demande. En matière de procédure civile, l'art. 54 al. 1 [CPC](#) concrétise le principe de la publicité sans restriction, indiquant que les « décisions doivent être accessibles au public ». En matière de procédure pénale, le [CPP](#) ne contient pas une garantie analogue. Le Tribunal fédéral en déduit que le droit d'accéder à un jugement pénal n'est pas inconditionnel. Comme l'exercice de ce droit porte atteinte au droit à la protection de la sphère privée, une requête de consultation d'un jugement doit être justifiée par un intérêt légitime qui pèse plus lourd que les intérêts concurrents<sup>465</sup>.

Concernant les arrêts du Tribunal fédéral, la politique de publication adoptée pour concrétiser le principe de publicité (art. 30 [Cst.](#))<sup>466</sup>, prévoit que les arrêts de principe sont publiés dans le Recueil Officiel de Arrêts du Tribunal fédéral (ATF), accessibles sous version papier et à partir de la jurisprudence rendue en 1954, aussi en ligne. Depuis 2007, toutes les décisions sont accessibles en ligne, dans la banque de données des « autres arrêts dès 2000 », en général sous forme anonymisée. Une consultation de la totalité des décisions finales peut avoir lieu sur place. L'accès est dans ce cas de figure donné aux dispositifs avec nom des parties, à l'exclusion des motifs.

Le principe de transparence a connu une évolution et une extension notable dans le domaine de l'accès au document de l'administration. Alors que la Constitution fédérale se montre plutôt restrictive, en limitant le droit de se procurer des documents au titre de la liberté d'information « aux sources généralement accessibles » (art. 16 al. 3 [Cst.](#), voir *supra*, IV.2.6.2), la législation au niveau fédéral et cantonal a abandonné l'approche fondée sur le principe du secret de l'administration en faveur de celui de la transparence. Au niveau fédéral, la [loi fédérale sur la transparence](#) (LTrans)<sup>467</sup> vise à « promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration » (art. 1 [LTrans](#)) et conçoit la publicité, sous forme d'accès aux documents officiels, comme garant de la confiance des citoyennes et citoyens dans l'administration, de même que la participation et du contrôle démocratique sur l'activité

---

<sup>463</sup> Pour les exceptions, qui ne se justifient que pour des raisons impérieuses, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 701 ss, n° 1425 ss.

<sup>464</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 314, n° 616 s. Voir *supra*, III.1.7.

<sup>465</sup> BOHNET (2021), p. 930, N 119.

<sup>466</sup> Disponible sur [https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Divers/urteilveroeffentlichung\\_d.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Divers/urteilveroeffentlichung_d.pdf) (consulté le 9.1.2023).

<sup>467</sup> Adoptée le du 17 décembre 2004, RS 152.3.

étatique<sup>468</sup>. Elle part du principe de la publicité de l'activité de l'administration ([LTrans](#)), ce qui a pour conséquence que le refus de donner suite à une demande d'accès doit être justifié par des intérêts publics ou privés prépondérants. Au niveau cantonal, les lois cantonales suivent en générale la même logique que la LTrans. Il en va parfois de même pour des dispositions constitutionnelles récentes<sup>469</sup>.

#### IV.2.7.2 Principe de non-rétroactivité des lois

Le principe de non-rétroactivité des lois est étroitement lié à celui de la sécurité juridique, qui est un aspect fondamental de l'exigence de légalité. Il joue un rôle particulièrement important en droit pénal. La partie générale du Code pénal suisse<sup>470</sup> le garantit explicitement à l'art. 2<sup>471</sup>, juste après le principe de légalité des délits et des peines (« *nullum crimen, nulla poena sine lege* ») (art. 1 [CP](#)). Les deux garanties sont consacrées à l'art. 7 [CEDH](#), sous l'intitulé « Pas de peine sans loi »<sup>472</sup>, ce qui souligne l'interdépendance entre le principe de légalité et celui de non-rétroactivité, et leur caractère fondamental dans le domaine du droit pénal.

Bien que le principe de non-rétroactivité ne soit pas mentionné explicitement dans la Constitution fédérale, il est reconnu de longue date en tant que principe dérivé de celui de légalité<sup>473</sup>, garanti dans la Constitution en tant que principe constitutionnel applicable à l'ensemble de l'activité étatique (art. 5 al. 1 [Cst.](#)). Pour saisir sa portée, il convient de distinguer la rétroactivité proprement dite et la rétroactivité improprement dite :<sup>474</sup> les deux cas de figure ont en commun qu'ils concernent une situation où une loi est appliquée à des faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la loi. Dans la première hypothèse, les faits se situent intégralement sous l'empire de l'ancienne loi, dans la mesure où ils ont pris fin avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ; dans la seconde, les faits perdurent après l'entrée en vigueur.

Le principe de non-rétroactivité dérivé de l'art. 5 al. 1 [Cst.](#) ne s'oppose qu'à la rétroactivité proprement dite. La jurisprudence admet cependant des dérogations à l'interdiction de la rétroactivité, moyennant le respect de cinq conditions<sup>475</sup> : la première exige que la rétroactivité proprement dite soit explicitement prévue par la loi ou qu'elle en résulte de manière évidente. La seconde condition, qui est un cas d'application du principe de la proportionnalité, admet l'effet rétroactif d'une loi seulement si elle est raisonnablement limitée dans le temps. La troisième condition se réfère, comme la seconde, à une exigence fondamentale de l'État de droit, en stipulant que la rétroactivité ne doit pas conduire à des inégalités choquantes. La quatrième condition subordonne l'effet rétroactif d'une loi à l'exigence qu'il réponde à un intérêt public digne de protection, se rattachant également à un principe régissant l'activité d'un État de droit (art. 5 al. 3 [Cst.](#)). La cinquième et dernière condition commande le respect des droits acquis. En encadrant les dérogations à l'interdiction

<sup>468</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 312, n° 613.

<sup>469</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 311, n° 613.

<sup>470</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

<sup>471</sup> L'application rétroactive d'une loi plus favorable à la personne accusée (*lex mitior*) reste réservée.

<sup>472</sup> Une garantie analogue est contenue à l'art. 15 du [Pacte II](#).

<sup>473</sup> Certains auteurs rattachent ce principe aussi à l'égalité de traitement (voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 750, n° 1558).

<sup>474</sup> Sur cette distinction, voir DUBEY (2021a), p. 199 N 53; TANQUEREL (2018), p. 142 s., n° 418 s.

<sup>475</sup> Voir TANQUEREL (2018), p. 143 s, n° 420; DUBEY (2021a), p. 199 N 53 et références jurisprudentielles citées.

de la rétroactivité des lois de façon stricte, la jurisprudence assure que celle-ci reste une exception très limitée aux exigences de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit<sup>476</sup>.

#### **IV.2.7.3 Principes de l'intérêt public et de la proportionnalité**

Les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité sont deux principes de l'État de droit qui peuvent se chevaucher en partie, la distinction entre les deux n'étant dans la pratique pas toujours facile à opérer<sup>477</sup>. Les deux principes n'ont trouvé aucune mention dans la Constitution de 1848/74 et sont d'origine prétorienne. La jurisprudence les façonnés en lien avec les restrictions des libertés fondamentales. Ils sont à ce titre codifiés à l'art. 36 [Cst.](#) (*supra*, IV.2.6.2), qui régit les limitations des droits fondamentaux. Par leur mention à l'art. 5 [Cst.](#), le constituant a conféré aux deux principes une portée plus large, et a souligné leur importance en tant qu'élément de l'État de droit.

Le principe de l'intérêt public reflète l'idée républicaine selon laquelle l'activité de l'état doit être orientée vers l'intérêt commun, la « chose publique » (« *res publica* »), et ne pas être au service d'intérêts particuliers. Dans le même ordre d'idée, la loi est censée exprimer la volonté générale. Le principe de l'intérêt public présente donc un lien étroit avec l'idéal démocratique, la démocratie n'étant pas seulement un gouvernement du peuple par le peuple, mais aussi pour le peuple (« *government of the people, by the people, for the people* », selon la célèbre expression du Président Lincoln). L'intérêt public n'est pas une notion facile à cerner et ne se prête pas à une définition exhaustive<sup>478</sup>.

Son contenu et ses contours varient dans l'espace et dans le temps, en fonction du contexte politique, sociétal, culturel et économique. Négativement parlant, le principe de l'intérêt public s'oppose à un système politique fondé sur le népotisme et le clientélisme, où l'État est inféodé à certaines personnes ou classes, et instrumentalisé pour servir leurs intérêts particuliers. Positivement parlant, l'intérêt public englobe selon la jurisprudence constante en matière de droits fondamentaux incontestablement les valeurs dites « policières » ou « de police », qui comprennent l'ordre, la sécurité, la santé, la tranquillité et la moralité publique, ainsi que la bonne foi dans les affaires. Ce « noyau dur »<sup>479</sup>, qui se réfère aux fonctions étatiques jugées essentielles selon une conception libérale d'un État limité, a été complété par la suite par d'autres intérêts, comme les intérêts liés à l'État social, ou ceux portant sur l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, et des monuments ainsi que des sites. Les dispositions constitutionnelles, fédérales et cantonales sur les tâches attribuées aux différents échelons de l'État, et les articles sur les buts de l'État, peuvent fournir des repères pour identifier quels intérêts sont considérés comme étant des intérêts publics<sup>480</sup>.

Comme la détermination de l'intérêt public est une « *question éminemment politique* »<sup>481</sup>, les autorités disposent d'une marge de manœuvre considérable<sup>482</sup> pour identifier les intérêts suffisamment importants en vue d'être qualifiés d'intérêts publics. En raison de cette marge

---

<sup>476</sup> DUBEY (2021a), p. 199 N 53, qui relève que les cas d'application d'une dérogation au principe de non-rétroactivité sont rares.

<sup>477</sup> BIAGGINI (2017), p. 108 s., N 15.

<sup>478</sup> Pour des analyses approfondies de l'intérêt public, voir WYSS (2001), MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 755 ss.

<sup>479</sup> AUBERT/MAHON (2003), p. 327, N 14.

<sup>480</sup> Voir p.ex. BIAGGINI (2017), p. 109, N 16.

<sup>481</sup> AUBERT/MAHON (2003), p. 326, N 13.

<sup>482</sup> Voir BIAGGINI (2017), p. 109, N 18, qui parle d'une marge de manœuvre en matière d'évaluation, de prévision et de conception (« *Bewertungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum* »).

d'appréciation considérable laissée au pouvoir législatif et exécutif, le pouvoir judiciaire fait preuve d'une grande retenue et ne remet que très rarement en cause la détermination de l'intérêt public opérée par les autres pouvoirs<sup>483</sup>. Cette affirmation, valable pour l'intérêt public dans le domaine de la restriction des droits fondamentaux, vaut à plus forte raison encore pour l'intérêt public en tant que principe constitutionnel de l'État de droit, en raison de son large champ d'application large, visant l'ensemble de l'activité étatique. A ce point s'ajoutent des incertitudes sur la signification et la portée de l'intérêt public en tant que principe constitutionnel, qui ne sont pas forcément identiques à la notion utilisée à l'art. 36 al. 2 [Cst.](#) concernant les droits fondamentaux.

Le principe de la proportionnalité est lié à des idées de justice qui plongent leurs racines loin dans l'histoire<sup>484</sup>, telles que le « juste milieu » (conception de la vertu chez Aristote), la modération, une juste mesure, ou un juste équilibre à respecter entre différents éléments (*pro portione*), et l'équité, qui agit comme correctif de l'égalité, en apportant des tempéraments à la rigueur de l'application d'une norme générale et abstraite.

En droit constitutionnel suisse, la proportionnalité tire son origine dans la jurisprudence en matière du droit de la police<sup>485</sup>. L'idée de base était que l'intervention de la police devait être proportionnée au but visé. Il s'agissait avant tout de limiter le pouvoir des autorités étatiques, ce qui est une préoccupation centrale de l'État de droit. La jurisprudence a par la suite progressivement élargi la portée de la proportionnalité, qui devient, sous l'empire de l'ancienne Constitution, un principe général du droit administratif et une condition de restriction des droits fondamentaux. A ce dernier titre, il est codifié à l'art. 36 al. 3 [Cst.](#) L'art. 5 al. 3 [Cst.](#) élève la proportionnalité au niveau d'un principe constitutionnel, valable pour l'ensemble de l'activité étatique.

La jurisprudence, secondée par la doctrine, a identifié trois composantes du principe de la proportionnalité, qui ont pour but de concrétiser le principe et de canaliser l'examen des mesures étatiques remises en question à l'aune du principe, par une analyse successive de chaque élément<sup>486</sup>. Pour être conforme au principe de la proportionnalité, une mesure étatique doit tout d'abord satisfaire la condition de l'aptitude, ce qui revient à démontrer que la mesure est adéquate pour réaliser l'objectif poursuivi. Dans la pratique, cette la jurisprudence remet rarement en cause la réalisation de cette condition, laissant une marge de manœuvre considérable aux autorités politiques. Dans cet esprit, une aptitude partielle, ou le doute, profitent aux pouvoirs politiques. Ensuite, une mesure étatique doit satisfaire l'exigence de la nécessité: il convient d'examiner si des mesures moins restrictives permettraient d'atteindre l'objectif visé. A cette étape de l'examen, il convient d'analyser les mesures alternatives, et la réduction de leur champ (notamment géographique, personnel et matériel) qui sont envisageables. Des mesures qui ne sont assorties d'aucune exception, risquent de poser problème sous l'angle de la nécessité de même que sous le troisième et dernier élément de la proportionnalité: la proportionnalité au sens étroit porte sur la relation entre le but et les moyens utilisés, qui doivent être dans un rapport raisonnable. Il convient d'identifier les intérêts concurrents en jeu et de les pondérer (mise en balance des intérêts) pour examiner si les intérêts poursuivis par une mesure étatique l'emportent sur les droits et

<sup>483</sup> Sur le pouvoir d'examen du grief fondé sur l'intérêt public, voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 803 et références citées.

<sup>484</sup> Voir à ce sujet GUILMAIN (2015); RÜTSCHÉ (2020), p. 1049 ss, n° 1 ss.

<sup>485</sup> Pour le développement de la proportionnalité en droit suisse, voir RÜTSCHÉ (2020), p. 1050 ss, n° 6 ss.

<sup>486</sup> Pour les trois éléments de la proportionnalité, voir p.ex. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021 b), p. 115 ss, n° 230 ss.

intérêts concurrents. Des mesures qui imposent à des particuliers des fardeaux déraisonnables et excessives, ou, qui « *tirent sur des moineaux avec des canons* », ne respectent pas les exigences de la proportionnalité au sens étroit.

La sous-division du principe de proportionnalité en trois sous-principes conduit à un examen plus structuré qu'une approche qui se contente d'une mise en balance des intérêts au cas par cas. Le « *ad hoc balancing* » a fait l'objet de critiques surtout aux États-Unis comme une méthode qui manque de prévisibilité<sup>487</sup>. La rationalisation de l'examen de la proportionnalité à travers les trois sous-éléments réduit ce risque. L'émergence progressive à travers la jurisprudence de certains cas de figure récurrents, et de certains critères de pondération réduisent aussi l'imprévisibilité. Comme l'examen de la proportionnalité est une méthode<sup>488</sup> qui tient compte de l'ensemble des circonstances d'un cas d'espèce, et consiste à comparer et à pondérer des intérêts sans pouvoir recourir à une métrique commune<sup>489</sup>, une certaine dose d'imprévisibilité est cependant irréductible. Il existe pour cette raison une certaine tension entre la flexibilité inhérente à la proportionnalité d'une part, et la rigueur du principe de légalité, d'autre part. Ce constat ne doit pas conduire à jeter le bébé avec le bain. Pour jouer son rôle correcteur et garantir que l'application mécanique de la loi ne conduise pas à l'injustice (« *summum ius, summa iniuria* »), la proportionnalité doit conserver une dose de flexibilité, nécessaire pour tenir compte des spécificités du cas d'espèce. Elle devient problématique si elle est appliquée de façon trop extensive, est sans tenir compte des principes constitutionnels concurrents, en particulier de la légalité, mais aussi de la séparation des pouvoirs et du principe démocratique<sup>490</sup>. Tout est finalement question de garder une juste mesure, comme nous l'enseigne le principe même de la proportionnalité. La modulation de l'examen de la proportionnalité, qui laisse aux autorités une marge de manœuvre plus ou moins grande en fonction de certains paramètres identifiés par la doctrine et la jurisprudence<sup>491</sup>, répond à cette préoccupation. Pour tenir compte des préoccupations de nature fédéraliste, le Tribunal fédéral différencie lors de l'examen du droit cantonal selon que l'acte cantonal porte atteinte à un droit fondamental ou non. Dans le premier cas, il procède à un examen libre de la proportionnalité, en tant que condition de restrictions des droits fondamentaux (art. 36 al. 3 [Cst.](#)). Dans le second cas, il ne revoit le grief de la violation de la proportionnalité, en tant que principe général de l'activité étatique (art. 5 al. 2 [Cst.](#)) que sous l'angle restreint de l'arbitraire<sup>492</sup>.

#### **IV.2.7.4 Principe de la bonne foi**

Le principe de la bonne foi renvoie à des valeurs telles que la loyauté et la confiance qui doivent être respectées dans les rapports juridiques. Négativement parlant, le respect de ce principe s'oppose à un comportement contradictoire et à la tromperie<sup>493</sup>. Dans l'ordre

<sup>487</sup> Pour le rejet de cette méthode en lien avec la liberté d'expression, voir p.ex. Cour suprême des États-Unis, *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460 (2010); sur les risques du « Ad hoc balancing », et l'approche alternative développée par la Cour suprême des États-Unis (« categorical balancing »), voir BATCHIS (2017).

<sup>488</sup> Sur la question de savoir si la proportionnalité est une véritable méthode, et une réponse affirmative, voir RÜTSCHÉ (2020), p. 1064 ss, n° 31 ss.

<sup>489</sup> Pour l'argument de l'incommensurabilité, et une nuance de celui-ci, voir RÜTSCHÉ (2020), p. 1065 s., n° 33.

<sup>490</sup> Voir RÜTSCHÉ (2020), p. 1070 s., n° 45.

<sup>491</sup> Pour un aperçu, voir BIAGGINI (2007), p. 110, N 21a.

<sup>492</sup> Voir BIAGGINI (2007), p. 110s, N 21a et jurisprudence citée; pour une critique, voir MOOR/FLÜCKIGER/MARTENENT (2012), p. 813 s.; à noter qu'en l'absence de considérations fédéralistes, le Tribunal fédéral ne limite pas son pouvoir d'examen lorsqu'il s'agit d'examiner la proportionnalité du droit fédéral.

<sup>493</sup> AUBERT/MAHON (2003), p. 46, N 15.

juridique suisse, ce principe trouve une assise normative centenaire dans le Code civil. Selon l'art. 2 [CC](#), chaque personne « *est tenu[e] d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi* » (al. 1), l'abus manifeste d'un droit n'étant pas protégé par la loi (al. 2). La Constitution de 1999 codifie l'exigence de la bonne foi à un double titre : d'une part, en tant que principe régissant l'activité de l'État régi par le droit (art. 5 al. 3 [Cst.](#)), ce qui élève la bonne foi d'un principe général de droit en un principe de rang constitutionnel<sup>494</sup>, et d'autre part en tant que droit fondamental (art. 9 [Cst.](#)), déjà examiné dans le cadre de cette étude (*supra*, IV.2.7.4). La relation, à la fois synergétique qu'antinomique, de la protection de la bonne foi avec d'autres principes de l'État de droit, en particulier celui de la légalité, a été examinée dans ce contexte.

En tant que principe général de droit constitutionnel, l'exigence de la bonne foi a une portée très large : il ne concerne pas uniquement le comportement des autorités à l'égard des particuliers, mais vise aussi l'interaction entre les autorités, et le comportement des particuliers à l'égard des autorités<sup>495</sup>, voire les interactions entre particuliers<sup>496</sup>. En effet, l'art. 5 al 3 [Cst.](#) mentionne explicitement les personnes privées, indiquant que « [l]es organes de l'État *et les particuliers* doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. »<sup>497</sup> Dans la mesure où le comportement conforme à la bonne foi de la part des autorités à l'égard des particuliers bénéficie d'une protection renforcée, en tant que droit fondamental, le principe constitutionnel consacré à l'art. 5 al. 3 [Cst.](#) déploie une importance pratique principalement en tant que maxime adressée aux particuliers<sup>498</sup>. À cet égard, la doctrine souligne la nature asymétrique du principe de la bonne foi, qui impose des exigences nettement moindres aux particuliers qu'aux autorités. À défaut de consacrer un devoir fondamental, le principe de la bonne foi ne fonde à lui seul pas des obligations indépendantes qui pourraient être mises en œuvre par la voie judiciaire à la charge des particuliers<sup>499</sup>. Il revêt une importance pratique par exemple dans le domaine de la procédure, où il peut être appliqué entre autres pour sanctionner les invocations tardives d'un grief, lié notamment à un vice formel de la procédure<sup>500</sup>. Les justiciables qui sont conscients d'un vice de procédure et laissent la procédure se dérouler, pour la remettre en question à la fin, adoptent un comportement contradictoire qui est incompatible avec les règles de la bonne foi<sup>501</sup>. Le principe de la bonne foi permet aussi de corriger des comportements de la part des particuliers qui constituent un abus de droit ou qui visent à contourner une interdiction légale (fraude à la loi)<sup>502</sup>.

<sup>494</sup> EPINEY (2014) p. 112, N 72.

<sup>495</sup> AUBERT/MAHON (2003), p. 46, N 15.

<sup>496</sup> BIAGGINI (2017), p. 111 N 24 relève à juste titre que la question de savoir si l'art. 5 al. 3 [Cst.](#) s'applique aussi dans les rapports entre particuliers ou seulement dans les rapports entre les particuliers et les autorités est de nature purement théorique, étant donné que le respect de la bonne foi dans les relations juridiques inter-individuelles est déjà prévu à l'art. 2 CC.

<sup>497</sup> Mise en exergue par l'autrice.

<sup>498</sup> SCHINDLER (2014), BIAGGINI (2017), p. 111 s., N 24.

<sup>499</sup> BIAGGINI (2017) p. 11, N 24.

<sup>500</sup> Voir DUBEY (2021a), p. 235 s., N 126 ss.

<sup>501</sup> DUBEY (2021a), p. 236, N 126.

<sup>502</sup> Pour des exemples, voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 648, n° 1308.

### IV.3. Portée de l'État de droit : éléments qui pourraient en faire partie à l'avenir

#### IV.3.1. De nouveaux droits fondamentaux ?

Les droits fondamentaux recouvrent aujourd'hui un champ très large. Interprétés de façon évolutive, ils peuvent offrir des réponses à de nombreux défis contemporains. Comme la frontière entre la reconnaissance d'un nouveau droit, et l'interprétation dynamique d'un droit existant n'est pas étanche, il nous semble important de ne pas limiter la réflexion à la nécessité de consacrer des nouveaux droits, et d'examiner dans quelle mesure des lacunes de protection pourraient être comblées par le biais de l'interprétation des droits existants. Pour garantir le caractère concret et effectif des droits, des difficultés liées à leur mise en œuvre, et des obstacles à la protection juridictionnelle, doivent aussi être pris en compte. Notre analyse prendra le cas de la Suisse comme point de départ. Certains problèmes que nous allons mettre en exergue seront spécifiques à l'ordre juridique suisse, mais d'autres seront communs à d'autres États et pourront nourrir la réflexion sur la portée de l'État de droit pour l'avenir.

En reprenant les catégories de droits fondamentaux présentés précédemment (*supra*, IV.2.6.3), nous aimerions mettre en exergue certaines difficultés, dont une bonne partie pourrait être résolues par le biais de l'interprétation, pour renforcer la protection des droits concernés.

#### IV.3.1.1 Renforcement des libertés de communication

L'importance accordée à la transparence dans le contexte contemporain s'accommode mal avec l'interprétation littérale et restrictive de la liberté d'information, selon laquelle le champ de cette liberté est limitée aux « *sources généralement accessibles* » (art. 16 al. 3 [Cst.](#), *supra*, IV.2.6.2). Comme pour d'autres droits fondamentaux, la liberté devrait constituer la règle, et les restrictions que la loi leur apporterait ne devraient être admissibles que moyennant le respect des conditions de restrictions (art. 36 [Cst.](#)).

Toujours sous l'angle de la transparence, la protection des lanceurs et lanceuses d'alerte mérite d'être renforcée. Alors que la liberté d'expression, telle qu'interprétée par la CourEDH<sup>503</sup>, s'étend aussi à la dénonciation d'irrégularités, dans le secteur tant public que privé, les tentatives de se doter d'un cadre législatif pour protéger les lanceurs et lanceuses d'alerte dans les rapports de droit privés se sont soldées par un échec. Après presque deux décennies, une révision du Code des obligations avec l'objectif de clarifier et renforcer la protection des lanceurs et lanceuses d'alerte a échoué en 2020, faute d'accord entre les deux chambres<sup>504</sup>. L'absence de réglementation place la Suisse en retard par rapport à l'Union européenne, qui a adopté une directive en 2019 en la matière<sup>505</sup>. Elle l'expose aussi à la critique de la part de l'OCDE. En juillet 2022, le Groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption a exprimé sa préoccupation suite à l'échec de la réforme, et a annoncé une mission de haut niveau en Suisse si des progrès ne seraient pas réalisés rapidement<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> Voir CourEDH (GC), *Guja c. Moldavie*, 12.2.2008, n° 14277/04 ; pour des affaires concernant les rapports de droit privé, cf. CourEDH, *Heinisch c. Allemagne*, 21.7.2011, n° 28274/08 ; CourEDH (GC), *Halet c. Luxembourg*, 14.2.2023, n° 21884/18.

<sup>504</sup> Voir FF 2013 8547, FF 2019 1403 ; FF 2019 1423 ; BO 2019 ; BO 2020 N 136.

<sup>505</sup> Directive (UE) 2019/1037 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

<sup>506</sup> Voir « Déclaration du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption : La Suisse devrait prendre de toute urgence des mesures concrètes pour adopter des réformes législatives clés », disponible sur

Dans une perspective de droit comparé, la protection d'une autre liberté de communication, celle de réunion, a aussi certaines faiblesses. Tout d'abord, les lois régissant les manifestations sur le domaine public prévoient en général l'exigence d'une autorisation préalable. La jurisprudence et la doctrine majoritaire s'accommodent de ce régime, au motif qu'il n'est pas contraire à la liberté de réunion, sans discussion approfondie des directives élaborées dans le cadre de l'OSCE et de la Commission de Venise, qui se prononcent clairement en faveur d'un régime de notification<sup>507</sup>. Les mêmes directives préconisent aussi une voie de recours à une instance indépendante, qui statue dans des délais brefs, pour assurer que des décisions négatives concernant la tenue d'une manifestation puissent être contrôlées avant la date prévue pour l'événement<sup>508</sup>.

En Allemagne, par exemple, la législation en matière de procédure permet même d'assurer un double degré de juridiction, d'abord par une instance au niveau du *Land*, et ensuite par la Cour constitutionnelle. Ce contrôle a pris toute son importance dans le contexte de la pandémie Covid-19. Par le biais de mesures provisionnelles urgentes (« *Eilrechtsschutz* »), la Cour constitutionnelle a pu intervenir très rapidement, à savoir quelques jours seulement après la notification des événements planifiés<sup>509</sup>, pour clarifier qu'une interdiction générale des manifestations sur le domaine public était inconstitutionnelle<sup>510</sup>.

En Suisse, des voies de droit disponibles ne sont pas aussi promptes qu'en Allemagne. Dans le contexte de la pandémie du Covid-19, le Tribunal fédéral s'est prononcé trop tard pour pouvoir assurer une protection effective à l'encontre des restrictions massives de la liberté de réunion prises pour lutter contre la propagation du Coronavirus. Concernant les recours au niveau cantonal, leur célérité n'a souvent pas été suffisante<sup>511</sup>. De surcroît, l'écoulement du temps peut porter préjudice aux personnes recourantes, dans la mesure où leurs recours risquent d'être déclarés irrecevables, faute d'intérêt actuel<sup>512</sup>. Le même motif peut conduire le Tribunal fédéral à ne pas entrer en matière<sup>513</sup>, ce qui a pour conséquence que la liberté de

<https://www.oecd.org/fr/presse/declaration-du-groupe-de-travail-de-l-ocde-sur-la-corruption-la-suisse-devrait-prendre-de-toute-urgence-des-mesures-concretes-pour-adopter-des-reformes-legislatives-cles.htm>

(consulté le 14.3.2023). Voir aussi l'interpellation n° 22.4384 du 14.12.2022 de Laurence Rielle Fehlmann « Protection des lanceurs d'alerte. La Suisse sous le feu des critiques ». Le Conseil fédéral a reconnu l'importance du problème, mais a estimé qu'il ne serait pas judicieux de soumettre au Parlement un nouveau projet législatif compte tenu de l'échec de la révision du Code des obligations en 2020.

<sup>507</sup> Lignes directrices du BIDDH/OSCE et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique, 2e éd., Strasbourg 2015, § 118.

<sup>508</sup> *Ibid.*, § 66, § 138.

<sup>509</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19. Les manifestations, prévues pour des dates allant du 14 au 17 avril 2020, ont été notifiées le 4 avril 2020. Le tribunal administratif au niveau du Land a statué le 14 avril. La Cour constitutionnelle a été saisie le même jour et a rendu une décision le lendemain.

<sup>510</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19.

<sup>511</sup> Voir p.ex. TF, arrêt 1C\_47/2021 du 21 juillet 2021.

<sup>512</sup> Voir p.ex. TF, arrêt 1C\_47/2021 du 21 juillet 2021.

<sup>513</sup> Voir p.ex. TF, arrêt 1C\_47/2021 du 21 juillet 2021, qui résume la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de la recevabilité des recours faute d'intérêt actuel. Les juges fédéraux entrent en matière sur des recours, en faisant exceptionnellement abstraction de l'intérêt actuel, « *quand la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse* » (c. 3.2.) Dans le contexte de la pandémie du Covid-19, le Tribunal fédéral a estimé que ces conditions n'étaient pas remplies, « *compte tenu de l'évolution rapide de la situation et de la réglementation dans ce domaine (...)* », ce qui rendait très peu probable de « *penser qu'une nouvelle demande de manifestation serait soumise à des règles identiques ou analogues au cas d'espèce, s'agissant à tout le moins du nombre de personnes*

réunion risque d'être vidée de sa substance en temps de crise. Aussi en temps ordinaires, la célérité des voies de droit est un élément essentiel pour que la liberté de réunion puisse déployer sa fonction d'alerte et de contrôle, fondamentale dans une société démocratique. À noter qu'une requête pendante devant la Grande Chambre de la CourEDH pourrait conduire à des impulsions pour améliorer la protection juridictionnelle contre des décisions négatives en matière de manifestations<sup>514</sup>.

#### **IV.3.1.2 Renforcement de l'interdiction des discriminations**

Des lacunes de protection existent aussi dans l'arsenal juridique destiné à mettre en œuvre l'interdiction des discriminations. Comme pour les libertés de communication relatives aux lanceurs et lanceuses d'alerte, la protection dans les relations de droit privé n'est pas garantie de façon suffisamment effective<sup>515</sup>, alors que les domaines de l'emploi et du logement sont des domaines de vie particulièrement concernés par la discrimination, notamment raciale<sup>516</sup>. Jusqu'à présent, aucune suite n'a été donnée à des propositions d'adapter le cadre légal, par exemple par l'adoption d'une loi générale sur l'égalité. Le politique ne s'est pas non plus saisi de l'accès à la justice, un domaine où les victimes de discrimination se heurtent à des obstacles sensibles<sup>517</sup>.

Dans le domaine du principe d'égalité, la question des inégalités de traitement fondées sur la nationalité mérite aussi une réflexion critique, même si des réformes fondamentales ont peu de chances d'aboutir dans un avenir proche. En Suisse, les personnes étrangères constituent plus d'un quart de la population mais restent largement exclues de l'exercice des droits politiques. Au niveau cantonal, on constate une tendance vers l'élargissement de la titularité

---

*autorisées à manifester.* » (c. 3.2.).

<sup>514</sup> Voir CGAS c. Suisse, n° [21881/20](#). L'arrêt de Chambre, rendu le 15 mars 2022, a retenu une violation de la liberté de réunion, ayant déclaré la requête recevable malgré le fait que les organisateurs de la manifestation en question avaient retiré leur demande de manifestation, et n'avaient pas fait recours au niveau interne. L'on peut se demander si les juges de Strasbourg n'ont pas trop facilement admis une exception à l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. Cela nonobstant, le raisonnement dans l'arrêt de chambre contient une critique pertinente de la protection juridictionnelle de la liberté de réunion, qui se fonde sur un arrêt du Tribunal fédéral analogue à l'arrêt mentionné ci-dessus, sous note de bas de page 511-513: « *S'agissant plus spécifiquement de la liberté de réunion, le Tribunal fédéral, par un arrêt du 12 août 2021 (1C\_524/2020, au paragraphe 27 ci-dessus), a déclaré irrecevable un recours pour défaut d'intérêt actuel dans la mesure où la demande d'autorisation de manifester portait sur une date déjà échue au moment du prononcé de l'arrêt attaqué et où les restrictions auparavant en vigueur avaient été levées et ne se répéteraient très probablement pas de la même manière à l'avenir. Le Tribunal fédéral n'a dès lors pas statué sur le fond du recours et n'a pas procédé à un contrôle préjudiciel de constitutionnalité de l'ordonnance fédérale. La Cour note que, dans cette affaire, même la première instance avait rendu son arrêt après la date de la réunion pour laquelle une autorisation avait été demandée. Or un tel retard n'est pas compatible avec le principe découlant de la jurisprudence bien établie de la Cour selon lequel un recours effectif requiert que le contrôle d'un refus d'autorisation intervienne avant la date même de la réunion ou de l'assemblée prévue.* » (§ 58).

<sup>515</sup> Voir p.ex. la publication sur le site du Centre compétence des droits humains, « Lutter contre les discriminations raciales au travail en transposant la loi sur l'égalité » du 5.10.2020 (disponible sur <https://skmr.ch/fr/publications-documentations/abschlusspublikation/beka%CC%88mpfung-rassistischer-diskriminierung-am-arbeitsplatz-mechanismen-aus-dem-gleichstellungsgesetz-al-s-inspiration>, consulté le 14.3.2022), qui contient des références à la situation juridique actuelle, les critiques des instances internationales, des perspectives de droit comparé et des propositions de réforme.

<sup>516</sup> Voir l'étude sur le racisme structurel en Suisse de MUGGLI/EFONAYI/RUEDIN/D'AMATO (2022), p. 7 s. p. 25 ss.

<sup>517</sup> Voir l'étude de KÄLIN/LOCHER (2015), et la publication sous note de bas de page 515.

des droits politiques, sous l'influence du modèle de la citoyenneté de l'UE<sup>518</sup>. Au niveau fédéral, la nationalité reste une condition indispensable pour l'exercice des droits politiques.

Les difficultés liées à l'écart entre les personnes qui participent, directement ou indirectement à l'élaboration des normes juridiques, et celles qui y sont soumises, sont à notre sens accentuées dans la démocratie semi-directe suisse<sup>519</sup>. Comme nous l'avons montré, des initiatives populaires peuvent avoir des conséquences très incisives sur des personnes étrangères (*supra*, IV.1.3.2), concernées directement ou indirectement, à travers des initiatives qui ciblent des groupes de personnes en fonction d'un autre critère que la nationalité, mais qui touchent de façon prépondérante les personnes étrangères. L'acceptation de plusieurs initiatives est illustrative à cet égard. Il sied de mentionner l'initiative sur le « renvoi des étrangers criminels », l'initiative « contre l'immigration de masse », de même que celle « contre la construction de minarets » et l'initiative « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » (initiative dite « anti-burqa »<sup>520</sup>). La formulation très restrictive des motifs d'invalidité (« respect des règles impératives du droit international », *supra*, Encadré 4) et une pratique des autorités politiques extrêmement respectueuse des droits populaires a pour conséquence que même des initiatives qui sont manifestement incompatibles avec les droits humains sont soumises au peuple, ce qui accentue encore davantage l'importance de la participation politique. Des mécanismes indirects, via l'exercice des libertés de communication, qui sont ouverts indépendamment de la nationalité, ne sont à notre sens pas un substitut pour une participation directe. L'absence du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales conduit à la même conclusion. Comme les autorités judiciaires sont tenues d'appliquer les lois fédérales, même si elles sont inconstitutionnelles (*infra*, IV.4.1.1), la juridiction constitutionnelle ne peut jouer le rôle de garde-fous à l'égard des personnes exclues du processus politique que de façon limitée. Dans ce contexte, l'élargissement des droits politiques aux personnes étrangères, dans des conditions à définir, serait une solution adaptée au système politique suisse, et aussi en phase avec la réalité des sociétés contemporaines, marquées par la diversité et la migration.

### **IV.3.1.3 Renforcement des droits sociaux**

Dans le domaine des droits sociaux, la distinction entre les nationaux et les personnes étrangères, et avant tout entre différentes catégories de personnes étrangères, jouent aussi un rôle important. À partir de l'an 2003, des révisions législatives se sont enchaînées qui ont conduit à un système hautement différencié dans le domaine de l'aide sociale, qui constitue dans l'ordre juridique suisse le filet de secours ordinaire et subsidiaire aux prestations des assurances sociales. Certaines catégories de personnes ont droit à des prestations réduites par rapport à l'aide fournie au reste de la population, alors que d'autres sont même exclues de l'aide sociale<sup>521</sup>. Tombent dans le premier groupe les personnes dont la demande d'asile est en cours d'examen, et les personnes à protéger, qui sont sans bénéfice d'une autorisation de séjour. Dans la seconde catégorie se trouvent les personnes sans statut légal, et notamment les requérantes et requérants d'asile déboutés, frappés d'une décision de renvoi exécutoire auxquelles un délai de départ a été imparti. Les personnes exclues de l'aide sociale peuvent prétendre à des prestations découlant du droit à des conditions minimales d'existence (aussi appelé « droit à l'aide d'urgence »). Contrairement à l'aide sociale, prévue par la législation

<sup>518</sup> Cf. HERTIG/THÜRER (2022), p. 68, n° 1.142.

<sup>519</sup> HERTIG/THÜRER (2022), p. 69 s, n° 1.145.

<sup>520</sup> Sur ces initiatives, voir *supra*, IV.1.3.2.b), et sur l'initiative « anti-burqa », note de bas de page 275.

<sup>521</sup> Voir HERTIG/THÜRER (2022), p. 24 s., n° 1.41 s., p. 65, 1.134 ss.

ordinaire, il s'agit d'un droit garanti à titre de droit fondamental dans la Constitution (art. 12 [Cst.](#)).

Le fait que l'aide d'urgence ne soit en réalité pertinente que pour une certaine catégorie de personnes étrangères, celles qui sont censées quitter la Suisse, a favorisé une interprétation et une mise en œuvre très restrictive de ce droit, et des variations considérables entre cantons<sup>522</sup>. Dans la réalité, l'objectif humanitaire de ce droit, consistant à garantir une vie conforme à la dignité humaine à toute personne, indépendamment de la nationalité et du statut migratoire, s'est effacé au profit des considérations de politique migratoire, axées sur la dissuasion et l'incitation au départ. Comme certains auteurs et autrices l'ont souligné, il serait nécessaire de repenser la distinction catégorique entre l'aide sociale et l'aide d'urgence, en déterminant les prestations en fonction des besoins réels des personnes concernées<sup>523</sup>. Une piste dans ce sens serait la reconnaissance du droit à l'aide sociale à titre de droit fondamental<sup>524</sup>.

En fonction de l'évolution du marché de travail, en mutation notamment en raison de la révolution du numérique, la garantie d'un droit à un revenu inconditionnel de base pourrait s'avérer une piste intéressante pour renforcer l'autonomie, l'inclusion et la participation des personnes dans la société<sup>525</sup>. En d'autres termes, il s'agit de réexaminer les contours du principe social, compte tenu de son interdépendance avec d'autres principes structurants de l'ordre constitutionnel, à savoir le principe démocratique et le principe de l'État de droit<sup>526</sup>.

#### **IV.3.1.4 Renforcement des garanties de l'État de droit**

Dans le domaine des garanties de l'État de droit, la protection de certains droits et garanties mérite aussi d'être renforcées. Comme relevé précédemment (*supra*, IV.2.6.6), le Tribunal fédéral considère que l'interdiction de l'arbitraire ne confère à lui seul pas un intérêt juridique pour recourir, ce qui a pour conséquence que l'accès au Tribunal fédéral est fermé dans certains domaines, notamment dans une partie considérable du droit des étrangers. Un revirement de jurisprudence permettrait de remédier à cette difficulté, et de conférer à l'interdiction de l'arbitraire son plein effet utile en tant que droit fondamental.

Dans le domaine du droit des étrangers, le risque que l'irrégularité du statut de séjour soit découverte rend l'accès à la justice et l'exercice de certains droits fondamentaux<sup>527</sup> illusoire pour les personnes sans statut légal. Pour remédier à cette situation, une solution consisterait à garantir par la loi que les informations relatives au statut de séjour ne soient pas communiquées aux autorités migratoires.

Certaines difficultés liées à la protection juridictionnelle effective découlent des défis environnementaux. La jurisprudence traditionnelle relative à la qualité pour recourir<sup>528</sup>,

---

<sup>522</sup> Pour une critique de cette pratique, et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, avec une comparaison avec celle de la Cour constitutionnelle allemande, voir HERTIG RANDALL (2019a).

<sup>523</sup> Cf. HERTIG RANDALL (2019a) et (2019b), p. 40 s.; MÜLLER (2018), p. 177.

<sup>524</sup> Cf. BELSER/BÄCHLER (2020).

<sup>525</sup> En Suisse, l'initiative populaire « Pour un revenu de base inconditionnel », rejetée le 5 juin 2016, a alimenté des discussions à ce sujet (FF 2016 6559; FF 2015 8727); une nouvelle initiative à ce sujet a été lancée, voir « Vivre avec dignité - Pour un revenu de base inconditionnel finançable », FF 2021 2136.

<sup>526</sup> À ce sujet, voir *supra*, IV.1.3.3.

<sup>527</sup> À titre d'exemple, la crainte que le statut irrégulier soit découvert rend les personnes « sans papiers » réticentes à s'adresser aux autorités pour obtenir des prestations minimales dues en vertu de l'art. 12 [Cst.](#), ou à porter plainte en cas d'infractions contre l'intégrité physique et psychique, protégée par l'art. 10 [Cst.](#)

<sup>528</sup> Voir [ATF 146 I 145](#), à l'origine de la requête *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n° 53600/20,

destinée à exclure les actions populaires, n'est pas adaptée à des phénomènes comme le réchauffement climatique, qui a un impact sur des grandes parties de la population. Il reste à voir si la jurisprudence européenne donnera des impulsions pour un élargissement de la qualité pour recourir. Une requête contre la Suisse concernant une affaire climatique est pendante devant la Grande Chambre de la CourEDH<sup>529</sup>.

Le progrès technologique soulève également de nombreux défis qui demandent une interprétation dynamique des droits fondamentaux, voir la reconnaissance de nouveaux droits. À titre d'exemple, l'intelligence artificielle rend possible des processus de prise de décisions exclusivement automatisés, sans intervention humaine. Ce type de processus est difficilement conciliable avec les valeurs sous-jacentes aux garanties de procédure. Celles-ci ne visent pas uniquement à assurer des procédures justes et équitables, censées aboutir à une décision la plus juste possible, mais aussi à garantir que les personnes concernées se sentent reconnues comme des sujets de la procédure, et non comme des simples objets. La reconnaissance comme sujet d'une procédure, étroitement liée à la dignité humaine, n'est pas garantie sans l'assurance d'une intervention humaine. Le droit à une intervention humaine devrait être garanti, soit comme un droit indépendant, soit comme un droit découlant des garanties procédurales existantes, au moins dans les cas de figure où la décision produit des effets juridiques pour la personne concernée ou l'affecte de façon significative de façon similaire<sup>530</sup>. Des décisions relatives à l'octroi de prestations sociales sont un exemple qui relèvent de la première catégorie, étant donné qu'elles portent sur des prétentions légales ; celles relatives à l'octroi d'un crédit, ou à l'emploi (recrutement automatisé), concernent la seconde catégorie au vu de l'impact significatif sur l'épanouissement humain<sup>531</sup>. Les deux exemples choisis montrent aussi l'importance de mettre en œuvre le droit à une intervention humaine dans les relations de droit privé. La discrimination algorithmique est un autre défi lié au traitement automatisé auquel une interprétation contemporaine des garanties de l'État de droit doit apporter une réponse<sup>532</sup>.

Les réflexions au sujet du droit à une intervention humaine peuvent être élargies pour postuler la reconnaissance d'un droit au contact humain significatif et suffisant. Ce droit, qui découle de la dignité humaine, serait particulièrement pertinent pour des personnes vulnérables sous le contrôle d'institutions étatiques, comme des personnes en détention, ou des personnes âgées dans un établissement médico-social. Ce droit serait violé dans des constellations où, pour des raisons de coûts, la prise en charge serait largement, voire exclusivement assurée par des entités non humaines (« robots »)<sup>533</sup>.

### IV.3.2. Autres

Un principe de l'État de droit qui mérite à notre sens d'être renforcé pour faire face à des défis liés à la transformation numérique est celui de la transparence, surtout dans le domaine

---

pendante devant la CourEDH.

<sup>529</sup> Voir l'affaire *KlimaSeniorinnen* (note 528).

<sup>530</sup> Voir Groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, institué par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, « Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679 ». Adoptées le 3 octobre 2017. Version révisée et adoptée le 6 février 2018, p. 22 ss.

<sup>531</sup> Pour d'autres exemples, voir les lignes directrices (note 530), p. 22 ss.

<sup>532</sup> Voir à ce sujet le Rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Bias in Algorithms. Artificial intelligence and discrimination », Vienne 2022.

<sup>533</sup> Pour des réflexions plus poussées, voir GHIELMINI/KAUFMANN/POST ET AL. (2021), p. 89 ss.

politique. Pour lutter contre des stratégies de désinformation et de manipulation, des mesures devraient être prises à l'encontre des mesures déceptives, comme l'envoi de messages automatisés générés par des logiciels (« social bots »), qui prétendent être des messages individualisés rédigés par des êtres humains. D'une façon plus générale, des mesures pour améliorer la transparence de la publicité politique en ligne, en discussion au sein de l'Union européenne<sup>534</sup>, paraissent importantes pour que la célèbre devise selon laquelle « *la lumière est le meilleur désinfectant* » garde sa pertinence. Encore faut-il que les particuliers soient en mesure de comprendre les informations qui sont à leur disposition et d'évaluer l'impact concret sur leurs droits fondamentaux. Cette condition fait à notre sens défaut dans le domaine des données personnelles. Il est extrêmement difficile pour les particuliers de se faire une idée concrète qui détient des données sur eux, et surtout quelles informations il est possible d'en déduire, et à quelles fins elles sont utilisées. L'atteinte globale, due à l'effet cumulé de toutes les données collectionnées en ligne, reste largement opaque, ce qui a pour conséquence que les restrictions à la sphère privée, et l'emprise de l'État et des entités privées sur les individus, reste largement sous-estimée et tolérée. Des remèdes ne sont pas faciles à trouver, et devraient comprendre, à part des solutions d'ordre légal et technologique aussi des stratégies d'éducation et des campagnes de sensibilisation.

Développés principalement pour limiter le pouvoir de l'État dans le cadre national, la portée des principes de l'État de droit a commencé à subir une extension, tant de leur champ d'application personnel que de leur champ d'application géographique. Ce développement doit à notre sens encore être renforcé et accéléré<sup>535</sup>. L'idée que les entités privées, en particulier les entreprises multinationales, soient tenues au respect des droits humains a fait son chemin, mais l'effectivité des mécanismes de contrôle et des sanctions reste encore insuffisante, surtout quand les violations des droits humains découlent des activités en dehors du territoire national. En Suisse, où la réalisation des droits fondamentaux dans les relations de droit privé se heurte à des résistances<sup>536</sup>, une initiative populaire, intitulée « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » (initiative dite « pour les multinationales responsables »)<sup>537</sup> a subi un échec aux urnes le 29 novembre 2020. Elle n'avait pas obtenu la double majorité nécessaire (art. 140 et 142 Cst.), ayant été approuvée par une majorité du peuple mais pas par une majorité des cantons. Le fait qu'elle ait obtenu le soutien d'une majorité des citoyennes et citoyens (50.7% des voix exprimées)<sup>538</sup> montre que l'opinion publique est sensible à cette problématique. La conviction selon laquelle les entreprises multinationales suisses sont responsables pour les violations des droits humains commises à l'étranger semble avoir fait du chemin<sup>539</sup>.

---

<sup>534</sup> Commission européenne, « Améliorer la transparence », disponible sur [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12826-Publicite-politique-ameliorer-la-transparence\\_fr](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12826-Publicite-politique-ameliorer-la-transparence_fr). (consulté le 20.3.2023).

<sup>535</sup> Une conception plus large de l'État de droit est préconisée par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans la Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international du 24 septembre 2012 (A/RES/67/1), n° 2: « *Nous considérons que l'état de droit vaut aussi bien pour tous les États que pour les organisations internationales, y compris l'Organisation des Nations Unies et ses organes principaux, et que le respect et la promotion de l'état de droit et de la justice devraient guider toutes leurs activités et conférer certitude et légitimité à leurs actions. Nous considérons également que toutes les personnes, institutions et entités publiques ou privées, y compris l'État lui-même, sont tenues de respecter les lois justes et équitables et ont droit sans distinction à l'égalité de protection de la loi.* »

<sup>536</sup> Voir *supra*, IV.3.1, au sujet de l'interdiction des discriminations et la protection des lanceurs et lanceuses d'alerte.

<sup>537</sup> FF 2017 5999.

<sup>538</sup> Voir les résultats sur <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20201129/can636.html> (consulté le 20.3.2023).

<sup>539</sup> L'initiative pour les multinationales responsables prévoyait que les entreprises soient tenues au respect des

En revanche, dans un autre domaine, celui de la politique migratoire, l'opinion publique et le politique se préoccupent encore peu des violations des droits humains commises en dehors des frontières nationales. Des politiques d'externalisation des contrôles à des États tiers avec un bilan douteux en matière des droits humains, ou à des entités privées semblent, tout au contraire, destinées à contourner les exigences de l'État de droit qui prévalent à l'interne. Le même constat s'impose pour ce qui a été dénoncé en termes de « trous noirs juridiques », maritimes ou autres<sup>540</sup>. Le Pacte mondial sur les migrations, adopté le 19 décembre 2018 reconnaît, dans son intitulé même, les insuffisances de l'architecture et des normes internationales dans le domaine des migrations : le Pacte « *pour des migrations sûres, ordonnées et régulières* », décrit, *a contrario*, un système qui met en danger la vie et l'intégrité des personnes migrantes, entre autres par manque de coordination et en poussant en partie une bonne partie des personnes migrantes en dehors du cadre de la loi<sup>541</sup>.

#### IV.4. Mécanismes de protection de l'État de droit

L'État de droit, comme la démocratie, est facile à postuler mais difficile à réaliser et à préserver à long terme. Chaque État a une constitution, mais celle-ci n'est pas toujours ancrée dans une tradition du constitutionnalisme. Comme l'a exprimé OKOTH-OGENDO de façon percutante, il y a des « *constitutions sans constitutionnalisme* »<sup>542</sup>. Les idéaux du constitutionnalisme ne sont jamais acquis, et ont constamment besoin d'être réaffirmés et défendus. Les discussions contemporaines autour du populisme, le recul de la démocratie, et les tendances illibérales l'illustrent de façon parlante. Des mécanismes judiciaires, et les garanties d'indépendance des organes de contrôle, qui feront l'objet de la présente section, constituent un moyen important pour la défense de l'État de droit, mais de loin pas le seul moyen. Comme le rappellent les tenants du constitutionnalisme sociologique<sup>543</sup>, la culture politique est aussi un facteur déterminant. Alors que le droit peut favoriser l'émergence d'une culture politique ouverte, pluraliste et inclusive, fondée sur le respect de toute personne dans sa singularité et sa diversité, il ne peut pas la garantir à lui seul. La Suisse a la chance d'avoir pu bénéficier d'une longue période de paix et de prospérité, sans révolution ou changement fondamental du régime politique. La longue tradition d'une démocratie consensuelle, essentielle dans un État multiethnique qui aspire à vivre « *l'unité dans la diversité* »<sup>544</sup>, a pour conséquence que la culture politique, et des garde-fous de nature politiques, sont considérés comme les principaux garants de l'État de droit.

Comme nous le verrons, les mécanismes judiciaires, et les garanties d'indépendances, sont moins développés dans une perspective comparative, et ne correspondent pas dans tous les

---

droits humains internationalement reconnus ainsi que des normes environnementales internationales, et répondent, si elles ne font pas preuve de diligence raisonnable, du dommage causé à l'étranger, directement ou par les entreprises qu'elles contrôlent. Cette initiative aurait rendu juridiquement contraignants en Suisse certains éléments des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011 (principes directeurs de l'ONU). Voir FF 2017 5999.

<sup>540</sup> Voir à ce sujet MANN (2018), analysant trois contextes différents (contre-terrorisme ; détention des personnes migrantes, et le manque de responsabilité pour des noyades des migrantes et migrants lors de la traversée de la méditerranée.

<sup>541</sup> Voir HERTIG RANDALL/THÜRER (2022), p. 76 s, n° 1.160 ss.

<sup>542</sup> Cf. OKOTH-OGENDO (1991).

<sup>543</sup> Pour ce courant, cf. SCHEPPELE (2004); BLOKKER/THORNHILL (2017). L'importance des aspects culturels pour l'État de droit est aussi souligné par REIMER (2023), p. 103 s.; TSCHANNEN (2007), p. 793, 802.

<sup>544</sup> Cette idée ressort du Préambule de la [Constitution](#) (« déterminés à vivre ensemble leurs diversités ») et de l'art. 2 [Cst.](#), selon lequel la Confédération favorise « la cohésion interne et la diversité culturelle du pays ».

points aux standards internationaux. Quelles conclusions faut-il tirer de ce constat ? Les avis de la doctrine et des acteurs politiques divergent à ce sujet : pour les uns, le renforcement des garanties juridiques de l'État de droit à l'aune des standards internationaux serait important pour préserver les acquis. Selon ce courant, les garde-fous politiques, quoiqu'essentiels, peuvent s'avérer insuffisants<sup>545</sup>. Croire le contraire revient à surestimer les vertus et la singularité du système helvétique, qui n'est pas à l'abri de risques qui guettent d'autres pays, comme le populisme ou la polarisation du paysage politique<sup>546</sup>. Pour les autres, la transposition des standards internationaux<sup>547</sup>, pour cocher toutes les cases d'une sorte de « check-list », ne tient pas suffisamment compte de la spécificité de chaque ordre juridique et de sa culture politique. Elle ne rend pas non plus justice à la complexité de la notion de l'État de droit<sup>548</sup>. Comme le montrera l'aperçu du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, et des garanties institutionnelles de l'indépendance judiciaire, le second courant est jusqu'à présent plus influent que le premier.

#### IV.4.1. Contrôle de constitutionnalité des normes

La Suisse étant un état fédéral, il convient de distinguer le contrôle de constitutionnalité des normes fédérales et celui des normes cantonales. Alors que la juridiction constitutionnelle connaît une limitation sensible par rapport aux actes fédéraux, justifiée au nom du principe démocratique (*supra*, IV.1.3.2), elle est très complète à l'égard des actes normatifs cantonaux.

##### IV.4.1.1 Contrôle de constitutionnalité des normes fédérales

Deux dispositions de la Constitution – les art. 189 al. 4 et 190 –, sont particulièrement pertinentes pour le contrôle de constitutionnalité des normes fédérales. Ces deux articles, ensemble avec le principe de légalité (art. 5 al. 1 [Cst.](#)), déterminent la portée et la limite de la juridiction constitutionnelle en la matière.

#### ENCADRÉ 56

##### **Cst., art. 189 al. 4 et art. 190**

###### **Art. 189 : Compétences du Tribunal fédéral**

*4 Les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. Les exceptions sont déterminées par la loi. 1 Les autorités sont organisées selon le principe de la séparation des pouvoirs. Aucune autorité n'a le droit d'user de la puissance de l'État sans contrôle et de manière illimitée.*

###### **Art. 190 : Droit applicable**

*Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international*

En prévoyant que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral, l'art. 189 al. 4 [Cst.](#) exclut le contrôle abstrait des normes fédérales, qu'elles soient du niveau légal ou réglementaire<sup>549</sup>.

<sup>545</sup> Cf. KELLER (2020), p. 955 ss, n° 37 ss.

<sup>546</sup> Sur le populisme, voir MÖCKLI (2022); sur la polarisation, KÜBLER (2020) p. 330, n° 32. Pour une critique des tendances populistes en Suisse, voir déjà TSCHANNEN (2007).

<sup>547</sup> Pour une étude de l'État de droit axée sur les standards européens, voir ZILLER (2023), surtout p. 86 ss.

<sup>548</sup> SCHINDLER (2020), p. 933 s., M 37.

<sup>549</sup> L'exclusion du contrôle abstrait des actes fédéraux a donné lieu à des discussions dans le contexte de la gestion de crises. Même si des ordonnances de nécessité peuvent faire l'objet d'un contrôle concret, celui-ci intervient considérablement plus tard que le contrôle abstrait. Dans un contexte très évolutif, comme celui de la pandémie Covid-19, ce retard peut poser problème. À noter également que l'art. 189 al. 4 Cst. s'applique aussi

#### IV.4.1.1.a) Immunité des lois fédérales

L'art. 190 Cst. limite de surcroît le contrôle concret des normes fédérales<sup>550</sup>. L'obligation faite au Tribunal fédéral et, plus généralement, à toute autorité d'application du droit, d'appliquer les lois fédérales a pour conséquence qu'une catégorie des normes fédérales – les lois –, est soustraite à la censure des juges constitutionnels. Aussi appelée « clause d'immunité », la règle de l'art. 190 Cst. a été introduite dans l'ordre constitutionnel suisse en 1874, à une époque où le contrôle de constitutionnalité des lois étaient généralement peu connu sur le continent européen. Elle reflète une conception stricte de la séparation des pouvoirs, qui repose sur la suprématie du Parlement, et une distinction nette entre la création et l'application du droit<sup>551</sup>. Au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, la souveraineté parlementaire s'est effacée comme justification principale de la clause d'immunité au profit d'un autre argument, celui de la démocratie directe<sup>552</sup>. Le référendum législatif facultatif, introduit dans la Constitution en même temps que la clause d'immunité, implique, selon les défenseurs de la clause d'immunité, que les lois parlementaires en vigueur bénéficient de l'approbation populaire. Quand le référendum est demandé, la loi doit être explicitement approuvée par une majorité du peuple pour entrer en vigueur. Quand il n'est pas demandé, comme c'est le cas dans la très grande majorité des cas, la loi peut être considérée comme bénéficiant d'une approbation implicite de la part des membres du corps électoral fédéral (« *qui tacet consentire videtur* »)<sup>553</sup>.

Malgré des critiques et des propositions de réformes, qui reviennent régulièrement sur le tapis politique, toutes les tentatives de révision de la clause d'immunité se sont jusqu'à présent soldées par un échec<sup>554</sup>. En Europe, la Suisse reste avec les Pays-Bas un des seuls États dont la constitution soustrait les lois parlementaires à la censure des juges constitutionnels<sup>555</sup>. La règle de l'art. 190 Cst. a cependant subi une série de tempéraments qui en réduisent la portée pratique<sup>556</sup>.

Tout d'abord, le principe de l'interprétation conforme, selon lequel les lois fédérales doivent être interprétées autant que possible en harmonie avec le droit supérieur (la Constitution et le droit international), permet d'assurer dans une bonne partie de cas la compatibilité des lois fédérales avec la Constitution et le droit international.

---

à des actes individuels et concrets, ce qui a pour conséquences que des mesures comme celles décidées pour sauver des banques d'importance systémique (*supra*, I.2) échappent à tout contrôle judiciaire, étant donné qu'il n'y a pas un acte d'application ultérieur qui pourrait être contesté à titre préjudiciel. Critique sur la lacune de protection à l'égard des actes individuels et concrets aussi DE ROSSA (2017), p. 48.

<sup>550</sup> Pour des analyses doctrinales critiques de la clause d'immunité, voir p.ex. SCHERRER (2001); MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 715 ss, n° 1943 ss; HERTIG RANDALL (2010), p. 237 ss; DE ROSSA (2016), p. 18 ss. ; DE ROSSA (2017), p. 46 s.

<sup>551</sup> Selon les célèbres paroles de JAKOB DUBS, les parlementaires de l'époque craignaient que « *le pouvoir judiciaire ne s'élev[ât] pas au-dessus du pouvoir législatif(...)* » (cité selon AUER [1983] p. 60, n° 107).

<sup>552</sup> Voir *supra*, I.1.1.3.

<sup>553</sup> Pour une critique de l'argumentaire fondé sur la démocratie directe pour s'opposer à l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales, voir p.ex. HERTIG RANDALL (2010), p. 323 s.

<sup>554</sup> Voir *supra*, I.1.1.3 et note de bas de page 37. Sur la dernière tentative et un aperçu des discussions au Parlement, voir ELSEY, D.: « *Verfassungsgerichtsbarkeit: Ständerat lehnt neuen Anlauf ab* », 28.11.2022, disponible sur <https://unser-recht.ch/2022/11/28/verfassungsgerichtsbarkeit-staenderat-lehnt-neuen-anlauf-ab/> (consulté le 25.3.2023).

<sup>555</sup> Pour une comparaison avec les Pays-Bas, cf. HERTIG RANDALL (2010), p. 290 ss.

<sup>556</sup> Voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 721 ss, n° 1961 ss.

Ensuite, le Tribunal fédéral a précisé que la teneur de l'art. 190 [Cst.](#) n'empêche pas les autorités d'application du droit d'*examiner* la conformité des lois fédérales avec la Constitution. En effet, interprété *a contrario*, la clause d'immunité implique uniquement l'interdiction de laisser inappliquée une loi fédérale (« *Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot* »). Le Tribunal fédéral peut dès lors rendre un jugement dit d'appel : en constatant l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale, il signale au législateur le problème et l'invite à s'en saisir.

Enfin, l'emprise de la CEDH a amené le Tribunal fédéral à développer une jurisprudence qui repose sur la distinction entre le contrôle de *constitutionnalité* et le contrôle de *conventionnalité*. L'art. 190 [Cst.](#) prévoit, en effet, l'obligation d'appliquer les lois fédérales *et le droit international*. Étant donné que tant les lois fédérales que le droit international sont « immunisés », cette disposition n'a selon le Tribunal fédéral pas pour vocation de trancher des conflits entre les lois fédérales, d'une part, et le droit international, d'autre part. Se référant au principe de la primauté du droit international, les juges fédéraux ont conclu qu'une loi contraire au droit international ne doit pas être appliquée<sup>557</sup>. Les autorités d'application ont donc la compétence de procéder au contrôle de conventionnalité des lois fédérales. Le Tribunal fédéral a laissé ouvert la question de savoir si une exception à la primauté du droit international se justifie dans certaines circonstances bien délimitées (jurisprudence dite *Schubert*, réservant le cas où le Parlement a volontairement et en connaissance de cause adoptée une loi contraire à un traité international, voir *supra*, III.4). Il a cependant signalé que tel ne devrait pas être le cas dans le domaine des droits humains, et dans le champ d'application de l'[ALCP](#). Un raisonnement analogue l'a par ailleurs conduit à admettre le contrôle de conventionnalité d'une disposition constitutionnelle. En cas de conflit irrémédiable avec la CEDH, un article de la Constitution fédérale doit rester inappliqué (*supra*, III.4.2).

Les conventions internationales des droits humains ne recouvrent pas tous les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale<sup>558</sup>, et *a fortiori* pas d'autres dispositions constitutionnelles comme celles relatives au partage des compétences entre l'État fédéral et les cantons, ou les principes constitutionnels, comme celui de la séparation des pouvoirs, qui pose des limites à la délégation législative. Il s'ensuit que le contrôle de conventionnalité ne permet pas de combler toutes les lacunes de protection.

L'absence du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales présente encore un autre inconvénient. Elle a pour conséquence que les droits garantis au niveau international sont mieux protégés que ceux garantis au niveau interne, ce qui dévalue la Constitution.

L'art. 190 [Cst.](#), dans son interprétation actuelle, déploie un effet indirect sur d'autres actes normatifs, fédéraux ou cantonaux, dans la mesure où leur contenu est imposé par la loi fédérale. Quand une ordonnance du Conseil fédéral ou une loi cantonale se fonde directement sur la loi fédérale et ne fait que reproduire l'inconstitutionnalité, ces actes doivent être appliqués<sup>559</sup>.

---

<sup>557</sup> Voir les arrêts résumés *supra*, III.4., qui le développement de la jurisprudence décrit dans la suite de ce paragraphe.

<sup>558</sup> Parmi les droits fondamentaux protégés uniquement, ou avec une portée sensiblement plus large, au niveau interne que dans des dispositions internationales directement applicables figurent notamment le droit général à l'égalité (art. 8 al. 1 [Cst.](#)), l'interdiction de l'arbitraire et le droit à la protection de la bonne foi (art. 9 [Cst.](#)), le droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 [Cst.](#)), le droit à l'enseignement de base (art. 19 [Cst.](#)), la garantie de la propriété (art. 26 [Cst.](#)), et la liberté économique (art. 27 [Cst.](#)).

<sup>559</sup> Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021b), p. 703 ss, n° 1978 ss.

#### IV.4.1.1.b) Contrôle des actes infra-légaux

À part ce cas de figure, les actes normatifs fédéraux infra-légaux (les ordonnances du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale) ne bénéficient pas d'immunité. Ils sont soumis à un contrôle concret, qui s'exerce dans un système diffus: toute autorité, fédérale ou cantonale, chargée d'appliquer la norme dans un cas d'espèce est tenue d'en examiner la constitutionnalité, et par ailleurs aussi la conventionnalité. Si la norme est contraire au droit supérieur, l'autorité compétente doit refuser de l'appliquer. Au niveau du Tribunal fédéral, la section compétente pour statuer par voie incidente sur la constitutionnalité de l'acte normatif est déterminée en fonction du domaine du droit dont relève le litige<sup>560</sup>.

Le contrôle préjudiciel général a une longue tradition en Suisse. Il est général, dans le sens qu'il s'applique à toutes les normes, fédérales et cantonales, sous réserves des actes immunisés, et qu'il incombe à toutes les autorités d'application du droit. À noter qu'il s'étend aussi aux ordonnances dites de police, adoptées dans des circonstances extraordinaires<sup>561</sup>. Pendant longtemps, la doctrine a considéré que le contrôle préjudiciel général reposait sur une coutume constitutionnelle ou sur l'art. 190 [Cst.](#), interprété *a contrario*. Depuis l'adoption de la nouvelle Constitution, il peut être déduit du principe de légalité. Si le « *droit est la base et la limite de l'activité de l'État* » (art.5 al. 1 [Cst.](#)), toute autorité se doit de refuser d'appliquer des normes contraires aux normes supérieures.

#### IV.4.1.2 **Contrôle de constitutionnalité des normes cantonales et communales**

Le contrôle des actes normatifs cantonaux et communaux<sup>562</sup> est à plusieurs égards plus développé que celui des actes normatifs fédéraux.

Tout d'abord, les actes normatifs cantonaux peuvent faire l'objet d'un contrôle *abstrait* (art. 82 let. b [LTF](#)). Ils peuvent être déférés au Tribunal fédéral par le biais du recours en matière de droit public dans un délai de 30 jours qui suivent leur publication selon le droit cantonal (art. 101 [LTF](#)). Si le droit cantonal a instauré un contrôle abstrait, comme c'est le cas dans 14 cantons<sup>563</sup>, en particulier ceux qui connaissent une cour constitutionnelle cantonale, notamment Jura, Vaud, et Genève<sup>564</sup>, il convient auparavant de saisir la juridiction cantonale compétente (art. 87 al. 2 [LTF](#)). En l'absence d'un contrôle abstrait au niveau cantonal, le recours au Tribunal fédéral est directement recevable (art. 87 al. 1 [LTF](#)). La qualité pour recourir est large, dans la mesure où le recours peut être interjeté par toute personne qui rend vraisemblable une probabilité minimale qu'elle puisse être touchée un jour dans ses intérêts dignes de protection<sup>565</sup>. À la différence des recours dirigés contre une décision, un intérêt actuel n'est pas nécessaire, un intérêt *virtuel* étant suffisant.

Ensuite, la logique fédéraliste veut que le contrôle concret s'étende en principe à tous les actes normatifs cantonaux. A la différence des actes normatifs fédéraux, il n'y a donc pas d'actes

<sup>560</sup> Selon la [LTF](#), les voies de recours ouvertes au Tribunal fédéral sont le recours en matière civile le recours en matière pénale, le recours en matière de droit public, et le recours constitutionnel subsidiaire, qui a, comme son nom l'indique, une vocation subsidiaire, voir *supra*, II.3.4.

<sup>561</sup> Pour un exemple, voir [ATF 147 I 333](#) *supra*, III.5.3.

<sup>562</sup> Par souci de simplification, nous allons par la suite nous référer aux actes normatifs cantonaux exclusivement, sans chaque fois mentionner les actes communaux en plus.

<sup>563</sup> Voir AUER (2016), p. 601, n° 1558. Aux cantons énumérés ci-après, il convient d'ajouter les cantons de Zurich, Berne, Lucerne, Glaris, Grisons, Bâle-Ville, Schaffhouse, Nidwald, Argovie et Thurgovie.

<sup>564</sup> Art. 104 [Cst.](#)JU; art. 136 [Cst.](#)VD; art. 124 [Cst.](#)GE.

<sup>565</sup> Voir p.ex. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 792 s, n° 2141 s.

immunisés. Comme pour les actes normatifs fédéraux non immunisés, les actes normatifs cantonaux sont sujets à un contrôle préjudiciel général, qui s'opère, comme déjà relevé, selon un système diffus. Toute autorité compétente, et en dernière instance le Tribunal fédéral, doivent refuser d'appliquer une norme cantonale inconstitutionnelle, et annuler la décision fondée sur une norme jugée contraire au droit supérieur, y compris la Constitution<sup>566</sup>.

Un régime particulier s'applique aux constitutions cantonales. Toute adoption ou révision d'une constitution cantonale doit obtenir la garantie fédérale pour pouvoir entrer en vigueur (art. 51 al. 2 [Cst.](#)). Dans le cadre de cette procédure, il incombe à l'Assemblée fédérale (art. 172 al. 2 [Cst.](#)), et non au Tribunal fédéral, d'examiner si les dispositions de la constitution cantonale sont conformes au droit fédéral, en particulier la Constitution, et respectent les exigences minimales en matière de démocratie et de séparation des pouvoirs posées par l'art. 51 al. 1 [Cst.](#)<sup>567</sup> Par souci de ne pas désavouer le Parlement, le Tribunal fédéral s'est imposé une limitation quand il s'agit d'examiner la compatibilité d'une constitution cantonale avec la Constitution fédérale. Il ne procède à un examen préjudiciel de la norme constitutionnelle cantonale par rapport au droit supérieur que dans deux constellations : la première est celle où le droit supérieur est entré en vigueur après l'octroi de la garantie. La seconde se réfère au cas où l'interprétation des normes et principes déjà en vigueur au moment de l'octroi de la garantie a évolué par la suite<sup>568</sup>.

Concernant les normes de référence au contrôle des actes cantonaux, la structure fédérative de l'État et la hiérarchie des normes implique que le Tribunal fédéral a pour mission d'assurer la conformité des actes normatifs cantonaux avec tout le droit qui est supérieur à l'échelon cantonal, à savoir le droit intercantonal, l'ensemble du droit fédéral, y compris la Constitution fédérale et le droit international. En revanche, la tâche d'assurer le respect des constitutions cantonales incombe en premier lieu aux juridictions cantonales. Le Tribunal fédéral assume néanmoins le rôle de garant de certaines dispositions des constitutions cantonales, celles qui consacrent des *droits constitutionnels* ou qui portent sur les droits politiques (art. 189 al. 1 let. d et f [Cst.](#); art. 95 let. c et d [LTF](#)). Comme tous les droits fondamentaux sont qualifiés de droits constitutionnels, le Tribunal fédéral veille en dernière instance au respect des droits garantis dans les constitutions cantonales, ce qui revêt un intérêt pratique pour les justiciables, si ces droits n'ont pas de pendant dans la Constitution fédérale ou assurent un niveau de protection plus élevée.

#### IV.4.2. Conflits juridictionnels entre organes ou entités étatiques

Dans un État fédéral comme la Suisse, des conflits entre organes, entités étatiques ou collectivités publiques peuvent être de nature horizontale (conflit entre des organes ou collectivités situés au même échelon de l'État fédéral) ou verticale (conflit entre collectivités situées à des échelons différents de l'État fédéral).

Il est intéressant de relever que les conflits de compétences entre autorités fédérales suprêmes sont tranchés par un organe politique, l'Assemblée fédérale, et non par le Tribunal fédéral (art. 173 al. 1 let. i [Cst.](#)). La Constitution confère la compétence au Tribunal fédéral de statuer sur des conflits verticaux entre la Confédération et les cantons, et sur des conflits horizontaux entre cantons. La disposition constitutionnelle pertinente (art. 189 al. 2 [Cst.](#)) est mise en œuvre par l'art. 120 [LTF](#).

---

<sup>566</sup> Les griefs sont énumérés à l'art. 189 al. 1 [Cst.](#) et l'art. 95 [LTF](#) et comprennent notamment le droit intercantonal, tout le droit fédéral, y compris le droit international.

<sup>567</sup> Voir *supra*, I.1.2.

<sup>568</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 775 n° 2101.

## ENCADRÉ 57

**Cst., art. 189 et LTF, art. 120****Art. 189 Cst. Compétences du Tribunal fédéral**

(...)

2 Il connaît des différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons. (...)

**Art. 120 LTF**

Le Tribunal fédéral connaît par voie d'action en instance unique :

a. des conflits de compétence entre autorités fédérales et autorités cantonales ;

b. des contestations de droit civil ou de droit public entre Confédération et cantons ou entre cantons ; (...)

L'art. 120 [LTF](#) se trouve dans le chapitre 6 de la loi, intitulé « Action », terme utilisé pour distinguer ce moyen de droit des recours. En effet, à la différence des recours, le Tribunal fédéral statue comme juge unique, dans un procès direct, l'objectif n'étant pas la protection des droits et intérêts individuels mais la sauvegarde d'un intérêt public important dans un État fédéral et un État de droit : il s'agit de veiller à ce que chaque autorité reste dans le cadre de ses compétences, sans empiéter sur celles des autres.

La qualité pour recourir appartient à la Confédération et aux cantons, à l'exclusion des communes, des autorités spécifiques, ou des particuliers<sup>569</sup>. L'action n'est soumise à aucun délai, mais il faut que la collectivité publique recourante fasse valoir un intérêt juridique, concret et actuel. L'art. 120 [LTF](#) envisage des conflits de compétences (positifs ou négatifs) entre la Confédération et les cantons, d'une part, et des contestations de droit civil ou de droit public avec une dimension verticale (Confédération et cantons) ou horizontale (entre cantons).

L'action ne permet pas au Tribunal fédéral de sanctionner tous les cas de figure dans lesquels la Confédération empiète sur une compétence d'un canton. En effet, lorsque la compétence fédérale est prévue dans une loi fédérale, le Tribunal fédéral doit, en vertu de l'art. 190 [Cst.](#), se borner à constater l'inconstitutionnalité, sans pouvoir y remédier (*supra*, IV.4.1.1.a).

Dans la pratique, l'action est une voie de droit très peu utilisée<sup>570</sup>. La grande majorité des conflits de compétences arrive au prétoire du Tribunal fédéral par le biais des voies de recours intentés par des particuliers. En effet, depuis longue date, le Tribunal fédéral considère que le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 [Cst.](#)) est un droit constitutionnel dont les justiciables peuvent se prévaloir<sup>571</sup>. Les particuliers ont donc la possibilité de demander l'annulation d'une loi cantonale qui empiète sur une compétence fédérale, ou celle d'une décision qui se fonde sur un acte normatif, cantonal ou fédéral, qui n'est pas conforme au système de répartition des compétences entre Confédération et cantons. Comme nous venons de le relever, l'art. 190 [Cst.](#) a pour conséquence que le système de contrôle est asymétrique, dans la mesure où le Tribunal fédéral peut censurer le législateur cantonal qui dépasse ses compétences, mais non le législateur fédéral qui adopte une loi empiétant sur les compétences cantonales.

À noter également que la Constitution fédérale tient compte de l'échelon communal. Aux termes de l'art. 50 al. 1 [Cst.](#), « [l']autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le

<sup>569</sup> BIAGGINI (2017), p. 1445, N 12; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 859, n° 2350.

<sup>570</sup> Pour un répertoire de la jurisprudence, voir BIAGGINI (2017), p. 1446, N 15.

<sup>571</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 824, n° 230.

*droit cantonal.* » Les communes peuvent s'en prévaloir dans un recours devant le Tribunal fédéral, et devant les juridictions inférieures<sup>572</sup>.

#### **IV.4.3. Le recours pour violation des droits et libertés fondamentaux et les autres recours que peuvent présenter les particuliers**

L'ordre juridique suisse reconnaît aux particuliers depuis longue date la faculté de s'adresser en dernière instance au Tribunal fédéral quand ils estiment que leurs droits ont été violés. Par le biais de l'ancien recours de droit public, les individus disposaient à partir du 19<sup>ème</sup> siècle d'une voie de droit destinée principalement à protéger leurs droits individuels à l'encontre de la puissance publique cantonale<sup>573</sup>. Comme l'État fédéral, doté à l'époque de peu de compétences, n'était pas perçu comme une menace importante pour la liberté, les voies de recours à l'encontre des actes fédéraux ne furent introduites et développées que des décennies plus tard, avec l'extension de la juridiction administrative en 1968<sup>574</sup>.

Depuis ses origines, la juridiction constitutionnelle a eu pour objectif de garantir « *les éléments essentiels d'un ordre démocratique, fédéral et fondé sur les principes de l'État de droit.* »<sup>575</sup> Le recours des particuliers est devenu l'outil principal pour permettre au Tribunal fédéral d'assumer cette triple fonction - démocratique, fédérale et libérale :<sup>576</sup> protéger la démocratie, notamment en statuant sur les violations de droits populaires, préserver la structure fédérative du pays, en veillant au respect de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, et protéger la liberté individuelle. Cette triple fonction a influencé l'interprétation de la notion de « droits constitutionnels » que les particuliers pouvaient faire valoir dans le cadre de l'ancien recours de droit public. Cette catégorie, qui reste pertinente aujourd'hui dans une des voies de recours au Tribunal fédéral<sup>577</sup>, ne se limite pas aux droits et libertés fondamentales, mais inclut certains principes constitutionnels, comme celui de la séparation des pouvoirs (*supra*, IV.2.4.3) et la primauté du droit fédéral (*supra*, IV.4.2). Les particuliers qui cherchent à faire censurer une loi cantonale au motif qu'elle opère une délégation trop large au pouvoir exécutif, ou qu'elle empiète sur une compétence de la Confédération agissent ainsi non seulement dans leur intérêt propre, mais contribuent au respect des principes fondamentaux d'un État de droit fédéral, démocratique et libéral.

Dans le système actuel, la Constitution et la loi prévoient que les particuliers peuvent s'adresser au Tribunal fédéral pour une série large de griefs, qui vont au-delà des droits fondamentaux ou des droits constitutionnels.

#### ENCADRÉ 58

##### **Cst., Art. 189 al. 1 : Compétences du Tribunal fédéral**

*1 Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation :*

- a. du droit fédéral ;*
- b. du droit international ;*
- c. du droit intercantonal ;*
- d. des droits constitutionnels cantonaux ;*

<sup>572</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 815 s., n° 2213, p. 824, n° 2230.

<sup>573</sup> HERTIG RANDALL (2010), p. 235.

<sup>574</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021a), p. 750, n° 2021.

<sup>575</sup> MÜLLER (1981), p. 68, traduit par l'autrice.

<sup>576</sup> Sur cette triple fonction, voir HERTIG RANDALL (2010), p. 233 ss.

<sup>577</sup> Il s'agit du recours constitutionnel subsidiaire, dont il est question plus loin dans cette section.

e. de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public;

f. des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques.

#### ENCADRÉ 59

##### **LTF, Section 2 Motifs de recours, Art. 95 : Droit suisse**

Le recours peut être formé pour violation:

a. du droit fédéral;

b. du droit international;

c. de droits constitutionnels cantonaux;

d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;

e. du droit intercantonal.

Les motifs larges invocables devant les juges fédéraux reflètent le rôle du Tribunal fédéral, qui n'est pas celui d'une cour constitutionnelle spécialisée mais d'une juridiction suprême au sein d'un État fédéral, avec la mission de veiller au respect et à l'application uniforme du droit fédéral et des engagements internationaux entrepris par la Suisse. Les griefs liés à la violation des droits fondamentaux font partie, mais n'épuisent de loin pas, les catégories du droit fédéral (qui inclut la Constitution, et partant, les droits fondamentaux qu'elle consacre), du droit international, ou des droits constitutionnels cantonaux. Les particuliers qui souhaitent invoquer une violation d'un droit fondamental s'adressent au Tribunal fédéral en règle générale par le biais d'une des trois voies de recours principales prévues par la [LTF](#), en fonction du domaine du droit dans lequel s'inscrit le litige de base : pour contester, par exemple, une décision qui refuse d'accorder le droit de visite à un parent, celui-ci pourrait faire valoir la violation du droit au respect de sa vie familiale dans le cadre du *recours en matière civile* ; à la personne accusée qui souhaiterait contester le non-respect des garanties procédurales dans le cadre d'un procès pénal, le *recours en matière pénale* serait ouvert, et les organisateurs d'une manifestation qui n'obtiennent pas une autorisation pour pouvoir manifester sur le domaine public pourraient agir par le biais du recours en matière de droit public<sup>578</sup>. En Suisse, la « *juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral se dissout ainsi pour une large part, sinon pour l'essentiel, dans sa juridiction ordinaire* »<sup>579</sup>.

Dans ces constellations, le Tribunal fédéral intervient comme troisième instance, statuant à l'encontre des jugements rendus par les tribunaux cantonaux supérieurs que les cantons sont tenus d'instaurer (art. 86 al. 2, art. 75, art. 80 al. 2 [LTF](#))<sup>580</sup>. Il statue aussi comme instance de recours contre les arrêts des tribunaux fédéraux, y compris le Tribunal administratif fédéral (TAF), dont la mission principale est de contrôler la légalité des décisions prises par l'administration fédérale. Dans certains domaines, le TAF statue en dernière instance. Ses

<sup>578</sup> Dans ces cas de figure, le recours est dirigé contre des décisions. Voir art.72 al. 1 [LTF](#) (recours contre des décisions en matière civile); art. 78 al. 1 [LTF](#) (recours contre des décisions en matière pénale), et art. 82 let. a [LTF](#) (décisions rendues dans les causes de droit public). La personne recourante peut faire valoir que la décision viole le droit supérieur, ou qu'elle repose sur un acte normatif contraire au droit supérieur. Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral procède au contrôle préalable de la constitutionnalité de l'acte normatif, dans les limites de l'art. 190 [Cst.](#) Voir *infra*, IV.4.1.1.

<sup>579</sup> MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021 a), p. 751, n° 2025; voir aussi DE ROSSA (2016), p. 17,

<sup>580</sup> Voir *supra*, II.3.4

arrêts en matière d'asile ou d'entraide administrative internationale<sup>581</sup> ne sont pas susceptibles de recours au Tribunal fédéral.

La LTF prévoit aussi une liste d'exceptions pour les voies de recours ordinaires au Tribunal fédéral à l'encontre des jugements cantonaux. Pour le recours en matière de droit public, l'art. 83 LTF contient une longue liste d'exceptions<sup>582</sup>, qui portent sur des domaines tels que des décisions sur la sûreté intérieure ou extérieure du pays (avec une contre-exception pour les cas où le droit international requiert l'accès à un tribunal), et des aspects importants du droit des migrations (décisions de naturalisation ordinaire, asile, et décisions sur des autorisations de séjour auxquelles ni le droit international, ni le droit national ne confère un droit)<sup>583</sup>.

Pour éviter que les exceptions aux voies de recours ordinaires créent des lacunes de protection, la LTF instaure une voie de droit subsidiaire, nommé recours constitutionnel subsidiaire. A la différence des voies de recours ordinaires, les griefs admissibles sont cependant beaucoup plus restreints. Ils se limitent aux droits constitutionnels (art. 116 LTF). Le Tribunal fédéral a limité l'effet utile du recours constitutionnel subsidiaire par une interprétation restrictive et contestable de l'interdiction de l'arbitraire (*supra*, IV.2.6.6). Bien que consacrée par la Constitution en tant que droit fondamental (art. 9 Cst.), la protection contre l'arbitraire ne peut selon le Tribunal fédéral pas être invoquée seule dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire. Pour que le recours soit recevable, il faut que l'art. 9 Cst. soit invoqué ensemble avec une autre disposition vouée à la protection d'une position juridique de la personne recourante<sup>584</sup>. Cette jurisprudence a pour effet de fermer la voie au Tribunal fédéral pour contester notamment des décisions en matière du droit des migrations qui portent sur l'octroi de permis de séjour auxquels le droit fédéral ou le droit cantonal ne confère pas de droit. La jurisprudence a cependant évolué en ce qui concerne les naturalisations ordinaires, un domaine où le Tribunal fédéral considérait traditionnellement que le recours constitutionnel subsidiaire fondé sur le grief de l'arbitraire était irrecevable, en l'absence d'un droit à obtenir la nationalité suisse. Selon les juges fédéraux, le cadre légal dans son ensemble confère aux particuliers une position juridique à ce que leur demande ne soit pas traitée de façon arbitraire<sup>585</sup>. Il reste à espérer que la portée des autres exceptions sera aussi réduite par le biais de l'interprétation. Une protection complète contre l'arbitraire nous semble être une exigence fondamentale dans un État de droit.

#### IV.4.4. Indépendance des organes de contrôle

L'indépendance des organes de contrôle est à la fois un corollaire essentiel du principe de la séparation des pouvoirs, et une condition essentielle de la confiance du public dans la justice. Une justice partisane, au service du pouvoir politique, idéologique, religieux ou économique, n'est pas en mesure de garantir l'égalité et la liberté. Cette affirmation est vraie en premier

---

<sup>581</sup> Une exception, assortie d'une contre-exception, s'applique à l'entraide administrative en matière fiscale, ce qui montre la complexité de cette réglementation (art. 83 let. h et art. 84a LTF).

<sup>582</sup> Une étude qui analyse les lacunes de protection juridictionnelle conclut que la liste de l'art. 83 LTF devrait être réexaminée. Voir UHLMANN/BIAGGINI (2013), p. 40, n° 58; p. 68, n° 118.

<sup>583</sup> Critiques sur cette lacune, UHLMANN/BIAGGINI (2013), p. 69, n° 4; DE ROSSA (2017), p. 48.

<sup>584</sup> Cette exigence découle selon le Tribunal fédéral des conditions de la qualité pour recourir. Pour les recours ordinaires (recours en matière civile et recours en matière de droit public), il suffit que la personne recourante ait un intérêt digne de protection (art. 76 al. 1 let. b, art. 89 al. 1 let. c LTF), ce qui englobe des intérêts de fait. Le recours constitutionnel subsidiaire requiert cependant un intérêt juridique (art. 115 let. b LTF), qui, selon le Tribunal fédéral, ne peut pas découler directement de l'art. 9 Cst.

<sup>585</sup> Voir *supra*, III.3.2.

lieu pour les juges, mais est aussi pertinente pour le ministère public, même si l'indépendance de ce dernier n'est pas explicitement prévue dans la Constitution<sup>586</sup>.

#### IV.4.4.1 Juges

La Constitution de 1874 ne contenait pas de mention explicite de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ce principe, central dans un État de droit, fut cependant de longue date reconnue comme une garantie implicite, déduite de l'art. 58 [Cst.1874](#) (Encadré 1)<sup>587</sup>. En consacrant une garantie générale de l'accès au juge (art. 29a [Cst.](#)), le constituant de 1999 a souhaité garantir « une protection juridique qualifiée assurée par un tribunal indépendant », précisant qu'une « protection juridique assurée par une autorité publique ne disposant pas de l'indépendance d'un tribunal n'est [...] pas suffisante. »<sup>588</sup> L'indépendance est donc un élément indispensable de toute procédure judiciaire et de la notion même de « juge » ou de « tribunal », compris au sens matériel<sup>589</sup>. Lorsque la Constitution garantit le droit de toute personne privée de liberté d'être aussitôt traduite devant un ou une juge, elle suppose donc qu'il s'agit d'une autorité qui satisfait aux critères de l'indépendance.

Deux dispositions de la Constitution fédérale mentionnent explicitement l'exigence de l'indépendance. L'art. 30 [Cst.](#) protège l'indépendance judiciaire en tant que droit fondamental, comme une composante des garanties de procédure judiciaire, et l'art. 191c [Cst.](#), situé dans le chapitre consacré au Tribunal fédéral et autres autorités judiciaires, garantit l'indépendance sous l'angle institutionnel, en tant qu'élément de la séparation des pouvoirs<sup>590</sup>. À noter que cette dernière disposition ne s'applique pas au ministère public<sup>591</sup>.

#### ENCADRÉ 60

#### **Cst., arts. 30 et 191**

##### **Art. 30 Cst. Garanties de procédure judiciaire**

*1 Toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits.*

##### **Art. 191c Cst. Indépendance des autorités judiciaires**

*Dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi.*

L'art. 191c [Cst.](#) explicite la notion d'indépendance par l'ajout que les autorités judiciaires « ne sont soumises qu'à la loi ». En d'autres termes, l'indépendance judiciaire n'est pas un privilège des juges. Elle n'a pas pour vocation de leur conférer une liberté d'action totale, mais de garantir qu'ils puissent remplir leur fonction, conformément au principe de l'État de droit. Pour être soumis seulement à la loi dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les juges doivent être à l'abri de toute forme de pressions et influences, non seulement de la part des

<sup>586</sup> Cf. BIAGGINI (2017), p. 1475 s., N 4.

<sup>587</sup> FF 1997 I 185.

<sup>588</sup> FF 1997 I 511.

<sup>589</sup> Sur la notion de tribunal au sens matériel fait abstraction de la désignation de l'organe du contrôle et met l'accent sur les garanties d'indépendance et d'impartialité d'une part, et sur la fonction de l'autorité, d'autre part (rendre des décisions dans des contestations, décisions qui sont obligatoires (voir p.ex. REICH [2014], p. 2812, N 13).

<sup>590</sup> NEUENSCHWANDER (2021), p. 3499, N 2; voir aussi AUBERT/MAHON, p. 1485, N 3.

<sup>591</sup> BIAGGINI (2017), 1475, N 4.

autres pouvoirs étatiques, et du pouvoir judiciaire lui-même, mais aussi des parties au litige, voire plus généralement, de tout autre forme de pouvoir (politique, économique, sociétal), et à l'égard de leurs propres émotions<sup>592</sup>. L'indépendance judiciaire a donc des dimensions multiples, et dépend aussi de facteurs individuels et sociaux sur lesquels le droit n'a pas d'emprise directe. Elle s'adresse à une multitude d'acteurs, y compris les juges eux-mêmes, et nécessite une approche holistique, qui inclut, notamment, des mesures de nature institutionnelle et organisationnelle, aussi bien que des conditions financières et matérielles (rémunération et ressources suffisantes)<sup>593</sup>.

Sur le plan organisationnel, la Constitution prévoit que « [l]e Tribunal fédéral s'administre lui-même. » Cette autonomie administrative peut entrer en tension avec la haute surveillance de l'Assemblée fédérale sur les tribunaux fédéraux<sup>594</sup>. Pour être conforme à l'indépendance judiciaire, la haute surveillance doit tenir compte de l'autonomie de gestion du Tribunal fédéral, et aussi de la surveillance qu'exerce le Tribunal fédéral sur la gestion des tribunaux inférieur (art. 1 al. 2 [LTF](#)). Ce dernier point a donné lieu à des dissensions par le passé. Sur le plan matériel, il va sans dire que la haute surveillance de l'Assemblée fédérale ne s'étend pas au contrôle du contenu des décisions judiciaires. La loi sur Parlement (*supra*, II.2.2.2) souligne ce point. Elle indique qu'il « ne peut être exercé aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires », une règle qui vaut aussi pour les décisions du Ministère public (art. 26 al. 4 [LParl](#)).

Malgré la place importante qu'occupe l'indépendance judiciaire dans la Constitution, elle reste un thème controversé en Suisse. La problématique a été largement débattue dans la campagne politique qui a précédé la votation sur une initiative populaire fédérale, intitulée « Désignation des juges fédéraux par tirage au sort (initiative sur la justice) » rejetée par le peuple et les cantons le 28 novembre 2021<sup>595</sup>. Même si la proposition de désigner les juges fédéraux par tirage au sort n'a pas emporté la conviction des citoyennes et citoyens, les discussions qui l'ont entourée ont mis en exergue que les garanties institutionnelles de l'indépendance des juges fédéraux est relativement faible dans une perspective de droit comparé.

La Constitution ne prévoit pas la possibilité de révoquer une ou un juge du Tribunal fédéral<sup>596</sup>, mais le système d'élection, et surtout de réélection, suscite des voix critiques sous l'angle de l'indépendance judiciaire, notamment de la part du Groupe d'États contre la corruption (GRECO)<sup>597</sup>. Il se caractérise par quatre facteurs: le premier est l'élection des juges fédéraux par

---

<sup>592</sup> BIAGGINI (2017), p. 1475, N 3; NEUENSCHWANDER (2021), p. 3499, N 4.

<sup>593</sup> BIAGGINI (2017), p. 1476, N 7.

<sup>594</sup> Art. 169 al. 1 [Cst](#). Les tribunaux fédéraux incluent, en plus du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral des assurances, le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal fédéral des brevets et les tribunaux militaires. Voir NEUENSCHWANDER (2021), p. 3140, N 16. Pour la nature délicate de la haute surveillance, cf. DE ROSSA (2016), p. 10.

<sup>595</sup> FF 2022 894; FF 2020 6609.

<sup>596</sup> Voir BIAGGINI (2017), p. 1159, N 5. Cette possibilité existe cependant pour les autres tribunaux fédéraux (TAF, TPF, Tribunal des brevets), mais non les tribunaux militaires, en cas de violation grave et intentionnelle des devoirs de fonction, voir BIAGGINI, *ibid.* Pour les membres du Tribunal fédéral, la question de la révocation a donné lieu à une controverse dans le cas d'un juge fédéral à la suite d'un comportement manifestement inadéquat (le fait d'avoir craché en direction d'un correspondant d'un journal). L'affaire s'est terminée par la démission du juge concerné. Sur cette affaire, voir Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des États, Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral. Rapport du 6.10.2003, FF 2004 5305. Pour la prise de position du Tribunal fédéral, voir FF 2004 5401.

<sup>597</sup> Voir GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, 22.02.2019, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs. Rapport de conformité suisse, GrecoRC4(2019)2.

une autorité politique, l'Assemblée fédérale<sup>598</sup>, pour un mandat de six ans, ce qui est dans une perspective comparée une durée courte pour une juridiction suprême. Le deuxième est la nature renouvelable du mandat, ce qui tranche avec des solutions communément retenues pour d'autres juridictions suprêmes ou cours constitutionnelles (mandat unique, non renouvelable, ou, moins fréquent, mandat à vie). Le troisième est l'exigence non écrite d'être membre d'un parti politique pour pouvoir être élu-e juge, et le quatrième est la pratique selon laquelle les juges fédéraux rétrocèdent une partie de leur rémunération au parti politique dont ils sont membres.

Le système actuel, « *fondé sur la participation décisive des partis politique – qui constitue probablement un unicum au niveau européen* »<sup>599</sup>, reflète la conception helvétique, traditionnellement très attachée à la démocratie. Sous cet angle, la légitimation démocratique des juges fédéraux, par le biais de l'élection, revêt une grande importance, et a pour conséquence que ce mode de désignation n'est pas fondamentalement remis en cause<sup>600</sup>, même si certaines voix critiques s'élèvent contre le fait que la phase préparatoire aux élections soit également dans les mains d'un organe exclusivement politique – la Commission judiciaire, une commission de l'Assemblée fédérale (chambres réunies).

Dans le même esprit, l'appartenance à un parti politique est justifiée par le fait que les juges fédéraux ne doivent pas être totalement déconnectés de la société mais sont censés refléter les différents courants sociétaux existants, étant donné que l'activité de juger n'est pas cliniquement isolée des valeurs individuelles des juges<sup>601</sup>. Dans la réalité, la corrélation entre l'appartenance à un parti, les valeurs individuelles et la représentativité n'est loin d'être parfaite<sup>602</sup>. Elle est affaiblie, entre autres, par un comportement stratégique de certaines candidates ou candidats, qui choisissent l'appartenance à un parti politique non en fonction de leur convictions politiques, mais dans le but de maximiser les chances d'être élu-e. Cela nonobstant, des voix critiques ne vont rarement jusqu'à exiger une réforme fondamentale du système, et se contentent de propositions plus modestes, comme celle de prévoir un certain pourcentage de sièges pour des personnes sans appartenance à un parti politique, dans le but de représenter les citoyennes et citoyens, majoritaires en Suisse, qui ne s'identifient avec aucun parti<sup>603</sup>.

La pratique des juges de rétrocéder une partie de leur rémunération à leurs partis politiques suscite plus de critiques, non seulement de la part du GRECO mais aussi à l'intérieur du pays. Tout en admettant les critiques à l'égard du système actuel, le Gouvernement considère l'opposition politique trop importante pour proposer au Parlement une réforme<sup>604</sup>.

<sup>598</sup> Art. 168 al. 1 [Cst.](#)

<sup>599</sup> DE ROSSA (2016), p. 4.

<sup>600</sup> Voir l'aperçu des positions doctrinales dans LUMINATI/CONTARINI (2019), p. 217 ss.

<sup>601</sup> Voir l'aperçu des positions doctrinales dans LUMINATI/CONTARINI (2019), p. 211 s.

<sup>602</sup> Voir p.ex. KELLER (2020), p. 945 s., n° 16, qui relève en outre que d'autres facteurs, comme l'âge, le genre, la formation, l'origine sociale et géographique sont des facteurs non moins pertinents du point de vue de la représentativité que l'appartenance à un parti politique.

<sup>603</sup> Voir BIAGGINI (2017); KELLER (2020), p. 946, n° 16. Une telle réforme est aussi recommandée par le GRECO, dont la critique va cependant plus loin, voir GRECO, Quatrième cycle d'évaluation (note 597), n° 49-51.

<sup>604</sup> Voir GRECO, Quatrième cycle d'évaluation (note 597), n° 60: « *Concernant la première partie de la recommandation, le GRECO se félicite que le gouvernement reconnaisse dans son Message que les contributions aux partis politiques prélevées sur le traitement des juges posent question quant à l'indépendance de ceux-ci et à la perception de cette indépendance par la population. Il prend donc note avec regret de la décision du gouvernement de ne pas proposer au Parlement une interdiction de telles contributions, en arguant d'une opposition politique* »

En revanche, le Gouvernement ne partage pas les réserves d'une partie considérable de la doctrine et du GRECO au sujet du système de réélection des juges fédéraux, destinés à assurer au Parlement un contrôle à long terme sur les juges<sup>605</sup>, et à ceux-ci une légitimation démocratique continuellement renouvelée. Il relève « *que la stabilité du système, le principe de concordance et le mode d'élection du Parlement constitu[ai]ent des garde-fous importants et effectifs.* »<sup>606</sup> La non-réélection, qui ne s'est jamais produit jusqu'à présent, est dès lors qualifiée comme un risque théorique<sup>607</sup>. Faisant état de sa rencontre avec les membres du GRECO, en 2016, le président du Tribunal fédéral ne partage pas non plus les préoccupations exprimées. Sa position est emblématique pour la divergence de vue entre les standards internationaux de l'État de droit, d'une part, et la position helvétique traditionnelle, d'autre part. Il considère que la critique est due à une mauvaise compréhension de la conception suisse de l'État de droit, qui repose davantage sur des garanties de nature sociologique, politique et culturelle que sur des garanties formelles<sup>608</sup>.

Une bonne partie de la doctrine se montre plus sceptique à l'égard du *statu quo*<sup>609</sup>. Si des cas de non-réélection ne se sont effectivement pas encore produits, il existe plusieurs exemples où une jurisprudence controversée a eu un impact négatif sur le résultat des élections. Le risque que cet état de fait puisse avoir une influence sur les juges est réel, et non seulement théorique, en particulier si l'on tient compte de la tendance récente d'un parti politique de sommer « ses » juges fédéraux et de les menacer de non-réélection<sup>610</sup>. Même si des juges concernés résistent, voire dénoncent ces tentatives de pression, ces démarches, et l'épée de Damoclès d'une non-réélection, peuvent déployer un effet inhibiteur (« *chilling effect* ») sur l'ensemble des juges et porter atteinte à la crédibilité de la justice<sup>611</sup>, dont l'indépendance ne semble plus intacte.

Une affaire récente illustre à la fois le risque de pressions politiques induites par le système de réélection et l'existence de garde-fous politiques. En 2020, le parti de l'Union démocratique du centre, le plus grand parti représenté au Parlement et qui se situe à droite sur l'échiquier

---

*importante, et appelle les autorités suisses à revenir sur cette position.* »

<sup>605</sup> SCHAUB (2014), p. 2266, N 7.

<sup>606</sup> GRECO, Quatrième cycle d'évaluation (note 597), n° 55.

<sup>607</sup> GRECO, Quatrième cycle d'évaluation (note 597), n° 57.

<sup>608</sup> MEYER (2019), 217 ss.: « Ce que les gens du GRECO ne comprennent pas – bien que je le leur aie expliqué lors de leur visite au Tribunal fédéral le 1er juin 2016 – c'est que l'indépendance des tribunaux, par le respect du premier et du deuxième pouvoir de l'État envers le troisième, ne dépend pas de la lettre de la Constitution et de la loi, mais est une question d'esprit juridique dans la tête, le cœur et la main de ceux qui, au Palais fédéral de Berne, décident du destin du pays, et – tout aussi important – une question de *confiance* existante et continue de la population dans les tribunaux. [...] C'est précisément ce qui constitue notre *réalité constitutionnelle vécue*. C'est *l'État de droit à la suisse*, une attitude non pas dogmatique, non pas politique, et encore moins partisane, mais avant tout *juridico-culturelle* qui caractérise la pratique des organes constitutionnels, de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral *dans les affaires de justice*. Ces choses sont en ordre dans notre pays. » (traduit de l'allemand avec l'aide de deepl.com ; passages mis en exergue dans l'original).

<sup>609</sup> Critiques à l'égard du système de mandats d'une durée relativement courte, sujets à réélection, notamment : KELLER (2020), p. 947, n° 20, p. 957, n° 41 ; BIAGGINI (2017), p. 1433, N 13 ; RASELLI (2011) ; ID. (2020) ; ID. (2019) p.272 ss.

<sup>610</sup> Pour des exemples, voir HÄNNI (2022), p. 367 s. ; BIAGGINI (2017), p. 1433, N 13, qui mentionne l'impact négatif sur les élections de l'[ATF 116 Ia 252](#) (inconstitutionnalité des crucifix dans les écoles primaires), les [ATF 129 I 217](#) et [ATF 129 I 232](#) (inconstitutionnalité de la naturalisation aux urnes, *supra*, III.3.1), et l'[ATF 139 I 16](#) (primauté de la [CEDH](#) sur une disposition constitutionnelle contraire, voir *supra*, III.4.2; sur l'impact de ce dernier arrêt, voir aussi STEINMANN [2015]). Il est intéressant de relever que les deux derniers exemples concernent des cas où le pouvoir judiciaire a joué son rôle de garant de l'État de droit à l'encontre d'une vision absolutiste de la démocratie.

<sup>611</sup> HÄNNI (2022), p. 368.

politique, a fait savoir qu'il était opposé à la réélection d'un juge de son parti pour avoir voté en faveur d'un arrêt permettant la transmission des données bancaires à la justice française<sup>612</sup>. Le juge concerné a fini par être réélu grâce au soutien des autres partis politiques, qui lui ont accordé leur soutien au nom de l'indépendance judiciaire<sup>613</sup>. En 2022, après être sorti de son parti politique, le même juge a été élu à la fonction de Président du Tribunal fédéral<sup>614</sup>.

Cet incident montre d'une part que l'indépendance judiciaire est une valeur qui jouit d'un degré d'adhésion important en Suisse. En même temps, il soulève des inquiétudes : les cautions politiques existantes seraient-elles suffisantes dans un contexte politique différent, marqué par des situations de crise et/ou une plus grande polarisation ? Les évolutions récentes d'autres démocraties incitent à notre sens à plus de prudence. Si les cautions juridiques à elles seules ne sont pas suffisantes sans ancrage dans une culture politique favorable, elles ne sont à notre avis pas superflues dans une démocratie stable comme la Suisse. Le risque d'auto-censure déjà existant des juges le confirme.

Des réformes au sein de certains cantons menées dans le but de renforcer la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice et de dépolitiser les élections judiciaires montrent par ailleurs, que le *statu quo* n'est pas immuable<sup>615</sup>. Plusieurs cantons, dont récemment le canton de Vaud<sup>616</sup>, ont procédé à la révision de la constitution cantonale pour créer un Conseil de la Magistrature, un organe indépendant chargé d'exercer la haute surveillance sur la justice aussi bien que d'assister le parlement cantonal dans l'élection des juges, par l'audition préalable des candidates et candidats et la rédaction d'un préavis. Dans le canton de Fribourg, la création du Conseil de la Magistrature est allée de pair avec l'abrogation du système de réélection. Une fois élus, les juges peuvent rester en fonction jusqu'à l'âge de 65 ans<sup>617</sup>.

#### IV.4.4.2 Ministère public

Le positionnement du ministère public dans l'architecture des pouvoirs a considérablement évolué dans les dernières décennies<sup>618</sup>. Selon la conception traditionnelle, le ministère public

<sup>612</sup> Objet 20.204, Tribunal fédéral. Renouveau intégral 2021-2026, BO 2020 V 1972 ss.

<sup>613</sup> BO 2020 V 1977.

<sup>614</sup> Mercredi 14 décembre 2022, 09h45. Dépêche ATS Berne, « Le juge fédéral Yves Donzallaz élu à la présidence du TF », <https://www.parlament.ch> > services > news > Pages (consulté le 12.3.2023).

<sup>615</sup> Au niveau fédéral, une initiative parlementaire propose la création d'un Comité consultatif pour la procédure de sélection des juges par la Commission judiciaire, à savoir la commission parlementaire chargée de présélectionner les candidates et candidats qui seront proposés à l'Assemblée fédérale par les partis politiques pour élection. La tâche du Comité serait limitée à assister la Commission judiciaire dans la procédure de sélection (voir initiative parlementaire n° 21.452, déposé le 20.5.2021 au Conseil des États). Une motion proposant la création d'un Conseil de la magistrature selon le modèle qu'on trouve dans les cantons a été retirée. Dans son avis sur cette motion, le Conseil fédéral a estimé qu'il y a des bonnes raisons pour la création d'une telle institution mais qu'elle devrait s'inscrire dans une réforme plus large (Motion n° 21.3372, déposé le 19.3.2021 au Conseil national). Sur les systèmes d'élection des juges dans les différents cantons, voir AUER (2016), p. 107 ss, n° 271 ss.

<sup>616</sup> Voir les art. 129a et 131 de la [Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003](#), modifications du 24 mai 2022, accepté en votation populaire le 25 septembre 2022.

<sup>617</sup> KELLER (2020), p. 957, n° 41; NEUENSCHWANDER (2021), p. 3504, N 23; BERNARD (2021), p. 2869, N 29; BSK BV-SCHAUB, Art. 145 N 7.

<sup>618</sup> Pour un bref aperçu, voir OBERHOLZER (2022), p. 5 s. Pour des contributions qui examinent le ministère public de différentes perspectives, voir les contributions dans le numéro spécial 1 (2018) de la revue *forum poenale* (table des matières disponible sur <https://forumpoenale.recht.ch/fr/hefte/2018?ausgabe=Sondernummer>, consulté le 20.02.2022).

était considéré comme « *le bras prolongé du pouvoir exécutif* »<sup>619</sup> et dès lors rattaché à ce dernier. Sous l'influence de la jurisprudence, suisse et européenne, l'emprise des garanties de l'État de droit a progressivement été étendue au ministère public, qui est de plus en plus perçu comme un pouvoir judiciaire. Ce repositionnement est en adéquation avec le contexte actuel : en effet, la majorité écrasante des affaires pénales sont réglées par le ministère public pendant la procédure préliminaire, notamment par voie de l'ordonnance pénale, et ne parviennent donc jamais au prétoire des juridictions pénales<sup>620</sup>. À ce fait s'ajoute que la phase d'instruction a considérablement gagné en importance dans un contexte marqué par la grande complexité de certaines affaires pénales, notamment dans le domaine de la criminalité économique ou le crime organisé. Ces types de procédures sont par ailleurs souvent fortement médiatisées, ce qui peut placer le ministère public dans le collimateur des médias, de l'opinion publique et des acteurs politiques<sup>621</sup>.

Sur le plan du droit positif, le Code de procédure pénal fédéral, qui a conduit à l'unification de la procédure pénale en Suisse, auparavant du ressort des cantons, garantit l'indépendance du ministère public. L'art. 4 al. 1 [CPP](#) s'inspire de la teneur de l'art. 191c [Cst.](#) (*supra*, II.1.1 et *infra*, Encadré 52), et stipule que « [*l]es autorités pénales sont indépendantes dans l'application du droit et ne sont soumises qu'aux règles du droit.* » Cette exigence vaut pour toutes les autorités pénales, « *en particulier le ministère public.* » Elle concerne « *l'application du droit* », « *ce qui exclut absolument que les autorités politiques puissent s'immiscer dans l'activité qu'exerce concrètement le ministère public en matière de poursuites pénales.* »<sup>622</sup> Interprété *a contrario*, et lue en combinaison avec d'autres dispositions du CPP, l'art. 4 al. 1 [CPP](#) n'exclut pas la compétence de donner des instructions, qui doivent être prévues par la loi (art. 4 al. 2 [CPP](#)) et la surveillance administrative. En effet, l'art. 14 al. 5 [CPP](#) prévoit que la Confédération et les cantons « *règlent la surveillance de leurs autorités pénales.* » Au sujet des instructions, le message précise que celles-ci peuvent « *peuvent servir à concrétiser la surveillance administrative et, pour le ministère public en particulier, à garantir sa primauté dans le cadre de la procédure préliminaire.* »<sup>623</sup> Concernant les instructions qui concernent « *l'exercice de la direction de la procédure préliminaire par le ministère public* »<sup>624</sup>, elles doivent être régies dans une loi spéciale.

Comme il incombe aux cantons et à la Confédération de régler la surveillance des autorités pénales, une diversité de modèles co-existent en Suisse<sup>625</sup>. Il en va de même des modalités de l'élection, qui n'ont pas été unifiées (art. 14 al. 2 [CPP](#)). Au niveau de la Confédération, la [Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération](#) (LOAP)<sup>626</sup> régit le Ministère public de la Confédération. Elle en règle notamment la composition, les attributions, le mode d'élection, et la surveillance. Le Procureur général de la Confédération, qui dirige le Ministère public, ainsi que ses suppléants, sont élus par l'Assemblée fédérale (chambres réunies) pour une période de quatre ans. Le Procureur général nomme les autres procureurs,

---

<sup>619</sup> OBERHOLZER (2022), p. 5.

<sup>620</sup> Voir OBERHOLZER (2022), p. 8, qui indique que 98% des affaires qui se terminent par une condamnation sont réglées au niveau de la phase préliminaire par ordonnance pénale.

<sup>621</sup> Voir OBERHOLZER (2022), p. 4.

<sup>622</sup> FF 2005 1057, 1105.

<sup>623</sup> FF 2005 1057, 1105.

<sup>624</sup> FF 2005 1057, 1105.

<sup>625</sup> Pour un aperçu des différents modèles, voir GETH (2018), p. 276 ; lors de la mise en œuvre de l'art. 14 al. 5 [LOAP](#), les discussions au sein des cantons ont porté surtout sur la question de savoir à quelle autorité (exécutive ou judiciaire) le ministère public devrait être rattaché, et lequel des trois pouvoirs devrait assumer la surveillance.

<sup>626</sup> RS 173.71. Voir *supra*, II.3.5.

et peut leur donner des instructions (art. 13 al. 2 [LOAP](#)). La révocation du Procureur général est possible à des conditions restrictives (incapacité durable d'exercer ses fonctions ; violation grave des devoirs de fonction, commise de façon intentionnelle ou avec négligence grave)<sup>627</sup>.

La surveillance du Ministère public incombe à une autorité, composée de sept membres (un juge du Tribunal fédéral et un juge du Tribunal pénal fédéral ; deux avocats inscrits dans un registre cantonal des avocats ; trois spécialistes qui n'appartiennent pas à un tribunal fédéral et qui ne sont pas inscrits dans un registre cantonal des avocats)<sup>628</sup>. À l'instar du Procureur général, ses membres sont élus par l'Assemblée fédérale (chambres réunies) pour une période de 4 ans, et sujets à révocation (art. 26 [LOAP](#)).

La loi régit ensuite l'étendue et les modalités de la surveillance, notamment la possibilité de demander des renseignements et de procéder à des inspections (art. 30 [LOAP](#)) et le pouvoir d'édicter des directives à l'attention du Ministère public (art. 29 [LOAP](#)). Cette dernière disposition tient compte de l'exigence de l'indépendance, en précisant que les directives ont une portée générale et concernent « *la manière dont le Ministère public de la Confédération doit s'acquitter de ses tâches. Sont exclues toutes instructions dans un cas d'espèce relatives à l'ouverture, au déroulement ou à la clôture de la procédure, à la représentation de l'accusation devant le tribunal ou aux voies de recours.* » (art. 29 al. 2 [LOAP](#)).

Le cadre législatif de la surveillance du Ministère public de la Confédération va très probablement encore évoluer. En effet, une enquête disciplinaire de l'Autorité de surveillance à l'encontre du Procureur général de l'époque, sur des violations des devoirs de fonction dans le cadre d'une procédure pénale hautement médiatisée à l'encontre des dirigeants de la FIFA, a déclenché des affrontements et dissensions de vue sur le rôle de l'Autorité de surveillance.

Cette problématique a donné lieu à des discussions très intenses, et une multitude de démarches politiques et analyses juridiques<sup>629</sup>. Au niveau du Parlement, les commissions de gestion des Chambres fédérales se sont exprimées en faveur d'une réforme appelée « statu quo plus »<sup>630</sup>. Il s'agirait de s'en tenir au système actuel d'une Autorité de surveillance indépendante de l'exécutif, tout en renforçant la surveillance. Les difficultés d'assurer une surveillance effective, qui respecte en même temps l'indépendance du Ministère public, montre que le processus de repositionnement du Ministère public dans l'architecture des pouvoirs n'est pas encore achevé<sup>631</sup>.

---

<sup>627</sup> Art. 21 [LOAP](#).

<sup>628</sup> Art. 23 al. 2 [LOAP](#).

<sup>629</sup> Pour un aperçu avec une liste des décisions judiciaires et autres mesures prises par les autorités, voir OBERHOLZER (2022), p. 2 ss.

<sup>630</sup> Voir Rapport final des Commissions de gestion du Conseil des États et du Conseil national du 22 juin 2021, Relation de surveillance entre le Ministère public de la Confédération et son autorité de surveillance, FF 2022 130. Ce rapport se fonde sur deux avis de droit des professeurs GETH et SCHINDLER du 3 février 2021, et du 28 avril 2021, disponible sur : <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/expertengutachten-3-2-2021.pdf> et <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/ergaenzungen-gutachten-christopher-geth-benjamin-schindler-28-4-2021.pdf> (consultés le 20.12.2022).

Le rapport du 22 juin 2021 est le second rapport de la Commission de gestion à ce sujet. Pour le premier rapport, voir Rapport des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des États du 24 juin 2020, Relation de surveillance entre le Ministère public de la Confédération et son autorité de surveillance, FF 2020-2019, 9375.

<sup>631</sup> Pour une critique de la réforme proposée, voir OBERHOLZER (2022), p. 13 ss.

## IV.5. Concept d'État de droit proposé par l'autrice de l'étude

La rédaction du présent rapport nous a offert l'occasion de réfléchir sur la conception helvétique de l'État de droit, sur ses spécificités et sur les leçons qu'on pourrait en tirer dans une perspective de droit comparé. La conception large de l'État de droit, qui englobe tant des éléments formels que matériels ne constitue pas une particularité helvétique. Le même constat s'impose à notre avis pour la conception de l'État de droit comme un « *principe structurel partiellement ouvert* » ou un « terme générique » (« *Oberbegriff* »)<sup>632</sup>, qui rassemble une série de principes, destinés à limiter et à canaliser le pouvoir, à empêcher l'arbitraire et d'autres formes historiquement avérées d'injustice, et à protéger la liberté individuelle. Dans des États fédéraux comme la Suisse, le respect du système de partage des compétences entre les différents échelons de l'État, et la protection de l'autonomie garantie à chaque niveau de gouvernement fait à notre sens aussi partie d'une fonction de l'État de droit, étant donné qu'il s'agit d'assurer une forme verticale de séparation des pouvoirs, qui est aussi au service de l'autonomie individuelle.

Une spécificité helvétique de la conception de l'État de droit réside à notre sens dans l'importance de la culture et du processus politique, qui sont considérés comme des garants fondamentaux des principes de l'État de droit, voire une partie intégrante de cette dernière notion<sup>633</sup>. En effet, dans des évaluations de différents pays sous l'angle de la démocratie ou de l'État de droit, la Suisse se situe régulièrement parmi les pays les mieux notés, juste derrière les pays nordiques. Selon l'indice de démocratie réalisé par la « Economic Intelligence Unit » de la magazine « The Economist », la Suisse occupe en 2022 le 7ème rang sur 167 pays<sup>634</sup>. L'indice de l'État de droit de la Banque mondiale la place pour la période de 1996 à 2021 au 6ème rang<sup>635</sup>. La Suisse occupe ces positions malgré le fait que les garanties juridiques et institutionnelles présentent dans une perspective de droit comparé, et aussi à l'aune des standards internationaux de l'État de droit, des lacunes, mentionnées dans cette étude : elles concernent notamment l'indépendance des juges fédéraux, le contrôle de constitutionnalité des lois, pour en rappeler quelques-uns. Nous pouvons en tirer la conclusion que les garanties juridiques bien qu'importantes, ne sont de loin pas suffisantes pour garantir l'État de droit. Pour que celui-ci puisse prospérer à long terme, il doit trouver un terrain fertile dans la culture politique. Celle-ci fait à notre sens partie intégrante d'une conception holistique de l'État de droit. En Suisse, la culture politique consensuelle, qui va de pair avec le rejet de la personnification et de la centralisation du pouvoir, constitue un élément important au service des objectifs de l'État de droit. La démocratie directe est un autre facteur typiquement helvétique qui peut présenter des synergies importantes avec l'État de droit. Le référendum législatif fait partie des contre-pouvoirs dans le système helvétique et est un facteur qui pousse à la modération et au compromis. L'autre instrument principal de démocratie directe, l'initiative populaire, peut donner des impulsions importantes au développement ou à la préservation de l'État de droit. Plusieurs exemples ont été mentionnés au cours de cette étude : les initiatives ont notamment joué un rôle pour contraindre le Gouvernement de mettre fin au régime d'exception après les

---

<sup>632</sup> Voir *supra*, IV.1.

<sup>633</sup> Voir à ce sujet les développements sur l'art. 5 al. 1 Cst., qui, par la référence au droit comme base de l'État intègre selon la doctrine des considérations de légitimité démocratique et se distancie d'une conception purement défensive de l'État de droit (*supra*, II.1.1).

<sup>634</sup> Le rapport est disponible sur <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2022/> (consulté le 25.4.2023).

<sup>635</sup> L'indice est disponible sur le site <https://www.theglobaleconomy.com>, sous la rubrique « country rankings » (consulté le 25.4.2023).

deux Guerres mondiales (*supra*, I.1.1.4), ou pour introduire davantage de transparence dans le financement de la vie politique (*supra*, II.2.2.1), un domaine où les autorités politiques rechignaient pendant longtemps de prendre en compte la critique venant de l'enceinte internationale. Certaines initiatives qui n'ont pas été acceptées en votation populaire ont eu le mérite d'amener des sujets liés à l'État de droit (p.ex. la responsabilité des entreprises multinationales<sup>636</sup>, ou le mode de désignation des juges fédéraux<sup>637</sup>) sur l'agenda politique et de lancer un processus de discussion et de réflexion. Les votations populaires ont depuis le début du nouveau millénaire aussi constitué une partie intégrante d'une stratégie pour désamorcer des conflits importants entre le droit international, d'une part, et le droit constitutionnel, d'autre part, ce qui nous avait amené à caractériser la démocratie comme une ressource de l'État de droit (*supra*, IV.1.3.2).

La nécessité d'une stratégie de désamorçage montre, cependant, que la démocratie, ou plus précisément, des décisions majoritaires du moment, peuvent entrer en conflit avec l'État de droit, et que la culture politique helvétique ne peut pas être considérée comme un acquis constant. À l'abri de guerres et de révolutions depuis bientôt 200 ans, les Suissesses et Suisses ont, nous semble-t-il, la tendance à sous-estimer l'importance des garanties juridiques et institutionnelles de l'État de droit<sup>638</sup>, ou à les considérer qu'un renforcement des cautions juridiques conduit nécessairement à un affaiblissement de la démocratie. Cette perception méconnaît, à notre sens, la complémentarité entre l'État de droit et la démocratie, et l'expérience historique selon laquelle l'abus est un risque inhérent à tout pouvoir exercé par des humains<sup>639</sup>. Malgré la longue période de prospérité, de paix et de démocratie, l'histoire helvétique ne manque pas d'illustrer cette affirmation<sup>640</sup>.

L'opposition à des réformes destinées à combler des lacunes, au nom de la tradition, ou de la singularité helvétique méconnaît l'apport du droit constitutionnel d'autres États et du droit international au développement du constitutionnalisme au niveau national. L'ouverture au droit international et au droit comparé fait, en effet, aussi une partie intégrante de la culture juridico-politique suisse propice à l'État de droit. Elle favorise une conception évolutive et dynamique de l'État de droit, à laquelle nous souscrivons. Pour garder leur pertinence, les principes de l'État de droit, leur portée et leur contenu, doivent continuellement être ajustés, voire repensés à l'aune du contexte et des défis contemporains. Ayant relevé l'utilité du droit international et comparé pour renforcer l'État de droit en Suisse, on peut se demander dans quelle mesure l'exemple helvétique est susceptible d'offrir des repères à d'autres États. Nous sommes consciente qu'une transposition du modèle helvétique de démocratie semi-directe dans d'autres contextes serait une entreprise risquée. En même temps, l'exemple suisse peut inciter à ne pas miser trop fortement sur une conception purement défensive de l'État de droit et de reconnaître la participation populaire comme une ressource qui peut être mobilisée pour

<sup>636</sup> *Supra*, IV.2.7.

<sup>637</sup> *Supra*, IV.4.4.1.

<sup>638</sup> BAUMLIN (1965), p. 97 a déjà mis ce point en exergue en lien avec la juridiction administrative: « *Ensuite, on comprendra que les réformes qui s'imposent aujourd'hui et demain ne doivent pas être poursuivies unilatéralement, par exemple dans la seule direction de « l'État de justice » (« Justizstaat »). Il est vrai que nous avons ici un besoin de rattrapage souvent démontré, car on a longtemps surestimé l'importance du contrôle spécifiquement démocratique et sous-estimé la nécessité de la juridiction dans le domaine de droit public.* » (traduit par l'autrice, avec l'aide de deepl.com). Pour la notion de « Justizstaat » et le scepticisme qu'elle rencontre en Suisse, voir *supra*, IV.1.3.

<sup>639</sup> Le célèbre *dictum* de James Madison dans le *Fédéraliste* n° 51 vient à l'esprit: « *If Men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.* »

<sup>640</sup> Mentionnons, à titre d'exemple, la pratique de l'internement administratif, reconnu aujourd'hui comme une injustice historique (*supra*, IV.1.2.).

la préservation de l'État de droit. Le modèle helvétique souligne à cet égard les avantages d'une démocratie directe dans laquelle la participation populaire est dans les mains du peuple et régie par le droit par rapport à des systèmes où l'organisation des votations relève du pouvoir discrétionnaire des autorités politiques.

#### **IV.6. Défis à l'État de droit**

Les différents principes rassemblés sous la bannière de l'État de droit ont été revendiqués et développés en tant que réponses à des expériences concrètes d'abus de pouvoir et d'injustice. Les notions souvent opposées à l'État de droit, comme l'État policier ou l'arbitraire, sont illustratives à cet égard. Ces principes restent des aspirations qui ne sont jamais complètement réalisées et qui doivent évoluer en fonction du contexte social, politique et technologique dans lequel ils s'inscrivent pour garder leur vitalité et leur pertinence. Les défis ne manquent pas à notre époque. Nous en avons déjà mentionné certains précédemment, quand il a été question de la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux ou de nouveaux principes de l'État de droit (*supra*, IV.3). Comme il a été relevé, la conception classique des principes de l'État de droit, essentiellement verticale et limitée au territoire national, ne répond pas à la préoccupation de limiter le pouvoir d'acteurs non étatiques, comme les entreprises multinationales, dont les activités transcendent les frontières nationales. Rappelons aussi un autre phénomène transnational, celui de la migration, un domaine dans lequel le champ d'application personnel et territorial des principes de l'État de droit est instrumentalisé par les États pour créer des zones de non droit.

Nous avons aussi touché à quelques difficultés soulevées à l'ère du numérique. Il est intéressant de constater que les principes de l'État de droit sont devenus des exigences auxquelles les « géants du numérique » ne peuvent plus se soustraire. Mentionnons, à titre d'exemple, la publication de rapports par les entreprises comme Google et Meta pour satisfaire des demandes vers plus de transparence (« rapports en matière de transparence »), ou la création d'un organe quasi-juridictionnel pour contester des décisions au sujet du contenu sur Facebook et Instagram. La description de l'organe de surveillance comme une sorte de « cour suprême » de Facebook est révélatrice à cet égard. Le recours à cette terminologie, qui remonte à l'annonce de la création de cet organe par MARK ZUCKERBERG<sup>641</sup>, souligne la force légitimatrice que véhicule la terminologie du constitutionnalisme et de l'État de droit. Alors que ces tendances vers la constitutionnalisation des acteurs du numérique sont à saluer, elles se heurtent à des difficultés liées à la régulation de la communication de masse. Le paradigme de la protection juridictionnelle, censée permettre à toute personne confrontée à des contestations de nature juridique d'accéder à la justice, est difficilement réalisable dans un contexte où des millions de contenus sont modérés chaque année. Au vu de ces circonstances, l'organe de surveillance, qui, à la différence d'une juridiction suprême nationale, statue comme première instance de recours, n'est pas en mesure de rendre justice individuelle. Il doit se contenter d'influencer la pratique de modération par le biais de décisions et recommandations rendues dans une dizaine d'affaires sélectionnées par année<sup>642</sup>. Les décisions rendues par l'organe de surveillance mettent en exergue une autre difficulté liée

---

<sup>641</sup> Cf. ZUCKERBERG, M.: « A Blueprint for Content Governance and Enforcement », 15 novembre 2018, publié sur Facebook, <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>. Voir aussi KLONICK, K.: « Inside the Making of facebook's Supreme Court », *The New Yorker*, 12.2.2021.

<sup>642</sup> Pour un point de vue critique, cf. OVIDE, S.: « Facebook Invokes Its 'Supreme Court' », *New York Times*, 22.1.2022, mis à jour le 21.10.2022, disponible sur <https://www.nytimes.com/2021/01/22/technology/facebook-oversight-board-trump.html> (consulté le 23.3.2022).

à la modération du contenu en ligne, principalement par le biais d'algorithmes<sup>643</sup>. La régulation automatique, et le contrôle sommaire effectué par le personnel engagé à cet effet, n'est pas propice à la contextualisation, qui est nécessaire pour interpréter correctement les messages véhiculés par des contenus publiés en ligne et mettre en balance la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts concurrents.

La régulation de la communication en ligne est aussi un exemple paradigmatique d'autres défis que présente la réglementation dans un contexte globalisé et en constante évolution<sup>644</sup>. Le cadre normatif est fragmenté, d'une part, étant donné que différentes législations nationales peuvent potentiellement trouver application. Il est d'autre part complexe<sup>645</sup>, marqué par une coexistence entre des instruments juridiquement contraignants, des instruments juridiquement non-contraignants (« *soft law* »)<sup>646</sup>, des normes privées, ou des accords négociés entre les autorités publiques et les entités privées, adoptés à titre d'auto-régulation. Cette complexité présente des défis à l'aune de la transparence, de l'accessibilité et de la prévisibilité du droit et remet en question l'idéal d'un ordre juridique en tant que système de normes cohérent, rationnel, non contradictoire et organisé de façon pyramidale<sup>647</sup>.

Un autre défi auquel l'État de droit est confronté depuis longtemps est la gestion des situations extraordinaires. Prévoir un cadre normatif pour ce qui est imprévisible, et trouver un juste équilibre entre la capacité d'agir, d'une part, et les exigences découlant des principes de l'État de droit et du principe démocratique, d'autre part, n'a jamais été facile. Dans un monde globalisé et interdépendant, les crises qui ont leurs origines dans une partie du globe ont souvent des répercussions d'une portée régionale ou mondiale, comme l'ont montré la crise financière, la pandémie du Covid19, et la crise énergétique, ce qui accroît les difficultés d'anticiper et de réguler les crises. En Suisse, l'histoire récente l'illustre de façon parlante. À peine sorti de la crise sanitaire, et ayant recouru au droit d'urgence pour sauver une entreprise d'importance systémique dans le secteur de l'énergie, le Gouvernement a renoncé à appliquer le cadre réglementaire élaboré dans le sillage de la crise financière mondiale de 2008 pour prévenir et gérer le risque de faillite de banques d'importance systémique. L'application de cette législation au cas de la banque Crédit Suisse n'aurait, selon le Conseil fédéral, pas permis d'empêcher des répercussions sur les marchés en dehors de la Suisse, et d'avertir une crise financière. Il a donc eu recours à la législation d'urgence, comme il l'a fait en 2008, pour sauver UBS SA, une autre banque considérée comme étant « *too big to fail* »<sup>648</sup>.

La plus grande ampleur des crises va de pair avec une augmentation des sources de risque, qui sont notamment de nature économique, énergétique, écologique, climatique, et

<sup>643</sup> Voir, à titre d'exemple, les décisions suivantes dans lesquelles le Conseil de surveillance désavoue la société Meta en vertu d'un raisonnement axé sur le contexte des propos publiés en ligne: [Décision 2022-013-FB-UA](#), Slogan de protestation en Iran; [Décision 2022-004-FB-UA](#), Dessin représentant la police colombienne; [Décision 2021-010-FB-UA](#), Manifestations en Colombie; [Décision 2021-016-FB-FBR](#), Un journaliste suédois dénonce des violences sexuelles sur mineurs.

<sup>644</sup> Pour une étude approfondie, cf. FLÜCKIGER (2019).

<sup>645</sup> La complexité est aussi soulignée par REIMER (2023), p. 104, qui indique des facteurs quantitatifs (hypertrophie des normes, et surtout des modifications législatives, et coexistence de normes se situant à des niveaux différents) et des facteurs qualitatifs (différenciation excessive du droit).

<sup>646</sup> Pour un aperçu et une analyse des différents instruments du droit souple, cf. FLÜCKIGER (2019), p. 271 ss.

<sup>647</sup> Cf. KAUFMANN (2020), p. 976, n°40 s., qui relève des déficits en matière de transparence et de légitimation et souligne les difficultés de régir par la loi un domaine qui évolue rapidement, de sorte que d'autres formes de régulation s'imposent. Pour l'évolution de l'ordre juridique « de la pyramide au réseau », cf. OST/VAN DE KERCHOVE (2010).

<sup>648</sup> Pour ces différentes crises et leur gestion, voir *supra*, I.2.

technologique. Les crises contemporaines ont été décrites comme des crises multidimensionnelles<sup>649</sup>, dans la mesure où elles peuvent survenir simultanément et se renforcer mutuellement. Elles deviennent plus complexes, et risquent de s'étaler dans la durée. Un état de « permacrise »<sup>650</sup> renverserait le paradigme selon lequel la crise est censée être l'exception et non la règle, ce qui pose des difficultés sous l'angle de l'État de droit. Une crise qui s'étend dans le temps accentue le risque que des mesures justifiées par la situation extraordinaire finissent par être transposées dans le cadre juridique ordinaire et deviennent permanentes. La pérennisation des normes d'urgence va souvent de pair avec « *un processus de généralisation de leur champ d'application, deux phénomènes qui ne sont pas sans conséquence sur la substance de l'État de droit (...)* »<sup>651</sup>. La lutte contre le terrorisme, qui s'étale dans le temps, nous en fournit quelques exemples<sup>652</sup>.

La réponse à certaines crises, en particulier à la menace terroriste, met en relief un autre défi auquel l'État de droit est confronté. Des politiques sécuritaires, tributaires d'une aversion marquée au risque, mettent à mal les principes de l'État de droit. Comme l'ont exprimé le Tribunal fédéral et le juge à la Cour suprême israélienne, ARON BARAK, un État de droit ne peut pas recourir aux mêmes moyens que ses ennemis, il doit lutter avec une main attachée derrière le dos<sup>653</sup>. Cette devise n'est pas suffisamment présente dans l'opinion publique. En Suisse, l'adoption de la [loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme](#) (MPT) le 13 juin 2021 en est un exemple récent<sup>654</sup>. Les vives critiques de la part des instances internationales, des milieux académiques, et des ONG<sup>655</sup> n'ont pas empêché le peuple d'accepter cette loi controversée, qui renforce considérablement l'arsenal des moyens préventifs pour lutter contre le terrorisme, au détriment des garanties de procédure et de la liberté. Elle confère notamment à la police le pouvoir de prononcer des mesures incisives (obligation de se présenter et de participer à des entretiens; interdiction de contact; interdiction géographique; interdiction de quitter la Suisse; assignation à résidence, surveillance électronique et localisation par téléphonie mobile<sup>656</sup>) contre des « terroristes potentiels », y compris des personnes mineures, sans donner une définition suffisamment précise des personnes visées<sup>657</sup>, et en général sans contrôle judiciaire préalable. De même que

---

<sup>649</sup> PACHOCKA (2015), p. 532, qui utilise ce terme en lien avec la crise migratoire.

<sup>650</sup> Le terme « permacrisis » est utilisé par le Directeur régional (Europe) de l'OMS, H.P. KLUGE: « Statement: The European Region is in a "permacrisis" that stretches well beyond the pandemic, climate change and war », 27.9.2022, disponible sur <https://www.who.int/europe/news/item/27-09-2022-statement-the-european-region-is-in-a-permacrisis-that-stretches-well-beyond-the-pandemic-climate-change-and-war> (consulté le 26.3.2023). Voir aussi GERNY, D.: « Axpo-Rettung per Notrecht: Wie sich die Demokratie im Dauerkrise-Modus schleichend verändert », NZZ, 12.9.2022, disponible aux personnes abonnées en ligne sur <https://www.nzz.ch/schweiz/axpo-rettung-schon-wieder-notrecht-ld.1701205?reduced=true> (consulté le 4.4.2023). Voir aussi HENNETTE VAUCHEZ (2022).

<sup>651</sup> BERNARD (2020a), p. 997, n° 68.

<sup>652</sup> Voir BERNARD (2020a), p. 996 s., n° 65 et 70, qui donne l'exemple de l'interdiction du groupe « Al-Qaïda » (*supra*, IV.2.5), relevant que l'interdiction prononcée d'abord pour une limitée, par la législation d'urgence, a été maintes fois prolongée et ensuite transposée en droit ordinaire, de sorte qu'elle est en vigueur depuis presque vingt ans. Le même auteur se réfère aussi à la France, où l'état d'urgence, décrété en novembre 2015 et prorogé jusqu'en novembre 2017, a laissé son empreinte sur le droit ordinaire.

<sup>653</sup> *Supra*, III.1.4.

<sup>654</sup> Sur cette loi, qui porte révision à la [LMSI](#) (RS 120), voir aussi *supra*, II.2.1.2.

<sup>655</sup> Voir les sources répertoriées sur le site <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/initiatives-parlement/lutte-terrorisme/chronologie/> (consulté le 24.3.2023).

<sup>656</sup> Voir les art. 23k ss [LMSI](#).

<sup>657</sup> L'art. 23e al. 1 [LMSI](#) donne la définition suivante : « Par potentiel, on entend une personne dont on présume sur la

la notion de « terroriste potentiel », celle de l'activité terroriste que la loi est censée prévenir, est peu déterminée et trop large<sup>658</sup>.

Une révision en cours de la [Loi sur le renseignement](#) (LRens)<sup>659</sup> reflète aussi l'importance attachée aux considérations sécuritaires au détriment de la liberté. Elle étend les pouvoirs du Service de renseignement de la Confédération en matière de surveillance de différentes manières, entre autres par la suppression de l'exception prévue par la loi en faveur du secret professionnel<sup>660</sup>. L'extension des mesures de surveillance est d'autant plus problématique que l'application de la loi actuelle a déjà donné lieu à des sérieuses interrogations. Les limites prévues dans la loi pour éviter la surveillance des activités politiques ne sont pas systématiquement respectées<sup>661</sup>, ce qui laisse songeur dans un État ébranlé il y a trois décennies par « l'affaire des fiches ». La surveillance massive de la population au nom de la lutte contre les communistes dans le contexte de la Guerre Froide semble avoir passé à l'oubli<sup>662</sup>.

Le primat des considérations d'ordre sécuritaire est aussi reflété dans différentes révisions constitutionnelles qui ont eu leur source dans des initiatives populaires<sup>663</sup>. Leur trait commun est d'opter pour des mesures qui, inspiré par l'objectif illusoire de « zéro risque » font fi du principe de proportionnalité : internement à vie des « délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »<sup>664</sup> ; renvoi automatique des « étrangers criminels »<sup>665</sup> ;

---

*base d'indices concrets et actuels qu'elle mènera des activités terroristes. »*

<sup>658</sup> Cf. Art. 23e al. 1 [LMSJ](#): « Par activités terroristes, on entend les actions destinées à influencer ou à modifier l'ordre étatique et susceptibles d'être réalisées ou favorisées par des infractions graves ou la menace de telles infractions ou par la propagation de la crainte. » Pour une critique des définitions prévues à l'art. 23e [LMSJ](#), cf. MOHLER (2021a). Voir aussi la critique de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 7 mai 2020 (CommHR/DM/sf 014-2020) pendant le processus législatif: « *La formulation du projet de loi, qui vise principalement la présomption d'actions individuelles éventuelles et futures, ne donne pas suffisamment de garanties juridiques quant au champ d'application de ces mesures. L'absence de définition claire et précise ouvre la voie à une interprétation large faisant courir le risque d'ingérences excessives et arbitraires dans les droits de l'homme.* » ; Cinq rapporteurs spéciaux des Nations-Unis se sont prononcés dans le même sens, dans une lettre du 26 mai 2020 (OL CHE 1/2020), Ils relèvent que la définition de terrorisme retenue par le législateur helvétique est trop large comparée aux définitions en droit international. Concernant la définition d'activités terroristes, ils « *signalent en particulier que les actes qui cherchent à influencer ou à modifier l'ordre étatique peuvent englober une série de comportements qui ne sont pas de nature terroriste* » (p. 4) et que « *« propagation de la crainte » est mal définie et peut donner lieu à des interprétations très étendues.* » (p. 5). Le texte est disponible sur <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?qlid=25305> (consulté le 26.3.2023).

<sup>659</sup> RS 121. Voir aussi *supra*, II.2.1.3.

<sup>660</sup> Pour un aperçu plus complet, voir <https://www.humanrights.ch/fr/prises-de-position/prise-position-lre-n-coalition-ong> (consulté le 26.3.2023).

<sup>661</sup> Voir le Rapport annuel 2019 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 28 janvier 2020, FF 2020 72, qui relève notamment (p. 75): « *La plupart des articles de presse, des communiqués d'agences ainsi que des contenus de sites Internet rassemblés par le SRC n'auraient dû être ni recueillis ni traités par le service.* »

<sup>662</sup> Sur l'affaire des fiches, voir p.ex. « Le "scandale des fiches" éclatait en Suisse il y a tout juste trente ans », RTS, 22.11.2019, disponible sur <https://www.rts.ch/info/suisse/10886146-le-scandale-des-fiches-eclatait-en-suisse-il-y-a-tout-juste-trente-ans.html> (consulté le 25.3.2023). Pour une chronologie, voir <https://www.srf.ch/sendungen/school/die-fichenaffaere> (consulté le 25.3.2023).

<sup>663</sup> Voir *supra*, IV.1.3.2.b).

<sup>664</sup> 123a [Cst.](#), introduit en 2004; RO 2004 2341; FF 2000 3124.

<sup>665</sup> 121 al. 3-6 [Cst.](#), introduit en 2010; RO 2011 1199; FF 2008 1745.

interdiction à vie du travail avec des enfants pour des « pédophiles »<sup>666</sup>. Dans le domaine du droit pénal, l'évolution du droit des sanctions vers une visée davantage préventive et sécuritaire que répressive soulève aussi des difficultés pour les principes de l'État de droit<sup>667</sup>. La CourEDH a constaté à plusieurs reprises une violation du droit à la liberté et à la sûreté, et une fois aussi celle du principe « pas de peine sans loi » et du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, dans des affaires où la prolongation de la détention a été fondée sur une mesure prononcée des années après la condamnation au motif de la dangerosité de la personne concernée<sup>668</sup>.

Ces exemples montrent que le respect des principes de l'État de droit dépend largement du contexte social et de la culture politique dominante. Pour prospérer, l'État de droit suppose une vigilance constante<sup>669</sup>, et des citoyennes et citoyens qui n'exaltent pas l'ordre au prix de la liberté, pour reprendre les célèbres paroles de deux anciens juges à la Cour suprême des États-Unis, Oliver WENDELL HOLMES et Louis BRANDEIS<sup>670</sup>. Le dernier juge a aussi souligné que « *la plus grande menace pour la liberté est un peuple inerte* »<sup>671</sup> et que la « *discussion publique est un devoir politique* »<sup>672</sup>. Ces paroles soulignent l'interdépendance de la démocratie, ancrée dans une culture de discussion et de délibération, d'une part, et des principes de l'État de droit, d'autre part. La désinformation, la désinformation et les discours de haine mettent une telle culture politique à rude épreuve. Il en va de même de la polarisation politique, et des tendances populistes. La rhétorique populiste, qui véhicule l'image d'un peuple monolithique, infaillible, menacé par les élites, alimente une vision antagoniste entre la démocratie et l'État de droit pour décrédibiliser et neutraliser les contre-pouvoirs<sup>673</sup>, dépeints comme les ennemis du peuple<sup>674</sup>. Le constitutionnaliste suisse WERNER KÄGI a déjà mis en garde contre une telle conception de démocratie, soulignant les dangers de l'absolutisme latent des décisions majoritaires : « *Là où les 51% croient pouvoir tout faire en vertu de ces 51%, la démocratie est irrémédiablement sur le déclin* »<sup>675</sup>.

<sup>666</sup> 123c [Cst.](#), introduit en 2014; RO 2014 2771; FF 2009 6359.

<sup>667</sup> Voir ZÜND (2022), p. 500 ss, avec un accent sur la Suisse et des références à l'Allemagne. En effet, le droit pénal suisse distingue, comme le droit pénal allemand, entre des sanctions, d'une part, et des mesures, d'autre part. Alors que la prononcée des premières est fondée sur la culpabilité de la personne accusée, les secondes se fondent sur la dangerosité, liée par exemple à des troubles mentaux.

<sup>668</sup> Voir CourEDH, *W.A. c. Suisse*, 2.11.2021, n° 38958/16 (violation de l'art. 5 § 1 et 7 § 1 [CEDH](#) et de l'art. 4 § 1 du Protocole n° 7); CourEDH, *Kadusic c. Suisse*, 9.1.2018, n° 43977/13 (violation de l'art. 5 § 1 [CEDH](#)). Pour des constats de violation liée à des privations de liberté pour des motifs sécuritaires, voir aussi CourEDH, *I.L. c. Suisse*, 3.12.2019, n° 72939/16 (violation de l'art. 5 § 1 [CEDH](#)) ; CourEDH, *T.B. c. Suisse*, 30.4.2019, n° 1760/15 (violation de l'art. 5 § 1 [CEDH](#)).

<sup>669</sup> Cf. la célèbre citation du juge O.W. HOLMES dans son opinion dissidente *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p. 630, qui se réfère à la liberté d'expression : « *I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death* ».

<sup>670</sup> Cour suprême des États-Unis, *Whitney v. California*, 257 U.S. 357 (1927), opinion concordante du juge Brandeis : « *Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty.* » (p. 377).

<sup>671</sup> *Ibid.*, p. 375, traduit par l'autrice.

<sup>672</sup> *Ibid.*, p. 375, traduit par l'autrice.

<sup>673</sup> Pour les différentes stratégies employées en vue d'affaiblir les contre-pouvoirs, voir, dans une perspective comparative, KIENER (2022), p. 518 ss.

<sup>674</sup> Sur les risques d'une conception populiste de la démocratie directe, cf. MÖCKLI (2022).

<sup>675</sup> KÄGI (1945), p. 184. Voir aussi BÄUMLIN (1965) p. 101, dont la conception de la démocratie insiste sur la délibération et le compromis, et qui relativise les décisions majoritaires : « *La force vitale de la démocratie américaine et suisse provient notamment du fait que la démocratie s'enlise ici comme là-bas de manière décisive* ».

Dans son renvoi relatif à la sécession du Québec du 20 août 1995<sup>676</sup>, la Cour suprême du Canada développe un contre-narratif, qui souligne, à l'instar d'une partie considérable de la doctrine helvétique<sup>677</sup>, la complémentarité et l'interdépendance entre les différents principes structurels et une conception de la démocratie qui est indissociable des principes de l'État de droit. Elle rappelle que « *principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.* »<sup>678</sup> La Cour avance la vision d'une « *démocratie respectueuse des minorités et des identités culturelles et collectives*<sup>679</sup> » dont le bon fonctionnement exige « *un processus permanent de discussion* »<sup>680</sup>. Ce processus implique des négociations, des délibérations et des compromis, et suppose que conviction que « *[n]ul n'a le monopole de la vérité* »<sup>681</sup>. Une telle conception de la démocratie intègre « *des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique* », lesquels comprennent, (...) *le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.* »<sup>682</sup> L'État de droit, quant à lui, ne peut pas survivre sans le fondement légitimateur de la démocratie, sans lequel le système politique ne reflète pas les aspirations de la population<sup>683</sup>. Faire passer ce message, dans l'intérêt de la démocratie et de l'État de droit, est un défi que nous devons relever.

---

*dans le compromis. Le principe majoritaire n'est qu'une méthode pour parvenir à des décisions et ne peut fonctionner que tant que l'on reste dans l'espace d'une entente toujours recherchée. La décision majoritaire met fin au processus de formation de l'opinion et de la volonté. Dans ce processus, on a cherché la solution qui est relativement juste, au vu de la nécessité d'arriver à une décision ; il faut maintenant en arriver à une conclusion. La décision majoritaire ne peut toutefois pas remplacer le dialogue qui doit la précéder.* » (traduit par l'autrice, à l'aide de deepl.com). Pour une contribution plus récente qui critique une conception absolutiste des décisions majoritaires, cf. MÜLLER/BIAGGINI (2015).

<sup>676</sup> [1998] 2 RCS 217.

<sup>677</sup> BÄUMLIN (1965), p. 101; SCHINDLER (2014), p. 109, N 13; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (2016), p. 34, n° 203; TSCHANNEN (2021), p. 97 s., n° 250, qui relève que les deux principes structurants peuvent entrer en tension mais souligne leur interdépendance ainsi que leur fondement commun dans la dignité humaine.

<sup>678</sup> Ibid. p. 248.

<sup>679</sup> Ibid. p. 254.

<sup>680</sup> Ibid. p. 256.

<sup>681</sup> Ibid. p. 256.

<sup>682</sup> Ibid. p. 256.

<sup>683</sup> Ibid. p. 256.

## V. Conclusions

Selon la conception helvétique, l'État de droit est un principe structurant de l'ordre constitutionnel qui se caractérise par sa nature partiellement ouverte. Il s'agit d'un concept qui rassemble une série de principes à la fois formels et matériels, et qui ont été développés progressivement. Un penchant de la doctrine et de la pratique suisse vers le pragmatisme, couplé avec une dose de méfiance à l'égard de concepts abstraits, a eu pour conséquence que le concept de l'État de droit est peu théorisé et a trouvé une mention dans la Constitution fédérale seulement en 1999, dans une disposition (art. 5 Cst.) qui énumère sous le libellé « Principes de l'activité de l'État régi par le droit » / « *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* » / « *Stato di diritto* » à titre exemplative des principes formels et matériels de l'État de droit.

Alors que l'État de droit a aujourd'hui une connotation largement positive, et se situe, selon la doctrine et le Tribunal fédéral, sur le même plan que les autres principes structurants qui soutiennent la Constitution, il joue dans la réalité politique un rôle identitaire moindre que d'autres principes, en particulier le principe démocratique. L'échec de toutes les tentatives d'étendre le contrôle judiciaire de constitutionnalité aux lois fédérales, ou des propositions qui visent à renforcer le contrôle des validités des initiatives populaires fédérales est illustratif à cet égard. Un autre exemple parlant est le système de désignation des juges fédéraux, qui ne satisfait pas les standards internationaux en matière d'indépendance judiciaire, mais a jusqu'à présent résisté à des changements au nom du principe démocratique.

En vertu d'une longue tradition d'une démocratie semi-directe et de concordance, le principe démocratique est dans le contexte helvétique une ressource importante pour la préservation de l'État de droit, qui a été à de nombreuses reprises mobilisée pour protéger ou faire avancer l'État de droit : le référendum et l'initiative populaire fédérale peuvent jouer le rôle de contre-pouvoir. L'initiative populaire a de plus le potentiel de mettre sur l'agenda politique des thèmes importants pour l'État de droit qui ont été négligés par les autorités. Le fait que les conditions et la procédure de la participation populaire sont régies par le droit, et qu'il revient au peuple, et non aux autorités politiques, de déclencher des votations populaires, réduit le risque d'une instrumentalisation de la démocratie directe par les personnes au pouvoir. Malgré ce fait, le risque d'un absolutisme démocratique, qui réduit la démocratie aux décisions majoritaires du moment et cultive l'image d'un peuple tout puissant, malmené par les institutions politiques et le pouvoir judiciaire, est toujours latent et s'est manifesté au troisième millénaire dans une série d'initiatives populaires clairement contraires aux droits humains ou à d'autres traités d'importance stratégique pour la Suisse (ALCP). Un autre exemple sont les vives discussions déclenchées par la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet des naturalisations aux urnes. En jugeant que cette procédure était inconstitutionnelle en raison des difficultés systémiques qu'elle soulève à l'aune des principes de l'État de droit, le Tribunal fédéral a rejeté la conception selon laquelle les naturalisations sont une question politique sur laquelle les citoyennes et citoyens peuvent statuer souverainement. Selon les juges fédéraux, lorsqu'il se prononce sur des demandes de naturalisation, le peuple agit comme un organe de l'État qui est lié par les droits fondamentaux. Ce raisonnement résolument favorable au respect des principes de l'État de droit a suscité des polémiques, montrant que le Tribunal fédéral avait, pour certains, fait chuter le souverain de son piédestal. Les juges fédéraux ont aussi rempli leur rôle de garants de l'État de droit par une jurisprudence favorable au droit international : en posant les jalons du contrôle de conventionnalité des lois fédérales, ils ont partiellement comblé la lacune de protection juridictionnelle due à l'immunité des lois fédérales. Par le biais du contrôle de conventionnalité de la Constitution, le Tribunal fédéral a réduit le potentiel de conflits entre les dispositions constitutionnelles issues d'initiatives populaires, d'une part, et les conventions protectrices des droits humains

(CEDH) et l'ALCP, d'autre part. Il est important de relever que le constituant a fini par donner son aval à cette jurisprudence. Les initiatives populaires lancées pour « corriger » les arrêts du Tribunal fédéral relatifs aux naturalisations aux urnes et au contrôle de conventionnalité ont subi un rejet clair.

Pour que le Tribunal fédéral puisse assumer son « devoir d'impopolarité »<sup>684</sup> dans une perspective à long terme, les garanties de l'indépendance judiciaire devraient à notre sens être renforcées. Parmi les différentes spécificités du mode de désignation des juges fédéraux (élection par le Parlement pour un mandat relativement court (6 ans), sujet à réélection ; exigence dans les faits d'être membre d'un parti politique et de rétrocéder à celui-ci une partie de la rémunération), le point le plus sensible nous paraît la réélection, qui ouvre la porte à des tentatives de censurer les juges pour une jurisprudence perçue comme étant contraire aux positions de leurs partis politiques. Même si ces pressions n'ont jusqu'à présent jamais conduit à la non-réélection d'un membre du Tribunal fédéral, elles sont susceptibles d'exercer un effet d'inhibition sur les juges. Concernant l'organe d'élection, l'introduction dans certains cantons d'un Conseil de la Magistrature, un organe indépendant avec la mission de préparer les élections des juges, pourrait servir de source d'inspiration au niveau fédéral.

L'extension du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales serait à notre sens un élément important pour renforcer l'État de droit en Suisse. L'opposition à cette réforme au nom du principe démocratique, voire au nom de la singularité de la démocratie semi-directe helvétique, méconnaît la complémentarité entre l'État de droit et la démocratie, et leur fondement commun dans la dignité humaine. Le contrôle de constitutionnalité permet, avec du recul temporel, et de façon plus indépendante des constellations politiques du moment, de corriger les conséquences de l'application de la loi dans un cas individuel qui n'ont parfois pas été anticipées en amont, et d'offrir un forum où les intérêts marginalisés dans la procédure législative peuvent s'articuler<sup>685</sup>. Les instruments de la démocratie directe (référendum et initiative populaire) ne sont pas des garde-fous effectifs quand il s'agit de préserver les droits de groupes de personnes « peu populaires » (« *outgroups* »). Les personnes étrangères, celles suspectées d'activités terroristes, les personnes délinquantes, et certaines minorités religieuses ont peu de chances que leurs droits soient pris en compte aux urnes.

Concernant le contrôle préventif des initiatives populaires fédérales, un renforcement significatif a peu de chances d'aboutir. Pour que la stratégie actuelle en vue de concilier autant que possible les dispositions constitutionnelles contraires au droit international avec les droits humains reste viable, il faut renforcer le processus démocratique lui-même, en tenant compte du contexte contemporain dans lequel s'inscrit la délibération publique. Un soutien plus actif de la presse, pour garantir un paysage pluraliste et des informations de qualité à l'ère du numérique et des « *fake news* » nous paraît un élément important. L'éducation citoyenne, qui doit également inclure une sensibilisation aux risques du monde digital, en est un autre. Des assemblées citoyennes, dont les membres sont choisis au sort et qui ont pour fonction d'examiner des sujets politiques en vue de faire des recommandations de vote destinées au corps électoral sont aussi une piste prometteuse<sup>686</sup>. Ensemble avec les garanties de l'État de droit, ces différentes propositions peuvent contribuer à la vigueur d'une démocratie délibérative, qui ne se confond pas à la toute-puissance de la majorité du moment.

---

<sup>684</sup> MÜLLER (1981), p. 95 (traduit par l'autrice).

<sup>685</sup> Pour un argumentaire en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales dans le contexte helvétique, cf. HERTIG RANDALL (2010), p. 311 ss. Pour un argumentaire dans l'autre sens, cf. SEILER (2010).

<sup>686</sup> Voir à ce sujet le projet de recherche Demoscan mené par le Prof. Nenad Stojanovic à l'Université de Genève (<https://www.unige.ch/urbanhub/bienvenue/recherche/projets/demoscan>, consulté le 27.4.2023).

Les pistes et stratégies esquissées répondent à un défi important auquel l'État de droit est confronté. Cette étude a formulé encore d'autres propositions, destinées à répondre à d'autres préoccupations, que nous nous contentons de mentionner : rendre les principes de l'État de droit davantage opérationnels à l'égard des acteurs privés (notamment les entreprises multinationales), et en dehors du territoire national, pour éviter des zones de non droit, surtout dans le domaine de la migration ; renforcer la transparence et le contrôle dans la sphère du numérique, et procéder à une évaluation de l'arsenal du droit d'urgence à l'aune de la gestion des crises récentes, pour proposer des pistes de réformes adaptées à un monde où les lignes de démarcation entre l'état ordinaire et les situations extraordinaires risquent de s'estomper encore davantage.

## Liste des dispositions constitutionnelles et infra-constitutionnelles citées

### NIVEAU INTERNATIONAL

- [Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 3 septembre 1953](#) (Convention européenne des droits de l'homme ; CEDH)
- [Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 \(ALCP\)](#), RS 0.142.112.681

### NIVEAU FÉDÉRAL

- [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848](#), FF 1849 | 3
- [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874](#) [RS 101].
- [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999](#), RS 101.
- [Code civil suisse 10 décembre 1907](#) (CC), RS 210.
- [Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934](#) (Loi sur les banques, LB), RS 952.0.
- [Code pénal suisse du 21 décembre 1937](#) (CP), RS 311.0.
- [Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain du 25 septembre 1952](#) (LAPG), RS 834.1.
- [Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958](#) (LRFCF), RS 170.32.
- [Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968](#) (PA), RS 312.0.
- [Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976](#) (LDP), RS 161.1.
- [Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979](#) (LAT), RS 700.
- [Règlement de service de l'armée du 22 juin 1994](#) (RSA), RS 510.107.0.
- [Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997](#) (LOGA), RS 172.010.
- [Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police du 17 novembre 1999](#) (Org DFJP), RS 172.213.1.
- [Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997](#) (LMSI), RS 120.
- [Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002](#) (LParl), RS 171.10.
- [Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004](#) (LPubl), RS 170.512.
- [Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004](#) (Loi sur la transparence, LTrans), RS 152.3.
- [Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005](#) (LTF), RS 173.110.

- [Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005](#) (LTAF), RS 173.32.
- [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007](#) (CPP), RS 312.0.
- [Code de procédure civile du 19 décembre 2008](#) (CPC), RS 272.
- [Loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009](#) (LTFB), RS 173.41.
- [Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010](#) (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP), RS 173.71.
- [Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012](#) (LEp), RS 818.101.
- [Loi fédérale sur la réhabilitation des personnes placées par décision administrative du 21 mars 2014](#), RS 211.223.12.
- [Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2014](#) (LN), RS 141.0.
- [Loi fédérale sur le renseignement du 25 septembre 2015](#) (LRens), RS 121.
- [Loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays](#) du 17 juin 2016 (Loi sur l'approvisionnement du pays, LAP), RS 531.
- [Ordonnance sur la nationalité suisse du 17 juin 2016](#) (OLN), RS 141.01.
- [Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 du 25 septembre 2020](#) (Loi COVID-19), RS 818.102

## **NIVEAU CANTONAL**

- [Constitution du canton de Zoug du 31 janvier 1894](#), RS 131.218:
- [Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907](#), RS 131.232.
- [Constitution de la République et canton du Jura du 20 mars 1977](#), RS 131.235
- [Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984](#), RS 131.222.2
- [Constitution du canton de Soleure du 8 juin 1986](#), RS 131.221
- [Constitution du canton de Thurgovie du 16 mars 1987](#), RS 131.228
- [Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993](#), RS 131.212
- [Constitution du canton de Tessin du 14 décembre 1997](#), RS 131.229
- [Constitution de la République et du canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000](#), RS 131.233
- [Constitution du canton de St. Gall du 10 juin 2001](#), RS 131.225
- [Constitution du canton de Schaffhouse du 17 juin 2002](#), RS 131.223
- [Constitution du canton des Grisons du 18 mai 2003/14 septembre 2003](#), RS 131.226
- [Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003](#), RS 131.231
- [Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004](#), RS 131.219
- [Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005](#), RS 131.211
- [Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005](#), RS 131.222.1

- [Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007](#), RS 131.213
- [Constitution du canton de Schwyz du 24 novembre 2010](#), RS 131.215
- [Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012](#), RS 131.234

## Liste des arrêts du Tribunal fédéral cités

- [ATF 3, 425](#)
- [ATF 6 I 171](#)
- [ATF 89 I 92](#)
- [ATF 96 I 104](#)
- [ATF 99 Ib 39](#)
- [ATF 100 Ia 392](#)
- [ATF 103 Ia 369](#)
- [ATF 103 IV 192](#)
- [ATF 104 Ia 88](#)
- [ATF 104 IV 22](#)
- [ATF 111 Ia 231](#)
- [ATF 112 Ib 606](#)
- [ATF 114 Ia 50](#)
- [ATF 116 Ia 252](#)
- [ATF 120 Ia 1](#)
- [ATF 121 I 367](#)
- [ATF 123 I 152](#)
- [ATF 124 I 297](#)
- [ATF 125 I 21](#)
- [ATF 125 II 417](#)
- [ATF 128 I 295](#)
- [ATF 129 I 35](#)
- [ATF 129 I 217](#)
- [ATF 129 I 232](#)
- [ATF 130 I 388](#)
- [ATF 131 II 361](#)
- [ATF 133 I 145](#)
- [ATF 133 I 249](#)
- [ATF 134 IV 36](#)
- [ATF 136 I 87](#)
- [ATF 136 I 290](#)
- [ATF 136 IV 97](#)
- [ATF 136 III 168](#)

- [ATF 137 I 8](#)
- [ATF 137 II 431](#)
- [ATF 138 I 61](#)
- [ATF 138 I 196](#)
- [ATF 138 I 305](#)
- [ATF 139 I 16](#)
- [ATF 139 I 129](#)
- [ATF 139 I 280](#)
- [ATF 140 I 381](#)
- [ATF 141 I 20](#)
- [ATF 141 I 211](#)
- [ATF 142 I 49](#)
- [ATF 142 II 35](#)
- [ATF 143 I 129](#)
- [ATF 144 I 70](#)
- [ATF 144 I 126](#)
- [ATF 144 I 318](#)
- [ATF 145 I 207](#)
- [ATF 146 I 1](#)
- [ATF 146 I 49](#)
- [ATF 146 I 105](#)
- [ATF 146 I 145](#)
- [ATF 146 II 56](#)
- [ATF 147 I 161](#)
- [ATF 147 I 280](#)
- [ATF 147 I 333](#)
- [ATF 147 I 393](#)
- [ATF 147 I 450](#)
- [ATF 148 I 19](#)
- [ATF 148 I 33](#)
- [ATF 148 II 121](#)
- [ATF 148 II 169](#)

## Bibliographie

- AUBERT, J.-F. : « Un droit social encadré », *RDS* 1991-I, pp. 157-172.
- AUBERT, J.-F., MAHON, P. : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003.
- AUER, A. : *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016.
- AUER, A. : « Einbürgerungen durch Gemeindeversammlungen: Um- und Holzwege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung », *ZBl* 2009, pp. 69-91.
- AUER, A. : *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle 1983.
- BATCHIS, W. : « On the Categorical Approach to Free Speech – And the Protracted Failure to Delimit the True Threats Exception to the First Amendment », *37 Pace Law Review* 2017, pp. 1-53.
- BÄUMLIN, R. : « Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke », *RJB* 1965, pp. 81-102.
- BÄUMLIN, R. : *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Zurich 1954.
- BELSER, E.M., BÄCHLER, T. : « Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, das über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht », *ZBl* 121(9) 2020, pp. 463-488.
- BELSER, E.M. : « Einleitung », in WALDMANN, B., BELSER, E.M., EPINEY, A. (éd.) : *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2014, pp. 1-29.
- BELSER, E.M. : « Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung » in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 667-690.
- BERNARD, F. : « Art. 145 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 2963-2869.
- BERNARD, F. : « État de droit et situations extraordinaires », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 979-998 (2020a).
- BERNARD, F. : « L'action publique face à la pandémie COVID-19 : rapport suisse », *Annuaire européen d'administration publique* 2020, pp. 289-309 (2020b).
- BIAGGINI, G., GÄCHTER, T., KIENER, R. (éd.) : *Staatsrecht*, 3e éd, Zurich, St. Gall 2021.
- BIAGGINI, G. : « "Notrecht" in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV », *ZBl* 121(5) 2020, pp. 239-267.
- BIAGGINI, G. : *BV - Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG (Kommentar)*, 2e éd., Zurich 2017.
- BISCHOF, F. X., MARTIN P.G. : « Kulturkampf », in *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS) (2008), disponible sur <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/017244/2008-11-06/> (consulté le 10.2.2023).
- BLOKKER, P., THORNHILL, C., *Sociological Constitutionalism*, Cambridge 2017.
- BOHNET, F. : « Art. 30 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 892-930.
- BRÜHLMEIER, D., VATTER, A. : « Demokratiekonzeption der Bundesverfassung », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 373-397.

- BRÜHL-MOSER D. : « Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich » in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 565-594.
- BRUNNER, F., WILHELM, M., UHLMANN, F. : « Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts. Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage », *PJA* 2020, pp. 685-701.
- CHIARIELLO, E. : *Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zurich 2009.
- CHIARIELLO, E. : *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 2003.
- COTTIER, B. : « Art. 16 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 577-596 (2021a).
- COTTIER, B. : « Art. 17 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 597-610.
- COTTIER, B. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VIII et 39 pp., référence PE 642.262.
- COTTIER, T., HERTIG, M. : « Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen », in ZIMMERLI, U. (éd.): *Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berne 2000, pp. 1-34.
- DE ROSSA, F. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 58 pp., référence PE 608.738.
- DE ROSSA, F. : [Le rôle des Cours Constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Suisse: Le Tribunal fédéral](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), novembre 2016, VI et 108 pp., référence PE 593.509.
- DESHOWITZ, A.M. : *Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights*, New York 2005.
- DIGGELMANN, O. : « Verfassung und Völkerrecht », in DIGGELMANN O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER B. (éd.): *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 265-284.
- DIGGELMANN, O. : « Der schwierige Ausbau des Rechtsstaates », in *NZZ* du 29.06.2011, p. 23.
- DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. : « Verfassung », in Diggelmann O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER B. (éd.) : *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 3-30.
- DUBEY, J. : « Art. 5 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 171-257 (2021a).
- DUBEY, J. : « Art. 9 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 349-391 (2021b).
- DUBEY, J. : « Art. 36 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 1052-1112 (2021c).
- DUBEY, J. : « Art. 164 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3046-3070 (2021d).

DUBEY, J. : « Art. 165 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3071-3089 (2021e).

DUBEY, J. : *Droits fondamentaux*, vol. I, Bâle 2018 (2018a).

DUBEY, J. : *Droits fondamentaux*, vol. II, Bâle 2018 (2018b).

DUBEY, J., MARTENET V. : « Introduction générale », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 2-74.

DUFOUR, A. : « Droit naturel », in *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS), version du 22.09.2011. Disponible sur: <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/008934/2011-09-22>, consulté le 3.2.2023.

DUPONT, A.-S. : « La Constitution sociale », in DIGGELMANN O., HERTIG RANDALL M., SCHINDLER B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurich 2020, pp. 2091-2119.

EPINEY, A. : « Art. 5 BV », in WALDMANN, B., BELSER, E.M., EPINEY, A. (éd.) : *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2014, pp. 85-132.

FLEINER, F., GIACOMETTI, Z. : *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1978.

FLÜCKIGER, A. : *(Re)faire la loi: Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019.

FREI, N. : [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de Recherche du Parlement européen, mars 2022, X et 95 pp., référence PE 729.316.

GALLE, S. : *Kindswegnahmen. Das « Hilfswerk für die Kinder der Landstrasse » der Stiftung Pro Juventute im Kontext der schweizerischen Jugendfürsorge*, Zurich 2016.

GALLE, S. : « Wie mit vergangenem Unrecht umgehen? Das Beispiel des "Hilfswerks für die Kinder der Landstrasse" der Stiftung Pro Juventute », in FURRER, M., HEILIGER, K., HUONKER, T. et al. (éd.) : *Fürsorge und Zwang. Zwangsplatzierung von Kindern und Jugendlichen in der Schweiz von 1850-1980*, Bâle 2014, pp. 385-397.

GARZONI F. : *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Zurich 1952.

GETH, CH. : « Die Aufsicht über die Staatsanwaltschaft aus Sicht einer kantonalen Fachkommission », *forum poenale* 2018, pp. 367-374.

GHIELMINI, S., KAUFMANN, CH., POST, CH. ET AL. : *Grund- und Menschenrechte in einer digitalen Welt*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, 2021.

GIACOMETTI, Z. : *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich 1960.

GIACOMETTI, Z. : *Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft*, Zurich 1945.

GONIN, L. : « Art. 173 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3346-3403 (2021a).

GONIN, L. : « Art. 185 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3346-3403 (2021b).

GONIN, L. : *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2021 (2021c).

GRIFFEL, A. : « Rechtsschutz », in DIGGELMANN O., HERTIG RANDALL M., SCHINDLER B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1073-1093.

GRODECKI, S. : « Art. 29a Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 879-891.

- GRODECKI, S. : « La démocratie directe en Suisse au XXI<sup>e</sup> siècle : une évolution nécessaire? », *RDS* 2013-II, pp. 95-183.
- GUILMAIN, A. : « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Revue de droit de McGill* (61/1) 2015, pp. 87-137.
- HÄFELIN, U., HALLER, W., KELLER, H., THURNHERR, D. : *Schweizerisches Bundesverfassungsrecht*, 10<sup>e</sup> édition, Zurich 2020.
- HÄFELIN, U., MÜLLER, G., UHLMANN, F. : *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7<sup>e</sup> édition, Zurich, St.-Gall, 2016.
- HALLER, W., KÖLZ, A., GÄCHTER, T. : *Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre*, 6<sup>e</sup> édition, Zurich 2020.
- HANGARTNER, Y., KLEY, A., BRAUN BINDER, N., GLASER, A. : *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2<sup>e</sup> éd, Zurich 2023.
- HÄNNI, J. : « Unabhängigkeit der Gerichte – worum geht es? Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts und unter Berücksichtigung der EMRK », *RDS* 2022-I, pp. 551-669.
- HENNETTE VAUCHEZ S. : *La Démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Paris 2022.
- HERTIG RANDALL, M., CHATTON T. : « Les droits sociaux en Suisse », in WOJTYCZEK, K. (éd.): *Social Rights as Fundamental Rights*, XIX<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law / Le IX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, La Haye 2016, pp. 383-477.
- HERTIG RANDALL, M., CHATTON T. : « Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse », in HECKENDORN URSCHELER, L. (éd.): *Rapports suisses présentés au XIX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé / Swiss reports presented at the XIX<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*, Zurich 2014, pp. 289-348.
- HERTIG RANDALL, M. : « Comment déterminer le minimum pour une vie décente ? Inspirations de la jurisprudence allemande », in HOTTELIER, M., HERTIG RANDALL, A., FLÜCKIGER, A. (éd.): *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel. Entre droit constitutionnel et droit administratif : questions autour du droit de l'action publique*, Genève 2019, pp. 145-158 (2019a).
- HERTIG RANDALL, M. : « Human rights of migrants: some comments on the potentialities and limits of existing instruments », in *Migrations, droits et obligations des États dans un contexte globalisé / Migrations, state obligations and rights in a globalized context*, Genève 2019, pp. 29-44 (2019b).
- HERTIG RANDALL, M. : « Taming the Demos through Courts? The Example of the Swiss Deportation Initiative », *Quaderni costituzionali* 3/2018, pp. 765-776.
- HERTIG RANDALL, M. : « Direct Democracy in Switzerland: Trends, Challenges and the Quest for Solutions », in CHOMMELOUX, A., GIBSON-MORGAN, E. (éd.) : *Contemporary Voting in Europe: Patterns and Trends*, Londres 2017, pp. 129-156.
- HERTIG RANDALL, M. : « The Swiss Federal Bill of Rights in the Context of International Human Rights Protection: Added Value and Shortcomings », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2016, pp. 151-177.
- HERTIG RANDALL, M. : « Art. 16 BV », in Waldmann, B., Belser, E.M., Epiney, A. (éd.), *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2014, pp. 356-372.
- HERTIG RANDALL, M. : « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives », *RDS* 2010-II, pp. 221-380.

HERTIG RANDALL, M., MARQUIS, J. : « Art. 10 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp.393-492.

HERTIG RANDALL, M., THÜRER, D. : « § 1 Einleitung: Gerechtigkeit im Ausländerrecht? » in UEBERSAX, P., RUDIN, B., HUGI YAR, T., GEISER, T., VETTERLI, L. (éd.) : *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Von A(Syl) bis Z(ivilrecht)*, 3e édition, Bâle 2022, pp. 3-78.

HOTTELIER, M., MOCK H., PUECHAVY M. : *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, 2e édition, Zurich 2011.

HOTTELIER, M. : « La juridiction constitutionnelle fédérale », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1095-1126.

JAAG, T., KAUFMANN, CH. : *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK. Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014*, Zurich 2015.

KÄGI W. : « Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848 », *RDS* 1952-I, pp. 173 ss.

KÄGI W. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich 1945.

KÄLIN, W., LOCHER, R. : *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen. Synthesebericht*, Berne 2015.

KAUFMANN, CH. : « Rechtsstaatlichkeit und Internationalisierung », in Diggelmann, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 959-977.

KELLER, H. : « Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich », in DIGGELMANN O., HERTIG RANDALL M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 935-957.

KELLER H., WALTHER, R. : « Resistance in Switzerland: Populist Rather Than Principled », in: M. BREUER (éd.) : *Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?*, Heidelberg, 2019, pp.161-191.

KETTIGER, D. : "Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in der Justizorganisation", in «Justice - Justiz - Giustizia» 2010/4.

KIENER, R., KÄLIN, W., WYTTENBACH, J. : *Grundrechte*, 3e éd., Berne 2018.

KIENER, R. : « Erst die Gerichte, der Rest folgt nach. Erosionen der Rechtsstaatlichkeit in Staaten des Europarats », *RDS* 2022-I, 515-533.

KIENER, R. : « Grundrechte in der Bundesverfassung », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1193-1221.

KIENER, R. : « Zugang zur Justiz », *RDS* 2019-II, pp. 5-99.

KIENER, R. : « Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz », in Institut für öffentliches Recht der Universität Bern/Karlsuniversität Prag (éd.) : *Der Staat vor den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts*, Berne 2004, pp. 113-122.

KLEBER, E. : *La discrimination multiple. Étude de droit international, suisse et européen*, Zurich 2015.

KLEY, A., AUBERSON, L. : « Pleins pouvoirs », in *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS) (2020), disponible sur <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/010094/2020-10-06/>, consulté le 6.4.2023.

- KLEY, A. : « "Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen." – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV », *ZBl* 121/2020, pp. 268-276 (2020a).
- KLEY, A. : « Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 85-106 (2020b).
- KLEY, A. : « Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 57-84.
- KLEY, A. : « État de droit », in *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS) (2012), disponible sur : (<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010376/2015-02-23/>, consulté le 2.4.2023)
- KLEY-STRULLER, A. : *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Zurich 1995.
- KOLLER, CH., MARTIN, P.-G. : « La Régénération », in *Dictionnaire historique de la Suisse* (DHS), Schweiz (2010) (disponible sur : <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009800/2010-08-23/#HHistoirepolitique>, consulté le 5.4.2023).
- KOLLER, P. : « Vor 130 Jahren: Die Volksinitiative dynamisiert die Schweizer Demokratie » Schweizerisches Sozialarchiv, 3 janvier 2022 (disponible sur : <https://www.sozialarchiv.ch/2022/01/03/vor-130-jahren-die-volksinitiative-dynamisiert-die-schweizer-demokratie/>, consulté le 26.2.2023).
- KRÜSI, M. : *Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung*, Zurich 2011.
- KRYGIER, M. : « Rule of Law », in ROSENFELD, M., SAJÓ, A.: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, pp. 233-249.
- KÜNZLI, J. : « Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1245-1266.
- KÜBLER, D. : « Schweizerische Demokratie im internationalen Vergleich », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 317-331.
- LIJPHART, A. : « Consociational Democracy », *World Politics* vol. 21(2) 1969, pp. 207-225.
- LUMINATI, M., CONTARINI, F. : « Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand », *RDS* 2019-II, pp. 201-289.
- MADER, L. : « Aushöhlung des Budgetrechts in Krisenzeiten? Die Fälle Swissair und UBS », in ASDPO (éd.) : *Annuaire 2009*, Berne 2010, pp. 107-116.
- MALINVERNI, G., HOTTELIER, H., HERTIG RANDALL, M., FLÜCKIGER, A. : *Droit constitutionnel suisse, vol. I: L'Etat*, 4e édition, Berne 2021 (2021a).
- MALINVERNI, G., HOTTELIER, H., HERTIG RANDALL, M., FLÜCKIGER, A. : *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux*, 4e édition, Berne 2021 (2021b).
- MAHON, P. : « Droits politiques », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1499-1541.
- MANN, I. : « Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law », *EJIL* 29(2) 2018, pp. 347-372.

MARTENET, V. : « La séparation des pouvoirs », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 999-1023.

MARTI, A. : « Föderalismus und Rechtsstaat – ein Vergleich der Länder am Bodensee », *sui-generis* 2020, pp. 114-131 (2020a).

MARTI, A. : « Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 595-619 (2020b).

MEUWLY O. : « Introduction historique », in MARTENET, V., DUBÉY, J. (éd.): *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 47-74.

MEYER, U. : « Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit », *RJB* 155/2019, pp. 217-223.

MÖCKLI, D. : « Das populistische Verständnis von (direkter) Demokratie als Herausforderung für den Rechtsstaat », *RDS* 2022-I, pp. 593-610.

MOHLER, M. : « PMT-Gesetz: Wichtige Bestimmungen sind weder verfassungs- noch EMRK-konform », *sui generis* 2021 (disponible sur <https://sui-generis.ch/article/view/sg.177/1828>, consulté le 25.3.2023) (2021a).

MOHLER, M. : « PMT-Gesetz: Verfahren und Zweckerreichung », *sui generis* 2021 (disponible sur <https://sui-generis.ch/article/view/sg.180/1848>, consulté le 25.3.2023) (2021b).

MOOR, P., FLÜCKIGER, A., MARTENET, V. : *Droit administratif, vol. I. Les Fondements*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012.

MUGGLIN, L, EFIONAYI, D., RUEDIN, D., D'AMATO, G. : *Racisme structurel en Suisse : un état des lieux de la recherche et de ses résultats*, Neuchâtel, décembre 2022.

MÜLLER, J.P. : « Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1165-1191.

MÜLLER, J.P. : *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit eine Chance geben*, Bern 2018.

MÜLLER, J.P. : « Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen », *VVDStRL* 39/1981, 53-98.

MÜLLER, J.P., SCHEFER M. : *Grundrechte in der Schweiz*, 4e édition, Berne 2008.

MÜLLER, J.P., SCHEFER, M. : *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4e édition, Berne 2008.

MÜLLER, M. : « Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit », in Diggelmann, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1147-1164.

NEUENSCHWANDER, A. : « Art. 191c Cst. », in MARTENET, V., DUBÉY, J. (éd.): *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3497-3507.

OBERHOLZER, N. : « Die Staatsanwaltschaft zwischen Hammer und Amboss. Oder der Spagat zwischen Unabhängigkeit, gerichtlicher Kontrolle und administrativer Aufsicht », in *Jusletter* du 24 janvier 2022.

OESCH, M. : *Differenzierung und Typisierung. Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung*, Berne 2008.

OKOTH-OGENDO, H.W.O: « Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox », in SHIVJI, I.G.: *State and Constitutionalism. An African Debate on Democracy*, Harare 1991, pp. 3 ss.

OST, F., VAN DE KERCHOVE, M.: *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles 2010.

PACHOCKA, M. : « The European Union and International Migration in the Early 21st Century: Facing the Migrant and Refugee Crisis in Europe », in LATOSZEK, E., PROCZEK, M., KŁOS, A. (éd.) : *Facing the Challenges in the European Union: Re-thinking EU Education and Research for Smart and Inclusive Growth (Eulnteg)*, Polish European Community Studies Association, Varsovie 2015, pp. 531-537.

PÉTERMANN, N.O. : *Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne 2014.

PONTHOREAU, M.-C.: [L'État de droit, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2023, IX et 119 pp., référence PE 745.676.

RASELLI, N. : « Justizinitiative abgeschmettert. Ende gut, alles gut? », *Justiz – Justice – Giustizia* 2020/2 (disponible sur : <https://unser-recht.ch/2022/07/07/niccolo-raselli-justiz-initiative-abgeschmettert-ende-gut-alles-gut/>, consulté le 13.3.2023).

RASELLI, N. : « Justizinitiative », *RDS* 2019-I, pp. 273-283.

RASELLI, N. : « Richterliche Unabhängigkeit », *Justiz – Justice – Giustizia* 2011/3 (disponible sur : <https://unser-recht.ch/2022/07/07/niccolo-raselli-justiz-initiative-abgeschmettert-ende-gut-alles-gut/> consulté le 13.3.2023).

RECHSTEINER, D. : *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, Zurich, Saint-Gall, 2016.

REICH, J. : « Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020 pp. 333-355.

REICH, J. : « Art. 191c BV », in WALDMANN, B., BELSER, E.M., EPINEY, A. (éd.) : *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2014, pp. 2805-2817.

REIMER, F.: [Der Rechtsstaat, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland, Bibliothek für Vergleichendes Recht](#), Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), März 2023, XVI und 149 S., Referenz PE 745.674.

RHINOW, R., SCHEFER, M., UEBERSAX, P. : *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3e éd., Bâle 2016.

ROHNER, CH. : « Art. 9 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R.J., VALLENDER, K.A. (éd.): *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 257-277.

ROMAINVILLE, C : « La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'homme - La Cour européenne et l'exigence de légalité », *RDLF* 2019 chronique n°33 (disponible sur [www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com), consulté le 4.6.2023).

ROUGEMONT, D. DE : « Le fédéralisme suisse », *La Suisse face à l'avenir*, Berne, Commission de l'Annuaire de la Nouvelle Société helvétique, 1963, pp. 66-75.

ROSSINELLI M. : *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Lausanne 1987.

RÜTSCHKE, B. : « Verhältnismässigkeitsprinzip », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1049-1071.

SAXER, U., SUTTER, P.: « Die Voranwendung internationaler Verträge durch den Bundesrat: Dringlichkeit, Rechtsstaat und Demokratie im schweizerischen Staatsvertragsrecht », PJA 2003, pp. 1406-1420. SAXER, U. : « Art. 185 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER B., SCHWEIZER R.J., VALLENDER K.A., (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 2956-2986.

SCHAUB, L. : « Art. 145 BV », in WALDMANN, B., BELSER, E.M., EPINEY, A. (éd.) : *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2014, pp. 2262-2268.

SCHEFER, M.: *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001.

SCHEPPELE K.L.: « Constitutional Ethnography: An Introduction », *Law & Society Review* 38(3) 2004, pp. 389-406.

SCHERRER, T.: *Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV*, St.-Gall 2001.

SCHINDLER, B.: « Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee » in Diggelmann, O., Hertig Randall, M., Schindler, B. (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 907-934.

SCHINDLER, B.: « Art. 5 BV, Entstehungsgeschichte, Abs. 1-3 BV », in Ehrenzeller, B., SCHINDLER B., SCHWEIZER R.J., VALLENDER K.A., (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 103-129.

SCHINDLER, D. : *Notrecht und Dringlichkeit*, Zurich 1942.

SCHMID, E. : « Art. 184 Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3334-3346.

SCHMID, E., MIAZ, J., MAGGETTI, M., KAEMPFER, C., NIEDERHAUSER, M. : *Que font les cantons de leurs obligations internationales ?*, Lausanne, septembre 2022 (disponible sur : [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_59828CE1C767.P001/REF](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_59828CE1C767.P001/REF), consulté le 25.01.23)

SCHMID, E., BAYER, L., KAEMPFER, C., MARLÉTAZ, R. : *Le guide de bonnes pratiques: un outil prometteur pour la mise en œuvre des droits humains dans les législations cantonales*, Lausanne, octobre 2020, (disponible sur : [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_59B892009F15.P001/REF](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_59B892009F15.P001/REF), consulté le 25.01.23).

SCHMID, S.: « Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 287-316.

SCHWEIZER, R.J. : « Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus » in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.): *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, pp. 531-564.

SCHWEIZER, R.J.: « Art. 3 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER B., SCHWEIZER R.J., VALLENDER, K.A. (éd.): *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 81-92 (2014a).

SCHWEIZER, R.J.: « Art. 35 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R.J., VALLENDER, K.A. (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 793-821 (2014b)

SCHWEIZER, R.J.: « Art. 36 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R.J., VALLENDER, K.A. (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 822-842 (2014c).

- SCHWEIZER, R.J. : « 4. Kapitel: Bundesgericht und andere richterliche Behörden / Vorbemerkungen zur Justizverfassung », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R.J., VALLENDER, K.A., (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 3007-3022 (2014d).
- SCHWENDMANN, F., TSCHAN-TRUONG, B., THÜRER, D. : « Art. 184 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R.J., VALLENDER, K.A. (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 2943-2955.
- SEILER, H.: « Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik », RDS 2010-II, p. 381-540.
- SHUE H. : *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy: 40th Anniversary Edition*, Princeton 2020.
- STEINMANN, G. : « Denkwürdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter », RJB 2015, pp. 1-2.
- TANQUEREL, T. : *Manuel de droit administratif*, 2e édition, Zurich 2018.
- THÜRER, D. : *Kosmopolitisches Staatsrecht. Grundidee Gerechtigkeit*, vol. I, Zurich 2005.
- TRÜMLER, R. : *Notrecht (Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda)*, Zurich 2014.
- TSCHANNEN, P. : *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5e édition, Berne 2021.
- TSCHANNEN, P.: « Wem gehört die Verfassung? Neuer Streit um die Gewaltenteilung », RJB 2007, pp. 793-806.
- TSCHENTSCHER, A.: « Schutzpflichten », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1317-1344.
- TSCHUMI, T., SCHINDLER, B. : « Art. 5 Abs. 4 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R. J., VALLENDER, K.A. (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014, pp. 129-142.
- SCHWEIZER, R.J. : « Art. 8 Abs. 1 und 2 BV », in EHRENZELLER, B., SCHINDLER, B., SCHWEIZER, R. J., VALLENDER, K.A. (éd.) : *Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3e édition, Zurich, 2014.
- TANQUEREL, T. : « La juridiction constitutionnelle dans les cantons », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1137-1146.
- UHLMANN, F., BIAGGINI, G. : « Rechtsschutzlücken », *Schriften des Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)*, 4/2014, pp. 35-102.
- UHLMANN, F., BIAGGINI, G. : *Rechtsschutzlücken. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken. Schlussbericht*, Berne 2013 (disponible sur <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/88184/>, consulté le 6.4.2023).
- UHLMANN, F.: « Legalitätsprinzip », in DIGGELMANN, O., HERTIG RANDALL, M., SCHINDLER, B. (éd.) : *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, pp. 1025-1048.
- UHLMANN, F. : *Das Willkürverbot (Art. 9 BV)*, Berne 2005.
- UHLMANN, F., WILHELM, M. : « Notrecht in der Corona-Krise », *Schriften des Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)*, 12/2021, pp. 49-80.
- VATTER, A.: *Vom Schächt- zum Minarettverbot - Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zürich 2011.

VATTER, A., DANACI, D. : « Mehrheitstyannei durch Volksentscheide? Zum Spannungsverhältnis zwischen direkter Demokratie und Minderheitenschutz », *Politische Vierteljahresschrift* 51(2) 2010, pp. 205-222.

VERNIORY, J.-M. : « Art. 191b Cst. », in MARTENET, V., DUBEY, J. (éd.) : *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle 2021, pp. 3491-3496.

WALDMANN, B. : « Art. 29a BV », WALDMANN, B., BELSER, E.M., EPINEY, A. (éd.) : *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Bâle 2014, pp. 617-631.

WYSS, M. PH. : *Öffentliche Interessen - Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne 2001.

ZILLER, J. : L'État de droit, une perspective de droit comparé : Conseil de l'Europe, Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2023, X et 138 pp., référence PE 745.673.

ZÜND, A. : « Rechtsstaat und Menschenrechte », *RDS* 2022-I, pp. 497-514.

## Liste des sites internet consultés

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) :

<https://skmr.ch/fr/>

Dictionnaire historique de la Suisse (DHS) :

<https://hls-dhs-dss.ch>

Fedlex – La plateforme de publication du droit fédéral (donnant accès au Recueil officiel (RO), au Recueil systématique (RS), et à la Feuille fédérale (FF)) :

<https://www.fedlex.admin.ch>

Gouvernement suisse :

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>

Hudoc (base de données de la CourEDH) :

<https://hudoc.echr.coe.int>

Humanrights.ch (association vouée à la protection des droits humains)

<https://www.humanrights.ch/fr/> Notre Droit (association vouée à la protection de l'État de droit) :

<https://notre-droit.ch>

Parlement suisse :

<https://www.parlament.ch/fr>

Tribunal fédéral suisse :

<https://www.bger.ch/>

Votations populaires au niveau fédéral :

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/votations.html>

## Bibliographie utilisée dans les notes de l'éditeur

ACOSTA, L. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 33 pp., reference PE 608.743.

ALIBRANDI, A. : [Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato - Italia: stato di emergenza](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), giugno 2020, VIII e 49 pp., referenza PE 651.983.

BEHRENDT, CH. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, V et 38 pp., référence PE 608.732.

BEHRENDT, CH. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 42 pp., référence PE 642.243.

BEHRENDT, CH. : [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.087 (version originale en français) ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Bélgica](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), julio 2022, X y 82 pp., referencia PE 733.602 (version en espagnol avec commentaires ajoutés et mise à jour) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Belgien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Dezember 2022, VII und 106 S., Referenz PE 739.262 (version en allemand mise à jour et avec commentaires).

BOUHON, M., JOUSTEN, A., MINY, X. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - Belgique : Entre absence d'état d'exception, pouvoirs de police et pouvoirs spéciaux](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2021, X et 161 pp., référence PE 690.581.

COTTIER, B. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VIII et 39 pp., référence PE 642.262.

CRAM, I. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 50 pp., reference PE 608.746.

CRAM, I. : [Freedom of expression, a comparative-law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, VI and 53 pp., reference PE 642.263.

DE ROSSA, F. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 58 pp., référence PE 608.738.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), noviembre 2019, VI y 43 pp., referencia PE 644.176.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), diciembre 2020, VIII y 64 pp., referencia PE 659.380.

FREI, N. : [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Schweiz](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, X und 70 S., Referenz PE 659.292 (version original en allemand) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, X et 95 pp., référence PE 729.316 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour).

GARCÍA PINO, G. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), marzo 2021, VIII y 120 pp., referencia PE 690.533 ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), febrero 2023, X y 178 pp., referencia PE 739.352 (deuxième édition mise à jour avec commentaires ajoutés) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Chile](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Februar 2023, XII und 210 S., Referenz PE 739.353 (version en allemand avec commentaires ajoutés et mise à jour).

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2017, VIII y 52 pp., referencia PE 608.737.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2019, VIII y 56 pp., referencia PE 642.241.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2020, VIII y 104 pp., referencia PE 659.297 (version originale en espagnol) ; [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Espagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2022, X et 167 pp., référence PE 733.554 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour) ; [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Spanien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Januar 2023, X und 194 S., Referenz PE 739.207 (version en allemand avec commentaires ajoutés et mise à jour).

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril de 2023, XIV y 157 pp., referencia PE 745.677.

LECUMBERRI BEASCOA, G. : [El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), abril 2020, II y 19 pp., referencia PE 649.366 (version originale en espagnol) ; [Das Notstandsrecht, eine rechtsvergleichende Perspektive - Spanien: Alarmzustand](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2020, II und 20 S., Referenz PE 649.366 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ; [Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Espagne : état d'alerte](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2020, II et 19 pp., référence PE 649.366 (version en français) ; [Il diritto di eccezione, una prospettiva di diritto comparato - Spagna: stato di allarme](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), aprile 2020, II e 20 pp., referencia PE 649.366 (version en italien avec commentaires ajoutés) ; [El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), 2a edición, julio 2020, VI y 69 pp., referencia PE 652.005 (2ème édition mise à jour).

LUCIANI, M. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VIII e 31 pp., referencia PE 608.736.

LUCIANI, M. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2019, VIII e 55 pp., referenza PE 642.242.

LUCIANI, M. : [I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2020, X e 71 pp., referenza PE 659.298.

MOYSE, P.-E. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 71 pp., référence PE 642.244.

OSBORNE, E.L. : [The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2021, XII and 83 pp., reference PE 689.375 (version originale en anglais) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - États-Unis d'Amérique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, XIII et 111 pp., référence PE 698.938 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour).

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2017, VI y 51 pp., referancia PE 608.734.

POIRIER, J. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 73 pp., référence PE 608.733 (version originale en français). Voir aussi : POIRIER, J. : [Legal Proceedings available to Individuals before the Highest Courts: A Comparative Law Perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, X and 80 pp., reference PE 608.733 (version en anglais).

PONTHOREAU, M.-C. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 43 pp., référence PE 642.245.

PONTHOREAU, M.-C. : [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), janvier 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.061 (version originale en français) ; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Francia](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), abril 2022, XI y 83 pp., referancia PE 729.378 (version en espagnol avec commentaires ajoutés et mise à jour).

PONTHOREAU, M.-C. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2023, IX et 119 pp., référence PE 745.676.

REIMER, F. : [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, XIV und 77 S., Referenz PE 659.305 (version originale en allemand) ; [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, XIV et 111 pp., référence PE 729.295 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour).

REIMER, F. : [Freiheit der Meinungsäußerung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2019, X und 107 S., Referenz PE 642.269.

REIMER, F.: [Der Rechtsstaat, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), März 2023, XI und 149 S., Referenz PE 745.674.

SALVATORE, V.: [Ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni, una prospettiva di diritto comparato - UE: Corte di giustizia dell'Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VI e 39 pp., referenza PE 608.742.

SALVATORE, V.: [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2019, VI e 40 pp., referenza PE 644.172.

SALVATORE, V.: [I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), gennaio 2021, VIII e 61 pp., referenza PE 679.060.

SCHÄFER, B.: [Das Recht des Ausnahmezustands im Rechtsvergleich - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), mai 2020, IV und 35 S., Referenz PE 651.938 (version originale en allemand); [Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Allemagne: non-utilisation du droit d'exception en faveur de l'application du droit ordinaire](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2020, IV et 38 pp., référence PE 651.938 (version en français avec commentaires ajoutés).

SCHÖNDORF-HAUBOLD, B.: [Rechtsbehelfe des Einzelnen bei den höchsten gerichtlichen Instanzen: eine Perspektive der Rechtsvergleichung - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2017, X und 65 S., Referenz PE 608.735.

SHEPPARD, C.: [The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2020, VIII and 64 pp., reference PE 659.362 (version originale en anglais); [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, X et 92 pp., référence PE 698.937 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour).

VÁŠEK, M.: [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Österreich](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, VIII und 44 S., Referenz PE 659.277 (version originale en allemand); [Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Autriche](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 49 pp., référence PE 659.277 (version en français avec commentaires ajoutés).

VELENCHUK, T.: [Freedom of expression, a comparative law perspective - The United States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, X and 48 pp., reference PE 642.246.

ZILLER, J.: [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 64 pp., référence PE 642.268<.

ZILLER, J.: [Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 72 pp., référence PE 659.276; [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Consejo de Europa](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicios de Estudios Parlamentarios (EPRS), octubre 2022, IX y 122 pp., referencia PE 738.179 (version en espagnol avec commentaires ajoutés et mise à jour); [Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Europarat](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2022, X und 138 S., Referenz PE 739.217 (version en allemand avec commentaires ajoutés et mise à jour).

ZILLER, J. : [\*Droit d'exception, une perspective de droit comparé - France : lois d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19\*](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2021 (mise à jour du 1<sup>er</sup> juin 2021), X et 105 pp., référence PE690.624.

ZILLER, J. : [\*L'État de droit, une perspective de droit comparé : Conseil de l'Europe\*](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2023, X et 138 pp., référence PE745.673.

# Liste des publications de la Bibliothèque de droit comparé du Parlement européen

État au 27 avril 2023

## *BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ DU PARLEMENT EUROPEEN*

### LISTE DES PUBLICATIONS

#### Table de matières

I. Cours constitutionnelles .....	172
II. Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions .....	174
III. Droit à la vie privée.....	175
IV. Liberté d'expression.....	176
V. Principes d'égalité et de non-discrimination .....	177
VI. Droit à la santé.....	179
VII. État de droit .....	180
VIII. Droit d'exception (bases juridiques pour les mesures anti COVID-19) .....	181
IX. Ratification des traités internationaux.....	182
X. Autres sujets.....	183



## I. Cours constitutionnelles

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. :  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Deutschland: Das Bundesverfassungsgericht](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),  
 November 2016, VIII und 48 S., Referenz PE 593.504 (version originale en allemand) ;  
[Le rôle des cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Allemagne : la Cour constitutionnelle fédérale](#),  
 Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS),  
 novembre 2016, VIII et 55 pp., référence PE 593.504 (version en français avec commentaires ajoutés) ;  
[El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza multinivel - Alemania: El Tribunal Constitucional Federal](#),  
 Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS),  
 noviembre 2016, VIII y 56 pp., referencia PE 593.504 (version en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. :  
[Le rôle des Cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Belgique: La Cour constitutionnelle](#),  
 Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), novembre 2016,  
 VIII et 38 pp., référence PE 593.508 (version originale en français) ;  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Belgien: Der Verfassungsgerichtshof](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),  
 November 2016, VIII und 41 S., Referenz PE 593.508 (version en allemand) ;  
[Il ruolo delle Corti costituzionali in un sistema di governo multilivello - Belgio: La Corte costituzionale](#),  
 Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VIII e 39 pp.,  
 referencia PE 593.508 (version en italien) ;
- **Canada** : POIRIER, J. : [The role of constitutional courts, a comparative law perspective - Canada: The Supreme Court](#),  
 Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2019, VI and 41 pp.,  
 reference PE 640.134 ;
- **Espagne** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. :  
[El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza a diferentes niveles - España: El Tribunal Constitucional](#),  
 Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo  
 (EPRS), noviembre 2016, VI y 29 pp., referencia PE 593.506 (version originale en espagnol) ;  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Spanien: Das Verfassungsgericht](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),  
 November 2016, V und 33 S., Referenz PE 593.506 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **États-Unis** : MARTIN, J.W. :  
[The role of constitutional courts in multi-level governance - United States of America: The Supreme Court](#),  
 Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2016, VI and 34  
 pp., reference PE 593.503 (version originale en anglais) ;  
[Le rôle des cours constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - États-Unis d'Amérique : la Cour suprême](#),  
 Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS),  
 novembre 2016, VI et 46 pp., référence PE 593.503 (version en français avec commentaires ajoutés) ;  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Vereinigte Staaten von Amerika: Der Oberste Gerichtshof](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments  
 (EPRS), November 2016, VII und 40 S., Referenz PE 593.503 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **Italie** : LUCIANI, M. :  
[Il ruolo delle Corti costituzionali in un sistema di governo multilivello - Italia: La Corte costituzionale](#),  
 Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VI e 30 pp.,  
 referencia PE 593.507 (version originale en italien) ;  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Italien: Der Verfassungsgerichtshof](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),  
 November 2016, V und 35 S., Referenz PE 593.507 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;

- **Suisse** : DE ROSSA, F. :  
[Le rôle des Cours Constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux - Suisse : Le Tribunal fédéral](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), novembre 2016, VI et 108 pp., référence PE 593.509 (version originale en français) ;  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Schweiz: Das Bundesgericht](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2016, VII und 49 S., Referenz PE 593.509 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;  
[Il ruolo delle Corti costituzionali nella governance multilivello - Svizzera: Il Tribunale federale](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VI e 47 pp., referenza PE 593.509 (version en italien) ;
  
- **Union européenne** : SALVATORE, V. :  
[Il ruolo delle Corti Costituzionali in un sistema di governo multilivello - Unione Europea : La Corte di Giustizia dell'UE](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2016, VI e 30 pp., referenza PE 593.505 (version originale en italien) ;  
[Die Rolle der Verfassungsgerichte in der „Multi-Level-Governance“ - Europäische Union: Der Gerichtshof der Europäischen Union](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), November 2016, VII und 32 S., Referenz PE 593.505 (version en allemand) ;  
[The role of constitutional courts in multi-level governance - European Union: The Court of Justice of the European Union](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2016, VI and 29 pp., reference PE 593.505 (version en anglais).

## II. Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. : [Rechtsbehelfe des Einzelnen bei den höchsten gerichtlichen Instanzen: eine Perspektive der Rechtsvergleichung - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2017, VIII und 65 S., Referenz PE 608.735 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, V et 38 pp., référence PE 608.732 ;
- **Canada** : POIRIER, J. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, X et 83 pp., référence PE 608.733 (version originale en français) ;  
[Legal Proceedings available to Individuals before the Highest Courts: A Comparative Law Perspective - Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, X and 80 pp., reference PE 608.733 (version en anglais) ;
- **Conseil de l'Europe** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - Consejo de Europa: Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2017, VI y 51 pp., referencia PE 608.734 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2017, VIII y 52 pp., referencia PE 608.737 ;
- **États-Unis** : ACOSTA, L. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 33 pp., reference PE 608.743 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VIII e 31 pp., referenza PE 608.736 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [Judicial remedies for individuals before the highest jurisdictions, a comparative law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2017, VIII and 50 pp., reference PE 608.746 ;
- **Suisse** : DE ROSSA, F. : [Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2017, VIII et 58 pp., référence PE 608.738 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni, una prospettiva di diritto comparato - UE: Corte di giustizia dell'Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2017, VI e 39 pp., referenza PE 608.742.

### III. Droit à la vie privée

- **Allemagne** : SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. : [Das Recht auf Achtung des Privatlebens – Problemstellungen im Digitalbereich, eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2018, X und 94 S., Referenz PE 628.285 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VI et 32 pp., référence PE 628.304 ;
- **Canada** : MOYSE, P.-E. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VIII et 67 pp., référence PE 628.292 ;
- **Conseil de l'Europe** : PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. : [El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado - Consejo de Europa](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2018, VI y 53 pp., referencia PE 628.261 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2018, VIII y 58 pp., referencia PE 628.260 ;
- **États-Unis** : ACOSTA, L. : [The right to respect for private life: digital challenges, a comparative-law perspective - The United States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2018, VIII and 35 pp., reference PE 628.240 ;
- **France** : PONTHEUREAU, M.-C. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VIII et 34 pp., référence PE 628.241 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2018, VIII e 46 pp., referencia PE 628.259 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [The right to respect for private life: digital challenges, a comparative-law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2018, X and 38 pp., reference PE 628.249 ;
- **Suisse** : MÉTILLE, S. : [Le droit au respect de la vie privée : les défis digitaux, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2018, VIII et 57 pp., référence PE 628.242 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2018, VI e 39 pp., referencia PE 628.243.

#### IV. Liberté d'expression

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Freiheit der Meinungsäußerung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2019, X und 107 S., Referenz PE 642.269 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 42 pp., référence PE 642.243 ;
- **Canada** : MOYSE, P.-E. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 71 pp., référence PE 642.244 ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 64 pp., référence PE 642.268 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2019, VIII y 56 pp., referencia PE 642.241 ;
- **États-Unis** : VELENCHUK, T. : [Freedom of expression, a comparative law perspective - The United States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, X and 48 pp., reference PE 642.246 ;
- **France** : PONTHEUREAU, M.-C. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VI et 43 pp., référence PE 642.245 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2019, VIII e 55 pp., referencia PE 642.242 ;
- **Pérou** : ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), noviembre 2019, VI y 43 pp., referencia PE 644.176 ;
- **Royaume-Uni** : CRAM, I. : [Freedom of expression, a comparative-law perspective - The United Kingdom](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), October 2019, VI and 53 pp., reference PE 642.263 ;
- **Suisse** : COTTIER, B. : [Liberté d'expression, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2019, VIII et 39 pp., référence PE 642.262 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), novembre 2019, VI e 40 pp., referencia PE 644.172.

## V. Principes d'égalité et de non-discrimination

- **Allemagne** : REIMER, F. :  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober  
 2020, XIV und 77 S., Referenz PE 659.305 (version originale en allemand) ;  
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque  
 de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, XIV et 111 pp., référence  
 PE 729.295 (version en français avec commentaires ajoutés et mise à jour) ;
- **Autriche** : VAŠEK, M. :  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Österreich](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober  
 2020, VIII und 44 S., Referenz PE 659.277 (version originale en allemand) ;  
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Autriche](#), Unité Bibliothèque de  
 droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 49 pp., référence  
 PE 659.277 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. :  
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de  
 droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, VIII et 44 pp., référence  
 PE 679.087 (version originale en français) ;  
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Bélgica](#), Unidad  
 Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), julio 2022, X y 82 pp.,  
 referencia PE 733.602 (version mise à jour en espagnol avec commentaires ajoutés) ;  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Belgien](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),  
 Dezember 2022, VIII und 106 S., Referenz PE 739.262 (version mise à jour en allemand avec commentaires  
 ajoutés) ;
- **Canada** : SHEPPARD, C. :  
[The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - Canada](#), Comparative Law  
 Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), November 2020, VIII and 64 pp., référence  
 PE 659.362 (version originale en anglais) ;  
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque  
 de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, X et 92 pp., référence  
 PE 698.937 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Chili** : GARCÍA PINO, G. :  
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca  
 de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), marzo 2021, VIII y 120 pp.,  
 referencia PE 690.533 (version originale en espagnol) ;  
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Chile](#), Unidad Biblioteca  
 de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), febrero 2023, X y 178 pp.,  
 referencia PE 739.352 (deuxième édition mise à jour avec commentaires ajoutés) ;  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Chile](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Februar  
 2023, XII und 210 S., Referenz PE 739.353 (version mise à jour en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. :  
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité  
 Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2020, VIII et 72  
 pp., référence PE 659.276 (version originale en français) ;  
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado – Consejo de Europa](#),  
 Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2022,  
 IX y 122 pp., referencia PE 738.179 (version mise à jour en espagnol avec commentaires ajoutés) ;  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Europarat](#),  
 Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS),  
 November 2022, X und 136 S., Referenz PE 739.217 (version mise à jour en allemand avec commentaires  
 ajoutés) ;

- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. :  
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), octubre 2020, VIII y 104 pp., referencia PE 659.297 (version originale en espagnol) ;  
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - Espagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2022, X et 167 pp., référence PE 733.554 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive – Spanien](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Januar 2023, X und 194 S., Referenz PE 739.207 (version mise à jour en allemand avec commentaires ajoutés) ;
- **États-Unis** : OSBORNE, E. L. :  
[The principles of equality and non-discrimination, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2021, XII and 83 pp., reference PE 689.375 (version originale en anglais) ;  
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - États-Unis d'Amérique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2022, XII et 111 pp., référence PE 698.938 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. :  
[Les principes d'égalité et non-discrimination, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), janvier 2021, VIII et 44 pp., référence PE 679.061 (version originale en français) ;  
[Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Francia](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2022, XI y 82 pp., referencia PE 729.378 (version mise à jour en espagnol avec commentaires ajoutés) ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [I principi di equaaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), ottobre 2020, X e 71 pp., referencia PE 659.298 ;
- **Pérou** : ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. : [Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado - Perú](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), diciembre 2020, VIII y 64 pp., referencia PE 659.380 ;
- **Suisse** : FREI, N. :  
[Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Schweiz](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2020, X und 70 S., Referenz PE 659.292 (version originale en allemand) ;  
[Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, X et 95 pp., référence PE 729.316 (version mise à jour en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), gennaio 2021, VIII e 61 pp., referencia PE 679.060.

## VI. Droit à la santé

- **Allemagne** : REIMER, F. : [Das Recht auf Gesundheit, eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), Oktober 2021, XIV und 81 S., Referenz PE 698.770 ;
- **Argentine** : DÍAZ RICCI, S. : [El derecho a la salud, una perspectiva de Derecho Comparado - Argentina](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), noviembre 2021, XVIII y 134 pp., referencia PE 698.814 ;
- **Autriche** : WIMMER, A. : [Das Recht auf Gesundheit, eine rechtsvergleichende Perspektive - Österreich](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2022, XI und 70 S., Referenz PE 729.394 ;
- **Belgique** : BEHRENDT, C. : [Le droit à la santé une perspective de Droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2022, IX et 74 pp., référence PE 729.344 ;
- **Canada** : JONES, D.J. : [Right to health, a comparative law perspective-Canada](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), May 2022, X and 98 pp., reference PE 729.444 ;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [Le droit à la santé, une perspective de droit comparé - Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), septembre 2021, VIII et 67 pp., référence PE 698.030 ;
- **Espagne** : GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. : [El derecho a la salud, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), noviembre 2021, X y 89 pp., referencia PE 698.810 ;
- **États-Unis** : MARTIN, J.W. : [Right to health, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), May 2022, XI and 74 pp., reference PE 729.407 ;
- **France** : PONTTHOREAU, M.-C. : [Le droit à la santé, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), octobre 2021, X et 66 pp., référence PE 698.755 ;
- **Italie** : LUCIANI, M. : [Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), gennaio 2022, XII e 85 pp., referencia PE 698.893 ;
- **Mexique** : FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. : [El derecho a la salud, una perspectiva de Derecho Comparado - México](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), enero 2022, X y 116 pp., referencia PE 698.899 ;
- **Suisse** : DUPONT, A.S., BURGAT, S., HOTZ, S. et LÉVY, M. : [Le droit à la santé, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), Mai 2022, XVI et 126 pp., référence PE 729.419 ;
- **Union européenne** : SALVATORE, V. : [Il diritto alla salute, una prospettiva di diritto comparato - Unione europea](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), dicembre 2021, X e 68 pp., referencia PE 698.827.

## VII. État de droit

- **Allemagne** : REIMER, F.: [Der Rechtsstaat. eine rechtsvergleichende Perspektive: Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), März 2023, XVI und 149 S., Referenz PE 745.674;
- **Conseil de l'Europe** : ZILLER, J. : [L'État de droit, une perspective de droit comparé : Conseil de l'Europe](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2023, X et 138 pp., référence PE 745.673 ;
- **France**: PONTTHOREAU, M.-C.: [L'État de droit, une perspective de droit comparé : France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2023, IX et 119 pp., référence PE 745.676;
- **Espagne**: GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: [El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado: España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril de 2023, XIV y 157 pp., referencia PE 745.677;

*(Cette série sera publiée au courant de 2023)*

### VIII. Droit d'exception (bases juridiques pour les mesures anti COVID-19)

- **Allemagne** : SCHÄFER, B. :  
[Das Recht des Ausnahmezustands im Rechtsvergleich - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), mai 2020, IV und 35 S., Referenz PE 651.938 (version originale en allemand) ;  
[Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Allemagne : non-utilisation du droit d'exception en faveur de l'application du droit ordinaire](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2020, IV et 38 pp., référence PE 651.938 (version en français avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BOUHON, M., JOUSTEN, A., MINY, X. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - Belgique: Entre absence d'état d'exception, pouvoirs de police et pouvoirs spéciaux](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2021, X et 161 pp., référence PE 690.581 ;
- **Espagne** : LECUMBERRI BEASCOA, G. :  
[El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2020, II y 19 pp., referencia PE 649.366 (version originale en espagnol) ;  
[Das Notstandsrecht, eine rechtsvergleichende Perspektive - Spanien: Alarmzustand](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2020, II und 20 S., Referenz PE 649.366 (version en allemand avec commentaires ajoutés) ;  
[Le droit d'exception, une perspective de droit comparé - Espagne : état d'alerte](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), avril 2020, II et 19 pp., référence PE 649.366 (version en français) ;  
[Il diritto di eccezione, una prospettiva di diritto comparato - Spagna: stato di allarme](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), aprile 2020, II e 20 pp., referencia PE 649.366 (version en italien avec commentaires ajoutés) ;  
[El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho Comparado - España: estado de alarma](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), 2a edición (aumentada y puesta al día), julio 2020, VI y 69 pp., referencia PE 652.005 ;
- **France** : ZILLER, J. : [Droit d'exception, une perspective de droit comparé - France : lois d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mai 2021 (mise à jour du 1<sup>er</sup> juin 2021), X et 105 pp., référence PE 690.624 ;
- **Italie** : ALIBRANDI, A. : [Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato - Italia: stato di emergenza](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), giugno 2020, VIII e 49 pp., referencia PE 651.983.

## IX. Ratification des traités internationaux

- **Allemagne** : GRAF VON KIELMANSEGG, S. : [Ratifikation völkerrechtlicher Verträge: eine rechtsvergleichende Perspektive - Deutschland](#), Bibliothek für Vergleichendes Recht, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments (EPRS), April 2018, VIII und 47 S., Referenz PE 620.232 (version originale en allemand) ;  
[Ratificación de los tratados internacionales: una perspectiva de Derecho Comparado - Alemania](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), abril 2018, X y 55 pp., referencia PE 620.232 (version en espagnol avec commentaires ajoutés) ;  
[La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Allemagne](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2021, XII et 68 pp., référence PE 689.340 (version en français mise à jour avec commentaires ajoutés) ;
- **Belgique** : BEHRENDT, CH. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Belgique](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2020, VI et 44 pp., référence PE 646.197 ;
- **Canada** : PROVOST, R. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Canada](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2018, VI et 34 pp., référence PE 633.186 ;
- **Espagne** : FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. : [La ratificación de los tratados internacionales, una perspectiva de Derecho Comparado - España](#), Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), septiembre 2021, VIII y 80 pp., referencia PE 698.044 ;
- **États-Unis** : WINSTON, A.M. : [Ratification of international treaties, a comparative law perspective - United States of America](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2020, VIII and 44 pp., reference PE 652.013 ;
- **France** : PONTHEAU, M.-C. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - France](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), juin 2019, VI et 61 pp., référence PE 637.963 ;
- **Italie** : CAFARO, S. : [La ratifica dei trattati internazionali, una prospettiva di diritto comparato - Italia](#), Unità Biblioteca di diritto comparato, Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), luglio 2018, VIII e 42 pp., referenza PE 625.128 ;
- **Maroc** : BERRAMDANE, A. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Maroc](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), décembre 2018, VIII et 52 pp., référence PE 630.337 ;
- **Portugal** : SALVAÇÃO BARRETO, P. : [A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado - Portugal](#), Unidade Biblioteca de Direito Comparado, Serviços de Estudos do Parlamento Europeu (EPRS), novembro 2018, VIII e 33 pp., referência PE 630.294 ;
- **Suisse** : DE ROSSA, F. : [La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé - Suisse](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), mars 2018, VI et 35 pp., référence PE 614.719.

## X. Autres sujets

- **Droits d'auteur** : AA. VV.: [Copyright Law in the EU: Salient features of copyright law across the EU Member States](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), June 2018, VIII and 409 pp., reference PE625.126 ;
- **Cour Suprême des États-Unis : nomination des juges** : Díez PARRA, I. : [La nomination des juges de la Cour Suprême des États-Unis](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), septembre 2020, 10 pp., référence PE652.103.
- **Jurisprudence sélectionnée** :  
 UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ: [Better Law-Making – Selected case law](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), January 2017, 5 pp ;  
 UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ: [Rule of law– Selected case law](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2017, 15 pp, reference PE 599.338 ;  
 MICHAELSEN, F. et Díez PARRA, I. (coord.) : [Accession of the EU to the ECHR – Selected publications & case law](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), July 2017, 7 pp, reference PE 607.299.
- **Publications sélectionnées** :  
 UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ: [Better Law-Making – Selected publications](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), January 2017, 9 pp ;  
 UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ: [Rule of law– Selected publications](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), March 2017, 13 pp, reference PE 599.339 ;  
 UNITÉ BIBLIOTHÈQUE DE DROIT COMPARÉ: [Better Law-Making – Selected publications](#), Comparative Law Library Unit, European Parliamentary Research Service (EPRS), February 2018, 9 pp, reference PE 614.712 ;  
 DIMBOUR, C. et Díez PARRA, I. (dir.) : [Sélection de publications en droit comparé: Juridictions constitutionnelles: fondamentaux](#), Unité Bibliothèque de droit comparé, Service de recherche du Parlement européen (EPRS), février 2020, 35 pp., référence PE 646.175.





---

Ce document s'intègre dans une série d'études qui, avec une perspective de droit comparé, visent à faire une présentation du concept d'État de droit dans différents ordres juridiques. Après avoir expliqué la normative et la jurisprudence d'application, le contenu, les limites et la possible évolution de ce concept sont examinés.

La présente étude a pour objet le cas de la Suisse.

Elle met en exergue les caractéristiques de l'État de droit en Suisse : une conception large et ouverte de ce concept, d'une part, et une prépondérance de l'élément démocratique par rapport aux principes de l'État de droit, d'autre part. Comparée à la plupart des autres États examinés dans la présente série, la préservation de l'État de droit repose davantage sur des garde-fous politiques, ancrés dans la culture politique, que sur des mécanismes institutionnels ou juridictionnels. L'absence du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, un contrôle très limité de la validité des initiatives populaires fédérales tendant à la révision de la Constitution, et des garanties institutionnelles relativement faibles de l'indépendance des juges fédéraux illustrent ce point.

---

Ce document est une publication de l'unité « Bibliothèque de droit comparé »  
EPRS | Service de recherche du Parlement européen

Le présent document a été préparé à l'attention des députés et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu de ce document relève de la responsabilité exclusive des auteurs et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

PE745.684

Papier ISBN 978-92-848-0590-7 | doi: 10.2861/041 | QA-08-23-054-FR-C

PDF ISBN 978-92-848-0589-1 | doi: 10.2861/49372 | QA-08-23-054-FR-N