Constitution fédérale

Dernière modification : 16.07.2026

PDF créé le : 05.10.2026

COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Art. 3 Cst. 5
Art. 5a Cst. 47
Art. 6 Cst. 75
Art. 10 Cst. 111
Art. 13 Cst. 161
Art. 16 Cst. 199
Art. 17 Cst. 247
Art. 20 Cst. 297
Art. 22 Cst. 337
Art. 26 Cst. 363
Art. 29a Cst. 435
Art. 30 Cst. 477
Art. 31 Cst. 515
Art. 32 Cst. 575
Art. 42 Cst. 629
Art. 43 Cst. 649
Art. 43a Cst. 665
Art. 45 Cst. 691
Art. 51 Cst. 729
Art. 52 Cst. 749
Art. 55 Cst. 763
Art. 56 Cst. 795
Art. 60 Cst. 815
Art. 68 Cst. 839
Art. 69 Cst. 857
Art. 74 Cst. 891
Art. 75b Cst. 925
Art. 77 Cst. 955
Art. 81 Cst. 979

Art. 96 al. 1 Cst. 1003
Art. 96 al. 2 lit. a Cst. 1037
Art. 110 Cst. 1053
Art. 117a Cst. 1073
Art. 118 Cst. 1089
Art. 119a Cst. 1103
Art. 122 Cst. 1133
Art. 123a Cst. 1155
Art. 123b Cst. 1207
Art. 130 Cst. 1225
Art. 136 Cst. 1275
Art. 164 Cst. 1299
Art. 166 Cst. 1349
Art. 170 Cst. 1381
Art. 176 Cst. 1421
Art. 178 Cst. 1441
Art. 189 Cst. 1475
Art. 191 Cst. 1533

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 3 Cst.

Un commentaire de Noah Rohner / Kerstin Noëlle Vokinger

PROPOSITION DE CITATION

Noah Rohner/Kerstin Noëlle Vokinger, Commentaire de l'art. Art. 3 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Rohner/Vokinger, art. 3 Cst. N. XXX.

Art. 3 Cantons

Les cantons 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.

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu 7
II. Historique de la création 8
III. Contexte au sein de la Constitution fédérale 11
IV. Contenu de la réglementation 13
A. La souveraineté des cantons (1ère partie de la phrase) 13
1. Aperçu historique des idées 13
2. La conception de la souveraineté de l'art. 3 Cst. 15
3. Signification actuelle de la « clause de souveraineté ». 17
B. La répartition des compétences dans l'État fédéral (2e partie) 18
1. Généralités 18
2. Réserve constitutionnelle à la charge de la Confédération 20
3. Typologie des compétences législatives 23
a. Etendue matérielle des compétences fédérales 24
b. Effet sur les compétences cantonales 25
c. Interprétation des compétences législatives 25
4. Compétences d'exécution 28
C. Conflits de compétences entre la Confédération et les cantons 29
1. Principes fondamentaux 29
2. Règlement coopératif des conflits de compétence 30
3. Protection juridique des cantons au regard de l'art. 3 Cst. 30
Lectures complémentaires recommandées 32
Bibliographie 33
Matériaux 45

I. APERÇU

L'art. 3 Cst. - souvent qualifié de « norme fondamentale » ou de « pierre angulaire » du fédéralisme suisse - traite du **statut des cantons et de leurs relations avec le niveau fédéral**. La première partie de la phrase stipule que les cantons sont « souverains », « dans la mesure où leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale » (clause de souveraineté). La deuxième partie de la phrase déclare que les cantons sont compétents pour exercer tous les « droits » qui « ne sont pas délégués à la Confédération » (clause de répartition des compétences). 1

Les deux clauses partielles présentent **d'étroites relations matérielles et historiques entre elles**, la « clause de souveraineté » servant de justification interne à la répartition des compétences au niveau fédéral : une règle de répartition des compétences entre le niveau fédéral et le niveau cantonal est nécessaire parce que les cantons ne peuvent pas disposer d'une souveraineté juridique pleine et entière dans un État fédéral doté d'un pouvoir central autonome. Il convient donc de coordonner l'exécution des tâches par la Confédération et par les Etats membres. Dans la mesure où la règle de répartition des compétences définit formellement et juridiquement le champ d'action de la « souveraineté résiduelle » des cantons, la deuxième partie de l'art. 3 Cst. se répercute sur la première (cf. N. 26). 2

En indiquant que les cantons sont « souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale », l'art. 3 Cst. définit la partie des tâches de la Constitution fédérale (art. 54 à 135 Cst.) - en fonction du type de compétence (N. 46 s.) - comme **des limitations** latentes ou actuelles de la souveraineté cantonale. Il en va de même pour les traités internationaux (art. 54 en relation avec l'art. 186 Cst.). Mais en même temps, la souveraineté des cantons est aussi constituée comme une **limite au pouvoir fédéral**; la notion de souveraineté déterminante reste encore à définir (cf. N. 19 ss). 3

Ces limitations de la souveraineté cantonale ont **un caractère absolu**. Premièrement, parce que le droit fédéral adopté conformément aux compétences prime le droit cantonal contraire (art. 49 al. 1 Cst.) et deuxièmement, parce que le droit fédéral ne peut pas être examiné dans le cadre de la procédure de contrôle abstrait des normes (art. 189 al. 4, 1ère phrase Cst. ; art. 82 let. b LTF *e contrario*). En raison de ce « lien » avec la 4

constitution et la législation de la Confédération, l'art. 3 Cst. apparaît à première vue plutôt comme un principe structurel de l'Etat fédéral que comme une limite justiciable du pouvoir fédéral. En y regardant de plus près, on constate toutefois que l'art. 3 Cst. a également une signification pratique (cf. N. 48 ss.).

II. HISTORIQUE DE LA CRÉATION

5 L'art. 3 Cst. remonte à la Constitution de la Médiation de 1803, qui a constitué la Suisse en une fédération d'Etats sous la surveillance de la France, ancienne puissance occupante (1798-1803). Conformément à la structure en tant que confédération d'États, le pouvoir fédéral était soumis à **des liens juridiques étroits**: « Les cantons exercent tous les pouvoirs qui n'ont pas été expressément délégués à la Confédération » (art. 12, titre 20 de l'Acte de médiation). La même norme figurait dans les projets de constitution de 1832 et 1833, qui visaient à refonder la Suisse en tant qu'État fédéral. Même si cela n'a pas abouti, ces projets ont tout de même eu une importance durable pour la politique de l'État en tant que base pour les délibérations de la commission constitutionnelle de 1848. L'art. 3 Cst. (1848) correspondait presque mot pour mot à l'Acte de médiation : « Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent comme tels tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ».

6 Le maintien de cette disposition était nécessaire, car en 1848, il fallait régler les relations entre le « nouveau » pouvoir central et les cantons autrefois autonomes. Pour cela, on s'est appuyé sur l'état de la Constitution de médiation. Le point de départ du « nouvel » ordre était la conception selon laquelle la Confédération était une **création des cantons**. Toutes les compétences fédérales (que ce soit selon l'état de l'époque ou l'état actuel) étaient à l'origine entre les mains des cantons. Les cantons devaient rester compétents pour toutes les tâches que la Constitution elle-même n'attribuait pas à la Confédération. Il était tout aussi important que la Cst. de 1848 introduise le **principe fondamental de l' Etat fédéral**, c'est-à-dire que, au sens figuré, la Confédération soit érigée « au-dessus » (ou, au sens juridique, « à côté ») des cantons en tant que collectivité étatique centrale et autonome du point de vue du droit public. Celle-ci a été dotée de ses « propres » organes politiques et chargée d'accomplir des tâches d'intérêt national. Il s'agissait de

coordonner les antinomies inhérentes à cette construction - l'autonomie des États membres dans un contexte fédéral.

La génération des fondateurs s'est inspirée - implicitement - du **concept de « souveraineté partagée** » entre la Confédération et les cantons (cf. N. 23 ss.). Selon ce concept, la Confédération et les cantons sont tous deux souverains, mais leurs souverainetés se limitent mutuellement. L'art. 3 Cst. (1848) devait l'exprimer. La position systématique de cet article dans la Cst. de 1848 n'était pas un hasard à cet égard. L'art. 1 Cst. (1848) stipulait que les « peuples unis par la présente Confédération » n'étaient pas des territoires soumis à la Confédération, mais des cantons « souverains ». L'art. 2 Cst. (1848) énumérait les buts pour la réalisation desquels les cantons s'étaient réunis en une « Confédération ». Les art. 5 et 6 Cst. garantissaient aux cantons leurs propres territoires, leurs propres peuples, leurs propres systèmes politiques et leurs propres constitutions. Dans ce contexte, l'art. 3 Cst. (1848) définissait les **droits** qui restaient aux cantons après leur « union » en un Etat fédéral, respectivement les droits que devaient avoir les organes fédéraux nouvellement institués (en premier lieu : le législateur fédéral). La supériorité de la Confédération sur les cantons devait être d'actualité là où le peuple *et* les cantons (à la double majorité) avaient volontairement transféré un domaine à la Confédération par une modification de la Cst. La Cst. de 1999 a en principe repris cette structure. A l'art. 1 Cst., il n'est toutefois plus question des « peuples unis par la présente Confédération », mais du fait que « le peuple suisse et les cantons [...] forment la Confédération ». La référence au « peuple suisse », en particulier, indique que l'identité nationale a évolué depuis 1848, dans la mesure où ce ne sont plus les « peuples cantonaux » qui constituent aujourd'hui la Confédération, mais le « peuple suisse » en tant que leur somme. 7

D'un point de vue historique, il apparaît donc que l'art. 3 Cst. avait pour fonction de structurer l'**équilibre fédéral** entre le pouvoir central et les Etats membres. L'art. 3 Cst. contient la formule permettant de déterminer le degré de séparation verticale des pouvoirs à une époque donnée, sans pour autant maintenir un certain « état d'équilibre » historique. L'art. 3 Cst. ne permet pas de déterminer quelles compétences *doivent* être confiées à quelles mains. Cette question doit être tranchée dans le cadre du processus démocratique d'élaboration de la Constitution au niveau fédéral : Tout **transfert de poids en faveur de la Confédération** est voulu par l'art. 3 Cst. s'il a été précédé 8

d'un référendum obligatoire à double majorité. La portée juridique du fédéralisme en tant que principe structurel de l'organisation de l'État est par conséquent liée à la constitutionnalisation au niveau fédéral. La « compétence de compétence » - le pouvoir de décision sur la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons - appartient au peuple et aux cantons. En revanche, ce sont les Chambres fédérales qui décident de l'étendue d'une compétence fédérale dans le cadre de la législation (cf. N. 50). Ces principes sont encore valables aujourd'hui (cf. N. 9 s., N. 28).

9 L'art. 3 n'a pas été modifié par la **révision totale de la Cst. de 1874**. Toutefois, , cette révision totale a introduit **deux nouvelles dispositions** qui ont durablement marqué l'importance de l'art. 3 Cst. dans la pratique : la première innovation a ouvert à la Confédération ou aux cantons la voie de recours au Tribunal fédéral en cas de conflit de compétences. Toutefois, comme il n'existait déjà à l'époque qu'une juridiction constitutionnelle limitée en ce qui concerne les lois fédérales et les traités internationaux, le Tribunal fédéral ne pouvait annuler que les actes *cantonaux* adoptés en violation des compétences. La deuxième innovation était une disposition selon laquelle « les dispositions de la législation fédérale, des concordats, des constitutions cantonales et des lois qui sont en contradiction avec la nouvelle Constitution fédérale [cessent] d'être en vigueur dès l'adoption de celle-ci, respectivement dès la promulgation des lois fédérales qu'elle prévoit ». (art. 2 de la lettre a de la Cst. [1874]). Le TF a transformé cette norme en soi purement transitoire en un « principe de droit public » plus large, qui est violé lorsque « des décisions cantonales nient expressément ou effectivement (en n'appliquant pas des normes du droit fédéral à des cas qui sont manifestement régis par ce dernier) la force dérogatoire des lois fédérales par rapport au droit cantonal et nient de fait le principe selon lequel le droit fédéral prime le droit cantonal [...] ». Cette décision précoce, qui ne se fondait pas, à juste titre, sur l'art. 3 Cst., constitue aujourd'hui, avec l'art. 49 al. 1 Cst., un droit constitutionnel positif.

10 La **révision totale de la Constitution fédérale en 1999** n'a pas non plus apporté de modifications fondamentales à l'art. 3 Cst. Depuis la fondation de la Confédération suisse en 1848 jusqu'à aujourd'hui, l'art. 3 Cst. présente donc une continuité historique impressionnante, tant sur le plan formel que matériel. Toutes les modifications apportées à l'art. 3 Cst. en 1999 sont de nature purement rédactionnelle. La formulation de l'art. 3 Cst. dans l'avant-projet de 1995 correspondait littéralement à celle qui était en usage depuis

1848. En revanche, le projet du Conseil fédéral de 1996 voulait diviser l'art. 3 Cst. en trois alinéas : La référence à la souveraineté des cantons à l'al. 1, l'accomplissement des tâches par la Confédération et les cantons à l'al. 2 et la participation des cantons à la formation de la volonté de la Confédération et à la mise en œuvre du droit fédéral à l'al. 3. Au cours de la procédure parlementaire, les Chambres se sont mises d'accord, lors de l'élimination des divergences, pour revenir à la formulation de 1874 ou 1848 pour des raisons de rattachement à la tradition.

En 2004, une **réforme** complète **du fédéralisme** a été entreprise (réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons ; RPT), ce qui a permis d'intégrer les art. 5a*Cst.* et *43a* (cf. N. 13 s.) dans la Cst. Ces normes étaient auparavant (au moins partiellement) déduites de l'art. 3 Cst. Pour ce qui est de leur contenu, nous renvoyons aux commentaires correspondants. 11

III. CONTEXTE AU SEIN DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

L'art. 3 Cst. traite de la position des cantons et de leurs relations avec le niveau fédéral. L'art. 3 Cst. ne traite ainsi qu'une **partie de** toutes les questions que soulève un système fédéraliste. Cette disposition constitutionnelle fait partie d'un contexte réglementaire plus large qui façonne le fédéralisme en tant que principe juridique et politique. La Cst. définit, par le biais de plusieurs dispositions particulières, la manière dont le fédéralisme suisse est aménagé par ailleurs. 12

L'art. 3 Cst. ne dit rien, par exemple, sur les critères concrets de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons **(cf. art. 5*a* et 43*a* Cst.)**, ni sur la manière dont la Confédération et les cantons devraient exercer leurs compétences respectives, dans la mesure où le catalogue des compétences de la Confédération ne donne aucune indication à ce sujet **(actuellement art. 5*a*, 43*a*, 44, 46 et 47 Cst.)**. 13

L'art. 3 Cst. est en relation avec le principe selon lequel les cantons participent à la formation de la volonté de la Confédération **(art. 45 Cst.)**. Avant 1999, ce principe découlait de plusieurs droits de participation garantis individuellement. Depuis 1999, la participation des cantons à la formation de la volonté de la Confédération fait partie intégrante du texte constitutionnel. Les principales institutions de ce principe sont la majorité des cantons (art. 14

142 Cst.), l'initiative cantonale (art. 160, al. 1, Cst.), le référendum cantonal (art. 141, al. 1, Cst.), le droit de participer à des procédures de consultation (art. 147 Cst.) ainsi que les droits de participation des cantons à la formation de la volonté (art. 45 Cst.) et à la préparation des décisions de politique extérieure de la Confédération (art. 55 Cst.).

15 **Les art. 42 et 43 Cst.** n'ont guère de signification propre par rapport à l'art. 3 Cst. mais se contentent de répéter en principe que, premièrement, les compétences fédérales sont attribuées dans l'Etat fédéral selon le principe de l'habilitation individuelle et que, deuxièmement, les cantons décident eux-mêmes, dans le cadre de leurs compétences, quelles tâches ils exécutent et comment (pour autant qu'ils ne violent pas le droit fédéral par leur inaction).

16 En outre, les cantons participent non seulement à la promulgation, mais aussi à l'exécution du droit fédéral **(art. 46 Cst.)**. Dans ce cadre, les cantons sont compétents pour concrétiser ou compléter le droit fédéral en légiférant eux-mêmes (lois et ordonnances) et en appliquant le droit (actes administratifs et jugements), dans la mesure où ils sont compétents pour le faire et où ils ne contreviennent pas au sens et à l'esprit du droit fédéral ou ne font pas échec à ses objectifs.

17 L'autonomie cantonale **(art. 47 Cst.)** constitue une « profession de foi en faveur de l'autonomie cantonale en matière de tâches, de finances et d'organisation ». Selon la conception défendue ici, la notion d'« autonomie » est identique à celle de souveraineté selon l'art . 3 Cst. Les deux notions expriment le fait que les cantons sont également des « Etats » au sens de la théorie de l'Etat fédéral (constitués de « droit propre »), même s'il existe encore un pouvoir fédéral « au-dessus » d'eux. Comme indiqué, les cantons sont restés souverains dans la mesure où ils disposent de leurs propres droits de souveraineté (cf. N. 6 s., N. 23 ss.). En droit international public, les cantons sont toutefois considérés comme des membres de l'Etat fédéral. Seule la Confédération elle-même est un Etat au sens du droit international public.

18 Enfin, l'autonomie financière cantonale est également étroitement liée à la souveraineté cantonale **(art. 43*a* al. 2 et 3 Cst.)**. Les cantons édictent leur propre législation en matière d'impôts et de taxes (art. 127 ss. Cst.) et décident en principe librement de l'affectation de ces recettes. La Constitution ne connaît que peu de restrictions à ce principe. En tête de liste figurent la péréquation financière et la compensation des charges intercantonales (art.

135 Cst.) ainsi que la compétence de la Confédération en matière d'harmonisation fiscale (art. 129 Cst.).

IV. CONTENU DE LA RÉGLEMENTATION

A. La souveraineté des cantons (1ère partie de la phrase)

1. Aperçu historique des idées

19 La notion de souveraineté a été interprétée de différentes manières dans la théorie de l'État. Au Moyen Âge, où Dieu était considéré comme la source originelle de tout pouvoir, la souveraineté était comprise comme un **droit de souveraineté reçu** directement **de Dieu**. Son premier bénéficiaire fut le roi franc Charlemagne, « appelé » par le pape à devenir le protecteur suprême de la chrétienté. Ce n'est qu'au 14e siècle que l'élévation sacrée a été remplacée par une élection par les princes électeurs. Les empereurs continuaient à se considérer comme des « représentants politiques et judiciaires de Dieu ». Ils partaient du principe qu'ils avaient reçu leur droit de souveraineté directement de Dieu et qu'ils n'étaient donc responsables que devant Dieu.

20 Une évolution du niveau personnel du prince vers le niveau institutionnel de l'État s'est amorcée avec Jean Bodin (1530-1596), qui déduisait tout pouvoir de l'intérêt à la conservation de l'État. Le prince était le représentant et l'administrateur de cette « puissance absolue & perpétuelle » de l'État. Pour Bodin, la « souveraineté » signifiait **le pouvoir suprême de l'État à l'intérieur et à l'extérieur**, c'est-à-dire une domination absolue, permanente et responsable dans tous les domaines principaux de la vie de l'État. Le concept de souveraineté avait une autre signification chez Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), dont la philosophie de l'État se fonde sur la théorie du contrat social. Contrairement à Thomas Hobbes (1588-1679), ce n'est pas une personne, un « Léviathan », qui était à la tête de l'État chez Rousseau, mais la volonté organisée du peuple. Comme seule cette volonté était appelée à déterminer les lois d'un État et son existence en tant que telle, la souveraineté de l'État signifiait donc pour Rousseau, en fin de compte, **la souveraineté du peuple**.

21 Avec l'émergence de la théorie de l'État fédéral aux 19e et 20e siècles, plusieurs **théories du fédéralisme** se sont formées, tant en Suisse qu'à l'étranger. La « question de la souveraineté » occupait une place de choix dans

ces théories. La « souveraineté » y était généralement interprétée dans le sens de Jean Bodin (N. 20), c'est-à-dire comme le pouvoir suprême de l'État à l'intérieur et à l'extérieur, la somme de tous les pouvoirs nécessaires au maintien de l'État. Le concept de souveraineté était considéré comme *indissociable* de l'idée d'un État ; un État ne pouvait pas être conçu sans « souverain ». Les avis divergeaient toutefois fortement sur la question de savoir qui était le détenteur de la souveraineté dans l'État fédéral.

22 Selon la **théorie de la souveraineté partagée de** Georg Waitz, il n'y a d'État fédéral que lorsque 1) « une partie déterminée de la vie de l'État est commune, une autre partie tout aussi déterminée est laissée aux membres individuels », et 2) « chaque partie est réellement un État en soi ». De la qualité juridique d'État découle une indépendance que Waitz assimile à la notion de souveraineté. Dans l'État fédéral, cette souveraineté « n'appartient ni à l'un ni à l'autre, mais aux deux, à l'État global (le pouvoir central) et à l'État particulier (le pouvoir particulier) », et ce « à chacun dans sa sphère ». Waitz fonde cette idée sur une déclaration d'Alexis de Tocqueville à propos du pouvoir fédéral des États-Unis : « L'union [...] n'a [...] qu'une souveraineté restreinte [...] ; mais on a voulu que dans ce cercle elle ne forme qu'un seul et même peuple. Dans ce cercle, elle est souveraine ». De nombreux auteurs contemporains ont estimé que la Cst. de 1848 se fondait aussi, au moins implicitement, sur cette théorie (cf . N. 7). Fritz Fleiner et Zaccaria Giacometti, en revanche, rejetèrent la théorie de Waitz, la jugeant **logiquement impossible** : si les Etats membres étaient souverains, ils devraient être indépendants du pouvoir fédéral, ce qui exclurait à son tour leur appartenance à la Confédération. L'appartenance à l'État fédéral exclut d'emblée la souveraineté des États fédérés. Fritz Fleiner et d'autres auteurs ont donc fait la distinction entre la Confédération en tant qu'État souverain et les États membres en tant qu'États non souverains : seule la Confédération est « souveraine », mais les cantons règnent dans le cadre de leurs compétences en vertu de leur propre droit. Zaccaria Giacometti est allé plus loin en affirmant que l'État fédéral est un « État unitaire décentralisé ». La souveraineté et le caractère étatique appartiennent à la Confédération ; les cantons ne sont que des « corps d'administration autonome, même s'ils sont d'un type particulier ». Hans Nawiasky a fondé un point de vue intermédiaire sur la théorie de l'État fédéral tripartite, selon laquelle la Confédération et les États membres sont des sous-systèmes d'un État global, placés sur un pied d'égalité. La « Constitution générale », la somme des normes régissant les relations entre la Confédération

et les cantons, s'étend sur ces systèmes partiels. Dans ce modèle, toute souveraineté est relative : celle de la Confédération en raison de sa subordination au droit international et à la « Constitution générale », celle des cantons en raison de leur subordination au droit fédéral.

2. La conception de la souveraineté de l'art. 3 Cst.

Aucune des théories ci-dessus ne saisit la conception de la souveraineté de la Cst. (et donc de l'art. 3) dans sa forme pure. La raison en est que la Cst. de 1848 n'a pas suivi *une* doctrine particulière, mais a réuni différentes influences philosophiques et idées politiques en une **œuvre globale d'un genre nouveau**; seule l'influence de la conception rousseauiste de la souveraineté populaire est indéniable. Le « projet d'État fédéral » devait être réalisé rapidement. Les délibérations de la Diète fédérale furent donc très mouvementées et la commission de révision de la Constitution dut élaborer le projet de Constitution définitif dans un délai relativement court. Une dogmatique détaillée de la souveraineté n'a pas pu être élaborée. Au vu de la structure juridique mise en place (voir N. 24 ss.), cela n'était toutefois pas nécessaire. 23

En s'unissant en un Etat fédéral, les cantons ont créé la « compétence de la Confédération » (art. 73 Cst. [1848]). Le pouvoir fédéral a ainsi acquis la personnalité juridique d'un Etat et s'est vu attribuer des buts propres (art. 2 Cst. [1848]), des tâches propres (art. 13 ss Cst. [1848]) ainsi que des organes propres pour l'accomplissement de ces tâches (art. 61 ss Cst. [1848]). En outre, des processus de démocratie directe concernant spécifiquement le niveau fédéral ont été introduits (art. 62 ss., 111 ss. Cst. [1848]) et progressivement développés au fil du temps. Parallèlement, les cantons devaient rester des entités politiques juridiquement autonomes et gouvernées par leurs propres processus (autodéterminés) sous la nouvelle Cst. Cela résulte, selon Biaggini, d'une vue d'ensemble de plusieurs dispositions particulières. Ainsi, la création de l'État fédéral a eu pour conséquence qu'il existait désormais en Suisse **deux types de pouvoirs publics autonomes et dirigés démocratiquement** - le pouvoir fédéral (« État central ») et les différents pouvoirs cantonaux (« États particuliers ») - ayant chacun leur propre organisation, leurs propres tâches et leurs propres finances. 24

Si l'art. 1 Cst. (1848) affirmait implicitement la pérennité des « cantons souverains », il s'agissait de l' **autonomie** (limitée) dont les cantons jouissaient 25

déjà sous le régime du Pacte fédéral de 1815. La Cst. de 1848 garantissait que ce droit préexistant et limité à l'autodétermination des cantons en ce qui concerne leurs affaires intérieures resterait en vigueur après la création de l'État fédéral. De manière générale, la notion constitutionnelle de souveraineté peut donc être définie comme la **capacité d'un État à se « gouverner lui-même » de manière démocratique** . Cette décision reflète l'opinion répandue au XIXe siècle selon laquelle seul un État peut posséder la souveraineté, quelle que soit sa définition, parce que le constituant lui a confié un monopole de souveraineté limité à un territoire, à un peuple et à des fins déterminées. La question de savoir quelles personnes doivent représenter cette souveraineté reste toutefois ouverte. On peut imaginer un individu (monarchie) ou le peuple (démocratie) - sous une forme directe ou indirecte. En Suisse, cette décision a été prise en faveur de la démocratie (voir art. 5 Cst. [1848]). Les détenteurs de la souveraineté ainsi définie sont d'abord (selon les art. 1 et 3 Cst.) les cantons. Après la création de l'État fédéral, les cantons n'étaient toutefois plus les seuls pouvoirs étatiques à remplir les conditions de cette notion de souveraineté, puisque les processus démocratiques existaient désormais aussi au niveau fédéral. C'est pourquoi les auteurs du projet de Cst. de 1848 ont également fait la distinction entre la souveraineté fédérale et la souveraineté cantonale dans leur rapport explicatif.

26 L'étendue (« champ d'action ») de la souveraineté cantonale a été réglée par la génération des fondateurs à l'art . 3 Cst. Lorsque la Constitution fédérale (ou le droit d'exécution édicté sur la base de celle-ci) ne donne pas de directives aux cantons, ces derniers règlent eux-mêmes leurs affaires, c'est-à-dire qu'ils restent « souverains ». L'art. 3 Cst. renvoie à cet égard à la **répartition des compétences au niveau fédéral** (cf. N. 30 ss). Si les cantons sont compétents dans un domaine, ils disposent d'une liberté réglementaire dans le cadre de ces compétences et d'autres dispositions de la Constitution fédérale. En revanche, si la Cst. attribue explicitement une compétence à la Confédération, les cantons (qui se réservent à l'origine des compétences dérogatoires [N. 47]) ne sont plus « libres » que dans la mesure où la Confédération n'a pas épuisé cette compétence. Max Imboden qualifie donc à juste titre la répartition des tâches au sein de l'Etat fédéral de « moyen formel et constructif dont se sert cette forme d'Etat [c.-à-d. l'Etat fédéral] pour réaliser l'idée fondamentale qui lui est propre », à savoir que dans un Etat fédéral, plusieurs collectivités se partagent nécessairement l'accomplissement

des tâches étatiques. Les compétences législatives de la Confédération se fondent sur **des habilitations individuelles**, tandis que celles des cantons sont **de nature générale** (cf. N. 30 ss.). En cas de conflit de compétences, il en résulte que c'est en principe à la Confédération qu'il incombe de prouver qu'elle dispose effectivement de la compétence invoquée. La garantie de la souveraineté cantonale a donc également des implications juridiques pratiques (cf. aussi N. 48 ss).

3. Signification actuelle de la « clause de souveraineté ».

En raison de la continuité de l'art. 3 Cst. dans l'histoire des idées (cf. N. 6 ss.), la conception de la souveraineté expliquée s'applique aujourd'hui **sans changement**. L'art. 3, première phrase, Cst. garantit donc aujourd'hui encore aux cantons d'être plus que de simples membres de la Confédération et de disposer - comme la Confédération - de leur propre marge de manœuvre décisionnelle ou de leurs sphères de compétence, garanties par la Constitution. A l'intérieur de ce champ d'action, les deux collectivités publiques sont considérées comme souveraines au regard de « leurs » processus démocratiques respectifs. L'art. 3 Cst. constitue donc aussi bien la Confédération que les cantons en tant que collectivités « à souveraineté limitée ». 27

La notion de souveraineté a certes donné lieu à plusieurs reprises dans l'histoire à des débats dogmatiques qui ont débouché sur des points de vue très différents quant au contenu et à la fonction de la notion de souveraineté (cf. N. 22). La fonction originale de la garantie de la souveraineté cantonale selon l'art. 3 Cst. n'en a toutefois pas été affectée. Néanmoins, la **notion de souveraineté est encore aujourd'hui controversée**: La densité des relations internationales, un Etat central qui s'est fortement développé depuis 1848 et les limites théoriques de la notion de souveraineté suscitent des doutes quant à savoir si la désignation de l'autogouvernement démocratique au sein de la Confédération et des cantons comme « souveraineté » correspond encore à l'essence de la chose. Comme nous l'avons montré, la notion de souveraineté doit être interprétée juridiquement comme **la capacité à s'autogouverner démocratiquement** . La notion n'a pas de contenu absolu, car les domaines d'action de la souveraineté de la Confédération et des cantons sont liés à l'élaboration démocratique de la constitution et au droit légal qui concrétise la constitution (cf. N. 8). Mais 28

comme chaque personne ayant le droit de vote fait partie à la fois du peuple cantonal *et* du peuple suisse, les conditions pour des décisions « souveraines » au sens de l'art. 3 Cst. sont réunies dans le cadre des sphères de compétence respectives aux deux niveaux de l'Etat. Dans la mesure où et aussi longtemps que les cantons disposent de compétences propres et d'une marge de manœuvre pour s'autogouverner démocratiquement, ils ont été, sont et resteront « souverains » au sens de l'art. 3 Cst. Des facteurs d'influence supérieurs tels que le droit international, les directives fédérales ou l'*effet Bruxelles* sont en accord avec cette règle et ne conduisent pas à un autre résultat.

29 Toutefois, la Suisse ne connaît **pas** non plus **« l'absolutisme démocratique »**. Le pouvoir d'organisation du corps électoral est soumis à des limites juridiques, tant au niveau cantonal qu'au niveau fédéral (cf. N. 57 ss). *En l'état actuel du droit*, les principales limites de la législation fédérale sont par exemple les droits fondamentaux (art. 7 à 34 Cst.) et les conditions de leur restriction (art. 36 Cst.), le principe de la séparation des pouvoirs, la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), ainsi que les principes généraux de l'activité de l'Etat régi par le droit, à savoir . c'est-à-dire le principe de légalité (art. 5, al. 1, Cst.), le principe de l'intérêt public (art. 5, al. 2, Cst.), le principe de proportionnalité (art. 5, al. 3, Cst.) et le principe selon lequel la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international (art. 5, al. 4, Cst.). Par ailleurs, en ce qui concerne le rapport entre le principe de l'État de droit et le principe démocratique, nous renvoyons à l'exposé fondamental de Reich.

B. La répartition des compétences dans l'État fédéral (2e partie)

1. Généralités

30 La nécessité d'une clause de répartition des compétences découle de la « garantie » de la souveraineté cantonale (cf. N. 26 s.). Un partage de la souveraineté implique un partage des tâches de l'Etat (cf. N. 24 s.). En conséquence, l'art. 3 Cst. définit le principe (alternance, cumul, complémentarité) selon lequel les sphères de compétence de la Confédération et des cantons doivent être **coordonnées**.

31 La décision prise à l'art. 3 Cst. se prononce en faveur d'une compétence originelle générale en faveur des cantons **(compétence générale dite subsidiaire)**. Pour les tâches qui exigent une exécution et une réglementation

uniformes dans toute la Suisse, la Confédération devrait toutefois être compétente pour régler la manière de les accomplir (y compris les modalités d'exécution). Cela présuppose toutefois une habilitation explicite par la Constitution fédérale elle-même (et donc par le peuple et les cantons) **(principe de l'habilitation individuelle ; principe d'énumération)**. Combinés, le principe de l'habilitation individuelle et la compétence générale subsidiaire contiennent la « formule » qui permet de déterminer par interprétation, pour des dispositions concrètes de compétence (art. 54 à 135 Cst.), les questions concrètes qui relèvent de la Confédération et celles qui relèvent des cantons (cf. N. 8, N. 48 ss).

L'art. 3 Cst. a pour objectif normatif premier de **distinguer les compétences** . La disposition ne porte toutefois aucun jugement sur le rapport de priorité entre les prescriptions de la Confédération et celles des cantons. On ne peut pas déduire de l'art. 3 Cst. si ce que la Confédération prescrit en vertu de sa compétence prime les prescriptions des cantons ou inversement. Selon le concept de l'art. 3 Cst. (cf. N. 7 s., N. 22, N. 24 ss), les prescriptions de la Confédération et des cantons ont le même rang normatif, car les deux droits s'appuient sur la même base de légitimation, la volonté populaire concordante (à ce sujet, dans le contexte des conflits de compétence, également N. 57 ss). Historiquement, le fait que le droit fédéral prime le droit cantonal contraire n'est pas un postulat de l'art. 3 Cst. mais une jurisprudence qui s'appuyait (à l'origine) sur l'art. 2, let. u, Cst. 32

En théorie, il découle du système mis en place à l'art. 3 Cst. une répartition sans faille des compétences. Les compétences étatiques sont tout d'abord réparties de manière alternative entre la Confédération et les cantons : Soit les cantons, soit la Confédération sont compétents pour réglementer juridiquement un domaine de tâches. Si seule la Confédération est compétente, elle dispose d'une compétence exclusive. Si ce n'est pas le cas, la compétence originelle des cantons entraîne automatiquement des compétences complémentaires et cumulatives (parallèles) de la Confédération et des cantons dans le même domaine (pour une typologie des compétences possibles, voir N. 43 ss). Mais comme les matières à réglementer peuvent **s'interpénétrer, se compléter ou se limiter mutuellement**, il n'est souvent pas facile de déterminer la ligne de partage des compétences en raison de ce principe de règle et d'exception. En outre, d'un point de vue pratique, ce système comporte le risque de conflits de compétences négatifs lorsqu'il faut 33

agir rapidement en raison de l'urgence. Cette problématique s'est notamment manifestée aux débuts de la pandémie COVID-19. D'autres exemples sont la pénurie d'énergie qui a suivi la guerre en Ukraine, les cyberattaques contre des entreprises et des unités administratives ou des phénomènes naturels comme la pénurie d'eau (récurrente) dans les cantons et les communes pendant les phases de forte chaleur et de sécheresse prolongée.

34 Dans ce contexte, l'affirmation selon laquelle l'art. 3 Cst. contient une « présomption de compétence en faveur des cantons » est à notre avis trompeuse. La question de savoir si la réglementation d'une question concrète relève de la compétence des cantons ou de la Confédération est une **question juridique** qui doit être résolue au cas par cas et par interprétation (cf. N. 48 ss.). L'art. 3 Cst. ne permet pas de déduire une présomption selon laquelle la compétence de réglementation reviendrait « en cas de doute » aux cantons. En cas de doute, la Confédération doit au contraire pouvoir prouver sa prétendue compétence réglementaire (cf. N. 26). Si cette preuve échoue, la compétence de réglementation reste aux cantons en vertu de la compétence générale subsidiaire.

2. Réserve constitutionnelle à la charge de la Confédération

35 Le système de l'habilitation individuelle exige que de nouvelles tâches soient confiées à la Confédération par une révision partielle de la Constitution (art. 192 ss. Cst.). Il existe donc une **« réserve constitutionnelle » à la charge de la Confédération** pour les nouvelles compétences fédérales. Ces habilitations individuelles sont, selon le concept historique, des *leges speciales* par rapport à la compétence générale subsidiaire des cantons.

36 En 1848, une répartition initiale des compétences entre la Confédération et les cantons a eu lieu. Toutes les modifications apportées ultérieurement à cette répartition des compétences n'ont été, à proprement parler, que des *transferts* de compétences. Celles-ci n'ont toutefois pas pour conséquence que les cantons n'ont plus rien à voir avec la tâche après le transfert à la Confédération. Car ce qui « se déplace », c'est uniquement la **responsabilité de l'accomplissement de la tâche**. La compétence de légiférer sur le fond et de régler l'exécution des tâches passe alors des parlements cantonaux au Conseil national et au Conseil des États - le « double fondement » de la souveraineté fédérale -, le Conseil des États devant assurer la participation des cantons à la législation fédérale.

Les compétences attribuées à la Confédération sont pour la plupart inscrites aux art. 54 à 135 Cst. (cf. art. 38 à 40 Cst. en tant qu'exceptions). Selon la doctrine dominante, les buts sociaux (art. 41 Cst.) ne fondent pas de compétences fédérales. Dans la mesure où une tâche relève de la compétence des cantons, le législatif cantonal peut en principe édicter une loi **directement sur la base de la compétence générale subsidiaire**. Une base de compétence dans le droit constitutionnel cantonal n'est pas nécessaire, à moins que la constitution cantonale *elle-même* ne l'exige. La compétence générale subsidiaire habilite les cantons directement et dans la mesure où le canton n'est pas en contradiction avec le droit fédéral en vigueur. Les « nouvelles » tâches relèvent sans autre de la compétence des cantons. Les attributions de compétences de la Cst. aux cantons sont de nature purement déclaratoire (p. ex. art. 62 al. 1 et 112*c* al. 1 Cst.). 37

Une partie de la doctrine fait la distinction entre **« compétences » et « tâches »**. Pour Biaggini, une compétence contient une habilitation à prendre une mesure ou à édicter une réglementation, et une tâche une obligation correspondante. C'est également l'avis de Rütsche, dont la définition de la « tâche publique » présuppose nécessairement un mandat du législateur « au sens fonctionnel large » (c'est-à-dire incluant des mandats au niveau de la constitution ou de l'ordonnance). Ces conceptions sont ici partagées : Une compétence *devient* une tâche lorsqu'elle est formulée de manière contraignante. Pour le reste, nous renvoyons à la présentation différenciée de Biaggini. 38

La création de nouvelles compétences fédérales doit s'orienter en premier lieu sur le **principe de subsidiarité** (art. *5a*, *43a*, 46 al. 3 et 47 al. 2 Cst.). Selon la jurisprudence, le principe de subsidiarité n'a pas d'effet juridique de « blocage », mais il constitue un appel à utiliser les compétences existantes avec ménagement et à ne créer de nouvelles compétences fédérales que pour des raisons convaincantes. 39

Typiquement, une norme de compétence habilite la Confédération dans son ensemble, en tant que collectivité de droit public, et laisse ouverte la compétence de l'organe. Si une compétence n'habilite pas d'organe spécifique, on est en présence d'une **compétence dite collective**, c'est-à-dire d'une compétence qui doit être exercée par la Confédération dans son ensemble (précisément en tant que « fédération »). La compétence primaire revient au législateur constitutionnel (art. 148 al. 1 en relation avec 164 Cst.). 40

En revanche, les ordonnances d'exécution, qui déterminent concrètement l'application de la loi, doivent être édictées par le Conseil fédéral, les départements et les offices fédéraux (art. 174, 178 al. 1 et 182 al. 1 Cst.). La question de savoir quel organe est concrètement compétent pour quelle matière réglementaire se détermine en premier lieu sur la base de la notion de loi matérielle (art. 164, al. 1, Cst.).

41 Dans **les cas « urgents » ou « extraordinaires »**, la question se pose de savoir quand l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral peuvent passer outre à la répartition des compétences prévue à l'art. 3 Cst. Le droit parlementaire d'urgence le permet explicitement, puisque l'art. 165 al. 3 Cst. prévoit que les lois fédérales urgentes qui n'ont pas de base constitutionnelle doivent être acceptées par le peuple et les cantons dans le délai d'un an à compter de leur adoption pour être maintenues au-delà de ce délai. Ce principe s'applique également aux actes législatifs qui ne correspondent pas seulement partiellement à la répartition traditionnelle des tâches entre la Confédération et les cantons ou aux prescriptions horizontales et verticales de séparation des pouvoirs.

42 La situation juridique est différente pour les « ordonnances d'urgence » de l'Assemblée fédérale (art. 173, al. 1, let. c, Cst.) et du Conseil fédéral (art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst.). La question de savoir si - et, dans l'affirmative, dans quelle mesure - les organes fédéraux peuvent édicter des mesures qui ne respectent pas la répartition des compétences prévue par la Constitution à l'art. 3 Cst. fait partie de la controverse doctrinale sur la question de savoir si le système de droit d'urgence de la Cst. permet au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale d'édicter ce que l'on appelle **des « ordonnances d'urgence dérogatoires à la Constitution** ». Selon la doctrine dominante (et à juste titre selon nous), ce n'est pas le cas. Dans la mesure où les « ordonnances d'urgence » ont matériellement rang de loi ou de constitution, elles doivent être traitées comme des lois fédérales ordinaires au regard de l'art. 3 Cst. et doivent respecter le principe de l'habilitation individuelle (cf. N. 30 ss.) ; toute autre restriction de la compétence générale subsidiaire des cantons est anticonstitutionnelle. Compte tenu du caractère « transversal » des dispositions de droit d'urgence (p. ex. la réglementation de l'économie ainsi que du système de masques, de vaccins, de tests et de certificats pendant la pandémie COVID-19), leur légalité à la lumière de l'art. 3 Cst. dépend donc fortement de la conception des mesures et de leur fondement juridique.

Comme cette disposition porte sur l'aspect juridique des compétences du « droit d'urgence », le respect de l'art. 3 Cst. présuppose un contrôle préventif fiable des actes juridiques planifiés, en particulier pour les mesures édictées « sans recours à la Constitution », mais aussi pour celles qui se fondent sur une loi fédérale (p. ex. la LEp). L'interprétation conforme à la Constitution des compétences fédérales constitue le moyen le plus important à cet égard (cf. N. 67).

3. Typologie des compétences législatives

Parmi les **types de compétences**, il convient de distinguer les compétences législatives (ou compétences législatives) et les compétences d'exécution (ou compétences administratives). 43

Les compétences législatives de la Confédération peuvent être systématisées en fonction de leur **étendue matérielle** ou de leur **effet sur la souveraineté cantonale**. C'est par interprétation qu'il faut déterminer si les cantons disposent d'une marge de manœuvre propre à la suite de mesures prises par la Confédération (dans le même domaine matériel). La nature de la compétence fédérale et le degré d'utilisation de celle-ci sont déterminants pour déterminer la marge de manœuvre qui reste aux cantons. 44

Exceptionnellement, l'interprétation de la Constitution peut aussi faire apparaître **des compétences tacites** de la Confédération. La doctrine dominante distingue les compétences « en vertu d'un rapport de cause à effet » *(implied powers)* et les compétences qui reviennent à la Confédération « par essence » ou « en vertu de la structure fédérale de l'État » *(inherent powers)*. Une compétence en vertu d'une connexité matérielle découle « de la nécessité de pouvoir exercer une tâche ». Il s'agit également de compétences qui résultent de la combinaison de plusieurs compétences individuelles. Un exemple en est la LEtr, dont le préambule énumère pas moins de 16 compétences matérielles comme bases constitutionnelles. En revanche, une compétence en vertu de la structure fédérale de l'État découle du principe de l'État fédéral pour les domaines que seule la Confédération peut réglementer. Ce type de compétence existe plus souvent qu'on ne pourrait le penser : ainsi, il manque encore aujourd'hui des bases constitutionnelles explicites pour la LParl (art. 165, al. 1, let. g, Cst.), la LOGA (tous deux art. 173, al. 2, Cst.) et pour d'autres actes législatifs. 45

a. Etendue matérielle des compétences fédérales

46 Chaque compétence détermine une marge de manœuvre juridique. Ses dimensions peuvent correspondre au domaine de vie à réglementer ou se limiter à certains aspects partiels de celui-ci. De ce point de vue, on peut distinguer les compétences globales, les compétences fragmentaires ainsi que les compétences législatives de principe et les compétences législatives-cadres :

- **Les compétences fédérales étendues** habilitent la Confédération à régler toutes les questions juridiques jusque dans les moindres détails. La matière à réglementer peut être un *domaine matériel* (p. ex. art. 74, al. 1, Cst. [protection de l'environnement]) ou un *domaine juridique* (p. ex. art. 122 s. Cst. [droit civil et droit pénal formel et matériel]). Ce type de compétence est la règle.
- **Les compétences fédérales fragmentaires** se rapportent à certaines parties d'un domaine de la vie ou d'un domaine matériel. La Cst. impose donc des restrictions concrètes au *domaine* de réglementation, mais pas à l'*intensité* de la réglementation dans ces domaines. En d'autres termes, seules certaines questions juridiques peuvent être réglées, mais dans le détail. L'art. 118 al. 2 Cst. contient des exemples importants à la let. a (utilisation d'objets et d'organismes déterminés), à la let. b (lutte contre certaines maladies) et à la let. c (protection contre les rayonnements ionisants).
- **Les compétences législatives fondamentales/cadres** habilitent la Confédération à fixer des règles générales pour un domaine spécifique. Elles l'obligent en même temps à laisser aux cantons le soin de régler les questions de détail. Ces compétences limitent le degré de détail admissible d'une réglementation fédérale aux questions juridiques d'importance centrale et nationale. Dans la pratique, cette forme de législation se retrouve surtout dans les « exigences minimales de droit fédéral » imposées aux systèmes d'exécution cantonaux. Citons par exemple l'art. *64a*, al. 1, Cst. (formation continue), l'art. 66, al. 1, 2e phrase, Cst. (allocations de formation) et l'art. *67a*, al. 3, Cst. (formation musicale), l'art. 75, al. 2, Cst. (aménagement du territoire), l'art. 76, al. 2 Cst. (eaux), art. 77, al. 2 Cst. (protection des forêts), art. 79 (chasse et pêche), art. 88, al. 1 Cst. (chemins pour piétons, chemins de randonnée pédestre et pistes cyclables), art. 89,

al. 2 Cst. (politique énergétique), et art. 129, al. 1 Cst. (harmonisation fiscale).

b. Effet sur les compétences cantonales

Les compétences fédérales peuvent avoir des effets différents sur les compétences cantonales originelles dans ce domaine. Par rapport à la *nature de* la compétence, l'évaluation de l'effet sur la souveraineté cantonale est en quelque sorte une **dimension supplémentaire** permettant d'appréhender les compétences fédérales de manière heuristique. De ce point de vue, on peut distinguer les compétences concurrentes, exclusives et parallèles : 47

- **Les compétences concurrentes** ont pour effet que le droit cantonal ne perd ses effets, premièrement, que lorsque la loi fédérale entre en vigueur et, deuxièmement, que dans la mesure où le législateur fédéral a épuisé sa compétence (effet dit rétroactif et dérogatoire). Tant que le législateur fédéral n'a pas épuisé sa compétence, les cantons restent compétents pour réglementer ce domaine en vertu de la compétence générale subsidiaire. La compétence globale et concurrente constitue le cas normal.
- **Les compétences exclusives** ont pour effet d'abroger le droit cantonal dès l'établissement de la compétence fédérale (effet dérogatoire initial). Il s'agit d'un cas rare. Des exemples courants sont l'art. 54 Cst. (affaires étrangères), l'art. 99 Cst. (monnaie, argent et devises), l'art. 133 Cst. (douanes). Selon la doctrine, il n'existe pas de contrepartie cantonale, même dans le cas particulier des droits régaliens cantonaux.
- **Les compétences parallèles** se caractérisent par le fait qu'elles n'ont pas d'effet sur la compétence cantonale dans le même domaine, le droit fédéral et le droit cantonal peuvent donc coexister. Ce type de compétence existe surtout là où l'Etat gère des systèmes d'encouragement, par exemple dans le domaine de la culture (art. 69 al. 1 Cst.), mais aussi dans le domaine des impôts directs (art. 128 en relation avec l'art. 134 Cst. *e contrario*).

c. Interprétation des compétences législatives

Le catalogue des compétences de la Cst. est un réseau peu systématique de tâches individuelles qui sont mises en œuvre de manière très différente et **interprétées de manière évolutive** dans la pratique en fonction des besoins 48

contemporains en matière de réglementation. L'idée sous-jacente est que les besoins de réglementation d'une société peuvent changer ou évoluer avec le temps, compte tenu de l'évolution des valeurs ou des nouveaux défis, et que le constituant a accordé à la Confédération une compétence de réglementation « ouverte sur l'avenir ». Le législateur ne doit pas être empêché dans son activité par des jugements de valeur historiques, à moins que le contenu d'une norme de compétence ne soit soumis à des limites juridiques claires.

49 Or, **les compétences fédérales** sont souvent **formulées de manière très ouverte et succincte**. Hormis la typologie (N. 43 ss.), leurs limites matérielles sautent rarement aux yeux et doivent être déterminées par une interprétation minutieuse. Le texte constitue le point de départ et le point final de l'interprétation. Mais comme celui-ci n'est « pas toujours significatif [...] et pas toujours fiable », le sens des mots choisis s'oriente aussi en particulier selon la pratique d'application actuelle. Mais là aussi, il existe des limites, car la pratique de l'État ne repose pas toujours sur une interprétation irréprochable de la norme de compétence. L'interaction de tous les éléments d'interprétation est donc déterminante.

50 Une fois qu'elles sont entrées en vigueur, les lois fédérales ne peuvent plus être modifiées ou abrogées par aucune autre autorité que l'Assemblée fédérale elle-même. La raison en est que la conformité des lois fédérales à la Constitution ne peut pas être examinée dans le cadre de la procédure de contrôle abstrait des normes (art. 189, al. 4, première phrase, Cst. ; art. 82, let. b, LTF *e contrario*). Le droit fédéral qui a été édicté en violation du principe de l'habilitation individuelle est contraignant pour les cantons (art. 49 al. 1 Cst.). Il en va de même pour le Tribunal fédéral en ce qui concerne les lois fédérales (art. 190 al. 1 en relation avec 148 al. 1 Cst.). En d'autres termes, le **législateur fédéral détermine** donc définitivement l'**étendue de** ses propres compétences. Une interprétation minutieuse ou une détermination correcte de la portée d'une norme de compétence de la Confédération apparaît donc, lors de la planification d'une nouvelle loi ou d'une modification législative, comme le principal moyen de « protéger » la souveraineté cantonale (cf. N. 42; N. 67).

51 Ces orientations relatives à la séparation horizontale et verticale des pouvoirs ne changent rien au fait qu'une interprétation évolutive des compétences fédérales est en soi compatible avec le fonctionnement dogmatique de l'art. 3 Cst. Le **principe de l'habilitation individuelle** exige toutefois que**les** «

nouveaux » besoins de réglementation puissent être ramenés à des normes de compétence en vigueur. Dans le cas contraire, leur réglementation présuppose une nouvelle norme de compétence (propre) - ou la compétence de réglementation reste aux cantons en vertu d'une compétence générale subsidiaire. Tout argument contre une interprétation (trop) flexible et évolutive des normes de compétence en vigueur doit donc être tiré, eu égard à l'art. 3 Cst., du texte, de l'histoire et du but des compétences concernées.

L'art. 3 Cst. ne déploie donc un **effet de blocage** juridique que si la subordination de nouveaux phénomènes ou besoins de réglementation à des normes de compétence en vigueur viole le principe de l'habilitation individuelle. Ce n'est qu'à cet égard que l'art. 3 Cst. interdit toute restriction des compétences réglementaires cantonales (ou de leur « souveraineté »). Cette **fonction de limite** n'est toutefois qu'un **sous-produit** de l'interdiction, découlant du principe de l'habilitation individuelle, d'une utilisation des compétences fédérales qui porte atteinte à la souveraineté cantonale. En tout état de cause, l'art. 3 Cst. n'a pas pour objectif initial de mettre un terme à une centralisation (quelle qu'en soit la définition) des compétences législatives au niveau fédéral. Du point de vue de l'art. 3 Cst., toute centralisation au niveau fédéral ou toute « limitation de la souveraineté » des cantons est en soi admissible si elle peut s'appuyer sur une base constitutionnelle suffisante (cf. N. 8; pour la problématique de la protection juridique, cf. N. 57 ss). 52

On peut ensuite se demander si le principe de l'habilitation individuelle peut être invoqué - par exemple dans le cadre d'un contrôle concret des normes - également **contre** une **concrétisation évolutive de lois fédérales**. La question de savoir si l'effet de blocage de l'art. 3 Cst. s'étend également à l'adoption d'ordonnances ou de décisions de portée générale concrétisant des dispositions (en particulier des plans, des registres, des inventaires et des listes), à des accords contractuels (p. ex. des conventions-programmes [art. 46, al. 2, Cst.]) ou encore à l'adoption de *soft law* devrait jouer un rôle dans la pratique, notamment en ce qui concerne l'art. 49, al. 1, Cst. En théorie, on peut admettre un tel effet de rayonnement lorsque, par souci de simplicité, de nouveaux phénomènes de réglementation sont reproduits « en dessous de la loi », mais que la norme de compétence sous-jacente n'appréhende pas ces phénomènes de manière juridiquement satisfaisante (cf. N. 51). En cas de litige, c'est à la Confédération qu'il incombe de prouver qu'elle agit 53

conformément à la Constitution du point de vue du « droit des compétences » (cf. N. 26). Mais compte tenu de l'ouverture (pour l'avenir) des normes de compétence (cf. N. 48 s.), de telles « concrétisations infra-légales » devraient en règle générale plutôt être anticonstitutionnelles faute de base légale suffisante (art. 164 al. 2 Cst.).

4. Compétences d'exécution

54 Une compétence législative inclut la réglementation de l'exécution (concrétisation, application, exécution et surveillance). La question de savoir quel organe est compétent et à quel degré se pose non seulement du point de vue de la **séparation** horizontale, mais aussi **verticale des pouvoirs**. Un autre principe de règle et d'exception s'applique ici : les règles juridiques de la Confédération doivent en principe être exécutées par les cantons (art. 46 Cst.), à moins que la Constitution ou la loi fédérale n'en disposent autrement. Ce « fédéralisme d'exécution » trouve également ses racines au 19e siècle.

55 Il découle de la garantie de souveraineté (art. 3, 1re phrase, Cst.) une **autonomie d'organisation cantonale** qui s'applique également à l'exécution des prescriptions du droit fédéral (cf. aussi 46, al. 3, et art. 47, al. 2, Cst.). Selon cette disposition, les cantons peuvent choisir eux-mêmes le mode d'exécution des prescriptions fédérales (en tenant compte des contraintes et des préférences locales), pour autant que le droit fédéral leur en laisse la possibilité. L'art. 49 al. 1 Cst., selon lequel le droit cantonal ne doit pas contrevenir au sens et à l'esprit des prescriptions du droit fédéral, ainsi que l'art. 49 al. 2 Cst., selon lequel la Confédération surveille l'exécution du droit fédéral par les cantons (surveillance fédérale), constituent une limite primaire à l'autonomie organisationnelle des cantons (tant en ce qui concerne l'exécution du droit fédéral que l'exercice cantonal de compétences législatives).

56 **Des exemples pratiques** illustratifs concernant l'autonomie d'organisation cantonale (ou les compétences législatives et d'exécution qui y sont liées) sont notamment les arrêts du Tribunal fédéral concernant le rapport entre les ordonnances Covid 19 de la Confédération et les mesures prises par les cantons, qui se fondaient sur l'art. 40 LEp directement applicable et/ou sur le droit constitutionnel ou législatif cantonal (p. ex. lois cantonales sur la santé).

C. Conflits de compétences entre la Confédération et les cantons

1. Principes fondamentaux

57 Le rapport entre le droit fédéral et le droit cantonal peut donner lieu à de nombreux conflits de compétences. Il y a conflit de compétences **au sens large** lorsqu'il y a désaccord sur quelle collectivité est compétente pour légiférer ou appliquer le droit (cf. N. 43 ss, N. 54 ss) et dans quelle mesure. Si la cause ne réside pas dans une simple intention de réglementer ou d'agir, mais dans un conflit de normes, il s'agit d'un conflit de compétences **au sens strict, pertinent pour le droit procédural** (N. 65 s.).

58 L'art. 3 Cst. ne permet pas de régler les conflits de compétence. On peut déduire de cette disposition selon quelles règles les compétences de la Confédération doivent être délimitées par rapport à celles des cantons. L'art. 3 Cst. ne dit toutefois pas si les prescriptions de la Confédération doivent primer sur celles des cantons, ni quelles normes juridiques le Tribunal fédéral peut ou non abroger. Sur la base de l'art. 3 Cst. uniquement, la Confédération et les cantons disposent donc en principe d'une **« garantie de compétence » symétrique**.

59 Dans l'ensemble de la structure constitutionnelle, cette considération isolée ne peut toutefois pas être maintenue. Lorsque la Confédération est compétente pour réglementer un domaine, la structure de l'État fédéral exige que les cantons se conforment à ses dispositions. Cet aiguillage central a pour conséquence que la position des cantons se trouve dans un **déséquilibre matériel en faveur de la Confédération** . Les dispositions constitutionnelles suivantes en sont les principales responsables :

- Le droit fédéral conforme aux compétences prime sur le droit cantonal contraire (art. 49 Cst.).
- Le droit fédéral conforme aux compétences prime sur le droit cantonal lorsqu'un acte législatif fédéral remplace une réglementation cantonale. Le droit cantonal perd alors sa signification propre.
- Les lois fédérales édictées en violation des compétences ou autrement anticonstitutionnelles doivent être imposées par le Tribunal fédéral par rapport au droit cantonal tant que l'Assemblée fédérale n'a pas abrogé la loi fédérale correspondante (ou des parties de celle-ci) (cf. en particulier l'art. 190 Cst.).

60 Ces principes sont des règles de conflit qui guident la résolution des conflits de compétence entre la Confédération et les cantons. Le Tribunal fédéral ne peut qu'examiner et constater l'inconstitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.), mais pas les abroger (art. 189, al. 4, 1re phrase, Cst.). La même règle s'applique aux ordonnances de la Confédération, sauf si la loi prévoit des exceptions (art. 189, al. 4, 2e phrase, Cst.). Ce qui précède montre que la **protection juridique des cantons** vis-à-vis de la Confédération est plutôt **faible** en droit suisse (en comparaison, par exemple, avec les compétences des cours constitutionnelles d'Allemagne ou des États-Unis).

61 En droit suisse, les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons peuvent être réglés **de deux manières**: D'une part, par la médiation ou la « conciliation » (N. 62 ss.) et, d'autre part, par la voie juridique, le Tribunal fédéral constatant une violation de l'art. 3 Cst. par la Confédération et laissant à l'Assemblée fédérale le soin d'y remédier (N. 64 ss.).

2. Règlement coopératif des conflits de compétence

62 Selon l'art. 44 al. 3 Cst., « les différends entre cantons ou entre les cantons et la Confédération [...] doivent être réglés, dans la mesure du possible, par la négociation et la médiation ». La notion de « différend » englobe ici aussi bien les conflits juridiques que les divergences d'opinion politiques.

63 Ce mécanisme de règlement des différends à l'amiable est l'expression du fédéralisme « coopératif » en Suisse (art. 44 al. 1 Cst.). La Confédération et les cantons doivent également trouver une solution commune aux situations conflictuelles - pour autant que celles-ci surviennent en raison de la participation des cantons à la formation de la volonté de la Confédération (art. 45 Cst.) - en tenant compte des intérêts réciproques.

64 La voie de droit devant le Tribunal fédéral (cf. N. 65 s.) ne doit pouvoir être utilisée qu'après l'échec du règlement amiable du conflit.

3. Protection juridique des cantons au regard de l'art. 3 Cst.

65 Les cantons disposent de droits procéduraux leur permettant de préserver leurs droits constitutionnels vis-à-vis de la Confédération. L'art. 89 al. 2 let. c LTF confère aux « collectivités publiques », dans le cadre de l'art. 82 LTF, un droit de recours indépendant pour « dénoncer les violations des garanties que leur accorde la constitution cantonale ou fédérale » (cf. art. 189 al. 1 let. e Cst.).

Une **réduction de la souveraineté cantonale** par un droit fédéral édicté en violation des compétences est sans autre couverte par ce droit. En outre, en cas de litige intracantonal, les organes cantonaux, par exemple le gouvernement, peuvent être légitimés, en vertu de l'art. 89 al. 1 LTF, à recourir pour défendre des intérêts publics importants.

En outre, les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons ou entre deux ou plusieurs cantons entre eux peuvent être portés directement devant le Tribunal fédéral au moyen d'une **action** (art. 189 al. 2 Cst. ; art. 120 al. 1 let. a LTF). Contrairement au recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), une contestation « abstraite » du droit fédéral - détachée d'un acte individuel concret - est ici possible. Les limitations des compétences du Tribunal fédéral expliquées ci-dessus sont toutefois également valables dans le cadre du recours de droit public (cf. N. 50, N. 60). 66

Le moyen le plus efficace que les cantons peuvent utiliser pour « protéger » leur souveraineté est l'**interprétation conforme à la Constitution**. Elle intervient aussi bien lorsque le Tribunal fédéral examine la conformité du droit cantonal à la Constitution (contrôle abstrait des normes) que lorsqu'il se penche sur la conformité du droit fédéral à la Constitution , *question par question,* dans la procédure de contrôle concret des normes. 67

Dans le cas d'un **contrôle abstrait des normes de** droit cantonal, l'interprétation conforme à la Constitution a une **fonction protectrice**, car selon une pratique constante, le Tribunal fédéral n'annule les actes législatifs cantonaux que s'ils ne peuvent pas être interprétés conformément à la Constitution. En revanche, dans le cas du **contrôle concret des normes** du droit fédéral, l'interprétation conforme à la Constitution a une **fonction d'appel** en ce qui concerne l'acte fédéral sur lequel se fonde l'acte individuel contesté . En constatant un excès de compétence anticonstitutionnel de la part du législateur fédéral (ou du Conseil fédéral) et en refusant d'appliquer la norme pertinente dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral signale une erreur aux organes fédéraux et leur suggère de modifier le droit. Par ailleurs, pour l'interaction entre les art. 49, 189 al. 4 et 190 Cst., nous renvoyons aux commentaires individuels correspondants. 68

A propos des auteurs

MLaw Noah Rohner est collaborateur scientifique et doctorant à la chaire de droit, médecine et technologie de l'Université de Zurich.

Kerstin Noëlle Vokinger, LL.M., est professeur et titulaire de la chaire de droit, médecine et technologie à l'Université de Zurich et à l'EPFZ.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Auer Andreas, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Benoît Anne, Le partage vertical des compétences ent tant que le garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Genf 2009.

Biaggini Giovanni, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen. Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags, in: ZSR 142 (2023) II, S. 5–150.

Blumer Johann Jakob/Morel Joseph, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Erster Band, 2. Aufl., Schaffhausen 1877.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Erster Theil. Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Zweiter Theil. Das Bundesstaatsrecht, Zürich 1878.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt am Main 1974.

Hangartner Yvo, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: ZSR 131 (2012) I, S. 145–157 (zit. Eigenständigkeit).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 127–144.

Imboden Max, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 175–197.

Knapp Blaise, Le fédéralisme, in: ZSR 125 (1984) II, S. 275–430.

Kley Andreas, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis).

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil. Göttingen 2020, Tübingen 2021.

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf 1999, Basel 1999.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in ZSR 125 (1984) II, S. 431–590.

BIBLIOGRAPHIE

Aemisegger Heinz/Scherrer Reber Karin, Kommentierung zu Art. 82, in: Niggli Marcel Alexander/ Uebersax Peter/ Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Aubert Jean-François, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Band 1, Basel 1991.

Auer Andreas, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann Robert, Bricht Bundesrecht kantonales Recht?, in: ZBl 117 (2016) 12, S. 643–658.

Benoît Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Diss. Genf 2009.

Biaggini Giovanni, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen» Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates und vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, Habil. Basel 1996 (zit. Theorie und Praxis).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 3, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Biaggini).

Biaggini Giovanni, Vorbemerkungen zu den Art. 42–135, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen

Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini, Vor Art. 42–135).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 44, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. zit. OFK BV-Biaggini, Art. 44).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 47, in: Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini, Art. 47).

Biaggini Giovanni, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassungen. Versuch einer verfassungsrechtlichen und verfassungstheoretischen Standortbestimmung aus Anlass des 175. Doppelgeburtstags, in: ZSR 142 (2023) II, S. 5–150 (zit. Bundesstaat).

Blumer Johann Jakob/Morel Joseph, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Erster Band, 2. Aufl., Schaffhausen 1877.

Bodin Jean, Les six Livres de la République (deuxième réimpression de l'édition de Paris 1598), Darmstadt 1977.

Bradford Anu, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York 2020.

Breitenmoser Stefan, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich et al. 2020, S. 639–666.

Bundesrat, Föderalismus im Krisentest: Die Lehren aus der Covid-19-Krise ziehen. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 20.4522 Cottier vom 16. Dezember 2020, veröffentlicht am 15. Dezember 2023, https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/fuehrungsunterstuetzung/krisenmanagement.html,(besucht am 19.7. 2024).

Bundesrat, Wasserversorgungssicherheit und Wassermanagement – Grundlagenbericht. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.3610 Rieder vom 15.6.2018, veröffentlicht am 15.12.2021, https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88853.html, (besucht am 19.7.2024).

Burckhardt Walther, Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Walther Burckhardt. Aufsätze und Vorträge 1910–1938, Bern 1970, S. 219–234 (zit. Abgrenzung).

Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

Burckhardt Walther, Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in: Zaccaria Giacometti/Dietrich Schindler (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, S. 59–74 (zit. FS Fleiner).

Buser Denise, Föderalistischer Flickenteppich? Die Zusammenarbeit der Kantone in der Corona-Pandemie – unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsbereichs, in: ZBl 122 (2021) 10, S. 535–557.

Brühl-Moser Denise, Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 565–594 (zit. VRdCH I-Brühl-Moser).

Dominice Christian, Fédéralisme coopératif, in: ZSR NF 88 (1969) II, S. 743–894 (zit. Dominicé).

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Erster Theil. Allgemeine Einleitung und Kantonalstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1878 (zit. Dubs, I).

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Dargestellt für das Volk, Zweiter Theil. Das Bundesstaatsrecht, Zürich 1878 (zit. Dubs, II).

Dubs Jakob, Die Schweizerische Demokratie in ihrer Fortentwicklung (Nachdruck des Originals von 1868), Paderborn 2012.

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 42, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Egli, Art. 42).

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 46, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Egli, Art. 46).

Egli Patricia/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 41, Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Egli/Schweizer).

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band III: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1677–1698.

Ehrenzeller Kaspar, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch. Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen, Diss. St. Gallen 2020 (zit. Ehrenzeller K.).

Ehrenzeller Bernhard/Portmann Roland., Kommentierung zu Art. 54, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Ehrenzeller B./Portmann).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949 (zit. Fleiner/Giacometti).

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone. Subnationale Interessenvertreter im Schweizer Föderalismus. Diss. Bern 2023.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil St. Gallen, Bern/Frankfurt am Main 1974 (zit. Kompetenzverteilung).

Hangartner Yvo, Art. 3 BV, in: Alexander Ruch/Gérard Hertig/Urs Ch. Nef (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit. Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 155–170 (zit. Art. 3 BV).

Hangartner Yvo, Begriff und Bedeutung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV), in: ZSR 131 (2012) I, S. 145–157 (zit. Eigenständigkeit).

Hangartner Yvo/Kley Andreas/ Braun Binder Nadja/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2023.

Holenstein Rolf, Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte, 2. Aufl., Basel 2023.

Huber Hans, Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen, Diss. Bern 1926.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Giacometti Zaccaria, Über die Tragweite des Prinzips «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Alfred Kölz (Hrsg.), Ausgewählte Schriften, Zürich 1994, S. 149–156.

Griffel Alain, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen. Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE vom 17.2.2017, https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/die-grundsatzgesetzgebungskompetenz-gemass-art-75-abs-1-bv-tragweite-und-grenzen.pdf.download.pdf/Gutachten_Grundsatzgesetzgebung_final.pdf, besucht am 19.7.2024.

Haller Walter/Kölz Alfred/Gächter Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Hettich Peter, Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage, in: ZBl 123 (2022) 12, S. 650–659.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, in: ZSR NF 88 (1969) II, S. 549–741.

Hänni Peter, Kommentierung zu Art. 61*a*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Hänni).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht kantonales Recht», in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 127–144 (zit. Bedeutung).

Imboden Max, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 175–197 (zit. Föderalismus).

Imboden Max, Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich 1940 (zit. Bundesrecht).

Imboden Max, Der nichtige Staatsakt, Habil. Zürich 1944 (zit. Staatsakt).

Imboden Max, Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 93–110 (zit. Souveränitätslehre).

Imboden Max, Rousseau und die Demokratie, in: Staat und Recht: Ausgewählte Schriften und Vorträge, Zürich/Basel/Genf 1971, S. 75–92 (zit. Rousseau).

Imboden Max, Die politischen Systeme, Basel 1964 (zit. Systeme).

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: AJP 22 (2013) 5, S. 774–781.

Jagmetti Riccardo, Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom Pouvoir Constituant auf das Schweizerische Verfassungsrecht, Diss. Zürich 1920.

Kelsen Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1928), S. 30–88.

Kley Andreas, § 10 Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, Zürich/St. Gallen, S. 129–141 (zit. BGK, § 10).

Kley Andreas, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Geschichte).

Kley Andreas, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 58–83 (zit. VRdCH 2020 I-Kley, Verhältnis).

Kley Andreas, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Verfassungsgeschichte).

Kley Andreas, Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive, in: recht 17 (1999) 6, S. 189–201 (zit. Bundeskompetenzen).

Knapp Blaise, Le fédéralisme, in: ZSR 125 (1984) II, S. 275–430 (zit. Knapp).

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2015.

Kölz Alfred, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Band 2: Ihre Grundlinien im Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004.

Ulrich Lampert, Das schweizerische Bundessstaatsrecht. Systematische Darstellung mit dem Text der Verfassung im Anhang, Zürich 1918.

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil. Göttingen 2020, Tübingen 2021.

Looser Martin E., Kommentierung zu Art. 190, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Looser).

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen 2011 (zit. Rechtskontrolle).

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG). Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen, Diss. Freiburg i. Ü, Bern 2022.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit Constitutionnel suisse, Band 1: l'état, 4. Aufl., Bern 2021.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Martenet, Art. 3).

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 190, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Martenet, Art. 190).

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf 1999, Basel 1999 (zit. Autonomie).

Müller Jörg Paul/Biaggini Giovanni, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, in: ZBl 116 (2015) 5, S. 235–250.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zu den Art. 42–135, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Müller, Vor Art. 42–135).

Nawiasky Hans, Allgemeine Staatslehre. Teil 3: Staatsrechtslehre, Einsiedeln u.a. 1956.

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 42, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv42 (zit. OK BV-Neier, Art. 42).

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 43*a*, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv43a, zit. OK BV-Neier, Art. 43*a*).

Niedermann Dieter J., Zur Föderalismusreform – ein Diskussionsbeitrag aus kantonaler Sicht, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schaffhauser René/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 697–712.

Pfisterer Thomas, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, in: AJP 18 (2009) 6, S. 706–726.

von Planta Peter Conradin, Die Schweiz und ihre Entwicklung zum Einheitsstaate, Zürich 1877.

Poledna Tomas/Rütsche Bernhard, Kommentierung zu Art. 118, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Poledna/Rütsche).

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/ Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2021, S. 153–167 (zit. BGK, § 12).

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, S. 168–173 (zit. BGK, § 13).

Reich Johannes, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 333–335 (zit. VRdCH 2020 I-Reich).

Reich Markus/Weidmann Markus, Kommentierung zu Art. 7, in: Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 4. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK StHG-Reich/Weidmann).

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Basel 2000.

Rousseau Jean-Jacques, Du contrat social. Présentation, notes, bibliographie et chronologie par Bruno Bernardi (= Nachdruck des Originals [« Du contrat social ou principes du droit politique »] aus dem Jahr 1762), Paris 2001.

Ruch Alexander/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 49, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Ruch/Errass).

Ruck Erwin, Verfassungsrecht und Verfassungsleben, Berlin 1925.

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 31 (2013) 4, S. 153–162 (zit. Aufgaben).

Rütsche Bernhard, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, in: ZBl 106 (2005) 6, S. 273–304 (zit. Normenkontrollen).

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, in ZSR 125 (1984) II, S. 431–590 (zit. Autonomie).

Saladin Peter, Kommentierung zu Art. 3, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zu Bundesverfassung vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. Komm. aBV-Saladin, Art. 3).

Saladin Peter, Art. 2 Ue-Bst., in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zu Bundesverfassung vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. Komm. aBV-Saladin, Art. 2 Ue-Bst.).

Saxer Urs/Brunner Florian, Kommentierung zu Art. 185, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Saxer/Brunner).

Schindler Benjamin, Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, in: VVDStRL 78 (2019), S. 119–202 (zit. Schindler B., Mehrebenensystem).

Schindler Benjamin, Alte und neue Fragen zum Bestattungs- und Friedhofsrecht, in: ZBl 124 (2023) 11, S. 571–593 (zit. Schindler B., Bestattungs- und Friedhofsrecht).

Schindler Dietrich, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 5. Aufl., Zürich 1970 (zit. Schindler D.).

Schmid Gerhard, Souveränität, Staatlichkeit und Identität der Kantone, in: ZBl 85 (1984), S. 104–111 (zit. Schmid G.)

Schmid Stefan G., Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie,

Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 287–316 (zit. VRdCH 2020 I-Schmid S.)

Schollenberger Johann, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berlin 1905.

Schuppert Gunnar Folke, Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003.

Schürmann Leo, Revision der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Allgemeinen, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Band 9: Die Stellung der Kantone im Bund, Einsiedeln/Köln 1947, S. 41–58.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 3, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (SGK BV-Schweizer).

Senn Marcel, Rechtsgeschichte. Ein Kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (CH-Stiftung), Monitoringbericht Föderalismus 2017–2021, Parlamentarische Vorstösse in den eidgenössischen Räten vom 12.2.2021, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Anhang_Bericht_Parlamentarische_Vorstoesse-DE.pdf, besucht am 19.7.2024 (zit: Ch-Stiftung, 2021).

Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (CH-Stiftung), Monitoringbericht Föderalismus 2017–2021, Politischer Synthesebericht vom 18.8.2022, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Synthesepapier_Monitoring_2017-2021-DE-Print.pdf, besucht am 19.7.2024 (zit. Ch-Stiftung, 2022).

Tiefenthal Jürg, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? – Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021 (zit. Vielfalt).

Tiefenthal Jürg, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Polizeirecht).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Usteri Johann Martin, Die Theorie des Bundesstaates. Ein Beitrag zur Allgemeinen Staatslehre, ausgearbeitet am Beispiel der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1953.

Waitz Georg, Das Wesen des Bundesstaates, in: Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur, 1853, S. 494–530.

Waldmann Bernhard, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Zürich/St. Gallen 2021, S. 1–48 (zit. Herausforderungen).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 89, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BV-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Bundesrecht bricht kantonales Recht, in: Markus Rüssi/Julia Hänni/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen. Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 533–547 (zit. Bundesrecht).

Waldmann Bernhard, Zusammenarbeit im Bundesstaat, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 715–736 (zit. VRdCH I-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik?, in: AJP 22 (2013) 9, S. 1332–1336 (zit. Symbolik).

Waldmann Bernhard/Kraemer Raphael, Kommentierung zu Art. 44, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (SGK BV-Waldmann/Kraemer).

Walther Reto, Art. 5*a*, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Onlinekommentar, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a (zit. OK BV-Walther).

MATÉRIAUX

Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8.4.1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848 (zit. Bericht BV 1848).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 5a Cst.

Un commentaire de Reto Walther

PROPOSITION DE CITATION

Reto Walther, Commentaire de l'art. 5a Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Walther, art. 5a Cst. N. XXX.

Art. 5a Subsidiarité

L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité.

TABLE DES MATIÈRES

I. Aperçu 49
II. Historique 49
A. Les racines conceptuelles et idéologiques du principe de subsidiarité 49
B. Entrée du principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale 52
III. Contexte 55
IV. Commentaire au sens strict 60
A. Champ d'application 60
B. But et fonctionnement 62
C. Contenu normatif 63
D. Absence de justiciabilité 65
Lectures complémentaires recommandées 66
Bibliographie 66

I. APERÇU

Le principe de subsidiarité est parfois qualifié de principe "chatoyant" - difficile à cerner. La raison en est qu'il n'existe pas "un" principe de subsidiarité. Il existe une multitude de conceptions du principe de subsidiarité. L'idée de subsidiarité est utilisée de diverses manières et a une histoire longue, extrêmement riche et variée. En raison de l'importance plutôt modeste de l'article 5a Cst. dans la pratique juridique (section IV), il y a ici suffisamment de place pour apprécier comme il se doit l'importance du principe de subsidiarité dans l'histoire des idées, non seulement, mais bien sûr aussi, dans le contexte de la Constitution fédérale suisse (en particulier la section III). Cette pondération est conforme à la nature du principe de subsidiarité, qui est davantage une idée politique directrice qu'un principe juridique applicable à un cas particulier. 1

II. HISTORIQUE

A. Les racines conceptuelles et idéologiques du principe de subsidiarité

Le concept de subsidiarité remonte d'une part au latin "subsidium", qui désigne l'aide et plus spécifiquement les troupes militaires de réserve. D'autre part, les théologiens catholiques ont traduit le terme grec "hypo taxis" en latin "sub sedeo". Inspirés par les propositions subordonnées de la grammaire grecque, ils décrivaient ainsi la société comme pluraliste, une organisation fondée sur de nombreuses communautés subordonnées et supérieures qui se soutiennent mutuellement. C'est ainsi qu'est né le terme "subsidiarium", subsidiarité. L'origine de ce mot est importante car elle met en évidence la structure de base de la réalité sociale derrière l'idée de subsidiarité : par nature, toute activité sociale à de nombreux niveaux est toujours subordonnée à celle des individus impliqués ou concernés ou de leurs associations dans des groupes tels que les familles, les associations, les communautés, etc. C'est pourquoi la structure de l'État à plusieurs niveaux (fédéral) a été qualifiée de principe d'ordre pré-constitutionnel. 2

Thomas d'Aquin a développé l'idée selon laquelle des sociétés humaines de plus en plus complexes se développent à travers de nombreux niveaux 3

d'organisation, chacun ayant ses propres finalités (familles, villages, etc.). Selon l'Aquinate, le rôle de l'État se limite à assurer les conditions (ordre, bien commun) nécessaires pour que les associations humaines puissent prospérer en dessous du niveau de l'État. Cette idée se retrouve dans le principe constitutionnel de subsidiarité. L'idée peut, à mon avis, être transposée, en la modifiant quelque peu, aux systèmes étatiques à plusieurs niveaux : Les articles 47 et 50 de la Constitution pourraient être compris dans ce sens : Le premier garantit l'autonomie des cantons au sein de l'État fédéral (al. 1) et leur assure suffisamment de tâches, de sources de financement et d'autonomie d'organisation (al. 2) ; le second protège les communes, du moins jusqu'à un certain point (voir N.26 ci-dessous).

4 Alors que l'Aquinate avait anticipé la conception actuelle de la subsidiarité en tant que principe de l'ordre politique, Johannes Althusius, connu comme le père du fédéralisme, défendait une conception de la relation entre le centre et les membres qui s'écartait de l'ordre de la constitution fédérale. Althusius voulait accorder aux membres un droit de veto sur les mesures de centralisation, comme cela est connu dans la confédération d'Etats et le droit traditionnel des traités internationaux. En revanche, dans un État fédéral, les cantons n'ont en principe pas de droit de veto sur les mesures de centralisation. Seuls, mais tout de même, les changements d'effectifs et de territoire nécessitent l'accord des cantons concernés et de leur population (art. 53 al. 2-3 Cst.). Au lieu de l'immunité contre une centralisation involontaire, ce sont des considérations d'efficacité et d'efficience qui caractérisent le fédéralisme fédéral (cf. art. 43a, al. 1-2 et 5, Cst.).

5 Dans un passé récent, c'est surtout la doctrine sociale catholique du pape Pie XI (1931) qui a développé le concept de subsidiarité. Selon la doctrine sociale catholique, toute action d'une communauté présuppose qu'elle est au service de l'ensemble le plus proche de personnes, jusqu'à l'individu : bien que la société s'organise en groupes, la personne individuelle doit être préservée autant que possible en tant qu'individu. En protégeant et en encourageant une société diversifiée (pluraliste), l'épanouissement de l'individu est également protégé. Le principe constitutionnel de subsidiarité repose également sur l'idée que "les tâches doivent être attribuées, dans la mesure du possible, aux collectivités plus petites", dans la mesure où "le maintien de la communauté plus petite est souhaité". C'est précisément ce souhait qui définit le principe de subsidiarité : Il exprime une préférence pour laisser des compétences à

l'entité plus petite afin qu'elle soit maintenue en tant qu'entité (partiellement) autonome.

En fait, la popularité de la subsidiarité en tant que principe d'organisation politique dans les systèmes à plusieurs niveaux au cours des dernières décennies est principalement motivée par des craintes plus ou moins prononcées d'une expansion insidieuse de l'influence du niveau supérieur ou central ("mission creep"). Cela est apparu clairement lorsque les médias et les juristes ont colporté que le traité de Maastricht sur l'Union européenne n'avait pu être "sauvé" qu'en y introduisant le principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité a également été introduit dans la Convention européenne des droits de l'homme (considérant 6 du préambule) afin de satisfaire les États membres pour lesquels la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) était devenue trop influente. En tant qu'élément déterminant pour l'interprétation des traités internationaux, l'ajout au préambule de la CEDH est en principe juridiquement important. Néanmoins, la décision politique d'ancrer le principe de subsidiarité dans la CEDH a déjà envoyé un signal efficace : Comme le montre la recherche juridique empirique, cela a suffi à inciter la Cour européenne des droits de l'homme à faire preuve de plus de retenue dans ses jugements, avant l'entrée en vigueur de l'amendement à la Convention. Le principe de subsidiarité de la Constitution fédérale est en fait motivé de la même manière que les principes de subsidiarité du droit européen. Une éventuelle adhésion de la Suisse à l'UE a été l'une des raisons de l'inscription du principe de subsidiarité dans la Constitution. 6

Cette perspective met en avant l'idée libérale d'autodétermination. Les intérêts individuels et collectifs peuvent être mieux poursuivis dans des communautés relativement petites et homogènes que par une instance centrale supérieure. Tout comme il peut sembler justifié de protéger les Etats membres contre la centralisation, il peut également être justifié d'établir des mécanismes centraux qui protègent les individus contre les violations des droits fondamentaux au niveau des Etats membres, par exemple lorsque des pratiques discriminatoires persistent dans certains Etats membres alors qu'elles ont déjà été surmontées au niveau national. Par exemple, le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale et le Tribunal fédéral protègent depuis longtemps contre les violations des droits fondamentaux par les autorités cantonales. Il ne s'agit bien sûr que d'un motif de centralisation légitime parmi d'autres. 7

8 Ces remarques montrent que le principe de subsidiarité est un principe complexe qui peut se manifester de différentes manières. La référence littérale au "principe de subsidiarité" à l'article 5a Cst. ne peut donc pas déterminer de manière suffisante la répartition des compétences dans l'État fédéral suisse.

B. Entrée du principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale

9 Contrairement à ce que les longues racines du principe de subsidiarité dans l'histoire des idées pourraient laisser supposer, l'art. 5a Cst. apparaît comme relativement insignifiant si l'on considère cette disposition sous l'angle de l'histoire et de la pratique constitutionnelles. Le principe de subsidiarité était absent des constitutions fédérales de 1848 et 1874, et la révision constitutionnelle de 1999 n'a pas non plus intégré la notion de "subsidiarité" dans le texte constitutionnel. Ce n'est qu'avec la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) de 2004 que l'article 5a et, avec lui, la référence explicite au principe de subsidiarité ont été introduits dans la Constitution fédérale.

10 Avant d'entrer dans le détail de cette évolution assez récente, il convient de rappeler que l'État fédéral suisse a toujours implicitement suivi la logique de la subsidiarité (voir l'art. 3 Cst. 1848/Cst. 1874 : "Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent en tant que tels les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral") : La "compétence générale" n'a jamais été détenue par la Confédération, qui, hier comme aujourd'hui, ne peut agir que sur la base d'une base constitutionnelle explicite (cf. art. 3 et art. 43a, al. 1, Cst.). Aujourd'hui comme hier, la Confédération ne peut agir que si le constituant, c'est-à-dire une majorité non seulement du peuple suisse, mais aussi des cantons (art. 142, al. 2, en relation avec l'art. 140, al. 1, let. a, Cst.), le juge opportun, judicieux, souhaitable ou autre (cf. le chapitre 2 du titre 3 de la Cst. en vigueur et l'énumération des compétences fédérales dans la Constitution fédérale de 1874). D'un point de vue historique, l'État fédéral ne sert justement pas à une union aussi étroite que possible des cantons, mais à la préservation de leur autonomie et de leur indépendance, de sorte que l'on attribue au fédéralisme constitutionnel un caractère "statique et défensif".

Ces racines historiques du principe de subsidiarité dans l'idée de l'énumération, c'est-à-dire de la mention expresse et exhaustive, de toutes les compétences fédérales (principe de l'habilitation individuelle limitée ou concrète, voir art. 3, 42 Cst.) soulèvent la question du rapport entre le principe d'énumération et le principe de subsidiarité. D'un point de vue qui tient compte de la nature fondamentale du principe de subsidiarité, cette relation, souvent insuffisamment clarifiée (voir par exemple N.12 infra), apparaît comme une relation moyen-objectif : l'énumération des compétences fédérales place la Confédération dans des "limites énumérées" par rapport aux cantons, ce qui sert à garantir la subsidiarité de la Confédération. Ainsi, la tâche de concrétiser la subsidiarité de la Confédération vis-à-vis des cantons par des attributions de compétences correspondantes (cf. infra N.30) est clairement attribuée au constituant fédéral et donc à un acteur politique (cf. infra N.37). En outre, la garantie de la subsidiarité de la Confédération au moyen de "barrières énumérées" permet d'établir une certaine sécurité juridique quant aux compétences attribuées au niveau subsidiaire. Compte tenu du grand flou qui entoure le principe de subsidiarité (cf. infra n.13 s., 34 sqq.), cela est précieux du point de vue de l'État de droit. 11

Compte tenu de la longue tradition constitutionnelle de la subsidiarité de la Confédération (supra n.10), il n'est pas étonnant qu'au début de la révision totale de la Constitution fédérale dans les années 1960, il y ait eu un accord de principe sur la position subsidiaire de la Confédération. La controverse portait sur la question de savoir dans quelle mesure le principe de subsidiarité était susceptible de revêtir une importance pratique sur le plan juridique. Le projet de constitution de la commission d'experts dirigée par le conseiller fédéral Furgler (1977) contenait l'idée de subsidiarité à l'article 53, paragraphe 1, mais sans mentionner expressément la notion de subsidiarité. L'étude modèle "A quoi pourrait ressembler une nouvelle Constitution fédérale" du Département fédéral de justice et police (1985) contenait une disposition similaire à l'art. 55 (voir aussi art. 54, al. 2-3). Enfin, l'avant-projet (1995) voulait ancrer, au moins indirectement, l'idée de subsidiarité de la Confédération dans l'art. 32, al. 1 ("Les cantons sont compétents pour toutes les tâches qui ne sont pas confiées à la Confédération par la Constitution fédérale"). Toutefois, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), notamment, a demandé que le principe de subsidiarité soit explicitement inscrit dans la loi : La CdC a demandé que la Confédération ne soit obligée d'intervenir dans le droit d'exécution des 12

cantons que "lorsque cela est indispensable". Suite à cela, le projet de constitution de 1996 a pour la première fois appelé l'idée de subsidiarité par son nom (art. 34, al. 3 : "La Confédération respecte le principe de subsidiarité"). Cette disposition devait tenir compte "dans une large mesure" de la préoccupation des gouvernements cantonaux.

13 Il est intéressant de noter que la mention explicite du principe de subsidiarité a ensuite été supprimée par le Conseil des Etats, c'est-à-dire par les députés cantonaux. Pour le rejet par le Conseil des États du projet d'article 34, paragraphe 3, qui mentionnait explicitement la subsidiarité, la doctrine cite généralement les votes de l'ancien conseiller aux États Rhinow. Le conseiller aux États (et professeur de droit public et administratif) Rhinow a mis en garde contre l'introduction dans le texte constitutionnel de nouvelles notions peu claires et ambiguës et a défendu le point de vue selon lequel l'idée et la philosophie de la subsidiarité étaient trop peu claires et vagues pour consacrer une disposition constitutionnelle au principe de subsidiarité. Le Conseil national n'a cédé qu'en commission de conciliation. Il en est résulté une disposition selon laquelle la Confédération "n'assume que les tâches qui nécessitent une réglementation uniforme" (art. 42, al. 2, Cst. 1999).

14 Selon Rhinow, le Conseil des États a "étendu" le principe de subsidiarité dans la formulation que nous venons de citer. Compte tenu de l'histoire complexe et variée de l'idée de subsidiarité, d'une part, et de la brièveté de l'art. 42, al. 2, Cst. 1999, d'autre part, cela semble certes exagéré ; la disposition a d'ailleurs été critiquée pour son ambiguïté. Quelques années plus tard, elle a été complétée à l'occasion de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, en ce sens que la Confédération n'assume pas seulement les tâches qui nécessitent une réglementation uniforme, mais aussi les (autres) tâches qui dépassent les capacités des cantons. L'actuel art. 43a al. 1 Cst. stipule : "La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les forces des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme de la part de la Confédération".

15 La révision constitutionnelle de la RPT ainsi évoquée comprenait, outre diverses dispositions relatives aux relations entre la Confédération et les cantons, l'actuel "article sur la subsidiarité" (art. 5a Cst., encore art. 3a selon le message) et donc la décision d'inscrire le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale en tant que "maxime de l'État". Contrairement à 1999, le Conseil des États était largement d'accord en 2004 pour ancrer explicitement

le principe de subsidiarité dans le texte constitutionnel. Le seul point de désaccord portait sur la place de l'actuel article 5a dans le système constitutionnel. La commission consultative a voté à la majorité en faveur de l'inscription du principe de subsidiarité dans les dispositions générales au début du texte de la Constitution, de sorte qu'il s'applique en principe aux trois niveaux de l'État. La minorité a cependant critiqué le fait que le principe de subsidiarité devrait à juste titre figurer à l'art. 42, al. 2, car il ne régit que les relations entre la Confédération et les cantons, mais pas les relations entre un canton et ses communes, qui sont marquées par l'autonomie communale organisée par le droit cantonal (voir à ce sujet n. 26).

16 Lors des débats sur la RPT, la nécessité d'introduire un article sur la subsidiarité dans le texte constitutionnel n'était pas non plus contestée au Conseil national. Comme au Conseil des Etats, le débat a porté sur l'emplacement de la disposition. La commission consultative voulait placer le principe de subsidiarité à l'art. 43a, mais la majorité du Conseil national s'est ralliée à celle du Conseil des États (et à la minorité de la commission du Conseil), de sorte que l'art. 5a Cst. inchangé depuis lors - sous réserve du référendum constitutionnel obligatoire - a été adopté. Conformément à l'appartenance systématique de l'art. 5a aux dispositions générales de la Cst., le principe de subsidiarité doit désormais être considéré (contrairement à l'ancien art. 42, al. 2, Cst.) comme une règle générale d'organisation de l'État qui concerne les trois niveaux de l'État (voir à ce sujet N. 26 ss. ci-dessous).

III. CONTEXTE

17 L'article sur la subsidiarité de la Constitution fédérale fait partie du régime constitutionnel du fédéralisme. Cela peut être constaté par le simple fait que l'art. 5a Cst. a trouvé sa place dans la Constitution à l'occasion de la réforme du fédéralisme (voir ci-dessus II.B.). Mais c'est surtout l'art. 43a al. 1 Cst. "Principes régissant l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques" qui éclaire (au moins un peu) la signification de l'art. 5a Cst : Selon l'art. 43a, al. 1, Cst., la Confédération "n'assume que les tâches qui excèdent les forces des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme de la part de la Confédération". C'est cette disposition - une sorte de charnière entre le principe de subsidiarité et le principe d'énumération (cf. supra n. 11) - qui explique en premier lieu ce que l'art. 5a Cst. entend par "le principe de subsidiarité doit être respecté" lorsque des tâches sont attribuées et exécutées

dans l'Etat fédéral. Toutefois, l'art. 5a Cst. éclaire également l'art. 43a Cst. dans la mesure où certaines limites à l'art. 43a Cst. découlent de la préférence du principe de subsidiarité en faveur du niveau de réglementation décentralisé : La Confédération ne peut pas agir uniquement parce qu'elle estime qu'une réglementation uniforme est nécessaire, et on ne peut pas non plus déduire automatiquement de la nécessité d'une réglementation uniforme qu'une réglementation fédérale doit être imposée aux cantons. Ces deux considérations permettent de contextualiser davantage l'article 5a Cst.

18 La première idée, selon laquelle la Confédération ne peut pas agir du seul fait qu'elle estime qu'une compétence fédérale est nécessaire, conduit à l'art. 3 Cst. selon lequel les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale. La deuxième partie de cette disposition stipule que l'action fédérale doit toujours se fonder sur une norme de compétence constitutionnelle (voir ci-dessus II.B. à l'attention de la doctrine). Le principe de l'habilitation individuelle s'applique à la Confédération : Chacune de ses compétences doit lui avoir été attribuée individuellement dans la Constitution. Cela signifie également que chaque compétence fédérale s'appuie, outre sur la majorité du peuple, sur une majorité des cantons et non sur la seule volonté des organes fédéraux. Inversement, les cantons sont en principe compétents - même en l'absence d'une disposition constitutionnelle correspondante -, sauf si une compétence a été exclusivement déléguée à la Confédération. C'est ce que l'on appelle parfois la compétence générale "subsidiaire" des cantons. Cette expression est toutefois trompeuse dans la mesure où la Confédération est subsidiaire. C'est la Confédération qui "intervient" pour les cantons (cf. les racines historiques de la notion, n. 2 ss.) lorsque cela semble nécessaire ou du moins judicieux dans un domaine de l'action étatique, et non l'inverse. Il serait donc plus juste de parler, comme dans la littérature francophone sur le droit constitutionnel suisse, d'une compétence générale résiduelle des cantons.

19 Il convient en outre de noter que même si la souveraineté réglementaire appartient à la Confédération, le principe du fédéralisme d'exécution ou de mise en œuvre s'applique : normalement, les cantons mettent en œuvre le droit fédéral, de sorte qu'il leur reste une certaine influence qui permet de tenir compte des particularités cantonales (art. 46, al. 1, Cst.). Le principe de subsidiarité incite ici aussi la Confédération à respecter les spécificités cantonales et la plus grande marge de manœuvre possible des cantons (art. 46,

al. 3, Cst.). Néanmoins, la Confédération doit veiller à ce que les cantons respectent (uniformément) le droit fédéral prioritaire (art. 49, al. 1, Cst.) (art. 49, al. 2, Cst.). La tension entre diversité et unité, que le principe de subsidiarité tente de gérer, est ici clairement visible.

En ce qui concerne la deuxième considération mentionnée au n. 17, selon laquelle la Confédération ne peut pas intervenir au seul motif qu'une matière nécessite une réglementation uniforme, il convient de faire les remarques suivantes : Les cantons peuvent en principe se concerter entre eux de manière autonome, même si cela ne se fait pas toujours sans heurts, lorsqu'une réglementation uniforme est nécessaire. La Confédération n'est en principe pas nécessaire pour cela : les art. 48 s. Cst. Cst. prévoient explicitement des accords intercantonaux. Le concordat sur les mesures contre la violence lors de manifestations sportives ("concordat sur les hooligans") est par exemple connu du grand public. L'instrument des compétences fédérales conditionnelles (suspensives) et subsidiaires, c'est-à-dire des compétences législatives qui ne reviennent à la Confédération que sous une condition temporelle et matérielle, est lié à la coordination intercantonale par de telles conventions : temporellement, seulement si les cantons n'ont pas agi (avec succès) ; matériellement, seulement dans la mesure où les cantons n'ont pas agi (ou ont échoué). L'art. 62, al. 4, Cst. relatif à l'harmonisation de l'enseignement (voir également l'art. 63, al. 5, Cst. relatif à la coordination dans le domaine des hautes écoles) est illustratif. La Confédération n'assume cette tâche d'harmonisation qu'à la condition suspensive que les cantons n'obtiennent pas d'harmonisation ou seulement une harmonisation partielle. 20

En ce qui concerne l'art. 43a, al. 1, Cst., il convient enfin de préciser, au vu de son libellé, qu'une tâche ne dépasse pas la "force des cantons" du seul fait que la Confédération pourrait la réaliser plus efficacement au sens économique. Le premier argument contre un critère d'efficacité comparative est qu'il serait contraire à l'esprit du principe de subsidiarité : les critères d'efficacité risquent de favoriser la centralisation plutôt que de l'endiguer. Comme le montre le principe de subsidiarité peu efficace du droit européen, cela ne doit pas surprendre, en particulier lorsque le niveau central de réglementation est habilité à comparer l'efficacité d'une réglementation centralisée et d'une réglementation décentralisée. Une approche comparative de l'efficacité va à l'encontre des valeurs de pluralisme et d'autodétermination. Le principe de 21

subsidiarité les sert (voir ci-dessus II.A.). Si ces valeurs sont sous-estimées, cela peut également réduire à néant les gains d'efficacité supposés des étapes de centralisation : les étapes de centralisation "imposées" risquent régulièrement d'échouer en raison de leur manque d'acceptation par la société.

22 Le principe de subsidiarité ne peut pas être appliqué de manière mécanique. Tout comme le fédéralisme implique des formes "coopératives" - basées sur la bonne volonté et le partenariat - de coopération entre les niveaux de l'Etat, la subsidiarité "vécue" joue un rôle non négligeable dans l'Etat fédéral. Les compétences fédérales que la Confédération n'exerce pas, n'exerce que partiellement ou n'exerce qu'après un certain délai en sont des exemples. En outre, une "recantonalisation" (modérée), c'est-à-dire un renforcement des compétences cantonales, reste en principe toujours possible, ce qui s'est d'ailleurs produit lorsque l'article 5a Cst. a été introduit dans la Constitution. A l'inverse, le passé a montré que les cantons laissent parfois volontiers à la Confédération des décisions qu'ils devraient autrement prendre. L'oscillation entre centralisation et décentralisation qui en résulte aide à trouver des solutions largement acceptées ; la subsidiarité est donc aussi un mécanisme de médiation. Le revers de la médaille est le manque de clarté des compétences, le patchwork réglementaire et le manque de capacité à agir dans l'urgence.

23 Un examen final du contexte de l'art. 5a Cst. doit enfin se demander si l'idée de subsidiarité en tant que telle - l'art. 5a Cst. devrait tout au plus avoir un effet analogue - ne pourrait et ne devrait pas également guider les relations extérieures de la Suisse. La Suisse s'est dotée de sa Constitution "dans le but de ... renforcer la liberté et la démocratie, l'indépendance et la paix dans la solidarité et l'ouverture au monde". Ici aussi, la tension entre la souveraineté ou l'autonomie et l'intégration dans des structures centrales ou supérieures transparaît, de sorte qu'il convient de débattre (politiquement) des conditions dans lesquelles la Suisse doit s'impliquer et s'intégrer au niveau international et dans quelle mesure. Les principes de base du principe de subsidiarité devraient également s'appliquer à cette problématique. En effet, la Suisse a joué un rôle moteur lorsqu'il s'est agi d'inscrire le principe de subsidiarité dans la CEDH (voir ci-dessus n. 6). Si l'on se rend compte que le principe de subsidiarité prévu par la Convention régit principalement les relations entre la Cour internationale de justice et les Etats en tant que collectivités politiquement autonomes, cela ne peut guère surprendre. La tradition

constitutionnelle suisse attribue traditionnellement un rôle relativement fort à la démocratie politique par rapport au contrôle de la Cour constitutionnelle. Le débat sur la subsidiarité du niveau européen du système des conventions laisse donc supposer ce qui suit : Les Etats qui accordent traditionnellement une grande importance au processus démocratique insisteront jusqu'à nouvel ordre pour que les organisations internationales auxquelles ils adhèrent n'aient qu'un rôle très subsidiaire - inférieur à celui des Etats membres. En effet, la légitimité démocratique des systèmes de droit international et le contrôle politique sur ces derniers continueront à provenir principalement des États, en l'absence d'une démocratie supranationale développée.

On peut se demander ce que cela signifie pour les relations entre la Suisse et l'Union européenne. En tout état de cause, le débat sur la répartition adéquate des compétences se pose avec plus d'acuité en ce qui concerne la relation avec un ordre juridique qui se veut moins inter-national que supra-national et dont le droit revendique la primauté d'application sur le droit national. Le Brexit du Royaume-Uni et le scepticisme de la Suisse à l'égard de l'UE indiquent que les États ayant une forte tradition de suprématie parlementaire ou de démocratie populaire (indirecte) attachent justement une importance particulière à une subsidiarité européenne marquée et efficace. En revanche, il convient de tenir compte des éléments suivants : Le niveau de développement actuel de l'UE en fait une organisation sui generis, à laquelle une logique de subsidiarité, telle qu'elle semble convenir à d'autres organisations intergouvernementales, ne peut vraisemblablement pas être appliquée de manière judicieuse. Même les mécanismes de sauvegarde de la subsidiarité fédérale, connus dans le droit constitutionnel des États fédéraux, ne devraient pas être adaptés à l'UE en raison de son caractère fédéral. On constate donc une fois de plus que le principe de subsidiarité peut prendre différentes formes dans différents contextes et qu'il est très difficile de l'aménager. C'est pourquoi il est peu probable que l'intégration du principe de subsidiarité dans les futures dispositions contractuelles des relations bilatérales entre la Suisse et l'Europe parvienne à trancher le nœud gordien des "lignes rouges" suisses et européennes : en raison de sa grande indétermination, les deux parties se garderont bien de mettre de côté les points controversés en se référant au principe de subsidiarité. En revanche, la Suisse pourrait se servir du principe de subsidiarité en interne pour structurer le débat national sur les relations avec l'UE. Le principe de subsidiarité pourrait aider à interpréter les principaux arguments pour et contre une

24

intégration plus poussée dans les structures supranationales du projet européen.

IV. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Champ d'application

25 Le champ d'application de l'article 5a Cst. est limité, selon son libellé, aux tâches étatiques. Il couvre l'exécution des tâches de l'État à tous les stades de la législation et de sa mise en œuvre. Les "affaires étrangères" (art. 54 ss. Cst.) sont également couvertes, car la Confédération et les cantons doivent également coopérer dans ce domaine (voir art. 55 Cst.) et respecter leurs compétences et intérêts respectifs (voir en particulier l'art. 56, al. 1-2 Cst.).

26 En tant que partie des dispositions générales de la Constitution fédérale, l'article 5a Cst. s'adresse aux trois niveaux de l'État. Il concerne également, du moins en principe, les communes ou les relations des cantons avec elles. L'argument selon lequel les relations entre un canton et ses communes ne peuvent pas tomber sous le coup du principe de subsidiarité inscrit dans la Constitution fédérale, parce qu'elles sont marquées par l'autonomie communale organisée par le droit cantonal (voir ci-dessus n. 15 in fine), n'est pas entièrement concluant. La Constitution fédérale (art. 50, al. 1) garantit l'autonomie communale en tant que droit constitutionnel justiciable, dont le sens et le but présupposent une structure étatique tripartite et donc l'existence de communes, même si elle ne clarifie pas complètement la question de savoir si un canton peut renoncer entièrement au niveau communal. Il est vrai que les communes ne jouissent d'une autonomie "que" dans le cadre du droit cantonal, mais elles n'en sont pas moins reconnues en tant que niveau étatique avec des compétences propres (mais pas individuellement dans leur existence) en vertu du droit fédéral, voire protégées selon l'opinion la plus convaincante à mon avis. Cette protection sert un objectif, la démocratie communale, la pratique démocratique la plus proche du citoyen dans l'État fédéral tripartite, qui correspond à la logique générale de l'idée de subsidiarité. Il faut donc suivre l'opinion selon laquelle l'article 50, alinéa 1 de la Constitution (également) met en œuvre le principe de subsidiarité. Cela ne nie pas qu'il incombe au droit cantonal de déterminer la portée de l'autonomie communale. L'aperçu du droit cantonal chez Bellanger le confirme : Les principes de subsidiarité des constitutions

cantonales concordent largement avec la compréhension que l'on peut donner à l'art. 5a Cst. dans ce contexte, de sorte qu'il en résulte une obligation politique de justifier les extensions de compétences cantonales (cf. infra N.35).

L'art. 5a Cst. ne s'adresse pas à l'individu ni à la société. Le principe de 27
subsidiarité de l'art. 5a Cst. ne s'applique qu'à l'action de l'État (voir ci-dessus n. 25 s.). Pour se distinguer du principe de subsidiarité concernant les niveaux de réglementation étatique (et supranational), on parle parfois d'un principe de subsidiarité "sociopolitique", qui se réfère à la relation de l'individu et de la société civile avec l'État et prévoit que l'État n'intervient que si les efforts de la société civile ne suffisent pas. Dans la mesure où il est fait référence aux articles 6 et 41, paragraphe 1, de la Constitution, qui soulignent la responsabilité de chaque personne pour elle-même et sa contribution à l'État et à la société, l'ancrage juridique de ce principe de subsidiarité sociopolitique est facilement reconnaissable. Cependant, la désignation d'autres dispositions, telles que l'égalité des chances (art. 2, al. 3, Cst.), en tant qu'aspects d'un principe de subsidiarité constitutionnel risque de l'étendre de manière excessive. Si l'on admet (et cela ne devrait pas être contesté) que l'État doit toujours être au service de l'individu, toute action de l'État doit s'enraciner dans un "besoin d'aide" largement compris des individus. Ainsi, pratiquement chaque disposition constitutionnelle peut être placée dans le contexte de l'idée de subsidiarité, y compris les droits fondamentaux en tant que principes de l'État constitutionnel libéral qui limitent l'État au profit de l'initiative individuelle. Cela rappelle que l'idée de subsidiarité repose sur une conception de la structure fondamentale de la réalité sociale (voir ci-dessus n. 3). L'utilité normative d'une utilisation excessive de la notion de subsidiarité pour toutes sortes de dispositions constitutionnelles devrait toutefois être faible, voire négative.

En revanche, le principe de subsidiarité est pertinent pour déterminer si l'État 28
doit intervenir dans un domaine à l'avenir et, le cas échéant, dans quel cadre : Il désigne, du moins en principe, le niveau de l'État qui est compétent pour évaluer et décider si l'intervention des pouvoirs publics est réellement nécessaire. Cela ne doit toutefois pas être interprété comme une préférence du principe de subsidiarité ancré à l'art. 5a Cst. pour la promotion de l'autorégulation privée, la délégation de tâches étatiques à des privés ou d'autres stratégies de retrait de l'Etat : L'art. 5a Cst. ne s'exprime pas à ce sujet (cf. cependant l'art. 6 Cst., à ce sujet n. 27 ci-dessus, et, en ce qui concerne

l'économie, l'art. 94 Cst. avec la décision de principe en faveur d'une organisation du marché libérale, privée et axée sur la concurrence).

B. But et fonctionnement

29 Le principe de subsidiarité en général et à l'art. 5a Cst. sert à l'autodétermination et au pluralisme (cf. ci-dessus n. 3 ss.). Dans l'État constitutionnel suisse, il vise donc à protéger la démocratie décentralisée et donc la liberté politique et la proximité avec les citoyens, la diversité culturelle, linguistique et ethnique ainsi que la concurrence (qui en découle) entre différents sites économiques, systèmes fiscaux, etc.

30 Pour ce faire, l'article 5a Cst. établit tout d'abord une règle de répartition des compétences qui sert à attribuer des tâches aux niveaux de l'État. Il est vrai que l'art. 5a, tout comme l'art. 43a Cst., a été rédigé de manière trop ouverte pour permettre une "gestion fine" de la répartition des tâches au sein de l'État fédéral (voir ci-dessous n. 34 ss.).

31 Contrairement aux racines conceptuelles historiques de la subsidiarité (voir ci-dessus n. 2), l'art. 5a Cst. n'établit pas d'obligation (auxiliaire) pour la Confédération de reprendre des tâches des cantons (voir ci-dessous n. 36). Outre la question de savoir "si" une compétence fédérale est indiquée, l'art. 5a Cst. concerne également la question de savoir "comment" une compétence fédérale doit être aménagée et exercée. Cette disposition est donc également une règle d'exercice de la compétence qui guide le pouvoir d'appréciation et qui doit être respectée lors de l'exécution des tâches. Le principe de subsidiarité incite notamment la Confédération ou ses organes à exercer leurs compétences avec le plus de ménagement possible : Les compétences fédérales exclusives doivent être évitées lorsque la Confédération peut également assumer une tâche en concurrence ou en parallèle avec des compétences cantonales ou lorsqu'une compétence fédérale de base est suffisante. Toutefois, même en combinaison avec l'art. 43a Cst., l'art. 5a n'est pas assez concret pour fonctionner comme une limite "dure" (de type interdiction) à l'exercice de la compétence (cf. infra n. 34 ss.).

32 Enfin, il convient de noter ce que l'art. 5a Cst. n'est pas. Le principe de subsidiarité n'est pas une règle d'interprétation autonome qui supplanterait les éléments traditionnels de l'interprétation constitutionnelle et qui exigerait de manière générale une interprétation restrictive des compétences fédérales.

Néanmoins, le principe de subsidiarité, qui découle de la structure fédérale de l'État suisse, doit être pris en compte à titre complémentaire lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des compétences fédérales. Si une norme de compétence peut être interprétée de différentes manières, il peut être indiqué de donner la préférence à la possibilité d'interprétation qui rend le mieux compte de l'art. 5a Cst. En termes généraux, l'article 5a Cst. doit être pris en compte en tant que partie du contexte global de la Constitution fédérale lors de l'établissement de la concordance pratique au sein des dispositions constitutionnelles.

Il convient de noter que le principe de subsidiarité s'adresse à la fois au niveau subsidiaire et au niveau primaire : En Suisse, il est (tout autant) de la responsabilité des cantons (et des communes) que de la Confédération (et des cantons) de prévenir la centralisation. L'idée de subsidiarité ne peut réussir que si elle fonctionne selon une logique à la fois négative (inhibitrice) et positive (habilitante). 33

C. Contenu normatif

Le principe de subsidiarité de l'article 5a Cst. n'est pas seulement un principe programmatique. L'art. 5a Cst. pose un principe juridique, même s'il est ouvert quant à son contenu, qui nécessite un haut degré d'interprétation et que les autorités politiques doivent concrétiser (voir ci-dessous n. 35 ss.). Cela n'a guère été fait jusqu'à présent ; en particulier, l'art. 43a Cst. concrétisant l'art. 5a Cst. est lui-même trop ouvert pour pouvoir fournir cette prestation de manière suffisante. Les questions de savoir quand une affaire nécessite une réglementation uniforme de la part de la Confédération ou quand la force des cantons ne suffit pas pour accomplir une tâche étatique de manière satisfaisante sont des questions d'appréciation auxquelles on ne peut finalement répondre que politiquement. Il ne faut donc pas s'attendre à une concrétisation juridique générale du principe de subsidiarité de l'art. 5a Cst. à l'avenir. 34

C'est précisément pour cette raison qu'il devrait y avoir un consensus sur le fait que le principe de subsidiarité est un principe procédural ou institutionnel : Il ne donne pas de directives matérielles, mais place les organes auxquels il s'adresse - en premier lieu le législateur fédéral et les législateurs et constituants cantonaux (cf. supra n. 26) - sous une "obligation de justification et de motivation" accrue. Son importance principale réside 35

donc dans le fait que les projets des autorités dans le domaine d'application de l'art. 5a Cst. (cf. ci-dessus n. 25 s.) nécessitent une justification politique particulière. En outre, les décisions de centraliser une tâche ou son exécution doivent être examinées périodiquement quant à leur justification permanente.

36 Le constituant fédéral, le peuple et les cantons, n'est pas lié par l'art. 5a Cst. dans un sens qui ferait de cette disposition une limite aux modifications constitutionnelles admissibles. Toujours est-il que le constituant est bien inspiré de tenir compte du principe de subsidiarité en tant que "maxime de politique nationale" lorsqu'il vise un ordre constitutionnel global cohérent qui respecte de manière égale les différents principes structurels de l'ordre constitutionnel. La majorité des cantons requise pour les modifications constitutionnelles (art. 140, al. 1, let. a, et art. 142, al. 2, Cst.) empêche en outre de créer des compétences fédérales supplémentaires, contrairement à la volonté d'une majorité de cantons, et d'entreprendre ainsi des démarches de centralisation.

37 Dans certains cas, l'application de l'article 5a Cst. est une question politique (voir ci-dessous n. 38). Le destinataire principal est le législateur fédéral, qui doit transférer des compétences fédérales constitutionnelles dans le droit fédéral d'une manière qui ménage les compétences cantonales. Il n'est toutefois libre que dans la mesure où la Constitution lui permet d'exercer et d'aménager des compétences fédérales (par exemple en cas de compétences législatives fondamentales de la Confédération ou de compétences fédérales concurrentes). Le même principe s'applique en principe au pouvoir réglementaire fédéral subordonné au législateur fédéral. Pour le constituant fédéral, l'article 5a Cst. ne peut pas représenter plus qu'une sorte de profession de foi politique : Comme toute disposition constitutionnelle, l'art. 5a Cst. n'agit, du point de vue du constituant, que comme une auto-contrainte (voir ci-dessus n. 26). Au niveau cantonal, de nombreuses autorités sont déjà tenues par le droit cantonal de respecter le principe de subsidiarité. De nombreuses constitutions cantonales disposent d'un article sur la subsidiarité (voir ci-dessus n. 26) ou reconnaissent implicitement l'idée centrale de la subsidiarité. En l'absence d'une telle disposition, ce silence doit être compris comme un renvoi à l'article 5a Cst. Chaque canton est donc tenu d'axer ses relations avec ses communes sur le principe de subsidiarité.

D. Absence de justiciabilité

Le principe de subsidiarité de l'article 5a Cst. est généralement considéré comme non justiciable. Son contenu est trop vague pour se prêter à une appréciation judiciaire. Les tribunaux ne peuvent pas contrôler son respect par les autorités fédérales ; l'article 5a Cst. ne confère pas de droits justiciables. Cela correspond au choix général de la politique constitutionnelle suisse en faveur de la suprématie parlementaire. Même si l'on suivait les avis isolés de la doctrine en faveur de la justiciabilité de l'article 5a Cst., l'article 190 Cst. exclurait tout contrôle du législateur fédéral par le tribunal constitutionnel ; même le tribunal fédéral n'a pas le droit de ne pas appliquer les lois fédérales s'il estime qu'elles sont inconstitutionnelles ("principe d'application"). L'article 190 Cst. permet au moins au Tribunal fédéral d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales sans conséquences juridiques (pas d'"interdiction d'examen"). Il faut également répondre par la négative à la question de savoir si le Tribunal fédéral pourrait constater une violation du principe de subsidiarité suite à un recours en matière d'autonomie d'une commune. L'art. 5a Cst. peut être compris comme le fondement programmatique de l'autonomie communale de l'art. 50 al. 1 Cst., mais il ne résulte pas de la combinaison de ces deux dispositions la justiciabilité du principe de subsidiarité ; la concrétisation de l'autonomie communale sous la direction de la subsidiarité en tant que maxime de politique publique reste de la responsabilité politique des cantons. Le Tribunal fédéral pourrait donc, au mieux, lancer un appel moral aux responsables politiques pour qu'ils tiennent suffisamment compte du principe de subsidiarité de l'art. 5a Cst. Au vu de ce qui précède, il n'est pas étonnant que l'art. 5a Cst. n'ait guère été pris en compte jusqu'à présent dans la pratique du Tribunal fédéral. 38

Pour l'instant, l'application concrète du principe de subsidiarité reste donc l'affaire des politiques. Les sciences peuvent néanmoins l'aider. 39

A propos de l'auteur

Reto Walther, docteur en droit, juriste, Office fédéral de la justice, a publié et enseigné en droit constitutionnel, administratif et international. Actuellement, il travaille sur la base de sa thèse sur le projet de livre intitulé «Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights» pour Oxford University Press.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 475 ff.

Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014.

Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity (Nomos LV), New York 2014.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169 ff.

Millon-Delsol Chantal, L'État subsidiaire – Ingérence et non-ingérence de l'Etat: Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne, Paris 1992.

Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 49 ff.

Saladin Peter, Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984-II), S. 433 ff.

BIBLIOGRAPHIE

Abderhalden Ursula, Die Geschichte des schweizerischen Bundesstaates, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 5 ff.

Aroney Nicholas, Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 9 ff.

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, S. 3 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Bates Ed, Activism and Self-Restraint: the Margin of Appreciation's Strasbourg Career... Its "Coming of Age"?, Human Rights Law Journal 36 (2016), S. 261 ff.

Baumgartner Alois, «Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär»: Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität, in: Nörr Knut Wolfgang/Oppermann Thomas (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997, S. 13 ff.

Bellanger François, Communes et villes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 753 ff. (zit. Communes).

Bellanger François, Kommentar zu Art. 5a, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Belser Eva Maria, Kommentar zu Art. 2, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Besson Samantha, The Authority of International Law – Lifting the State Veil, Sydney Law Review 31 (2009), S. 343 ff.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 43a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Kommentar zu Art. 5a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: von Bogdandy Armin/Grabenwarter Christoph/Huber Peter M. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, S. 573 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV Kommentar).

Bigler-Eggenberger Margrith/Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 41, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Boadway Robin/Shah Anwar, Fiscal Federalism: Principles and Practice of Multiorder Governance, Cambridge 2009.

Broude Tomer/Shany Yuval, Introduction, in: Broude Tomer/Shany Yuval (Hrsg.), The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity, Oxford 2008, S. 1 ff.

Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931.

Cahill Maria, Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach, International Journal of Constitutional Law 15 (2017), S. 201 ff.

Cass Deborah Z., The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community, Common Market Law Review 29 (1992), S. 1107 ff.

Chaplin Jonathan, Subsidiarity and Social Pluralism, in: Evans Michelle/Zimmermann Augusto (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht u.a. 2014, S. 65 ff.

Craig Paul, Subsidiarity: A Political and Legal Analysis, Journal of Common Market Studies 50 (2012), S. 72 ff.

Droege Michael, Subsidiarität (J.), in: Heun Werner et al. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon: Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 2415–2422.

Egli Patricia, Kommentar zu Art. 46, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Kommentar zu Art. 62, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna et al. (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 31 ff.

Ehrenzeller Bernhard/Sahlfeld Konrad, Kommentar zu Art. 63a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung:

Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1994, S. 9 ff.

Fabbrini Federico/Granat Katarzyna, "Yellow Card, but no Foul": The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, Common Market Law Review 50 (2013), S. 115 ff.

Feichtner Isabel, Subsidiarity: in Peters Anne/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, zuletzt aktualisiert: Oktober 2007, Oxford, <www.mpepil.com>, besucht am 22. August 2022

Finnis John, Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory, Oxford 1998.

Fleiner Thomas/Misic Alexander, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 429 ff.

Føllesdal Andreas, Survey Article: Subsidiarity, Journal of Political Philosophy 6 (1998), S. 190 ff. (zit. Subsidiarity).

Føllesdal Andreas, Competing Conceptions of Subsidiarity, in: Fleming James E./Levy Jacob T. (Hrsg.), Federalism and Subsidiarity, Nomos LV, New York 2014, S. 214 ff. (zit. Competing Conceptions).

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zürich 2021.

Häfelin Ulrich, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 88 (1969-II), S. 549 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Hüglin Thomas O., Föderalismus und Subsidiarität, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 325 ff.

Isensee Josef, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese,

Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 129 ff.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, S. 774 ff.

Kägi-Diener Regula, Kommentar zu Art. 50, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Knapp Blaise, Die Aktualität des Föderalismus und die Notwendigkeit seiner Modernisierung, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997, S. 79 ff.

Koller Heinrich, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, St. Gallen/Lachen 1998, S. 675 ff.

Konferenz der Kantonsregierungen, Verfassungsreform als Föderalismusreform: Der Verfassungsentwurf 1995 aus der Sicht der Kantone, Zürich 1997.

Lambrecht Sarah, Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?, European Public Law 2015 (21), S. 257 ff.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011.

Madsen Mikael Rask, Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?, Journal of International Dispute Settlement 9 (2018), S. 199 ff.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Kommentar zu Art. 56, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 3, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Mastronardi Philippe, Kommentar zu Art. 7, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Meyer Kilian, Gemeindeautonomie im Wandel: Eine Studie zu Art. 50 Abs. 1 BV unter Berücksichtigung der Europäischen Charta der Gemeindeautonomie, Diss. St. Gallen 2010 (zit. Gemeindeautonomie).

Meyer Kilian, Kommentar zu Art. 50, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Milner David, Protocols No. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform: A Long and Winding Road, ZEuS 17 (2014), S. 19 ff.

Moens Gabriël A./Trone John, Subsidiarity as Judicial and Legislative Review Principles in the European Union, in: Evans/Zimmermann (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht 2014.

Morell Reto/Vallender Klaus A., Kommentar zu Art. 74, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Müller Jörg Paul, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1167 ff.

Neier Christina et al., Back to Beginnings: Revisiting the Preambles of European Treaties, Swiss Review of International and European Law 31 (2021), S. 687 ff.

Papaux Alain/Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 2, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Papst Pius XI, Quadragesimo Anno: Enzyklika über die Wiederherstellung der gesellschaftlichen Ordnung, 15. Mai 1931.

Rhinow René A., Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Richli Paul, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 117 (1998-II), S. 139 ff. (zit. Zweck).

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR (2007), S. 47 ff. (zit. Gehalt).

Saladin Peter, Kommentar zu Art. 3, in: Aubert Jean-Françcois et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987.

Schütze Robert, EU Competences: Existence and Exercise, in: Chalmers Damian/Arnull Anthony (Hrsg.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford 2015.

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 3, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff. (zit. Verteilung).

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 43a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Kommentar zu Art. 5a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Seiler Hansjörg, Gemeinden im schweizerischen Staatsrecht, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 491 ff.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Diss. Fribourg 1951.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsföderalismus als zeitgemässe Fortentwicklung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 202 ff.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration: Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden Kontext, Zürich 2000, S. 56 ff. (zit. Stellung).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas et al. (Hrsg.), BV – CF 2000 Die neue schweizerische Bundesverfassung: Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149 ff. (zit. Subsidiaritätsprinzip).

Thévenaz Alain, Kommentar zu Art. 50, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Vest Hans, Kommentar zu Art. 123, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Voyame Joseph, Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons, in: Müller Georg et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 121 ff.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 151 ff.

Waldmann Bernhard/Borter Emanuel, Kommentar zu Art. 46, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Walther Reto, Subsidiarity: The ECHR Between Law and Politics, Diss., Zürich 2022.

Wiederkehr René/Mächler August, Kommentar zu Art. 135, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Würtenberger Thomas, Subsidiarität als verfassungsrechtliches Auslegungsprinzip, in: Blickle Peter/Hüglin Thomas O./Wyduckel Dieter (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft: Genese, Geltungsgrundlagen und Perspektiven an der Schwelle des dritten Jahrtausends, Berlin 2002, S. 199 ff.

COMMENTAIRE

Art. 6 Cst.

Un commentaire de Johan Rochel

PROPOSITION DE CITATION

Johan Rochel, Kommentierung zu Art. 6 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Citation abrégée: OK-Rochel, art. 6 FC N. XXX.

Art. 6 Responsabilité individuelle et sociale

Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 77
II. Genèse 78
III. Commentaire proprement dit 83
A. Fonctions et portée juridique 83
1. Trois fonctions 83
2. Portée juridique 86
3. Jurisprudence 87
B. Première composante : responsabilité individuelle 90
1. La définition de la liberté 90
2. Les compétences nécessaires à l'exercice de la liberté 93
3. Relations avec le principe de subsidiarité 94
4. Le cas spécifique des assurances 96
C. Deuxième composante : responsabilité sociale 98
1. Les domaines de la contribution découlant de la responsabilité sociale 98
2. La distinction entre Etat et société 101
3. Selon ses forces 103
IV. Conclusion 104
Lectures complémentaires recommandées 105
Bibliographie 107

I. INTRODUCTION

L'art. 6 de la Constitution fédérale (Cst.) se trouve dans les dispositions générales de celle-ci (Titre 1). Il précède immédiatement le Titre 2 consacré aux droits fondamentaux, à la citoyenneté et aux buts sociaux. 1

L'art. 6 Cst. est considéré par la majorité de la doctrine comme un **article programmatique**. Celui-ci renseigne sur une dimension importante de la conception de l'individu (*Menschenbild*) qui sous-tend le texte constitutionnel. Quant à la jurisprudence, le TF et le TAF font référence à cet art. 6 Cst. de manière sporadique. Cette référence est souvent utilisée pour rappeler l'importance de la responsabilité individuelle, notamment dans le domaine des assurances sociales. 2

Ce commentaire traite dans l'ordre de la genèse, des fonctions et de la portée juridique de l'article, puis de ses deux composantes dans leur ordre d'apparition : la responsabilité individuelle, puis la responsabilité sociale. De manière générale, l'art. 6 Cst. comprend des concepts dont l'interprétation est difficile. A l'exemple du concept de responsabilité et des liens qu'il entretient avec la liberté individuelle, les défis d'interprétation de cet article posent immédiatement des **questions d'ordre philosophique**. Pour en rendre compte, ce commentaire fait donc le choix d'une approche de philosophie du droit, mobilisant entre autres des ressources tirées de la philosophie politique. Ces ressources doivent permettre de mettre en évidence la richesse interprétative du concept de responsabilité et de souligner les questions normatives qu'il ouvre. Comme souligné par Häberle (*infra*, N. 21), le potentiel de l'art. 6 Cst. doit être concrétisé par le législateur et la doctrine, par exemple en recourant, comme ici, à une approche de philosophie du droit. 3

En guise de fil rouge, ce commentaire tente de montrer comment le concept de responsabilité et le concept lié de liberté individuelle déterminent l'interprétation du contenu de l'art. 6 Cst.[1] Celui-ci apparaît comme une **norme centrale d'une constitution libérale**, une norme dont l'interprétation cristallise des réflexions sur l'individu en société, ses droits fondamentaux et les attentes de la société. Plutôt qu'un positionnement pour 4

1. Pour une réflexion similaire, Müller, N. 12.

ou contre le libéralisme, l'interprétation de l'art. 6 Cst. ramène à la question du type de libéralisme présupposé dans l'ordre constitutionnel.

II. GENÈSE

5 L'art. 6 Cst. émerge dans sa forme actuelle au cours des délibérations parlementaires sur la révision totale de la Constitution fédérale. Les parlementaires discutent à la fois l'idée de responsabilité de l'individu pour lui-même, pour les autres ou pour la société et **l'idée de devoirs fondamentaux ou devoirs citoyens**. Comme expliqué ci-dessous (*infra*, N. 12), les parlementaires finiront par écarter l'idée de devoirs fondamentaux organisés sous forme de catalogue.[2] Resteront les concepts de responsabilité individuelle et de contribution à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société (responsabilité sociale) qui composent aujourd'hui l'art. 6 Cst.

6 La **Constitution fédérale de 1874** contenait un article général portant sur l'accomplissement d'un « devoir civique ».[3] Cet article avait déjà donné lieu à des débats critiques.[4] Au début du processus de révision constitutionnelle, la proposition de modèle de constitution élaborée par le Département fédéral de justice et police (DFJP) en 1985 contient une série de devoirs fondamentaux.[5] Ce catalogue figure immédiatement après le catalogue des droits fondamentaux. La première proposition du Conseil fédéral (1996) ne contient pas d'articles équivalents.[6] Le Conseil fédéral renonce à ce catalogue de devoirs fondamentaux pour deux raisons principales : la difficulté de choisir quels devoirs méritent d'être portés au rang constitutionnel et les problèmes liés aux sanctions en cas de non-respect de ces devoirs.[7] Dans son

2. Sur cette idée des devoirs fondamentaux et de leurs relations avec les droits fondamentaux, Ost, p. 55 ss ; Aubert p. 1 ss ; Wächter p. 287 ss.
3. L'Art. 49 de l'ancienne Cst. féd. prévoyait, dans un article portant sur la liberté religieuse, que « nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique » (bürgerliche Pflichten dans la version allemande). Constitution fédérale du 29.5.1874.
4. Kley, p. 75 ss (avec références).
5. Chapitre 4, rt. 27-31 modèle de Cst. du DFJP : l'obligation générale de respecter le droit, l'école obligatoire, le devoir civique de participer aux votations et élections, l'obligation de servir et l'obligation de payer ses impôts. Modèle de Cst. du DFJP (1985), disponible sur www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vorentw-f.pdf.download.pdf/vorentw-f.pdf (page consultée le 13.5.2023).
6. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I, 1 ss.
7. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I, p. 141.

Message, le Conseil fédéral écrit ainsi que l'absence de catalogue de devoirs fondamentaux « ne signifie pourtant pas que les habitants de ce pays n'aient aucun devoir à l'égard de la communauté » (...).[8] Il précise que certains devoirs fondamentaux « conservent tout leur sens » (par exemple les obligations de fréquenter l'école, de réaliser son service militaire et de payer ses impôts), même s'ils ne sont pas réunis dans un catalogue.[9]

7 La lecture des travaux parlementaires met en lumière **le glissement des devoirs fondamentaux vers l'idée d'une responsabilité individuelle et sociale**.[10] Au cours de ces débats, les parlementaires utilisent de manière non systématique les concepts de devoirs fondamentaux (*Grundpflichten*), de devoirs citoyens (*Bürgerpflichten*) ou encore de responsabilité individuelle et sociale. L'analyse des travaux parlementaires fait apparaître trois considérations pertinentes pour expliquer la formulation finale de l'art. 6 Cst.

8 Premièrement, l'appel à la responsabilité individuelle apparaît dans le contexte d'une **réflexion critique sur les contours de l'État social**. Le rapporteur de la Commission du CN de l'époque, le futur Conseiller fédéral Samuel Schmid (UDC), observe un phénomène d'extension des prestations sociales.[11] Selon lui, l'État n'a ni la vocation, ni les moyens de régler tous les problèmes de la population suisse. L'idée de devoirs et/ou de responsabilité individuelle est présentée comme un correctif nécessaire.

9 Deuxièmement, le projet de Constitution du Conseil fédéral de 1996 formalise le catalogue des droits fondamentaux et formule une série de buts sociaux. Face à cette évolution, certains parlementaires se sont demandé si une logique de réciprocité n'exigeait pas la mention de devoirs fondamentaux.[12] L'idée semblait être dans l'air du temps, comme en atteste l'initiative de l'*Interaction Council* portée par l'ex-chancelier allemand Helmut Schmidt. En 1997, il soumet, avec 25 chefs de gouvernement, **l'***Universal Declaration of Human Responsibilities* au secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan[13]. Comme

8. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I, p. 141.
9. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I, p. 141. Koch, 103.
10. Pour une vue d'ensemble, voir le résumé de Mahon, Art. 6. Voir également SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 1-2 ; BSK BV-Gächter/Renold-Burch, Art. 6 N. 1-2.
11. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 143.
12. Voir par exemple Josef Deiss (PDC), rapporteur de la majorité au CN. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 144.

l'explique le commentaire introductif à cette déclaration, l'idée de réciprocité entre droits et devoirs est centrale: « Recognition of the equal and inalienable rights of all the people requires a foundation of freedom, justice and peace – but this also demands that rights and responsibilities be given equal importance to establish an ethical base so that all men and women can live peacefully together and fulfil their potential ».[14]

10 Troisièmement, le débat sur la responsabilité traite des attentes envers les individus dans un groupe social. Le contenu de l'art. 6 Cst., notamment la dimension de responsabilité sociale, est présenté dans les débats parlementaires comme une réponse au constat d'une société atomisée et individualiste.[15] La responsabilité concerne alors le soin à porter aux autres membres de la société. Auteur d'une des propositions qui deviendra l'idée de responsabilité sociale de l'art. 6 Cst., le Conseiller aux États Hans Danioth (PDC) parle d'un **devoir citoyen (*Bürgerpflicht*)**. Il le définit comme une norme éthique qui vient rappeler l'obligation de s'engager pour la communauté.[16] Sa proposition est d'abord classée parmi les droits politiques, avant d'être déplacée pendant les débats suivants.[17]

11 Au cours de ces débats, le Conseiller fédéral Arnold Koller (PDC) se fait le porte-voix des arguments du Conseil fédéral. Il rappelle notamment que la conception de l'humain qui sous-tend la Constitution comprend déjà l'idée de responsabilité et de devoirs : **si l'être humain a une capacité d'autonomie dans ses choix, alors il porte la responsabilité qui l'accompagne**.[18] Selon Koller, cette idée sous-tend les grands projets constitutionnels du 19ème siècle. Il reste ouvert à une évocation plus directe des devoirs des individus, comme

13. Version originale disponible ici : www.interactioncouncil.org/publications/universal-declaration-human-responsibilities (page consultée le 13.5.2023). Version allemande in Schmidt, p. 259.
14. Introductory Comment, Universal Declaration of Human Responsibilities, 1.9.1997. www.interactioncouncil.org/publications/universal-declaration-human-responsibilities (page consultée le 13.5.2023).
15. Voir par exemple le constat de Hans Zbinden (PS), Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 139-140.
16. Sa proposition est la suivante : « Jede Person trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei. » Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 20.1.1998, p. 56.
17. Voir par exemple la critique de René Rhinow (PLR), rapporteur de la Commission. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 20.1.1998, p. 57.
18. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 144.

en atteste sa référence au célèbre appel de John F. Kennedy, prononcé lors de son discours d'investiture en 1961 (« And so, my fellow Americans: ask not what your country can do for you – ask what you can do for your country. »). Sur le plan sémantique, la prise de parole de Koller évoque les devoirs citoyens (*Bürgerpflichten*) et les devoirs *tout court* (*Pflichten*) dans le cadre de la discussion sur un article portant sur la responsabilité individuelle.

12 Au terme des débats parlementaires, le concept de responsabilité individuelle et sociale s'impose par rapport au concept de devoirs fondamentaux ou citoyens.[19] L'Assemblée fédérale **renonce à un catalogue de devoirs** à cause des difficultés d'intégration dans la structure de la nouvelle Constitution, mais également à cause d'une certaine répétition par rapport aux devoirs mentionnés ailleurs dans le texte constitutionnel, comme l'obligation de servir ou l'obligation de l'école obligatoire.[20] Le rappel explicite d'un devoir général de respecter l'ordre juridique n'a pas trouvé non plus de majorité politique au terme des travaux parlementaires.

13 Au-delà de la dimension historique des débats parlementaires, **une distinction** conceptuelle importante **entre devoirs fondamentaux et responsabilité individuelle** parcourt les débats. L'un des points de débats entre ces deux concepts porte sur la capacité de traduire la norme constitutionnelle en obligations juridiques concrètes. Selon le constitutionnaliste Andreas Kley, un devoir fondamental possède quatre éléments constitutifs: 1) un devoir de nature juridique, 2) inscrit dans une constitution, 3) d'importance fondamentale pour l'existence de l'Etat[21], 4) qu'une personne doit accomplir envers l'État.[22] D'après Kley, si la responsabilité est en premier lieu programmatique et fournit une orientation normative de portée générale, les devoirs fondamentaux doivent en revance être clairement concrétisés sous forme d'obligations juridiques.[23] Nous reviendrons sur cette question au moment de considérer la portée juridique de l'art. 6 Cst (*infra*, N. 21).

19. Pour une vue d'ensemble de ces débats, Koch, p. 104-110.
20. Voir par exemple les prises de parole de Suzette Sandoz (Libéraux) et d'Andreas Gross (PS). Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 141-142. Pour cette interprétation, BSK BV-Gächter/Renold-Burch, Art. 6 N. 2.
21. La formulation de Kley est la suivante: « Grundpflichten sind für die Existenz des Staates grundlegende Pflichten ». Kley, p. 61.
22. Kley, p. 4 ss.

14 La doctrine identifie plusieurs sources d'inspiration ayant nourri les débats autour de l'art. 6 de la nouvelle Constitution.[24] La Constitution de Weimar[25] et la Constitution italienne[26] sont ainsi mentionnées pour leur évocation explicite des devoirs des individus. De même, les préambules du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques mentionnent clairement cette idée de responsabilité, rappelant que « l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte ».[27] En Suisse, selon Chatton, **la Constitution du canton de Berne (1993) a certainement joué un rôle décisif**.[28] Son art. 8, placé juste avant le catalogue des droits fondamentaux, énonce de manière générale les devoirs (*Pflichten*) des personnes résidant dans le canton. Selon l'al. 1, toute personne est tenue d'accomplir les devoirs qui lui incombent en vertu de la Constitution et de la législation qui y est conforme. L'al. 2 énonce que toute personne est responsable d'elle-même, qu'elle assume sa responsabilité envers les autres êtres humains et qu'elle prend sa part de responsabilité pour garantir aux générations futures qu'elles auront aussi le droit de décider elles-mêmes de leur devenir. La dernière constitution cantonale entièrement révisée, celle du canton de Genève (2012), contient un article intitulé « responsabilité individuelle » (art. 13 Cst./GE), dont l'al. 1 recouvre un devoir général (« toute personne doit respecter l'ordre juridique ») et l'al. 2 la définition de la responsabilité individuelle et sociale.[29] Le projet de nouvelle Constitution

23. Kley, p. 9: « Grundpflichten sind Rechtspflichten, die als solche inhaltlich hinreichend bestimmt sein müssen. Eine nach ihrem Inhalt kaum fassbare 'Solidaritätspflicht' oder eine 'Verfassungstreuepflicht' sind nicht rechtssatzfähig ». Sur la notion de devoirs citoyens dans le droit constitutionnel cantonal, voir Schweizer.
24. SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 3-5; Chatton, Art. 6 N. 6-8.
25. Weimarer Verfassung (1919), Art. 132 et 163. L'Art. 132 prévoit que « Jeder Deutsche hat nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Übernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten ». L'Art. 163, quant à lui, contient la formulation suivante : « Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. (...) »
26. Constitution italienne (1947), Art. 54. L'Art. 54 prévoit que « Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge. »
27. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) (1966).
28. Constitution du canton de Berne, 6.6.1993, RS 131.212. Chatton, Art. 6 N. 7.

cantonale valaisanne contient également un article similaire intitulé « Devoirs et responsabilités individuels » (art. 10).[30] Son al. 1 porte sur un devoir général d'accomplir les devoirs imposés par la Constitution et la législation, son al. 2 sur les responsabilités de toute personne envers elle-même, la collectivité et les générations actuelles et futures. L'al. 3 appelle toute personne à veiller à une utilisation appropriée des biens et services publics et des ressources naturelles.

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

Comme évoqué dans l'introduction (*supra*, N. 3), interpréter l'art. 6 Cst. 15
implique de considérer des questions de théorie du droit et de philosophie politique portant sur les notions de responsabilité et de liberté. Ce commentaire traite dans l'ordre des fonctions et de la portée juridique de l'article ainsi que des références à l'art. 6 Cst. dans certains arrêts du TF et du TAF (A.), puis des deux composantes de l'art. 6 Cst., soit la responsabilité individuelle et la responsabilité sociale (B.).

A. Fonctions et portée juridique

L'art. 6 Cst. se situe à la fin du Titre 1 sur les dispositions générales. Il est suivi 16
du Titre 2 sur les droits fondamentaux et les buts sociaux. Cet emplacement indique que l'ambition normative de l'art. 6 est d'ordre général. En tant que disposition générale, il vise à **éclairer l'entier du texte constitutionnel.** L'art. 6 Cst. est considéré comme étant une norme avant tout **programmatique**. Pour la majorité de la doctrine, sa portée juridique se limite à fournir une aide à l'interprétation d'autres normes constitutionnelles. Afin d'aller plus loin dans l'analyse, il est possible de distinguer trois fonctions générales de l'art. 6 Cst.

1. Trois fonctions

Premièrement, l'art. 6 Cst. est souvent employé pour tenter d'appréhender la 17
conception de l'individu (*Menschenbild*) qui sous-tend le texte constitutionnel.[31] Cet effort de construction herméneutique prend appui sur

29. Constitution du canton de Genève, 14.10.2012, RS 131.234.
30. Projet de Constitution du canton du Valais, 25.4.2023. La votation populaire sur ce projet est prévue début 2024.

le propos du préambule (notamment la conscience de la responsabilité envers la Création et la conscience du devoir d'assumer des responsabilités envers les générations futures) et précise cette vision en se référant aux deux composantes de l'art. 6 Cst. (responsabilité individuelle et responsabilité sociale). En combinaison avec d'autres normes plus spécifiques, l'interprétation de l'art. 6 Cst. contribue ainsi à faire émerger **une conception aussi cohérente que possible de l'individu** auquel s'adresse la Constitution. Cette conception de l'individu en société peut ensuite être mobilisée pour interpréter d'autres dispositions constitutionnelles.[32]

18 Deuxièmement, et en lien direct avec cette conception de l'individu en société, l'art. 6 Cst. peut être utilisé comme **norme contextuelle pour les différents devoirs** identifiables dans les autres dispositions constitutionnelles.[33] A titre d'exemples, tout homme de nationalité suisse est soumis à un devoir citoyen (service militaire, service civil ou paiement d'une taxe, art. 59 al. 1 Cst.) et tous les enfants doivent suivre un enseignement de base (art. 62 al. 2 Cst.). En matière de responsabilité sociale, la Constitution prévoit également des mécanismes qui peuvent être lus à la lumière de son art. 6, comme l'assurance-vieillesse (art. 112 al. 2 Cst.), le principe de prévoyance professionnelle (art. 113 al. 2 Cst.) ou encore l'affiliation à l'assurance-chômage pour les personnes salariées (art. 114 al. 2 Cst.). Häberle et Winistörfer lient également l'art. 6 Cst. aux règles du fonctionnement d'une économie libérale de marché, par exemple le postulat de la responsabilité individuelle.[34] Dans ce contexte, Häberle considère la responsabilité sociale comme le rappel de l'intégration de l'individu dans un groupe social et le refus de ce qu'il qualifie d'« *Ökonomismus* », c'est-à-dire une absolutisation de la recherche du profit individuel.[35]

19 Troisièmement, l'histoire parlementaire et l'emplacement de l'art. 6 Cst. dans l'architecture constitutionnelle rappellent **sa fonction de contextualisation critique vis-à-vis des droits fondamentaux et des buts sociaux**. Comme

31. Voir par exemple BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N. 3 ; SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 12. Voir Müller pour un appel post-Corona à utiliser l'Art. 6 Cst. comme le lieu d'intégration d'une nouvelle conception de la liberté. Müller 2022, p. 2.
32. Gächter parle de « Grundannahme der Verfassung » en traitant du principe de responsabilité pour soi-même. Gächter, p. 695.
33. Chatton, Art. 6 N. 10.
34. SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 16 ; Winistörfer, p. 264.
35. SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 16.

dans la Constitution du canton de Berne, la mention explicite de la responsabilité individuelle et sociale précède le catalogue des droits fondamentaux. L'art. 6 Cst. semble servir de contre-poids face aux obligations positives qui pèseraient de manière croissante sur l'État.[36] Le principe de subsidiarité qui découle de la responsabilité individuelle (*infra*, N. 38) est ainsi symboliquement souligné par l'ordre des articles. L'art. 6 Cst. intervient avant pour souligner la responsabilité des individus. Ainsi, l'art. 41 al. 1 Cst. concernant les buts sociaux rappelle ainsi clairement que « La Confédération et les cantons s'engagent, *en complément* de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à (...) » (italiques ajoutés).

20 Ces trois fonctions permettent d'éclairer de manière plus précise la question des **destinataires** de l'art. 6 Cst. Il s'agit de la seule disposition du Titre 1 (Dispositions générales) s'adressant directement aux particuliers (en utilisant la tournure « toute personne »).[37] L'expression « toute personne » inclut l'ensemble des personnes physiques, et non pas seulement les citoyennes et citoyens suisses. De plus, au terme d'une analyse des versions linguistiques et des travaux préparatoires, Chatton défend l'hypothèse que les personnes morales doivent être, *a priori*, intégrées dans le cercle des destinataires de la norme.[38] Selon lui, l'impact positif et négatif que les personnes morales peuvent déployer sur leur environnement naturel, culturel, social et économique justifie de leur appliquer, par analogie, un devoir de responsabilité.

21 Cette question des destinataires ne doit pas être confondue avec la portée juridique de l'art. 6 Cst. (voir *infra*, N. 21). A titre d'exemple, Biaggini considère les personnes physiques comme les destinataires qui apparaissent au premier plan (*vordergründig*) de l'art. 6 Cst. A ses yeux, le **destinataire principal serait néanmoins le législateur**.[39] Mais la référence au législateur (et plus largement aux pouvoirs publics) semble plutôt découler de la nécessaire détermination de la portée juridique, et non directement de la question des destinataires. Cette distinction permet de mieux clarifier que

36. Voir par exemple la prise de parole du Conseiller fédéral A. Koller : « Ich glaube auch, dass unsere Bürgerinnen und Bürger in den Grundrechten immer mehr einen Ausdruck unserer modernen Anspruchsmentalität gegenüber dem Staat sehen. » Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 144.
37. Chatton, Art 6 N. 11.
38. Chatton, Art 6 N. 12.

l'art. 6 Cst. s'adresse à toute personne, mais qu'il déploie en même temps des effets juridiques sur le législateur et plus largement sur les pouvoirs publics.[40]

2. Portée juridique

22 La portée juridique de l'art. 6 Cst. est jugée modeste par la majorité de la doctrine. De manière générale, cet article est décrit comme étant **essentiellement un appel moral** destiné à rappeler symboliquement les attentes de la collectivité envers les particuliers, mais largement dénué d'effets juridiques tangibles.[41] Biaggini lit l'art. 6 Cst. comme un appel constitutionnel visant à souligner l'éthique de la responsabilité des individus, en complément d'autres normes (par exemple Préambule Cst., Art. 41(1) Cst.). [42] Häberle y voit néanmoins un potentiel normatif intéressant à développer par le biais de l'interprétation d'autres normes constitutionnelles ou de la concrétisation législative.[43] Selon lui, le potentiel de l'art. 6 Cst. ne demande qu'à être concrétisé par le législateur et la doctrine, par exemple en recourant à une approche comparative.

23 De manière générale, Chatton voit dans ces interprétations prudentes **une difficulté générale à appréhender les normes programmatiques**.[44] Selon lui, le contenu moral de la norme, l'absence de sanctions et l'absence de droits et d'obligations pouvant être déduits de l'art. 6 Cst. ne doivent pas transformer cette norme en disposition a-juridique. L'art. 6 Cst. déploie une portée juridique *a minima* comme aide à l'interprétation de dispositions ouvertes.[45] De plus, selon Chatton, la norme est à considérer dans l'interprétation des conditions de restriction d'un droit fondamental, spécifiquement dans le cas d'une obligation positive où la question porterait sur l'équilibre à établir entre

39. « Adressat ist vordergründig der Einzelne, in der Sache jedoch vor allem der Gesetzgeber, der die Rechtsordnung im Sinne der in BV 6 zum Ausdruck kommenden «Grundwerte» auszugestalten hat ». Biaggini, Komm. BV, Art. 6 N. 4. Voir également BSK BV-Gächter/Renold-Burch, Art. 6 N. 9 et 13. L'idée d'un parallèle avec l'Article 2 Cst. (« But ») doit être relativisée, justement dans la mesure où les dispositions de l'Art. 2 s'adressent directement à la Confédération.
40. Pour cette distinction, Chatton, Art. 6 N. 13.
41. Rhinow, BV 2000, 102 ; Mahon, Art. 6, N. 4 ; Rhinow/Schefer/Übersax, N 2653 ; BSK BV-Gächter/Renold-Burch, Art. 6 N. 9.
42. Biaggini, Komm. BV, Art. 6 N. 2. Plus largement sur l'éthique de responsabilité, Haldemann.
43. SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 18-19.
44. Chatton, Art. 6 N. 17.
45. Bertschi/Gächter, p. 25.

une obligation de l'Etat de venir en aide à un particulier et les attentes envers ce particulier quant à sa capacité de pourvoir à ses besoins par ses propres moyens.[46] L'art. 6 Cst. ne saurait néanmoins être utilisé pour créer de toutes pièces des conditions qui ne sont pas prévues par une loi et/ou d'autres dispositions constitutionnelles.[47]

3. Jurisprudence

Le Tribunal fédéral (TF) a seulement traité de manière sporadique de l'art. 6 Cst. Le droit des assurances sociales est particulièrement concerné par les quelques mentions de cet article. En 2005, dans une affaire en lien avec l'obligation d'affiliation à l'assurance-maladie, le TF a considéré que l'art. 6 Cst. n'avait « aucune portée normative particulière, mais essentiellement une valeur déclamatoire et de signal ».[48] Le TF rattache le principe de subsidiarité à l'art. 6 Cst. A l'exemple du domaine de l'aide sociale, le principe fondamental de subsidiarité est « **l'expression de l'obligation de co-responsabilité et de solidarité envers la communauté**, obligation inscrite à l'art. 6 Cst. L'existence d'un droit à l'aide sociale doit être considéré à l'aune de ce principe de subsidiarité ».[49] Cette référence à l'art. 6 Cst. tend à démontrer que le TF considère cette norme comme un principe constitutionnel invocable par le particulier dans ce contexte et donc, selon Chatton, partiellement justiciable.[50] Dans une autre affaire d'aide sociale (soutien à une famille suisse émigrée en Nouvelle-Zélande avec un enfant en 24

46. Chatton, Art. 6 N. 17.
47. Studer, p. 593; Gächter, p. 705-706.
48. TF, arrêt du 16.2.2005, K 166/04, consid. 3.
49. ATF 141 I 153, 17.09.2015, consid. 4.2: « Als Grundprinzip im Sozialhilferecht meint die Subsidiarität, dass Sozialhilfe prinzipiell nur gewährt wird, soweit der Einzelne keinen Zugang zu einer anderweitigen, zumutbaren Hilfsquelle hat. Es ist damit Ausdruck der Pflicht zur Mitverantwortung und Solidarität gegenüber der Gemeinschaft, wie sie in Art. 6 BV verankert ist. Das Bestehen eines Anspruchs auf Sozialhilfe ist daher mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz zu klären ».
50. Chatton, Art. 6 N. 18. Voir TF, arrêt du 22.11.2012, 8C_500/2012, consid. 7.2.3: « Es ist daher auch keine Verletzung des Grundsatzes der Subsidiarität (Art. 6 BV) ersichtlich ». Dans un arrêt de 2021 portant sur la décision du Conseil fédéral de stopper les négociations avec l'UE autour de l'accord cadre (mai 2021), la Cour n'entre pas en matière malgré l'argument avancé par un particulier qui souhaitait contribuer aux tâches de l'Etat et de la société selon la demande formulée par l'Art. 6 Cst. TF, arrêt du 1.6.2021, 2C_449/2021, consid. 2 : « Dass er unter Bezugnahme auf Art. 6 BV vorbringt, er wolle zur Bewältigung von Aufgaben in Staat und Gesellschaft beitragen, begründet die erforderliche Sachnähe nicht. »

situation de handicap), le TAF a considéré que l'art. 6 Cst. contenait un principe éthique fondamental de rang supérieur. Selon ce principe, il est obligatoire pour une personne dans une situation de détresse de chercher à s'en sortir de son propre chef en utilisant les moyens à disposition.[51]

25 Le TF et le TAF mentionnent l'art. 6 Cst. dans le contexte d'une **qualification des efforts qui peuvent légitimement être attendus des particuliers**. Dans une affaire traitant de la mise à disposition d'informations relatives à la SUVA via un affichage dans les locaux du personnel, la Cour a interprété les dispositions en vigueur en mobilisant l'art. 6 Cst. comme expression des attentes en matière de responsabilité individuelle.[52] Sur la base de l'art. 6 Cst., la Cour développe sa vision d'un individu majeur (*mündig*) et capable de s'informer quant aux assurances à conclure avant un séjour à l'étranger. Dans une constellation similaire, le TF considère que les organes de l'assurance-invalidité n'ont pas d'obligation d'expliquer le fonctionnement des différentes branches des assurances sociales et leurs interactions.[53] Selon le TF, **cet effort de compréhension relève de la responsabilité individuelle** des personnes assurées. Selon l'hypothèse défendue plus bas (*infra*, N. 35), ce niveau d'effort exigible devrait être intégré dans une approche contextuelle des compétences nécessaires à la responsabilité pour soi-même.

26 En matière de naturalisation, le TAF a utilisé l'art. 6 Cst. pour contextualiser certaines conditions. Dans une affaire portant sur la bonne réputation fiscale du candidat, le TAF évoque l'art. 6 Cst. comme l'une des sources pertinentes afin de garantir qu'un individu honore **ses obligations envers l'Etat**.[54] Ce cas illustre également la combinaison d'obligations spécifiques (par exemple le paiement des impôts) avec l'art. 6 Cst. De manière similaire, dans le contexte d'une affaire de regroupement familial, le TAF a interprété les exigences

51. TAF, arrêt du 7.1.2014, C-233/2013, consid. 4.3: « Die Verpflichtung zur Selbsthilfe, welche die grösstmögliche Eigenaktivität in Notlagen verlangt, steht im Einklang mit dem Grundsatz der Eigenverantwortung, der als übergeordnetes ethisches Grundprinzip in Art. 6 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV, SR 101) verankert ist. »
52. TF, arrêt du 29.04.2004, U 255/03, consid. 2.2.
53. TF, arrêt du 13.12.2002, C_84/02, consid. 2.3.
54. TAF, arrêt du 14.6.2022, F-3597/2021, consid. 5.7.2 : « Le but poursuivi dans le cas d'espèce est de garantir que seuls les candidats bénéficiant d'une bonne réputation du point de vue fiscal et honorant leurs obligations vis-à-vis de l'Etat (cf., aussi, Art. 6 Cst.) obtiennent la naturalisation. La satisfaction des obligations fiscales constitue en effet l'une des obligations les plus importantes de l'individu vis-à-vis de la collectivité. »

d'indépendance financière en mentionnant l'art. 6 Cst. Ce faisant, la Cour qualifie ce qui apparaît comme exigible à l'aune de l'attente de responsabilité individuelle formulée par l'art. 6 Cst.[55]

27 En matière pénale, l'art. 6 Cst. est mentionné dans un recours portant sur les frais de procédure dans une affaire de trafic transfrontalier de cigarettes. L'instance inférieure avait avancé que le comportement à ses yeux répréhensible du recourant, notamment la prétendue violation de son obligation individuelle de responsabilité envers l'État (Art. 6 Cst.), avait provoqué des frais supplémentaires et que les frais de procédure devaient être à sa charge, bien qu'il ait été acquitté.[56] Dans sa décision, le TF souligne que le législateur n'a **pas** souhaité que cet article soit utilisé **pour établir un délit**.[57]

28 Dans une affaire portant sur l'exercice sans autorisation d'une activité en matière de services financiers, le TAF considère la responsabilité individuelle de l'art. 6 Cst. comme justifiant le fait que la personne ayant exercé ses activités de manière illégale doive accepter (*zumutbar)* la divulgation d'informations pertinentes sur lesdites activités, et ce afin de rétablir la confiance des autres acteurs de la branche.[58] **Assumer les conséquences d'un comportement librement choisi** est au cœur de l'interprétation de

55. TAF, arrêt du 18.7.2022, F-1509/2021, F-1511/2021, consid. 7.3.2 : « Pour permettre, si possible, l'indépendance financière de la famille et également à l'aune de la responsabilité individuelle mentionnée à l'Art. 6 Cst., on peut toutefois attendre de la mère des intéressés qu'elle fasse des efforts plus soutenus afin d'exercer une activité lucrative plus rémunératrice. » Voir également TAF, arrêt du 15.4.2020, F-2537/2018, consid. 8.2.1.
56. TF, arrêt du 13.1.2014, 6B_247/2013, consid. 1.5.1 : « Die Vorinstanz begründet nicht, inwiefern zwischen dem ihres Erachtens normwidrigen Verhalten des Beschwerdeführers und der übrigen Beschuldigten und der Einleitung einer Strafuntersuchung ein Kausalzusammenhang besteht. Ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Die Strafuntersuchung wurde nicht eingeleitet, weil der Beschwerdeführer und die übrigen Beschuldigten durch ihre Geschäftstätigkeit im Rahmen des Zigarettenschmuggels angeblich gegen irgendwelche Normen (Art. 959 OR, Art 3 ff. GwG, Art. 3 und 4 der Verordnung über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber Jugoslawien) verstiessen respektive ihre individuelle Pflicht zur Verantwortung gegenüber dem Staat (Art. 6 BV) verletzten. »
57. TF, arrêt du 13.1.2014, 6B_247/2013, consid. 1.5.1 : « Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Beschwerdeführers kann nicht damit begründet werden, dass dieser durch seine Beteiligung am Zigarettenschmuggel nach Italien, durch welchen der italienische Fiskus geschädigt wurde, seine Pflicht zur individuellen Verantwortung gegenüber dem schweizerischen Staat (Art. 6 BV) verletzt hat. Die gesetzliche Regelung, nach welcher ein solches Verhalten keine Straftat darstellte, entsprach dem Willen des schweizerischen Gesetzgebers. »

cette responsabilité choisie par le TAF. Ainsi, l'Etat n'a pas à dissimuler les informations pour aider cette personne.

B. Première composante : responsabilité individuelle

29 La première composante de l'art. 6 Cst. traite de la responsabilité individuelle : « Toute personne est responsable d'elle-même (...) ». Cette composante concerne la responsabilité de toute personne envers elle-même. La pensée libérale se construit autour de **l'hypothèse d'une personne libre, capable de choisir et de réviser ses choix de vie** à l'aune des valeurs et des objectifs qu'elle estime pertinents.[59] Comme le montrent les affaires mentionnées plus haut, la question de la responsabilité se pose en corrélat de la question de la liberté. L'interprétation de la notion de responsabilité de l'art. 6 Cst. exige donc une interprétation de la notion de liberté individuelle. Face à l'ampleur de la tâche, l'objectif principal de ce commentaire est d'illustrer l'exigence de cohérence entre la dimension de liberté et celle de responsabilité individuelle. Lorsqu'elle construit un « *Menschenbild* », l'exégèse constitutionnelle doit viser cette cohérence. En vue de cet objectif, le propos se focalise ici sur deux points : la question de la *définition générale* de la liberté individuelle et la question des *compétences nécessaires à l'exercice de cette liberté*. Nous verrons que ces deux points déploient un effet sur la notion de responsabilité de l'art. 6 Cst.

1. La définition de la liberté

30 Premièrement, la manière dont la liberté individuelle est définie a des conséquences importantes sur le concept de responsabilité individuelle.[60] **Deux conceptions de la liberté** peuvent être utilisées à titre illustratif. D'une part, la liberté peut être définie comme largement indépendante du

58. TAF, arrêt du 4.2.2022, B-2683/2018, consid. 6.3 : « Dem Beschwerdeführer ist es dagegen gerade im Lichte des Primats der Selbstverantwortung (Art. 6 BV) zumutbar, dass er die Konsequenzen des freiverantwortlichen Verhaltens nun zu tragen hat und sich bei Interesse an einer künftigen Aktivität im Finanzbereich nötigenfalls das Vertrauen anderer Marktteilnehmer erneut erarbeiten muss, ohne dass ihm der Staat mittels Verdeckung früherer Aktivitäten behilflich sein muss. »
59. Gächter, p. 693-695. Pour de nombreux auteurs, cette dimension se concrétise ensuite dans les différents droits fondamentaux. Voir par exemple SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 15. Pour une introduction générale au libéralisme et à ses présupposés philosophiques, Audard.
60. Pour une réflexion similaire post-crise du COVID-19, Müller 2022.

groupe humain où la personne se trouve. En guise d'analogie, on peut penser à la conception de liberté d'un individu sur une île solitaire (par exemple Robinson Crusoé). Robinson est libre d'une manière qui fait abstraction d'autres êtres humains. Sa liberté de choix ne souffre aucune limite. Toute limitation (par exemple du fait de la loi et d'un État) est *a priori* perçue comme une perte de liberté. Cette conception inspire une certaine vision du contrat social où plusieurs Robinsons se retrouvent et décident de déléguer une partie de leur liberté à une autorité, dans le but d'assurer, par exemple, leur sécurité (voir par exemple le Léviathan de Thomas Hobbes).[61]

D'autre part, la **liberté** individuelle peut être définie de manière **relationnelle**, en ancrant la personne dans un groupe humain. La personne est libre dans le contexte d'interactions avec d'autres humains et un environnement.[62] La personne n'est jamais seule ; ne pas la voir comme faisant partie d'un groupe humain laisse dans l'ombre une réflexion sur les conditions et les menaces pour la liberté (voir *infra*, N. 42). Pour les tenants de cette vision relationnelle, l'existence d'un cadre juridique n'est pas *a priori* une menace pour la liberté (elle peut néanmoins le devenir), mais bien plutôt sa condition primaire. 31

Chacune de ces deux conceptions de la liberté, brossées ici à grands traits, conduit à un concept de responsabilité individuelle différent. Dans un premier sens minimal, « toute personne est responsable d'elle-même » peut signifier l'obligation pour **l'individu d'assumer ses choix et leurs conséquences**. Cette définition minimale ressemble à une réflexion d'imputabilité, prohibant avant tout de chercher à « faire porter le chapeau » à d'autres (mon choix libre => ma responsabilité). Dans l'affaire de l'exercice sans autorisation d'une activité de services financiers mentionnée plus haut (*supra*, N. 27), la personne ayant commis la faute est responsable et elle doit, à ce titre, accepter les conséquences de ses actions. Elle ne peut se dédouaner sur d'autres. Le TAF considère donc que la personne responsable doit 32

61. Hobbes, chapitre 13.
62. Müller semble défendre une telle vision : « Vor dem Hintergrund eines solcherart revidierten Menschenbilds ist Freiheit nicht deskriptiv, sondern normativ zu verstehen. Sie ist nichts abstrakt Vorgegebenes, sondern etwas sozial Gemachtes, ein dynamisches Produkt gemeinschaftlichen Zusammenlebens. » Müller 2022, p. 2. Pour cette définition relationnelle, voir par exemple les travaux de Iris Marion Young. Voir également tous les travaux liés à la théorie du « care » (soins).

accepter la divulgation des informations concernant sa faute et qu'elle doit accepter de devoir reconstruire sa réputation.[63]

33 Toutefois, cette conception minimale n'est pas suffisante. Être responsable de soi-même va plus loin qu'une simple logique d'imputabilité à la personne libre. Dans une conception relationnelle du droit, la première composante de l'art. 6 Cst. doit s'interpréter comme une exigence pour chaque personne d'identifier les conséquences de ses choix. Poser une exigence constitutionnelle
de responsabilité envers soi-même équivaut à demander que **chaque personne, *a minima*, tienne compte des autres.**

34 Mais tenir compte des autres (sans obligation de comportement spécifique) est encore insuffisant. L'art. 6 Cst. peut alors se comprendre comme un appel à la maitrise des conséquences négatives de ses choix pour les autres. En ce sens, être responsable de soi-même, c'est avant tout s'assurer de **ne pas devenir une source de conséquences négatives** (définies au sens large) pour son environnement. A ce titre, l'art. 12 Cst. concernant le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse prévoit bien que la personne peut être soutenue si elle « n'est pas en mesure de subvenir à son entretien ». Cette condition reflète l'exigence pour la personne de, tout d'abord, chercher à éviter d'avoir recours à l'aide de la collectivité (une conséquence négatice sur les finances publiques). La jurisprudence mentionnée plus haut en matière de naturalisation ou de regroupement familial pose exactement la même question : étant donné un individu libre et responsable de lui-même, quelle absence d'effets négatifs (par exemple un coût social) ou quelle contribution positive la collectivité est-elle en droit d'attendre et d'exiger ?

35 Interprétée de manière relationnelle, la responsabilité de soi-même de l'art. 6 Cst. consiste donc à présumer pour chaque personne cette **compétence de maîtrise de son impact** sur son environnement. Cette présomption soulève néanmoins immédiatement deux questions majeures : comment s'assurer de la compétence des individus à être libres, et donc à être responsables d'eux-mêmes (*infra* N. 35)? Et que faire des situations où, malgré la tentative de conserver la maîtrise, les actions d'une personne déploient néanmoins des effets négatifs sur les autres ? Cette question sera traitée dans la composante liée à la responsabilité sociale (N. 47).

63. TAF, arrêt du 4.2.2022, B-2683/2018, consid. 6.3.

2. Les compétences nécessaires à l'exercice de la liberté

Deuxièmement, la question des compétences nécessaires à l'exercice de la liberté, et donc de la responsabilité de soi-même, est un point central de la conception prônée par l'art. 6 Cst.[64] A moins de partir de l'idée que la liberté s'acquiert à la naissance et se développe sans intervention (une conception souvent associée à une liberté à la Robinson Crusoé), force est de constater que la liberté nécessite un ensemble de compétences. L'exemple le plus paradigmatique est certainement l'enseignement de base (art. 19 et 62 Cst.). **Sans ces compétences de base, un individu ne peut être dit libre** au sens de la conception relationnelle et, partant, ne peut exercer pleinement sa responsabilité au sens où l'exige l'art. 6 Cst. 36

Au-delà des compétences de base, la réflexion doit être élargie vers d'autres éléments de cette compétence à être responsable de soi-même, par exemple les déterminants sociaux, physiologiques ou autres facteurs contextuels. S'il est plus facile d'être responsable de soi-même en étant jeune, riche et en bonne santé, l'exigence de responsabilité devrait donc s'accompagner d'un engagement à combattre les barrières à la liberté et à **la compétence à être responsable**. Cette réflexion est particulièrement valable pour les déterminants sociaux qui peuvent être modifiés par le biais de politiques publiques. Exprimés dans le cadre d'une exigence d'égalité et de lutte contre la discrimination, certains de ces déterminants sont mentionnés par l'art. 8 al. 2 Cst. De plus, cette réflexion devrait être lue en lien avec l'exigence d'égalité des chances (art. 2 al. 3 Cst.). 37

La question est plus ardue pour les quelques déterminants physiologiques (par exemple génétiques) qui ne peuvent être ramenés à des déterminants sociaux (directement du moins). En effet, la première composante de l'art. 6 Cst. ne connaît pas d'équivalent au concept « selon ses forces », que l'on trouve dans la deuxième composante (*infra*, N. 59).[65] Ce concept a le mérite de rappeler que nous ne sommes pas égaux face à l'exigence de responsabilité sociale. L'argument proposé ici serait de reconnaître la même limite pour la responsabilité de soi-même : nous ne sommes **pas égaux face à la capacité** 38

64. Cette question peut par exemple être appréhendée par l'approche des « capabilités » de Sen et Nussbaum. Pour une présentation générale de cette approche, voir Robeyns/Byskov, § 2.2.
65. L'idée est également présente dans les normes d'imposition fiscale (« selon sa capacité », Art. 127 al. 2 Cst.) et dans le préambule (avec mention du plus faible, mais sans mention des compétences nécessaires pour « user de sa liberté »).

à être responsable de nous-mêmes. Ainsi, on peut lire la jurisprudence évoquée plus haut (*supra*, N. 23) à la lumière de cette (in)égalité face à la capacité à être responsable de soi-même. Ce constat devrait être particulièrement pertinent pour aborder les questions d'exigibilité (*Zumutbarkeit*).[66] Lorsque l'art. 6 Cst. est mentionné dans le contexte des efforts exigibles d'une mère de famille souffrant de problèmes de santé pour subvenir aux besoins de ses proches, l'exigence de responsabilité pour soi-même doit être interprétée de manière contextuelle. Les compétences permettant la liberté et la responsabilité dans le cas spécifique de la personne et de sa situation doivent être mobilisées pour interpréter le niveau d'exigibilité à l'aune de l'art. 6 Cst.[67]

3. Relations avec le principe de subsidiarité

39 L'art. 6 Cst. est souvent utilisé dans le contexte d'une discussion sur le principe de subsidiarité. Même si la doctrine semble largement acquise à cette thèse de la **subsidiarité induite par l'art. 6 Cst**.,[68] il importe néanmoins de distinguer deux niveaux d'analyse.

40 Un *caveat* avant de poursuivre : la dimension de subsidiarité découlant du primat de la responsabilité pour soi-même ne doit pas être confondue avec la subsidiarité institutionnelle de l'art. 5a Cst.[69] Sur le rapport entre l'art. 5a Cst. et l'art. 6 Cst., Gächter et Renold-Burch notent que l'art. 5a Cst. doit être compris comme une norme de compétences dans l'Etat fédéral, tandis que l'art. 6 Cst. traite **des relations entre individus, Etat et société**.[70] La subsidiarité mentionnée par l'art. 41 al. 1 Cst. est plus proche de l'art. 6 Cst.

41 A un premier niveau d'analyse, l'art. 6 Cst. fonde certainement une subsidiarité générale pour l'action de l'État à l'encontre des personnes. La responsabilité individuelle semble **primer l'action de l'État**, qui n'intervient qu'à titre subsidiaire. A un deuxième niveau, et c'est un point souvent négligé

66. Gächter, p. 703-704. Il est à noter que Gächter appelle à la prudence dans l'application du principe de responsabilité dans un cas d'espèce. Selon lui, la norme s'adresse avant tout au législateur en vue de réaliser des arbitrages.
67. Les réflexions de Pärli sur le cas spécifique de l'assurance-invalidité et l'exigibilité de certaines mesures vont dans la même direction. Pärli, p. 712 ss.
68. Par exemple, SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 6-7 ; Biaggini, Art. 6 N. 3 ; Studer, p. 265-266.
69. Le TF a considéré qu'il s'agissait de deux dimensions du principe de subsidiarité. TF, arrêt du 31 août 2012, 8C_44/2012, consid. 7.2.
70. BSK BV-Gächter/Renold-Burch, Art. 6 N. 8.

dans les commentaires de cette disposition constitutionnelle, les compétences nécessaires à la liberté et la responsabilité supposent, elles, une action des pouvoirs publics.[71] Comme expliqué plus haut, on ne naît pas libre et responsable, on le devient grâce à l'acquisition de certaines compétences, d'une part, et en éliminant certains facteurs contraignants/limitatifs, d'autre part.

Ce **deuxième lien avec la subsidiarité** comprend alors plusieurs étapes qu'il importe de distinguer car elles peuvent faire l'objet de critiques différentiées. A) La responsabilité de l'individu pour lui-même est première. B) Tous les individus ne sont pas égaux dans leur capacité à être responsable. C) Il faut mettre en place un processus d'égalisation de la capacité à être responsable de soi-même et adopter une approche contextuelle, capable d'appréhender la capacité réelle des individus avant de juger de l'exigibilité de certains comportements. D) La question de la responsabilité de conduire ce processus d'égalisation se pose. Qui est responsable d'aider les individus à devenir responsables d'eux-mêmes ? L'Etat (les pouvoirs publics), la société civile (le tissu associatif) ou encore les individus (par exemple les proches) peuvent être identifiés comme des responsables potentiels. E) En admettant que l'Etat porte au moins une part de cette responsabilité, celui-ci doit agir par le biais d'une instruction de base et par la prévention de certains déterminants sociaux (par exemple à travers la lutte contre les discriminations conformément à l'art. 8 Cst.) en vue de garantir la plus grande égalité des chances possible (art. 2 al. 3 Cst.). 42

Si cet argument est accepté, nous pouvons alors considérer que le principe de subsidiarité (premier niveau) requiert et suppose une **action étatique sur les conditions de liberté et de responsabilité** (deuxième niveau, conditions de possibilité et d'égalisation de la capacité à être responsable de soi-même). À titre d'exemple, on peut établir un nouveau type de lien normatif, par exemple entre le droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.), l'instruction obligatoire (art. 62 Cst.) et l'art. 6 Cst. La mise en œuvre des art. 19 Cst. et art. 62 Cst. 43

71. Gächter décrit ainsi la conception libérale qui sous-tend, selon une doctrine majoritaire, l'idée de responsabilité pour soi-même : « (...) darf und soll der Staat grundsätzlich davon ausgehen, dass die Einzelnen für ihr Leben im Allgemeinen und die Existenzsicherung im Besonderen Selbst- bzw. Eigenverantwortung tragen. » Cela est parfaitement correct, mais incomplet tant que la dimension de réalisation de cette capacité n'est pas posée clairement. Gächter, p. 695. A l'inverse, Pärli traite directement de ce problème d'inégalité face à la responsabilité. Pärli, p. 710 ss.

peut être conçue comme condition préalable au recours à l'art. 6 Cst. (premier niveau). Si l'instruction n'est plus obligatoire et gratuite, les individus voient leur capacité à la liberté et à la responsabilité diminuer drastiquement, et l'idée de primat de cette même responsabilité individuelle devient donc plus difficile à défendre. Le même type de conditionnalité peut se lire dans l'approche contextuelle de l'exigibilité mentionnée plus haut (*infra*, N. 37). Dans une situation particulière, par exemple les affaires de naturalisation, il importe de juger si l'individu est en mesure d'être responsable de lui-même, cette réflexion exigeant une prise en compte à la fois de la trajectoire personnelle, mais également du contexte de vie (c'est-à-dire des structures sociales) de l'individu.

4. Le cas spécifique des assurances

44 Une question intéressante se pose dans le contexte des effets négatifs qu'un choix effectué par une personne déploie sur d'autres. La difficulté principale n'est pas tant l'effet négatif direct et immédiat et ses conséquences (par exemple un meurtre), mais plutôt l'effet indirect et diffus par le biais des institutions de solidarité mises en place (par exemple l'impact d'un comportement sur les coûts de l'assurance maladie obligatoire). La pertinence de l'art. 6 Cst. dans le cas des assurances sociales rendues obligatoires est à ce titre particulièrement importante.[72] En matière de santé, par exemple, les choix libres et responsables des personnes peuvent conduire à des impacts négatifs, notamment financiers, pour la communauté de solidarité. Selon la conception relationnelle exposée plus haut, l'État oblige les individus à **se protéger et à protéger les autres** de certaines des externalités négatives que leur comportement provoque. On peut alors distinguer deux cas selon l'objet de la responsabilité.

45 Premièrement, si un individu s'adonne à une activité particulièrement dangereuse (appelée « entreprise téméraire »[73]) pour lui-même, par exemple le *base-jump*, on peut l'obliger à contracter une assurance spéciale couvrant ses frais de santé (afin d'éviter que la collectivité ne paie pour son choix). Deuxièmement, si un individu menace d'impacter de manière négative des tiers, on peut également le forcer à contracter une

72. Gächter, p. 698-699.
73. Pour une discussion de la jurisprudence portant sur ce terme, voir TF, arrêt du 6.10.2020, 8C_715/2019, consid. 3.1-3.3.

assurance de responsabilité envers ces tiers, comme c'est le cas pour le conducteur de véhicule. L'assurance remplit ici le rôle de responsabilité pour soi-même pour un individu dans sa capacité à créer des dommages à autrui. Dans le contexte de la pandémie de Covid, Riemer-Kafka appelle les autorités à réfléchir à une **extension de l'obligation de la prévoyance** professionnelle, de l'assurance-chômage et de l'assurance-accidents pour les indépendants. Selon elle, l'expérience de la pandémie a démontré l'incapacité des individus à répondre à certaines situations d'urgence et la nécessité pour l'État d'intervenir en mobilisant des deniers publics.[74] Par analogie avec le *base-jump*, cette extension de l'obligation permettrait de forcer les indépendants à se protéger et donc à garantir leur capacité à être responsables pour eux-mêmes.

46 L'une des questions normatives ouvertes autour de l'art. 6 Cst. porte donc sur la qualification des **conditions dans lesquelles l'État doit et/ou peut intervenir** pour instaurer une obligation pour les individus de se protéger eux-mêmes (l'exemple des indépendants et des *base-jumpers*) et de protéger les autres de leurs choix (l'exemple des conducteurs de véhicules). Dans une perspective relationnelle, l'État force alors les individus à assumer leurs responsabilités pour eux-mêmes ; il les contraint à « se prendre en charge ». L'art. 6 Cst. ne peut être utilisé pour répondre à cette question, puisque c'est précisément la qualification de sa première partie qui est en jeu.

47 Il est essentiel de ne pas confondre la dimension sociétale de la responsabilité individuelle (première composante de l'art. 6 Cst.) et la deuxième composante de l'art. 6 Cst. Cette deuxième composante vise clairement les attentes formulées à l'égard de toutes les personnes quant à leur contribution aux tâches de l'État et de la société, et ce au-delà de l'exigence d'être responsable de soi-même.[75]

74. Riemer-Kafka, p. 142.
75. La Constitution du canton de Bâle-ville du 23.3.2005 (RS 131.222.1) est à ce titre plus claire. Son Art. 6 contient un al. 2 prévoyant que « Jede Person trägt Verantwortung für sich selbst sowie gegenüber den Mitmenschen und der Umwelt », et un al. 3, qui mentionne que « Jede Person trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei ». Ces deux alinéas font apparaître plus clairement cette distinction. La Constitution du canton de Lucerne du 17.6.2007 (RS 131.213) a une structure et un contenu similaire. Voir SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 6-7, BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N. 4.

C. Deuxième composante : responsabilité sociale

48 La deuxième composante de l'art. 6 Cst. traite de la responsabilité sociale: « Toute personne (...) contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société. » De manière générale, les liens entre les deux composantes de l'art. 6 Cst. dépendent largement de la conception de la liberté et de la responsabilité défendue. Dans une perspective relationnelle, être responsable de soi-même traduit l'idée de prévenir un impact négatif sur les autres et donc, d'une certaine manière, de déjà contribuer aux tâches de l'État. Toutefois, la deuxième composante de l'art. 6 Cst. va **plus loin que la prévention par les individus** des effets négatifs de leurs actions. Elle englobe des situations que l'individu n'a pas contribué à faire advenir, mais face auxquelles il a une responsabilité d'agir. Comme expliqué *infra*, la doctrine traite cette dimension de la responsabilité avec le concept de solidarité.[76] Nous verrons également que la mention explicite de la « société » comme lieu de réalisation de la responsabilité sociale est importante et qu'elle participe à la constitutionalisation de la notion de société (civile) (*infra*, N. 56).

1. Les domaines de la contribution découlant de la responsabilité sociale

49 L'exigence générale de la responsabilité sociale de l'art. 6 Cst. porte sur la contribution de l'individu à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société. Cette contribution peut se définir de manière plus ou moins exigeante. A *minima*, nous pouvons la définir comme un devoir de chaque individu de **respecter ses obligations légales**, revenant par-là même à l'idée d'un devoir fondamental de portée générale. La contribution des individus se borne alors à un respect du droit. Comme évoqué plus haut dans la discussion des arguments du Conseil fédéral, l'argument souffre d'une certaine circularité (une obligation juridique de respecter le droit) (*supra*, N. 12). A l'autre extrême, contribuer à accomplir les tâches de l'État et de la société peut presque devenir synonyme d'accomplir ces mêmes tâches.[77] Ce genre d'interprétation maximaliste est difficilement compatible avec une constitution libérale et une société pluraliste.[78]

50 Comment trouver un **chemin praticable entre ces deux extrêmes ?** Il apparaît opportun de distinguer entre les *types* de tâches où la contribution de

l'individu peut légitimement être attendue afin de soutenir l'État et la société et le *niveau d'exigence* de la contribution. Nous aborderons le niveau d'exigence plus bas en traitant du concept « selon ses forces » (*infra*, N. 59).

L'**identification des types de tâches** peut passer par une interprétation des autres normes constitutionnelles permettant d'appréhender les dimensions de cette responsabilité sociale. Chatton identifie ainsi quatre dimensions de cette responsabilité sociale, en se basant notamment sur la lecture du préambule de la Constitution[79] : une responsabilité envers la Création, un esprit de solidarité et d'ouverture au monde, une responsabilité envers les générations futures et une responsabilité de solidarité sociale envers les plus faibles et les plus démunis. Certains de ces éléments se retrouvent d'ailleurs dans l'art. 40 al. 2 Cst., dédié aux droits et devoirs des Suisses de l'étranger. Cet article mentionne (sans distinguer clairement les droits des devoirs) l'exercice des droits politiques au niveau fédéral, l'accomplissement du service militaire et du service de remplacement, l'assistance des personnes dans le besoin et les assurances sociales. Lues ensemble, ces dispositions permettent d'identifier les types de tâches où la responsabilité sociale des personnes est particulièrement engagée. 51

La palette de tâches possibles reste toutefois encore très large. Afin d'affiner l'analyse, nous pouvons tenter une incursion en théorie morale. Dans une **perspective conséquentialiste**, la responsabilité sociale devrait être particulièrement marquée là A) où les besoins sont les plus importants et urgents et B) où, collectivement, les individus sont en mesure d'apporter des changements notables (d'où l'utilisation du terme « contribuer »). En bref, on définirait les domaines de l'art. 6 Cst. en posant la question de la plus grande utilité possible des contributions des individus. 52

La difficulté majeure reste **le risque d'un État qui instrumentalise ses résidentes et résidents**. L'Etat exigerait un engagement des individus et, en 53

77. Le Conseiller fédéral A. Koller fait référence à cette crainte lors des débats parlementaires : « Ich glaube, dass wir unsere Bürgerinnen und Bürger überfordern, wenn wir von ihnen verlangen, dass sie zu direkten Erfüllungsgehilfen des Gemeinwohls werden. Das scheint mir ein zu idealistisches Menschenbild zu sein. » Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 18.3.1998, p. 144.
78. BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N. 12.
76. BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N. 12, Biaggini, Art. 6 N. 3, Mahon, Art. 6, N. 4.
79. Chatton, Art. 6 N. 22.

plus, déterminerait les domaines prioritaires où ceux-ci devraient s'engager[80]. Les deux dimensions présentent une tension avec l'idée de liberté individuelle et de pluralisme.[81] Il est intéressant de souligner ici que l'exigence de contribution formulée dans cette deuxième composante pourrait porter sur les conditions de liberté et de responsabilité de la première composante. Une constellation possible serait celle d'un encouragement des personnes (soit à titre privé, soit à titre d'entreprise) à l'intégration de personnes défavorisées dans une activité économique, permettant par là-même de renforcer leur capacité à être libres et responsables d'elles-mêmes.[82]

54 La question de la responsabilité en matière politique se pose dans ce contexte d'établissement des priorités.[83] On peut lire l'art. 6 Cst. comme **un appel à participer politiquement** (voter/élire), mais également comme un appel à contribuer aux tâches de l'État et de la société par le biais de la politique. Dans un système de milice, il apparaît cohérent que les personnes soient appelées à contribuer au bon fonctionnement des institutions. La crise actuelle de la démocratie communale, notamment la difficulté à trouver des candidates et candidats pour les postes électifs, est souvent abordée sous l'angle de la responsabilité sociale des citoyens.[84] L'art. 6 Cst. pourrait ainsi se comprendre comme un appel à l'engagement politique, qui serait alors l'une des tâches auxquelles les individus sont invités à contribuer. Il est néanmoins important de souligner que la Constitution fédérale ne connaît pas d'obligation explicite de participation politique, à la différence par exemple de la Constitution de Schaffhouse pour ce qui est de la participation aux votations et aux élections.[85]

---

80. Les débats autour des domaines d'affectation des civilistes pourraient servir d'analogie (notamment le caractère prioritaire de certains domaines et l'impact sur le marché du travail). Voir notamment Art. 4 et 6 Loi fédérale du 6.10.1995 sur le service civil (LSC) (RS 824.0).
81. Voir par exemple la critique libérale de René Rhinow (PLR), rapporteur de la Commission. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 20.1.1998, p. 57.
82. Sur ce point, voir Pärli.
83. Sur ce point, SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 13.
84. A titre d'exemple, la commune de Buchrain (Lucerne) est ainsi confrontée, en été 2022, à un cas problématique où un membre sortant de l'exécutif ne peut être remplacé. Aucun candidat ne s'est déclaré, ouvrant la voie à un choix forcé d'un citoyen de la commune. Voir https://www.zentralplus.ch/politik/in-buchrain-droht-einem-gemeinderat-die-wahl-wider-willen-2425999/ (page consultée le 13.5.2023). De manière plus générale, concernant cette crise, voir notamment Müller/Adler et leur proposition d'introduire un service civique obligatoire.

2. La distinction entre Etat et société

La deuxième composante de l'art. 6 Cst. **distingue l'État de la société** (« à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société »). Selon la doctrine majoritaire, cette distinction n'apparaît pas centrale et vise, avant tout, à adopter la perspective la plus englobante possible.[86] Selon Chatton, pris ici comme exemple de la doctrine majoritaire, la « diversification de même que complexification des tâches et des interactions » plaident en faveur de l'absence de distinction claire entre État et société dans cet article.[87] Il semble toutefois possible d'opposer deux arguments à cette lecture. En effet, la mention explicite de l'État *et* de la société suggère que le constituant a souhaité opérer une distinction. 55

Premièrement, l'idée de responsabilité sociale (l'exigence pour les individus de contribuer à l'accomplissement des tâches) n'apparaît pas dans le même contexte si l'on parle de tâches réalisées par l'État ou par la société (civile)[88]. Dans le contexte de l'action étatique, la responsabilité sociale des individus se concrétise selon certaines modalités spécifiques, par exemple l'idée de respect des obligations légales, fiscales ou encore militaires. Il n'est pas attendu que l'individu s'engage aux côtés des membres de l'administration cantonale et fédérale pour les aider dans leurs missions. Cette lecture axée sur l'État **rapproche la responsabilité sociale de l'idée des devoirs fondamentaux**. L'affaire mentionnée plus haut traitant du respect des obligations fiscales comme condition de naturalisation (à l'aune de l'art. 6 Cst.) illustre ce rapprochement entre responsabilité sociale et devoir de respecter les obligations prévues par l'ordre juridique.[89] Le défi de ce rapprochement consiste ainsi à conserver une distinction entre une responsabilité sociale et des obligations déjà identifiées (par exemple obligation fiscale). Il en va différemment dans le contexte de la société, par exemple la vie associative. 56

85. Chatton, Art. 6 N. 10. Art. 23 al. 2 et 3 de la Constitution du canton de Schaffhouse du 17.6.2002 (RS 131.223).
86. SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 16, BSK BV-Gächter/Renold-Burch, N. 12.
87. Chatton, Art. 6 N. 24.
88. René Rhinow (PLR), rapporteur de la Commission du Conseil des Etats lors des débats parlementaires, pose distinctement ces deux questions. Selon lui, la notion de tâches « de l'Etat » est beaucoup trop vague et celle de tâches « de la société » douteuse sur le plan du respect des libertés individuelles. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 20.1.1998, p. 57
89. TAF, arrêt du 14.6.2022, F-3597/2021, consid. 5.7.2

Dans ce contexte, l'art. 6 Cst. appelle les individus à contribuer à la vie de la société via un engagement hors des structures de l'État.

57 Deuxièmement, la mention explicite de la société à l'art. 6 Cst. participe à faire exister de manière indépendante **la société civile**, et ce par opposition à l'État. Comme l'explique Besson dans son analyse de la Constitution fribourgeoise, la société civile est un concept relationnel, une courroie de transmission : « En bref, et de manière très générale, la société civile regroupe toutes les relations sociales et volontaires qui ne relèvent ni de l'État ou du politique, ni du marché ou de l'économique (société bourgeoise), ni de la famille ou du privé ».[90] La Constitution fédérale ne mentionne le mot de « société » que trois fois (art. 6, 65 (statistique) et 118b (recherche sur l'être humain) Cst. – les occurrences de la société anonyme ne sont ici pas considérées). L'art. 6 Cst. donne **une existence constitutionnelle explicite** à cette « société » et à son importance en tant que lieu de réalisation et réceptacle de la responsabilité sociale.

58 En résumé, l'exigence formulée par l'art. 6 Cst. devrait s'interpréter **de manière circonscrite pour la contribution aux tâches de l'État** (type de tâches). Il s'agit avant tout d'un appel à contribuer selon certaines modalités institutionnalisées, par exemple via un engagement civique. Dans le contexte des tâches de la société, l'appel à la responsabilité sociale peut prendre des formes plus inventives.[91]

59 Dans ces deux domaines (Etat et société), **le niveau d'exigence pour les individus peut varier**. Dans une lecture maximaliste, chaque personne apparaît responsable dans le contexte de l'État (obligations institutionnalisées et minimales, presque similaires à des devoirs fondamentaux) *et* dans celui de la société (obligations plus diverses dans leur forme et plus ouvertes dans le niveau d'exigence). Comme mentionné plus haut, le danger d'un Etat trop exigeant apparaît important. Pour des raisons de respect de la liberté individuelle et de pluralité des opinions, la Constitution ne devrait pas exiger des individus qu'ils deviennent soit des supplétifs de l'État, soit des serfs de la vie associative.

90. Besson, p. 328-329.

91. Elle pourrait à ce titre être mobilisée comme justification (au moins partielle) dans la discussion autour d'un revenu de base conditionnel, lié par exemple à un engagement en matière de durabilité. Voir Swaton pour un exemple.

3. Selon ses forces

Face au danger d'un Etat potentiellement trop exigeant face à des individus eux-mêmes dans des situations très différentes, l'art. 6 Cst. mentionne que chaque personne est appelée à prendre sa responsabilité sociale « selon ses forces ». Cette notion introduit un **paramètre essentiel** dans la détermination de l'étendue de la responsabilité sociale des individus. Ceux-ci ne doivent pas tous s'engager de la même manière ou selon les mêmes exigences, mais selon leurs propres forces. 60

L'art. 6 Cst. introduit donc un principe d'équité dont il faut définir le concept principal, à savoir celui de « forces » (*Kräfte*, *forze*). De manière générale, le concept de forces semble être ici utilisé comme **synonyme de capacités**. On attend de l'individu un engagement selon ses capacités, qui peuvent être à la fois physiques, psychiques, intellectuelles, financières ou liées à une phase de vie (par exemple la retraite).[92] 61

Dans ce contexte, l'individu capable – c'est-à-dire celui qui a de la force – s'oppose à celui qui ne peut pas contribuer à l'accomplissement des tâches. Häberle relie ce concept à l'adage « à l'impossible, nul n'est tenu ».[93] **Si l'individu est dans l'incapacité, il n'est pas justifié d'attendre de lui l'engagement** prévu par l'art. 6 Cst. Cette question d'équité est présente dans de nombreux débats politiques. Par exemple, la question de la flexibilisation de l'âge de la retraite par rapport à la pénibilité des professions pourrait être abordée sous l'angle de la contribution attendue des individus à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société. 62

Par analogie avec la discussion sur les compétences nécessaires à la responsabilité pour soi-même (*supra*, N. 35), la détermination des « forces » (i.e. capacités) pertinentes soulève également des questions morales.[94] Il importe de savoir quels types et quelle étendue de capacités sont présupposés ou, en d'autres termes, **quelles capacités** sont considérées comme « **normales** ». Cette détermination permet ensuite de distinguer entre les 63

92. Par analogie, une charge fiscale proportionnée à la capacité contributive (Art. 127 al. 2 Cst.) est appréhendée par le TF comme l'idée que « chaque citoyen doit contribuer à la couverture des dépenses publiques compte tenu de sa situation personnelle et en proportion de ses moyens ». TF, arrêt du 26.7.2018, 2C_450/2017, consid. 6.1.
93. SGK BV-Häberle, Art. 6 N. 16. Voir Chatton, Art. 6 N. 24. Dans la jurisprudence, TF, arrêt du 25.4.2012, 2C_825/2011, consid. 2.2.3.

individus qui ne peuvent pas et ceux qui ne veulent pas (mais pourraient théoriquement) contribuer à l'accomplissement des tâches.

64 Ce débat sur la « normalité » est lié à la discussion générale sur la définition du handicap et sur les présupposés sociétaux portant sur le capacitisme et le validisme (en anglais *ableism*, de l'adjectif *able*).[95] A ce titre, définir quelle forces (capacités) sont considérées comme une position par défaut nous oblige à clarifier les contours de cette normalité et sa pertinence au moment d'interpréter la responsabilité sociale « selon ses forces » de l'art 6 Cst.

65 Cette limitation à celles et ceux qui sont en situation de capacité ne résout néanmoins pas la difficile question de savoir **combien est attendu** de leur part. L'art. 6 Cst. semble reposer sur un principe général de gradation qui veut que plus un individu a de forces (capacités), plus il est attendu qu'il contribue aux tâches communes. La limite inférieure se définit par l'existence de la capacité. Existe-il une limite supérieure à ce principe ? Chaque individu doit-il contribuer « autant que faire se peut » (aucune limite supérieure) ou, au contraire, « à concurrence de X » (X étant la limite supérieure) ? Définir une limite supérieure serait une réponse aux critiques d'exigences exagérées qui peuvent être soulevées à l'encontre de l'art. 6 Cst. De manière générale, cette question touche à une problématique complexe de théorie morale où il s'agit de déterminer la juste part attendue d'individus mis face à un défi général (comme par exemple le changement climatique[96]). La complexité vient notamment du fait que ce qui est attendu d'un certain individu peut être fonction du comportement des autres individus.

IV. CONCLUSION

66 Ce commentaire offre une approche structurée du contenu de l'art. 6 Cst., dont l'interprétation exige de mobiliser des ressources de théorie du droit et

94. Lors des débats parlementaires, le Conseiller aux Etats Hans Danioth, qui proposa la formulation retenue, explique ainsi : « Die Sozialkomponente kommt im Passus 'nach ihren Kräften' zum Ausdruck und besagt, dass nur solche Beiträge erwartet werden können, die von der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit einer Person her überhaupt möglich sind. » Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, tiré à part, 20.1.1998, p. 56.

95. En Suisse, voir par exemple la prise de position de l'association Agile (organisations de personnes avec handicap) sur cette question. Pour un travail sociologique à l'exemple de l'assurance-invalidité en Suisse, Piecek et al.

de philosophie politique. Même si la portée juridique directe de l'art. 6 Cst. est modeste selon la majorité de la doctrine, sa fonction d'orientation et d'intégration dans l'ordre constitutionnel repose sur une nécessaire clarification des concepts de liberté et de responsabilité (pour les personnes physiques, mais potentiellement aussi pour les personnes morales). A ce titre, l'interprétation de l'art. 6 Cst. cristallise les présupposés et les attentes formulés à l'encontre des individus vivant au sein d'une société. Son existence exige une clarification normative sans cesse renouvelée, à l'exemple de la réflexion sur l'exigibilité de certains efforts individuels.[97] A ce titre, l'interprétation proposée de l'art. 6 Cst. rassemble et, d'une certaine manière, raconte des éléments essentiels de notre vision d'un individu et des attentes qui pèsent sur lui dans une société libérale.

Remerciements

J'aimerais remercier les deux reviewers anonymes, Odile Ammann, Stefan Schlegel, Audrey Boussat, et Martine Rouiller pour leurs retours sur des versions préliminaires du texte.

A propos de l'auteur

Dr Johan Rochel est philosophe du droit. Il est actuellement chercheur au Collège des Humanités (EPFL), spécialiste de droit et d'éthique des technologies, et chargé de cours à l'Université de Fribourg (philosophie du droit) et à l'Université de Lausanne (gouvernance d'internet). Il est également affilié au Centre d'éthique de l'Université de Zürich. Il est docteur en droit de l'Université de Fribourg et possède deux masters de l'Université de Berne (philosophie politique et droit). Il a été Constituant valaisan de 2018 à 2023. Contact : johan.rochel@gmail.com.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Audard Catherine, Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société, Paris 2009.

96. Voir par exemple Hohl/Roser dans le cadre du changement climatique. Voir plus largement Murphy.
97. « Das Mass des staatlich organisierten und mitfinanzierten Sozialschutzes muss im Hinblick auf die steigenden Sozialausgaben und die fürsorgliche Übermacht des Staates laufend austariert werden », Gächter, p. 698.

Bertschi Martin/Gächter Thomas, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Bertschi Martin/Gätcher Thomas, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, pp. 3-32.

Biaggini Giovanni, Verfassungsreform in der Schweiz – Die neue schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 im Zeichen von «Verfassungsnachführung» und Verfassungspolitik, ZöR 1999, pp. 433-474.

Chatton Gregor T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Zürich et al. 2013.

Gächter Thomas, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2018, pp. 693–706.

Häberle Peter, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. éd., Berlin 2008.

Haldemann Frank, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die Schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989.

Koch Markus, Eigenverantwortung als staatsrechtliches Problem, Diss., Luzern 2004.

Nussbaum Martha, Women and Human Development: The Capabilities Approach, Cambridge 2000.

Pärli Kurt, Das Kreuz mit der Selbstverantwortung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 62/2018, pp. 707-722.

Richli Paul, Staatsziele, Staatsaufgaben und Staatsverwaltung – Streifzug durch neue Kantonsverfassungen und durch den Luzerner Verfassungsentwurf, ZBJV Lucerne 2004, pp. 801 ss.

Riemer-Kafka Gabriela, Die Pflicht zur Selbstverantwortung: Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Fribourg 1999.

Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern et al. 1984.

Schweizer Rainer J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Rüssli et al. (éd), Festschrift für Tobias Jaag, 2012.

Sen Amartya, Human Rights and Capabilities, Journal of Human Development 6(2), 151-166, 2005.

Winiger Benedict et al., (éd.), Recht und Verantwortung/Droit et responsabilité, Stuttgart, 2012.

BIBLIOGRAPHIE

AGILE, Handicap et politique, 2021, https://www.agile.ch/_files/ugd/3b62ac_b03291ee1aa6459292da3c902985ff9c.pdf?index=true, consulté le 16.5.2023.

Aubert Jean-François, Droits et devoirs de l'homme et du citoyen : une symétrie ?, RDAF 1997 I, 1 ss.

Audard Catherine, Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société, Paris 2009.

Bertschi Martin/Gächter Thomas, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: Bertschi Martin/Gätcher Thomas, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, pp. 3-32.

Besson Samantha, La Constitution de la société civile, Revue fribourgeoise de jurisprudence, no spécial, 2005.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 6, in: Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. éd., Zürich 2017.

Chatton Gregor T., Art. 6, in Martenet Vincent et Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, Bâle 2021.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I, 1 ss.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, Kommentierung zu Art. 6, in: Waldmann Bernhard/ Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar Bundesverfassung, 2015.

Gächter Thomas, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2018, pp. 693–706.

Häberle Peter, Kommentierung zu Art. 6, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, 3. Auf., Zürich, 2014.

Haldemann Frank, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die Schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003.

Hobbes Thomas, Léviathan, Paris 2000 (parution originale 1651).

Hohl Sabine/Roser Dominik, Stepping in for the Polluters? Climate Justice under Partial Compliance, Analyse und Kritik (33) 2011, pp. 477-500.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989.

Mahon Pascal, Art. 6, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003.

Müller Markus, Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin/Zelger Ulrich/ Thürer Daniel (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Zurich, 2020.

Müller Markus, Von Freiheit, Überforderung und Bumerangen, ZBl 123 (2022), pp. 1-2.

Müller Andreas/Adler Tibère (éd.), Etat citoyen et citoyens dans l'Etat, Avenir Suisse, 2015.

Murphy Liam, Moral Demands in Nonideal Theory, Oxford 2000.

Ost François, Droits et devoirs de l'homme, in: Hertig Randall Maya/ Hottelier Michel (Hrsg.), Introduction aux droits de l'homme, Genève et al. 2014.

Piecek Martina/Tabin Jean-Pierre/Perrin Céline/ Probst Isabelle, La normalité en société capacitiste - Une étude de cas (assurance invalidité suisse), SociologieS (en ligne) 2017, https://doi.org/10.4000/sociologies.6412.

Rhinow René, Die Bundesverfassung, 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2016.

Riemer-Kafka Gabriela, Beurteilung des AHV-Erwerbsstatus bei Dreiecksverhältnissen, Urteilsbesprechung 9C_589/2019, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 2020.

Robeyns Ingrid/Morten Fibieger Byskov, The Capability Approach, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2023, https://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/, consulté le 16.5.2023.

Schmidt Helmut, Auf der Suche nach einer öffentlichen Moral, 4. éd., Stuttgart 1998.

Schweizer Rainer J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Rüssli et al. (éd), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012.

Studer Melanie, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Zürich 2021.

Swaton Sophie, Pour un revenu de transition écologique, Paris 2018.

Waechter Kay, Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten, Der Staat 1999, pp. 279 ss.

Winistörfer Marc M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung in Schmid Jörg (Hrsg.), Grundrecht und Grundsatz im Lichte
der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021.

Young Iris Marion, Responsibility and Global Justice: a Social Connection Model, Social Philosophy and Policy 23(1), 2006, pp. 102-130.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 10 Cst.

Un commentaire de Corina Heri

PROPOSITION DE CITATION

Corina Heri, Commentary of art. 10 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Heri, art. 10 FC N. XXX

Art. 10 Droit à la vie et liberté personnelle

[1] Tout être humain a droit à la vie. La peine de mort est interdite.

[2] Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement.

[3] La torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction et genèse 113
II. contexte du droit international 114
III. Domaine de protection personnelle 115
IV. Paragraphe 1 : Le droit à la vie et l'interdiction de la peine de mort 117
A. Domaine matériel de la protection 117
B. Droits médiatisés 119
1. Droits de défense 119
2. Obligations positives de protection 122
3. Obligations d'enquête 126
4. L'interdiction de la peine de mort 127
V. Paragraphe 2 : Le droit à la liberté personnelle 128
A. Principes fondamentaux 128
B. Domaine matériel de protection 130
1. Droit à l'intégrité physique 130
2. Liberté de mouvement 133
3. Droit à l'intégrité mentale, à l'autodétermination et à l'épanouissement de la personnalité 137
C. Droits médiatisés 141
D. Restrictions 142
VI. Paragraphe 3 : l'interdiction de la torture 142
A. Fondements 142
B. Portée 143
C. Droits médiatisés 147
VII. L'interdiction de la traite des êtres humains, du travail forcé et de l'esclavage 148
A. Fondements 148
B. Champ de protection matériel 149
C. Droits négociés 149
Lectures complémentaires recommandées 150
A propos de l'auteur 151
Bibliographie 151

I. INTRODUCTION ET GENÈSE

L'art. 10 Cst. protège des aspects élémentaires de l'épanouissement de la personnalité et de l'intégrité physique et psychique : le droit à la vie, le droit à la liberté personnelle et l'interdiction de la torture. Il s'agit d'aspects fondamentaux de l'existence humaine, ce qui fait de cette disposition une "garantie fondamentale de la protection de la personnalité". 1

Avec l'art. 10 Cst., le constituant a intégré dans la Cst. 1999 des droits internationaux et du droit constitutionnel non écrit. Ont notamment été codifiés les garanties des droits de l'homme et les droits fondamentaux à la vie et à la liberté personnelle (reconnus comme droits constitutionnels non écrits par la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral). Le fait que ces droits aient été codifiés dans une seule disposition constitutionnelle (art. 10 Cst.) souligne les liens entre les différents éléments. Ainsi, le droit à la vie et l'interdiction de la torture protègent des aspects fondamentaux de l'intégrité physique et donc de la liberté personnelle. L'interdiction de la peine de mort (art. 10 al. 1 2e phrase Cst.) et l'interdiction de la torture et de toute autre forme de traitement ou de peine cruels, inhumains ou dégradants (art. 10 al. 3 Cst.) constituent les contenus essentiels du droit à la liberté personnelle. 2

Les Cst. de 1848 et 1874 ne contenaient aucune disposition précédant l'actuel art. 10 Cst. Cette disposition a toutefois implicitement maintenu les interdictions de la responsabilité pour dettes (art. 59 al. 2 Cst. 1874) et des châtiments corporels (art. 65 al. 2 Cst. 1874). En outre, la première Constitution fédérale interdisait déjà la peine de mort pour les délits politiques (art. 54 Cst. 1848). 3

Certains éléments du droit à la liberté personnelle n'ont pas trouvé leur expression dans l'art. 10 Cst. mais dans d'autres dispositions constitutionnelles. L'art. 10 Cst. présente donc des recoupements avec ces dispositions. Ainsi, les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité en vertu de l'art. 11 Cst. D'autres éléments ont été codifiés à l'art. 13 Cst. dans le cadre de la protection de la sphère privée, à l'art. 7 Cst. dans celui de la dignité humaine et à l'art. 31 Cst. dans celui des garanties relatives à la privation de liberté. 4

II. CONTEXTE DU DROIT INTERNATIONAL

5 Le droit à la liberté personnelle présente des liens avec différents traités internationaux, en particulier avec les conventions sur les droits de l'homme. Avec ses différents éléments, l'art. 10 Cst. réunit plusieurs droits de l'homme autonomes. Ainsi, la CEDH protège séparément le droit à la vie (art. 2 CEDH), les interdictions de la torture (art. 3 CEDH) et de l'esclavage et du travail forcé ou obligatoire (art. 4 CEDH) ainsi que le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH). En outre, l'article 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) protège différents éléments du droit constitutionnel à la liberté personnelle, tels que l'intégrité physique et mentale, l'autodétermination, les relations sociales et le désir d'avoir des enfants ou de rester sans enfant.

6 L'interdiction de la peine de mort n'est pas couverte par le texte initial de la CEDH. Lorsque la CEDH a été ouverte à la signature le 4 novembre 1950, la peine de mort n'était pas encore considérée de manière générale comme un problème de droit international. Avec le 6e protocole additionnel à la CEDH, entré en vigueur en 1985, les Etats signataires se sont engagés ultérieurement à abolir la peine de mort en temps de paix. Avec le 13e protocole additionnel à la CEDH, entré en vigueur en 2003, cette interdiction a également été étendue aux temps de guerre. Aujourd'hui, le 6e protocole additionnel s'applique aux 46 Etats membres du Conseil de l'Europe ; la Suisse l'a également ratifié en 1987. A l'exception de l'Arménie et de l'Azerbaïdjan, tous les Etats membres actuels du Conseil de l'Europe ont ratifié le 13e protocole additionnel, y compris la Suisse. Compte tenu de ces développements, l'interdiction de la peine de mort est considérée par la doctrine comme un droit international régional contraignant qui continuerait à s'appliquer, par exemple, après une dénonciation de la CEDH ou en cas de conflit armé.

7 Le Pacte II de l'ONU contient également diverses dispositions relatives à la protection de la liberté personnelle. Sont notamment pertinents le droit à la vie (art. 6), l'interdiction de la torture (art. 7), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé ou obligatoire (art. 8), le droit à la liberté et à la sécurité personnelles (art. 9), le droit à un traitement humain en cas de privation de liberté (art. 10), l'interdiction de la détention pour dettes (art. 11) et la liberté de mouvement (art. 12). Certes, le Pacte II de l'ONU n'interdit pas totalement la peine de mort, mais ses possibilités d'application sont limitées (art. 6 al. 2 à 6). En outre, il existe également dans le cadre de cette convention un protocole facultatif visant à abolir la peine de mort, que la Suisse a ratifié en

1994. En outre, selon le Comité des droits de l'homme de l'ONU, il existe une interdiction de réintroduire la peine de mort ; son abolition ne peut donc pas être annulée.

Différents éléments de l'art. 10 Cst. se réfèrent à d'autres accords régionaux et internationaux. Sont notamment pertinentes la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984, la Convention européenne contre la torture de 1987, la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique de 2011 ainsi que les Règles pénitentiaires européennes du Conseil de l'Europe. 8

III. DOMAINE DE PROTECTION PERSONNELLE

La protection prévue à l'art. 10 Cst. est accordée à toutes les personnes physiques vivantes, indépendamment de leur nationalité. La délimitation de ce domaine de protection, en particulier en ce qui concerne le début et la fin de la vie humaine, soulève différentes questions, parfois controversées. 9

Le moment du début de la vie n'est pas défini par la Constitution et les droits de l'homme. La CEDH a laissé cette décision à l'appréciation de l'État. Le Tribunal fédéral n'a pas non plus apporté de réponse définitive à cette question, ce qui conduit à des avis doctrinaux divergents. L'idée selon laquelle les droits constitutionnels de l'enfant à venir peuvent déjà déployer un certain effet (préliminaire) avant la naissance et que ceux-ci s'appliquent au plus tard au moment de la naissance est acceptée sur le fond. Cette question est discutée plus en détail sous n. 16-17. 10

La liberté personnelle de l'art. 10 al. 2 Cst. peut encore déployer ses effets après la mort. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une "titularité post mortem" des droits fondamentaux, mais d'une protection de l'autodétermination et, concrètement, des dispositions prises de son vivant concernant le sort de son propre corps, dont les effets se prolongent dans le temps au-delà de la mort. La protection de ces décisions prime sur les souhaits des proches et présente des liens avec la protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.). En l'absence de dispositions expresses de la personne décédée, les souhaits des proches doivent être pris en compte à titre subsidiaire. Les souhaits de ces derniers bénéficient de la protection de l'art. 10 al. 1 Cst. ainsi que d'une certaine protection des droits de l'homme par l'art. 11

8 CEDH (droit à la vie privée et familiale) et l'art. 9 CEDH (liberté de pensée, de conscience et de religion). Une pesée des intérêts est exigée au cas par cas.

12 L'autodétermination sur le sort de son propre corps comprend également les décisions concernant un éventuel don d'organes. Dans ce contexte, une "solution d'opposition" a été adoptée lors de la votation populaire du 15 mai 2022. Désormais, les organes et les tissus de toute personne pourront en principe être prélevés à des fins de transplantation après sa mort, à condition que la personne décédée n'ait pas consigné son opposition de son vivant et que ses proches ne sachent pas ou ne supposent pas qu'une telle opposition existe. Un consentement explicite au prélèvement d'organes n'est donc plus exigé. Cette solution d'opposition "élargie" devrait continuer à offrir une protection post mortem de la liberté personnelle de la personne décédée. Elle n'intègre toutefois pas les propres souhaits des proches.

13 Les personnes morales ne sont en principe pas titulaires des droits fondamentaux inscrits à l'art. 10 Cst. Baldegger critique cette position de rejet de la doctrine dominante. Le Tribunal fédéral a reconnu que les personnes morales sont titulaires de droits fondamentaux en ce qui concerne la protection de la bonne réputation ou de l'honneur, qui constitue actuellement plutôt un cas d'application du droit à la protection de la sphère privée selon l'art. 13 Cst. En outre, les associations de personnes peuvent également se prévaloir de la liberté personnelle.

14 On peut se demander si les animaux peuvent également être titulaires d'un droit fondamental à la liberté personnelle. Bien qu'il soit clair aujourd'hui que les animaux disposent de certaines facultés qui étaient autrefois encore considérées comme faisant exclusivement partie de l'humanité (p. ex. les sentiments d'empathie), les animaux ne sont pas considérés comme des titulaires de droits fondamentaux au sens de la Constitution. Les cantons peuvent toutefois aller au-delà des normes minimales en matière de droits fondamentaux et de droits de l'homme de la Cst. et de la CEDH. Ainsi, ils peuvent également accorder aux primates non humains un droit propre à la vie et à l'intégrité physique et mentale. En revanche, les systèmes d'intelligence artificielle, par exemple les robots humanoïdes, ne sont pas éligibles à la titularité des droits fondamentaux, car ils ne possèdent pas - du moins pour l'instant - les émotions humaines nécessaires. L'absence d'une vulnérabilité et d'une mortalité semblables à celles des êtres humains devrait également plaider contre la titularité des droits fondamentaux. Par

conséquent, l'applicabilité à de tels systèmes ne semble ni judicieuse ni nécessaire.

IV. PARAGRAPHE 1 : LE DROIT À LA VIE ET L'INTERDICTION DE LA PEINE DE MORT

A. Domaine matériel de la protection

Le droit à la vie constitue le point de départ et la condition préalable de tous les autres droits fondamentaux. Il constitue un droit fondamental qui "englobe l'ensemble des fonctions biologiques et psychiques qui caractérisent l'être humain en tant qu'être vivant". Ce droit fait partie des normes impératives du droit international public et des garanties de la CEDH fondées sur l'état de nécessité. 15

Comme discuté au n. 10, la Cst. et la CEDH laissent ouvert le moment du début de la vie (et donc le moment du début de la protection constitutionnelle par le droit à la vie). Le moment à partir duquel la protection du droit fondamental de la vie en devenir commence est controversé. Ce moment peut revêtir une grande importance, notamment en ce qui concerne les interruptions de grossesse et les questions de procréation médicalement assistée et de génie génétique. La doctrine dominante défend aujourd'hui l'idée que la vie prénatale bénéficie d'une certaine protection constitutionnelle, bien que la nature de cette protection n'ait pas été clarifiée. En ce sens, on s'écarte de l'approche de droit privé selon laquelle la vie ou la personnalité commence à la naissance accomplie. Selon Biaggini, les droits individuels proprement dits n'existent certes qu'à partir de la naissance, mais les obligations de protection de l'Etat peuvent déjà intervenir avant la naissance et le législateur dispose ici d'une marge de manœuvre considérable. Hertig Randall/Marquis partagent ce point de vue et font remarquer que la vie en devenir ne doit pas être assimilée à une chose. Tschentscher voit les choses un peu différemment : selon lui, la protection prénatale de la vie "s'accroît constamment depuis la conception jusqu'à l'étendue complète de la protection à partir de la naissance" ; il n'existe cependant aucun droit sur "les modes d'action qui conduisent à l'état d'être vivant (procréation, naissance)". 16

L'idée d'une certaine anticipation des droits de l'enfant à venir sur la phase prénatale, sans pour autant reconnaître aux enfants à naître un véritable droit 17

à la vie, permet au législateur de tenir compte de la complexité de ces questions et des pesées d'intérêts nécessaires. Ainsi, dans le domaine de l'interruption de grossesse, le droit à l'autodétermination de la personne enceinte est notamment respecté en prévoyant une solution de délai. Le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer cette réglementation (pénale) de l'interruption de grossesse.

18 La Cst. ne fixe pas non plus le moment de la fin de vie. A cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral se réfère à la "mort cérébrale". Dès les années 1970, le Tribunal fédéral a reconnu qu'il n'y avait pas de vie humaine indigne d'être vécue, mais que l'être humain devait être considéré comme mort dès que les fonctions corporelles vitales cessaient totalement et de manière irréversible. Les critères de délimitation correspondants doivent être fixés par la science médicale ; celle-ci se base sans équivoque sur la mort cérébrale. Une réglementation correspondante a été introduite en 2004 dans la loi sur la transplantation : Selon l'article 9 alinéa 1 de cette loi, la mort survient lorsque les fonctions cérébrales humaines, y compris celles du tronc cérébral, "ont cessé de manière irréversible". Certains aspects du droit à la vie continuent toutefois de produire des effets après la mort. Ainsi, dans le cas de décès suspects, il existe un droit fondamental et un droit à l'enquête de l'Etat même après la mort.

19 Selon le message relatif à la Constitution fédérale, l'art. 10 al. 1 première phrase, protège "de manière absolue" contre les atteintes intentionnelles à la vie. Cette conception est toutefois discutable. Selon Biaggini, par exemple, contrairement à l'avis du Conseil fédéral dans le message relatif à la Constitution fédérale, ce droit ne peut pas être compris comme absolu, car les homicides sont autorisés dans certaines circonstances, par exemple (et sous certaines conditions) dans le cadre d'opérations de police et de situations de guerre. La pratique du Tribunal fédéral semble confirmer ce point de vue. Tout homicide intentionnel ne constitue pas une violation des droits fondamentaux ou des droits de l'homme. Le droit à la vie connaît des exceptions pour les actes de guerre légitimes, une exception - à comprendre de manière restrictive - au monopole étatique de la violence pour la légitime défense (art. 15 CP) ainsi qu'une réglementation pour l'homicide exceptionnellement autorisé par la police ou l'armée dans des situations extrêmes. Par ailleurs, il existe des homicides intentionnels commis par des particuliers qui ne s'accompagnent d'aucune violation des droits

fondamentaux ou des droits de l'homme par l'État, car les obligations de protection, d'enquête et de sanction de l'État ont été respectées.

La question de la validité absolue d'un droit se pose indépendamment de la détermination de son domaine matériel de protection. Le droit à la vie ne revendique pas une validité absolue dans la mesure où il permet une pesée des intérêts. La position parfois défendue dans la doctrine selon laquelle les restrictions du droit à la vie devraient être évaluées selon l'art. 36 Cst. est toutefois problématique. Une application par analogie de cette disposition est envisageable, tout en étant d'accord avec l'avis de Hertig Randall et Marquis selon lequel les exigences relatives à l'intérêt public justificatif et à la proportionnalité, notamment, ne peuvent pas être appliquées sans autre. Ces conditions doivent être interprétées de manière restrictive au regard de l'importance fondamentale du droit à la vie, ou alors elles doivent être soumises à des exigences particulièrement élevées. Ainsi, tout intérêt public ne doit pas justifier un homicide et l'acte correspondant doit être absolument nécessaire. 20

En outre, certains éléments du droit à la vie ont une valeur absolue sans équivoque. C'est le cas, par exemple, de l'interdiction de la peine de mort. La notion de peine de mort se réfère aux condamnations à mort prononcées à titre de sanction dans le cadre d'une procédure pénale. Celles-ci sont absolument interdites au sein du Conseil de l'Europe (cf. n. 6) et leur interdiction fait partie du contenu essentiel du droit à la vie. En Suisse, l'interdiction de la peine de mort constitue également une limite matérielle à la révision de la Constitution. Cela se justifie par le caractère impératif de l'interdiction, que la doctrine qualifie parfois aussi de droit international impératif "régional" ou de ius cogens européen. Il est donc inadmissible de réintroduire la peine de mort par le biais d'une révision de la Constitution. Cette interdiction se serait également opposée à la validation de l'initiative de 2010 (qui a échoué dès le stade de la collecte) pour l'introduction de la "peine de mort en cas de meurtre avec abus sexuel". 21

B. Droits médiatisés

1. Droits de défense

Le droit à la vie garantit un droit de défense contre la violence étatique mortelle. Cela ne signifie pas que tout usage de la force par l'État entraînant la 22

mort constitue une violation de ce droit. L'usage de la force par la police ou l'armée, y compris l'usage d'armes à feu, est admissible dans des conditions strictes, même s'il s'accompagne d'un risque de mort.

23 Au niveau fédéral, la loi sur l'usage de la contrainte (LUC) fixe les principes de l'usage admissible de la contrainte policière. L'usage de la contrainte n'est autorisé qu'après une formation spéciale et uniquement pour maintenir ou rétablir une situation légale et doit être soumis à un contrôle strict de la proportionnalité. L'utilisation d'armes doit toujours être une ultima ratio qui doit répondre aux exigences de l'appel et du tir d'avertissement. Le Tribunal fédéral a concrétisé les principes applicables en ce qui concerne les personnes en fuite soupçonnées de crimes graves. Dans ces cas, l'utilisation d'une arme à feu doit toujours être adaptée aux circonstances et proportionnelle. Cela signifie que la personne en fuite doit être particulièrement dangereuse ou encline à la violence. Ces conditions sont concrétisées plus précisément dans la législation cantonale. Il en résulte que les armes à feu ne peuvent être utilisées pour empêcher la fuite que si la personne en fuite est armée ou si elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction qui a blessé ou mis en danger la vie, l'intégrité corporelle ou la santé d'autres personnes et s'il est à craindre que ce potentiel de violence soit également mis en œuvre lors de la fuite.

24 Les exigences décrites dans le paragraphe précédent découlent également de l'article 2 CEDH (ou de la jurisprudence correspondante de la CEDH). Les Etats parties à la Convention sont tenus de mettre en place un cadre juridique (administratif) approprié décrivant les circonstances dans lesquelles l'usage de la force, et notamment des armes à feu, par les autorités de poursuite pénale est autorisé. Il est nécessaire de procéder à un examen de la proportionnalité au cas par cas, en tenant compte de la nature de l'infraction présumée et de la dangerosité de la personne concernée. En outre, le droit national doit assurer un système de mesures de protection adéquates et efficaces contre l'arbitraire, l'abus de violence et les accidents évitables lors des opérations de police.

25 Contrairement à la torture dite "de sauvetage" (voir n. 71), le "tir de sauvetage final" ou "tir de la mort", très controversé, est considéré comme admissible dans certaines circonstances par la doctrine. Il s'agit ici d'homicides intentionnels commis par les forces de sécurité. Le cas du tireur fou de Coire, dans lequel le tribunal cantonal des Grisons a acquitté le commandant de

police responsable, est pris ici comme exemple parfait. L'acquittement pénal de l'auteur des faits ne signifie toutefois pas nécessairement qu'aucune violation des droits fondamentaux ou des droits de l'homme n'a eu lieu. De telles violations peuvent par exemple être dues à une enquête insuffisante ou à un cadre juridique déficient. Des exigences s'appliquent en outre à la planification de l'opération en question. Les forces de sécurité doivent être suffisamment informées et instruites de manière à ce que le droit à la vie des personnes concernées puisse être suffisamment pris en compte, car il s'agit ici d'une atteinte grave au droit à la vie, qui n'est autorisée qu'en tant qu'ultima ratio et dans des situations de danger aigu. Hertig Randall et Marquis excluent de définir de manière abstraite quand un homicide intentionnel par les forces de sécurité est autorisé. Selon eux, cela n'est pas compatible avec l'orientation philosophique de cette disposition ou avec sa nature fondamentale. En revanche, ils considèrent qu'il est admissible d'examiner de manière abstraite les situations dans lesquelles la violence qui pourrait entraîner la mort est autorisée. Ce point de vue est convaincant : il permet d'éviter une normalisation des homicides et de traiter la violence mortelle comme une ultima ratio.

Selon Moeckli, la constellation du tir de sauvetage doit être distinguée de la question de savoir si la disposition relative à l'utilisation d'armes contre des aéronefs de l'art. 92a de la loi militaire autoriserait l'abattage d'un avion civil détourné (un vol dit de "renégociation"). Dans un tel cas (théorique jusqu'à présent en Suisse), des tiers seraient également sacrifiés, ce qui conduit à nier l'admissibilité. Tschentscher est d'accord avec ce point de vue, car la vie des passagers et des membres de l'équipage ferait sinon partie d'un "calcul utilitariste" qui ne serait pas compatible avec la dignité humaine. Le message du Conseil fédéral concernant l'art. 92a de la loi sur l'armée et l'administration militaire est remarquable à cet égard. Celui-ci explique : "Un tel abattage d'avion n'est pas seulement contraire au contenu essentiel du droit à la vie (art. 10 Cst.). Une mise en balance 'vie contre vie', dans laquelle l'Etat sacrifie des êtres humains pour sauver éventuellement un plus grand nombre de personnes innocentes, dégrade en même temps les passagers de l'avion en objets d'une action étatique et viole ainsi également la dignité humaine". 26

2. Obligations positives de protection

27 Le droit à la vie implique également des obligations de protection de la part de l'État. Selon ces obligations dites positives, l'État doit prendre des mesures de protection préventives lorsqu'il existe un danger pour la vie humaine. Cette obligation s'applique à toutes les sources de danger. Elle couvre notamment les menaces émanant d'individus (CEDH, Osman c. Royaume-Uni, blessure d'un élève mineur et meurtre de son père par un ancien enseignant), dans le cadre du système de santé (CEDH, Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal, décès d'un patient à la suite d'une négligence médicale après une opération), dans les établissements institutionnels (CEDH, Center for Legal Resources au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, décès d'un jeune homme rom gravement handicapé mental et séropositif en garde à vue) ou par des catastrophes naturelles (CEDH, Budayeva et autres c. Russie, manquement des autorités à mettre en œuvre les mesures de protection nécessaires face au risque prévisible d'une coulée de boue mortelle).

28 Cette obligation a des limites : L'État n'est "ni obligé ni en mesure d'empêcher totalement les actes de violence entre particuliers". Il s'agit ici d'une obligation d'action de l'État, donc d'une obligation d'agir, et non d'une obligation d'atteindre effectivement un certain résultat. En outre, tout danger imaginable pour la vie ne peut pas obliger l'État à prendre des mesures. En outre, les autorités disposent d'une marge d'appréciation dans le choix des mesures concrètes et l'évaluation se fonde sur les circonstances du cas d'espèce. En outre, l'art. 10 al. 1 Cst. n'exclut pas que des titulaires de droits fondamentaux capables d'agir et pleinement informés puissent consentir volontairement à des risques pour leur vie ou leur santé, par exemple à des interventions médicales à haut risque.

29 Les obligations de protection de l'Etat deviennent applicables dès que les autorités savent ou auraient dû savoir qu'il existe un risque réel et imminent ("real and imminent risk") pour la vie de personnes concrètes (ou identifiées) en raison d'actes criminels commis par des tiers. En présence d'un tel risque, les autorités doivent prendre, dans le cadre de leurs compétences, les mesures dont on peut raisonnablement attendre qu'elles permettent d'éviter le risque. Cela signifie également que l'État doit mettre en place un cadre réglementaire approprié et prendre des mesures opérationnelles préventives afin de protéger le droit à la vie. L'article 2 de la CEDH pose en outre des exigences en matière d'analyse des risques par l'État, exige un examen contextuel et

pose des exigences minimales en matière de protection, en particulier pour les personnes vulnérables. Les personnes vulnérables sont par exemple les détenus ou les victimes de violences domestiques. Ces exigences de protection préventive vont de pair avec des obligations d'enquête de l'Etat (voir ci-dessous).

Actuellement, en ce qui concerne les effets du changement climatique, il est de plus en plus fait référence aux obligations de protection contenues dans le droit à la vie. Dans l'affaire KlimaSeniorinnen, le Tribunal fédéral a constaté que le droit à la vie des recourantes n'était pas encore menacé par les omissions reprochées dans la politique climatique dans une mesure telle que l'on puisse parler d'une atteinte suffisante au sens de l'art. 25a PA. La question des obligations de protection de l'Etat envers les femmes âgées particulièrement menacées par les vagues de chaleur a été soumise à la CEDH. La CEDH a déjà appliqué les obligations de protection relatives au droit à la vie (art. 2 CEDH) et au droit à l'intégrité physique et mentale (art. 8 CEDH) dans des affaires antérieures relevant du droit de l'environnement, par exemple en rapport avec des catastrophes industrielles. Des questions complexes se posent ici, notamment en ce qui concerne la causalité, l'imputation à l'État, la validité extraterritoriale des droits fondamentaux et des droits de l'homme et les preuves relatives à l'imminence du danger. Or, de plus en plus de voix s'élèvent pour voir dans les conséquences sanitaires du changement climatique et dans les effets des catastrophes naturelles qui en découlent une violation du droit à la vie. Cette opinion est également défendue ici en raison des risques graves et irréversibles pour la vie humaine qui se posent à cet égard. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU, qui a rendu les premières décisions internationales en matière de climat dans ce contexte, a toutefois posé des exigences élevées quant au caractère imminent du risque. Ainsi, dans l'affaire Teitiota (où il était question de l'expulsion possible du requérant de l'État insulaire des Kiribati, dans le Pacifique, en raison du climat), ce comité a imposé au requérant une lourde charge de la preuve. Dans le même temps, le Comité a reconnu en principe que de graves dommages environnementaux peuvent porter atteinte au droit à la vie. Cela a été confirmé dans l'affaire Billy contre Australie de 2022. Mais là encore, le Comité est arrivé à la conclusion controversée qu'il n'y avait pas encore de risque suffisamment urgent pour la vie des requérants. Dans le cadre des procédures climatiques en cours devant la Cour européenne des droits de l'homme, il sera peut-être possible de voir si la Cour constatera une violation

30

du droit à la vie ou du droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) ; ces cas devraient poser les jalons pour les affaires climatiques ultérieures - et donc pour l'interprétation correspondante du droit à la vie.

31 Le droit à la vie est également pertinent dans le cadre de pandémies ou d'épidémies. Dans ce contexte également, des mesures étatiques peuvent être nécessaires pour protéger la vie. Dans le cadre de la pandémie COVID-19, Kiener et Moeckli ont par exemple argumenté que le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique obligent l'État à protéger la population - et en particulier les personnes particulièrement vulnérables - contre le virus et à éviter la surcharge du système de santé. La proportionnalité des effets sur les droits fondamentaux des mesures de protection prises en conséquence est toutefois diversement appréciée dans la doctrine. Selon Moeckli, il s'agit ici d'un "exemple quasi exemplaire de conflit de droits fondamentaux" entre les droits à la liberté et le droit à la vie et à l'intégrité physique.

32 Le droit à la vie n'implique aucun devoir de vivre. Les devoirs de protection de l'Etat de l'art. 10 al. 1 Cst. trouvent leurs limites dans le droit à l'autodétermination ; le droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) protège donc aussi un droit à la mort ou au suicide. Mais en même temps, l'État est tenu de protéger les personnes vulnérables contre les risques vitaux qui émanent d'elles-mêmes. Cela signifie que les autorités sont tenues d'empêcher les suicides lorsque la décision n'a pas été prise librement et en connaissance de cause. L'Etat doit empêcher les suicides pour lesquels le consentement n'a pas été donné clairement et avec discernement, ainsi que les suicides publics qui pourraient toucher des tiers.

33 Les personnes détenues capables de discernement sont également titulaires du droit à une mort autodéterminée. L'incarcération crée une relation de statut spécial, dans laquelle s'appliquent des devoirs particuliers de protection et d'assistance de la part de l'Etat. Si les détenus tentent de mettre fin à leurs jours par désespoir de l'incarcération - et non en raison de motifs d'action autonomes -, le devoir de protection s'applique. Ce devoir de protection est particulièrement aigu pour les détenus vulnérables. Ainsi, dans l'affaire S.F. contre la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation du droit à la vie (art. 2 CEDH) après qu'un détenu vulnérable a été retenu pendant quarante minutes sans surveillance dans une cellule de police et s'est suicidé pendant cette période. En revanche, si une personne détenue capable de discernement décide de se suicider pour des motifs

autodéterminés, il existe dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des éléments indiquant que les établissements pénitentiaires - comme tout autre établissement d'utilité publique subventionné par l'Etat - doivent tolérer le suicide assisté dans leurs locaux, sans pour autant devoir fournir une véritable euthanasie. La doctrine argumente parfois que le droit à la mort peut entrer en concurrence avec différents intérêts publics qui pourraient temporairement l'emporter sur le droit à l'autodétermination. Urwyler et Noll, par exemple, mettent en garde contre le fait que l'assistance au suicide pourrait être perçue comme une peine de mort déguisée chez les détenus fatigués. Ils se prononcent en faveur d'une subdivision en deux groupes de cas. Ainsi, les détenus malades en phase terminale devraient avoir accès à l'euthanasie dans les mêmes conditions que la population générale ; ce point de vue est également défendu ici. Pour les détenus dont le désir de mourir est lié aux effets psychiques de la privation de liberté, des délais d'attente, une prise en charge thérapeutique suffisante et des conditions de procédure strictes doivent en revanche être appliquées. On estime ici que les obligations particulières de protection de l'État envers les détenus vulnérables - mais pas l'idée d'expiation ou le but de la peine - doivent être déterminants dans ce contexte.

Des questions particulières se posent en relation avec les détenus en grève de la faim. Les personnes incapables de discernement peuvent faire l'objet de mesures telles qu'une alimentation forcée afin de protéger leur vie ou leur santé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une alimentation forcée peut également s'avérer nécessaire pour les grévistes de la faim convaincus et capables de discernement. Une partie de la doctrine critique avec véhémence cette jurisprudence, car elle ne tient pas compte de la volonté des grévistes de la faim. La CEDH a toutefois considéré que l'alimentation forcée des grévistes de la faim capables de discernement était admissible sous certaines conditions. Elle exige que l'alimentation forcée soit médicalement nécessaire, que les garanties de procédure correspondantes soient respectées et que le mode d'alimentation forcée ne soit pas contraire à l'art. 3 CEDH. Parallèlement, selon la jurisprudence récente, il n'y a pas d'obligation étatique de recourir à l'alimentation forcée si les personnes concernées mènent leur grève de la faim de leur plein gré et sont suffisamment informées des risques et des formes de traitement disponibles. 34

35 Contrairement à l'euthanasie active, l'assistance au suicide (ou "euthanasie passive") n'est pas punissable en Suisse - sauf en cas de "mobile égoïste" (art. 115 CP). Les lacunes réglementaires dans ce domaine, notamment pour l'assistance organisée au suicide par des organisations d'assistance au suicide et pour les personnes souhaitant mourir mais ne souffrant pas de maladies mortelles, doivent être évaluées de manière critique. Une chambre de la CEDH a déjà critiqué cette situation en 2013 dans l'affaire Gross. L'arrêt correspondant a été annulé par la Grande Chambre, car le décès intermédiaire de la requérante avait été dissimulé à la Cour, ce qui a été considéré comme un abus du droit de recours individuel. De manière générale, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que la CEDH ne garantit pas le droit à l'euthanasie.

3. Obligations d'enquête

36 Le droit à la vie oblige l'État à garantir l'efficacité des enquêtes et des poursuites en cas d'homicide. Pour protéger ce droit, l'État doit réagir aux présomptions selon lesquelles un homicide illégal a eu lieu. Dans le contexte du droit pénal, ce devoir d'enquête signifie qu'en cas de suspicion de violation de l'interdiction de l'homicide, il existe une obligation de poursuivre l'auteur.

37 Dans ce contexte, la CEDH impose des exigences élevées à l'enquête nationale. Initialement formulées pour les décès survenus sous l'effet de la violence étatique, ces obligations s'appliquent aujourd'hui également à d'autres situations dans lesquelles une personne subit des blessures mettant sa vie en danger ou décède ou disparaît dans des circonstances violentes ou suspectes. Une enquête d'office, qui doit être indépendante, est exigée. Cette enquête doit être capable (a) de déterminer si la violence en question était justifiée, (b) d'identifier les responsables et (c) d'aboutir, le cas échéant, à une sanction. Les autorités doivent prendre toutes les mesures proportionnées pour préserver les preuves et leurs conclusions doivent être basées sur une analyse complète, objective et impartiale de tous les éléments pertinents. En outre, l'enquête doit être accessible à la famille de la victime dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver ses intérêts. Si les événements en question sont entièrement ou en grande partie du ressort des autorités, par exemple parce que la personne concernée était privée de liberté au moment déterminant, il y a un renversement de la charge de la preuve. Dans de tels

cas, les autorités sont tenues de fournir des explications sur les blessures et les décès survenus pendant la détention.

Les obligations d'enquête de l'État exigent en principe une action et ne constituent pas une obligation d'obtenir un certain résultat ou une condamnation. En outre, l'obligation de poursuivre et de punir n'est pas absolue. Il est également possible d'y renoncer pour des raisons objectives, comme les intérêts de l'État ou de la politique criminelle. Ainsi, pour des raisons particulières, des lois d'amnistie peuvent être autorisées, même si elles ont pour conséquence que des homicides restent impunis. 38

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en cas d'homicide involontaire ou de mise en danger de la vie d'autrui par négligence par les autorités, il suffit que les victimes ou leurs proches ne disposent pas d'une procédure pénale, mais d'une procédure administrative. De telles procédures doivent pouvoir établir la responsabilité éventuelle de l'Etat et être en mesure d'accorder une indemnisation appropriée. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les procédures non pénales peuvent également satisfaire aux obligations d'enquête de l'art. 2 CEDH. Cette approche est à saluer dans la mesure où elle crée des alternatives convaincantes à une "culture de la condamnation" basée sur les droits de l'homme, qui privilégie le droit pénal comme moyen de protection des droits de l'homme. En Suisse, cette approche a toutefois pour effet regrettable de priver les plaignants privés de la légitimité de déposer un recours en matière pénale dans le cadre de procédures pénales contre des fonctionnaires, conformément à la "pratique Star" du Tribunal fédéral. 39

4. L'interdiction de la peine de mort

Comme nous l'avons exposé au n. 6 ci-dessus, l'interdiction de la peine de mort est considérée comme un droit international régional impératif. 40

L'interdiction de la peine de mort implique également l'interdiction de l'extradition ou du refoulement vers des pays tiers où il existe une possibilité que la peine de mort soit demandée, prononcée ou appliquée. S'il existe des indices suffisants (selon le TF, "tout risque" suffit ; selon la CEDH, il doit y avoir un "risque réel") que la personne concernée pourrait être menacée de la peine de mort, par exemple après son extradition dans le cadre de la coopération internationale en matière pénale, elle ne peut pas être extradée. 41

L'extradition ou l'expulsion n'est possible qu'après avoir obtenu l'assurance que la peine de mort ne sera ni requise, ni prononcée, ni infligée à la personne concrètement concernée. Une règle similaire s'applique dans le cadre de l'interdiction de la torture : le principe de non-refoulement interdit l'expulsion vers des États dans lesquels la torture ou d'autres types de peines ou traitements cruels et inhumains sont imminents. Ces deux interdictions se recoupent dans la mesure où le fait d'attendre l'exécution d'une condamnation à mort peut constituer une violation de l'interdiction de la torture.

V. PARAGRAPHE 2 : LE DROIT À LA LIBERTÉ PERSONNELLE

A. Principes fondamentaux

42 Le droit à la liberté personnelle constitue, même après sa codification à l'art. 10 al. 2 Cst. et l'intégration de certains aspects partiels de ce droit dans d'autres dispositions constitutionnelles, "le droit fondamental à la liberté" et une "garantie fondamentale de protection de la personnalité". Ce droit doit garantir aux titulaires de droits un minimum de possibilités d'épanouissement personnel et constitue donc, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, "le droit fondamental à la liberté". Les conditions d'exercice effectif d'autres libertés sont ainsi protégées.

43 L'art. 10 al. 2 Cst. mentionne expressément trois domaines partiels protégés de la liberté personnelle : l'intégrité physique, l'intégrité mentale et la liberté de mouvement. Cette énumération n'est toutefois pas exhaustive. L'art. 10 al. 2 Cst. englobe en outre, en tant que droit fondamental subsidiaire, toutes les autres libertés élémentaires nécessaires à l'épanouissement de la personnalité et à la protection de la dignité humaine. Le domaine de protection de la liberté personnelle est délimité en fonction des circonstances du cas d'espèce ainsi que du type et de l'intensité de l'atteinte. Le Tribunal fédéral définit donc les différents éléments de la liberté personnelle au cas par cas, en appliquant une réserve de minimis qui limite l'applicabilité de cette disposition aux aspects élémentaires de l'épanouissement de la personnalité. Cela signifie qu'en Suisse, "chaque possibilité de choix ou d'activité de l'être humain, aussi accessoire soit-elle", n'est pas protégée ; l'art. 10 al. 2 n'offre pas de protection des droits fondamentaux d'une "liberté d'action générale" que

l'on peut invoquer contre tout acte étatique qui touche à l'organisation de la vie personnelle. La liberté personnelle ne protège pas non plus "contre tout malaise physique ou psychique". Dans ce sens, le Tribunal fédéral a par exemple exclu du domaine de protection de la liberté personnelle les interdictions de faire de la planche à voile sur le Sihlsee ou de naviguer sur une partie du lac de Zurich.

Certains éléments de l'ancienne protection non écrite de la liberté personnelle n'ont pas été codifiés à l'art. 10 Cst. mais dans d'autres dispositions constitutionnelles. Ainsi, des recoupements peuvent apparaître entre l'art. 10 Cst. et l'art. 11 Cst. (protection des enfants et des jeunes), l'art. 13 Cst. (protection de la sphère privée), l'art. 7 Cst. (dignité humaine) ou l'art. 31 Cst. Selon Schweizer, l'art. 10 al. 2 Cst. joue le rôle d'un droit fondamental (subsidiaire) de référence. Selon Biaggini, cela ne doit toutefois pas signifier que cette disposition est totalement supplantée lorsqu'il y a un concours de droits fondamentaux. Baumann conteste en ce sens la subsidiarité des contenus partiels expressément mentionnés à l'art. 10 al. 2 Cst. En ce qui concerne la délimitation de l'art. 10 al. 2 et de l'art. 13 al. 1 Cst., le Tribunal fédéral a reconnu qu'il était difficile de séparer clairement les domaines de protection et que la doctrine "ne s'efforçait pas d'établir une délimitation claire". En même temps, il a souligné que l'art. 10 al. 2 Cst. "concerne de manière plus directe l'intégrité de l'être humain dans ses différentes manifestations" que ne le fait la protection de la sphère privée à l'art. 13 al. 1 Cst. Dans la jurisprudence récente concernant la collecte et la transmission de données proches de la personnalité, le Tribunal fédéral a omis de faire une délimitation précise et a plutôt retenu que les deux domaines de protection se recoupent. 44

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la délimitation entre l'art. 10 al. 2 Cst. et la protection de l'intégrité des enfants et des jeunes selon l'art. 11 Cst. Ce qui est clair, c'est que ces deux dispositions se recoupent et que l'ancrage dans les droits fondamentaux de la protection de l'intégrité des enfants et des jeunes doit déclarer cette exigence prioritaire du point de vue du droit constitutionnel. En conséquence, l'art. 11 Cst. contient une "précision relative à la liberté personnelle" qui met particulièrement l'accent sur le bien de l'enfant et peut influencer l'évaluation de l'intensité ou de la proportionnalité d'une atteinte aux droits fondamentaux (art. 36 al. 1 et 3 Cst.). 45

46 Le système de la CEDH est différent. L'art. 8 CEDH (protection de la vie privée et familiale), le pendant de l'art. 13 Cst., inclut la protection de l'intégrité physique et corporelle dans la protection de la vie privée. Dans le contexte de la CEDH, la protection de la vie privée et familiale joue le rôle de droit fondamental subsidiaire par rapport à différents droits conventionnels, par exemple l'art. 2 CEDH (droit à la vie) et l'art. 12 CEDH (droit au mariage).

B. Domaine matériel de protection

1. Droit à l'intégrité physique

47 Le droit à l'intégrité physique (ou intégrité corporelle) est un élément central de la dignité humaine et protège en principe le corps humain contre toute atteinte. Pour être couvertes par l'article 10, paragraphe 2, de la Constitution, les atteintes physiques ne doivent pas atteindre un niveau minimal de dommage ou de douleur. Comme le constatent à juste titre Malinverni, Hottelier, Hertig Randall et Flückiger, aucune action de l'Etat sur le corps n'est concevable si elle n'affecte pas d'une manière ou d'une autre la liberté personnelle. Même les interventions indolores ou médicalement justifiées portent donc atteinte à la liberté personnelle, le consentement de la personne concernée jouant un rôle central dans l'appréciation de la conformité aux droits fondamentaux (voir ci-dessous).

48 Selon Hertig Randall et Marquis, la notion de "corps" englobe également les objets qui sont fixés au corps, comme les prothèses. En revanche, les vêtements ne constituent pas une partie du corps et la doctrine se demande si la palpation du corps est couverte par les vêtements. Dans ce cas, l'opinion est que de tels contacts doivent également entrer dans le champ de protection de l'art. 10 al. 2 Cst. et pas seulement lorsqu'ils concernent les parties intimes. Il doit en aller de même pour les contacts avec des gants, par exemple, si la protection de l'intégrité corporelle ne doit pas être vidée de sa substance. Enfin, il n'existe dans ce contexte aucun seuil minimal concernant le type ou l'intensité du contact.

49 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les mesures étatiques telles que les prises de sang, les vaccinations obligatoires, la fluoration de l'eau du robinet, l'alimentation forcée, les prélèvements de la muqueuse de la joue pour établir un profil ADN, le rasage forcé, la prise d'empreintes digitales ou de photographies et même le prélèvement de quelques cheveux en vue d'un test

de drogue ou d'alcool entrent dans le champ de protection du droit à l'intégrité physique. En revanche, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le fait d'ordonner un prélèvement d'urine relevait du domaine de protection de la liberté personnelle, étant donné que cette mesure n'obligeait les personnes concernées qu'à "livrer pour analyse une petite quantité d'une substance que le corps élimine de toute façon". Dans la doctrine, certains plaident pour que de telles mesures tombent également dans le domaine de protection de l'art. 10 al. 2 Cst. puisqu'elles contournent la volonté autodéterminée de la personne concernée. Le fait qu'aucun minimum de dommage ou de douleur ne soit exigé pour que le droit à l'intégrité physique soit touché plaide à nouveau en faveur de cette opinion. En même temps, il faut noter qu'il y a ici des recoupements avec la protection de l'autodétermination informationnelle en tant que contenu partiel de l'art. 13 al. 2 Cst. lorsqu'il s'agit d'informations obtenues au moyen d'un échantillon d'urine.

Selon Schweizer, la protection de l'intégrité corporelle englobe également les influences gênantes, mais sans contact, comme le bruit ou la fumée. Un contact effectif avec le corps humain n'est pas nécessaire à cet effet, de sorte que les atteintes à l'environnement telles que les émissions de fumée ou de bruit peuvent également entrer dans le champ de protection de l'art. 10 al. 2 Cst. Tschentscher fait une délimitation un peu différente : il argumente que tout contact tombe déjà dans le domaine de protection du droit à l'intégrité physique ; en revanche, les mesures sans contact, comme les photographies, tomberaient sous la protection de la sphère privée selon l'art. 13 Cst. 50

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des atteintes légères à l'intégrité corporelle, qui n'infligent ni douleur ni blessure (cf. à ce sujet n. 47 - pas de degré minimal de dommage ou de douleur), peuvent constituer en même temps des atteintes graves à l'autodétermination en matière d'information en tant que contenu partiel de l'art. 13 al. 2 Cst. C'est le cas, par exemple, du prélèvement d'un frottis de la muqueuse de la joue ou de la prise d'empreintes digitales. C'est ce qu'a reconnu le Tribunal fédéral en tenant compte du "potentiel de contrôle" des profils d'ADN. 51

Il est important pour l'évaluation d'interventions médicales, comme par exemple un prélèvement de sang, de savoir si la personne concernée a donné son consentement. Pour qu'un consentement valable puisse être donné, les patients doivent avoir reçu des informations complètes et compréhensibles 52

sur la décision en question et sur leur situation personnelle. Si le consentement n'est pas obtenu, il s'agit en principe toujours d'une atteinte grave à la liberté personnelle.

53 En cas de traitement médical forcé, comme une vaccination obligatoire, un examen dentaire obligatoire ou une radiographie obligatoire, il y a en principe toujours atteinte à l'intégrité physique. C'est également le cas lorsque le traitement vise à rétablir l'intégrité physique ou mentale. Les patients ont le droit d'être pleinement informés sur les interventions médicales et doivent pouvoir décider eux-mêmes librement s'ils souhaitent se soumettre à un traitement. Les patients incapables d'agir disposent également de ce droit, pour autant qu'ils soient capables de discernement en ce qui concerne le traitement en question. La volonté des mineurs capables de discernement doit également être respectée dans ce contexte.

54 Dans le cadre de la pandémie COVID-19, l'admissibilité d'une obligation générale de vaccination a été discutée en termes de droits fondamentaux. Il convient de faire la distinction entre les obligations de vaccination disproportionnées et imposées par la contrainte physique, les recommandations de vaccination admissibles et les obligations de vaccination éventuellement admissibles. Comme les obligations de vaccination constituent une atteinte à la liberté personnelle au sens de l'art. 10 al. 2 Cst, elles doivent satisfaire aux exigences de l'art. 36 Cst. La Cour européenne des droits de l'homme est également d'avis que les vaccinations obligatoires peuvent être justifiées pour garantir la protection de la santé de la population et en particulier des personnes vulnérables ; les Etats disposent d'une large marge d'appréciation en matière de santé.

55 Pour les patients incapables de discernement, les interventions médicales ne peuvent avoir lieu qu'avec le consentement du représentant légal et pour le "bénéfice direct" de la personne concernée. Ainsi, des interventions concernant des personnes souffrant de troubles mentaux graves peuvent avoir lieu sans leur consentement si le traitement est nécessaire pour éviter une atteinte grave à la santé et si des mesures de surveillance suffisantes sont prises. Pour certaines formes d'intervention sur des patients incapables de discernement, on peut toutefois se demander si l'autodétermination corporelle constitue un droit absolument personnel et donc hostile à la représentation. On pense ici par exemple aux opérations génitales sur des enfants intersexués. L'argument selon lequel de telles interventions ne

peuvent avoir lieu que lorsque l'enfant a pu raisonnablement prendre la décision en fonction de son âge est convaincant à cet égard.

Le droit à l'autodétermination concernant l'intégrité physique comprend le droit à l'autodétermination reproductive (voir n. 75) et protège entre autres les droits des personnes trans* et non binaires. L'art. 8 CEDH est violé si la reconnaissance juridique du nom et du sexe des personnes trans* est subordonnée à la condition que la personne concernée ait subi certaines interventions chirurgicales. Les tribunaux suisses ont partiellement devancé cette évolution relativement récente et bienvenue de la jurisprudence de Strasbourg ; une modification correspondante du code civil n'est toutefois intervenue que plus tard. L'art. 8 CEDH est également violé lorsque les opérations de réassignation sexuelle sont subordonnées à la stérilisation définitive de la personne concernée. 56

Le droit à l'autodétermination physique ne concerne pas seulement les interventions médicalement nécessaires, mais aussi les interventions volontaires et esthétiques, comme les tatouages, les piercings ou les dons de sang. En conséquence, les interdictions de telles interventions constituent des restrictions au droit à l'intégrité physique. Ici aussi, l'importance du consentement des personnes concernées par les interventions physiques se dessine. Ainsi, les interventions involontaires de ce type devraient constituer une violation de l'article 10 paragraphe 3 de la Constitution. 57

2. Liberté de mouvement

Également décrite comme le "droit d'aller et de venir", la liberté de mouvement protège - par analogie avec l'art. 31 Cst., l'art. 5 CEDH et les art. 9 et 11 du Pacte II de l'ONU - en premier lieu contre les restrictions et les privations de liberté injustifiées. Cet aspect spatial constitue le plus ancien élément du droit à la liberté personnelle et son origine remonte à la Magna Charta (1215). La distinction entre les privations de liberté et les simples restrictions de la liberté de mouvement est essentielle dans ce contexte, car les privations de liberté font intervenir différents droits procéduraux. 58

On entend par privation de liberté toute mesure étatique "par laquelle une personne est détenue contre son gré ou non dans un lieu déterminé et limité pour [une] certaine durée". Différents critères sont pris en compte, notamment le mode d'exécution, la durée, l'étendue et l'intensité de la mesure 59

ainsi que ses effets sur la personne concernée. Cette définition s'applique aux arrestations, à l'exécution des peines, aux mesures d'internement et aux mesures thérapeutiques stationnaires, à la détention administrative (en vertu du droit des étrangers) et aux placements forcés dans des établissements. Les requérants d'asile qui sont retenus pendant plusieurs jours dans la zone de transit d'un aéroport sont également privés de liberté.

60 L'article 5 de la CEDH contient une liste exhaustive des motifs admissibles de privation de liberté. Afin d'éviter l'arbitraire de l'Etat, ces motifs doivent être interprétés de manière restrictive. Les circonstances du cas d'espèce constituent le point de départ de la distinction indépendante et graduelle entre privation et restriction de liberté en droit conventionnel. Pour distinguer la privation de liberté de la restriction de liberté, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral tiennent compte d'un certain nombre de facteurs tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'application de la mesure en question.

61 Dans ce contexte, l'assignation à résidence prévue à l'article 23o de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) suscite des discussions. Cette disposition est applicable aux "personnes présentant une menace terroriste" selon l'art. 23e al. 1 LMSI, c'est-à-dire aux personnes dont "il faut partir du principe, sur la base d'indices concrets et actuels, qu'elles vont se livrer à une activité terroriste". Les autorités législatives se sont efforcées de distinguer cette disposition d'une détention préventive ou d'une privation de liberté. Néanmoins, ces mesures devraient être considérées comme une privation de liberté et non comme une simple restriction de liberté. Par conséquent, les garanties procédurales correspondantes sont également applicables dans ce contexte. Ce point de vue est conforme à la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle l'assignation à résidence (compte tenu de son étendue et de son intensité) est considérée comme une privation de liberté au sens de l'article 5 CEDH. Il est en outre très douteux qu'une telle privation de liberté puisse être mise en œuvre de manière conforme à la CEDH. L'article 5, paragraphe 1, lettre c CEDH autorise certes les privations de liberté à titre préventif, mais selon la Cour européenne des droits de l'homme, cela "ne permet pas de mener une politique générale de prévention à l'encontre de personnes perçues comme dangereuses par les autorités (...)". Cette disposition doit permettre

d'empêcher des infractions concrètes et la privation de liberté ne doit donc pas durer plus de quelques heures.

Une privation de liberté constitue toujours une atteinte grave à la liberté personnelle et requiert des motifs valables. Par conséquent, la privation de liberté n'est autorisée qu'en tant qu'ultima ratio, lorsqu'il n'existe pas de mesure moins contraignante. Cela vaut en particulier pour les mineurs. En outre, conformément à l'article 36 paragraphe 1 deuxième phrase, de la Constitution, une telle mesure doit être prévue par une loi au sens formel. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'application par analogie de dispositions légales ne permet pas de combler un vide juridique dans ce contexte. Cela vaut au moins lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence constante qui puisse assurer la sécurité juridique et protéger contre l'arbitraire. 62

Les droits procéduraux découlant de l'art. 31 Cst., de l'art. 5 CEDH et de l'art. 9 du Pacte II de l'ONU sont toujours applicables aux personnes privées de liberté. La réserve de la loi et du juge de l'art. 31 al. 1 et 3 Cst. s'applique entre autres. En outre, l'interdiction de la torture selon l'art. 10 al. 3 Cst., l'art. 5 CEDH et l'art. 7 du Pacte II de l'ONU offre également une protection contre les formes de traitement et de punition contraires à la dignité humaine en cas de privation de liberté. 63

Les restrictions à la liberté de mouvement qui n'équivalent pas à une privation de liberté (selon n. 59) peuvent constituer une restriction de liberté. Cette notion s'applique aux restrictions de très courte durée. Dans la jurisprudence, un placement de quatre heures dans une cellule est déjà considéré comme une privation de liberté, alors que dans la pratique pénale du Tribunal fédéral, une privation de liberté nécessitant une indemnisation peut déjà avoir lieu après trois heures. La Suisse n'a pas ratifié le 4e protocole additionnel à la CEDH, qui protège la liberté de mouvement. 64

Une restriction de liberté peut prendre différentes formes. Cette notion recouvre par exemple les mesures de renvoi et d'éloignement, telles que les interdictions géographiques, les arrestations policières de courte durée ou les obligations imposées par le droit des étrangers de ne pas entrer ou de ne pas sortir d'une certaine zone. Les alternatives à la détention, comme le retrait des papiers d'identité comme mesure de substitution à la détention préventive, peuvent également limiter la liberté de mouvement. Des questions se posent également dans le cadre de la mise en œuvre des sanctions de 65

l'ONU, dont les interdictions d'entrée et de sortie peuvent entraîner des atteintes à la liberté de mouvement.

66 Un arrêt du Tribunal fédéral concernant l'encerclement de manifestants du 1er mai pendant deux heures et demie illustre bien la distinction entre privation et restriction de liberté. Le Tribunal fédéral n'a pas considéré cet encerclement comme une privation de liberté en soi. En revanche, si l'on considère l'ensemble de la situation et les trois heures et demie de contrôle de sécurité dans la caserne de police qui ont suivi, le seuil de privation de liberté a été considéré comme atteint.

67 Le consentement de la personne concernée peut jouer un rôle dans la distinction entre une atteinte légitime et une atteinte illégale à la liberté. Par analogie au consentement visé à l'art. 183 CP, il est supposé que la personne concernée a librement consenti à l'intensité et à la durée de la mesure. Ce consentement peut également être implicite. Selon Baumann, celui qui participe à la circulation routière consent à être éventuellement bloqué dans un embouteillage. De même, il faut faire la distinction entre un voyage en avion entrepris de plein gré et un transport de prisonniers par avion : Bien que dans les deux cas, il ne soit pas possible de quitter l'avion pendant le vol, seul ce dernier constitue une privation de liberté.

68 Outre la protection contre les privations et restrictions de liberté injustifiées, c'est-à-dire la "liberté d'aller et de venir", l'art. 10 al. 2 Cst. protège également une "liberté de mouvement" plus étendue. La liberté de mouvement protège la capacité de "se rendre sur la voie publique par des moyens de transport public dans un lieu accessible au public". Un seuil minimal d'intensité s'applique ici. Ainsi, toute restriction minimale à la venue, à la marche ou à la conduite ne constitue pas une atteinte à la liberté de mouvement. Biaggini cite par exemple les contrôles de vitesse comme exemple de restriction n'atteignant pas le niveau d'intensité requis. De même, une interdiction de navigation sur certaines parties du lac n'affecte pas la liberté de mouvement, car la liberté personnelle ne garantit pas le droit de "naviguer sur n'importe quel lac à n'importe quel endroit". Le Tribunal fédéral a porté un jugement similaire sur une interdiction de séjour à la gare de Berne, interdisant à certains groupes de personnes de consommer collectivement de l'alcool à cet endroit ; dans ce cas, ce n'est pas la liberté de mouvement individuelle ou l'accès aux trains qui étaient concernés, mais la formation de groupes, raison pour laquelle la liberté de réunion selon l'art. 22 Cst. s'appliquait.

La liberté de circulation trouve ses limites dans les droits d'autrui, en particulier leur droit à la propriété et à la protection de leur vie privée. La liberté de mouvement ne garantit pas non plus un droit d'accès à certains bâtiments publics, par exemple au sens d'un droit de visite dans les établissements pénitentiaires. Si la liberté de mouvement garantissait un "droit de rester" ou un droit "de se déplacer ou de séjourner à tout moment dans n'importe quel lieu accessible au public", elle se rapprocherait trop d'une liberté d'action générale. Selon Baumann, la liberté de mouvement garantit toutefois un minimum de mouvement physique, ce qui est particulièrement pertinent pour les détenus. La liberté de mouvement se recoupe ici avec l'article 3 de la CEDH. Cela ne doit cependant pas signifier que la liberté de mouvement protège un droit au congé de détention. 69

La liberté de mouvement est particulièrement pertinente pour les personnes souffrant d'un handicap physique. Selon Kaufmann et Senn, des mesures physiques, architecturales, mécaniques ou médicales peuvent particulièrement entraver la liberté de mouvement de ces personnes. La liberté de mouvement peut donc inclure l'accès à des moyens auxiliaires tels que des fauteuils roulants. Cependant, ce droit ne s'applique que si l'aide en question est nécessaire à l'exercice de la liberté de mouvement et ne protège pas un droit général à l'utilisation de certains véhicules et autres aides. 70

La liberté de mouvement comprend en outre diverses autres garanties. La liberté de choisir son propre lieu de résidence et de séjour constitue une forme spécifique de la liberté de mouvement, concrétisée à l'art. 24 Cst (liberté d'établissement). L'interdiction de contracter une dette découle de la liberté de mouvement et de la garantie de la dignité humaine à l'art. 7 Cst. Les effets d'un internement à vie sur le droit à la liberté personnelle, qui peut dans ce contexte se recouper avec la protection de l'art. 10 al. 3 Cst. sont en outre controversés. 71

3. Droit à l'intégrité mentale, à l'autodétermination et à l'épanouissement de la personnalité

La liberté personnelle protège non seulement l'intégrité physique et la liberté de mouvement, mais aussi l'intégrité mentale, qui inclut le droit à l'autodétermination, à l'épanouissement de la personnalité et à un mode de vie individuel. Sont protégés ici le droit d'organiser soi-même les aspects essentiels de sa propre vie ou, en d'autres termes, la conscience individuelle 72

et la formation de la volonté, c'est-à-dire la capacité "d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir en conséquence".

73 Selon la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral, chaque personne avait la liberté de "décider de son mode de vie, en particulier d'organiser ses loisirs, de nouer des relations avec ses semblables et de se tenir au courant de ce qui se passe dans son environnement proche ou lointain". Comme le constate à juste titre Biaggini, cette description risquait d'être assimilée à une liberté d'action générale. Depuis 1975, le champ de protection de ce droit est plus restreint. Le Tribunal fédéral précise ainsi que la liberté personnelle ne protège pas chaque décision concernant l'organisation de la vie personnelle, mais seulement "les possibilités élémentaires qui sont essentielles à l'épanouissement de la personnalité et qui doivent revenir à chaque être humain". Ce droit n'englobe donc pas chaque possibilité de choix ou d'activité accessoire et n'exclut pas non plus tout malaise. Contrairement à l'intégrité physique, Hertig Randall et Marquis appliquent dans ce contexte un seuil d'intensité minimal. Parallèlement, Häfelin, Haller, Keller et Thurnherr sont d'avis que le domaine matériel de protection de la liberté personnelle doit être compris de manière plutôt large, la gravité de l'atteinte devant ensuite être prise en compte dans l'examen de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Compte tenu du rôle de l'art. 10 al. 2 Cst. en tant que droit fondamental subsidiaire, il convient d'approuver cette opinion ; selon l'avis défendu ici, un seuil minimal d'atteinte doit être atteint dans le champ d'application de l'art. 10 al. 3 Cst.

74 La délimitation du domaine de protection de ce droit résulte d'une vaste casuistique. Il est aujourd'hui reconnu que, par exemple, l'autodétermination en matière de reproduction, la mendicité, le droit de déterminer de son vivant le sort de son propre corps et le droit de connaître ses origines relèvent du domaine de protection de la liberté personnelle. La confiscation d'un animal domestique avec lequel le propriétaire entretient une relation affective étroite peut également relever du domaine de protection. Est également protégé le droit à l'épanouissement personnel, qui nécessite la possibilité de participer à la vie sociale et de nouer des relations interpersonnelles. Dans la doctrine, les besoins en matière de santé et l'épanouissement sexuel sont également considérés comme des aspects fondamentaux de ce droit. Selon le Tribunal fédéral, "le développement physique et psychique adapté à l'enfant" fait également partie de l'art. 10 Cst., bien que des problèmes de délimitation avec

l'art. 11 Cst. En outre, les individus jouissent de la liberté de façonner leur apparence, par exemple en choisissant leurs vêtements comme ils l'entendent. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir s'il en résultait également un droit à être nu en public ou à se promener nu. Tant l'obligation générale de porter un masque buccal médical que l'obligation de porter une pièce d'identité sur soi constituent des atteintes à ce droit. Ces atteintes peuvent toutefois être justifiées conformément aux conditions de l'art. 36 Cst., par exemple pour prévenir la violence lors de manifestations sportives ou pour limiter la propagation du virus COVID-19.

Le "profilage racial", qui consiste à contrôler l'identité d'une personne sans raison objective et sur la base de caractéristiques extérieures, telles que la race ou l'ethnie qui lui est attribuée, est notamment contraire à la liberté personnelle. Les éventuelles motivations racistes des contrôles d'identité doivent faire l'objet d'une enquête suffisante. 75

Certaines activités sont exclues du champ de protection de la liberté personnelle. Le droit de jouer de l'argent avec des machines à sous, le droit de consommer des stupéfiants ou le droit de posséder des chiens d'une certaine race ne sont pas élémentaires pour l'épanouissement de la personnalité et ne sont donc pas protégés. Le droit d'acquérir des armes n'est pas non plus protégé. On peut en outre se demander si le fait de fumer dans les lieux publics entre dans le champ de protection de ce droit ; le Tribunal fédéral estime qu'il n'est pas possible de répondre à cette question de manière abstraite, mais il a précisé qu'"il est douteux que le fait de fumer ressortisse de la liberté personnelle". 76

L'art. 10 al. 2 Cst. joue un rôle central dans l'autodétermination en matière de procréation. Il protège le désir de toute personne de décider librement si elle veut avoir des enfants, et quand et combien d'enfants elle veut avoir. Un droit d'accès aux méthodes de procréation artificielle ainsi qu'à la contraception, à l'interruption de grossesse et à la stérilisation volontaire est protégé. Selon le Tribunal fédéral, une obligation d'avorter serait contraire à l'essence même de l'art. 10 al. 2 Cst. et les femmes enceintes ont, dans ce contexte, le droit de "décider elles-mêmes - librement - d'interrompre leur grossesse". Compte tenu de la solution des délais prévue par la loi et de la punissabilité d'un avortement pratiqué après ce délai (n. 17), cela ne signifie toutefois pas que les décisions dans ce domaine peuvent être prises en tout temps de manière autodéterminée. La stérilisation forcée - par exemple en raison d'un handicap 77

mental ou comme condition préalable à la reconnaissance de l'identité de genre des personnes trans* - ne peut pas non plus être conciliée avec la protection de la liberté personnelle. En ce qui concerne la procréation artificielle, ce droit est relativisé par le fait que l'Etat n'est pas tenu de créer des offres en la matière et que l'art. 119 al. 2 Cst. interdit certaines techniques - notamment le don d'embryons et la maternité de substitution.

78 L'art. 10 al. 2 Cst. est également d'une importance capitale pour les personnes qui souhaitent mourir. Comme expliqué plus haut (n. 35), l'assistance au suicide (ou "euthanasie passive") n'est pas punissable en Suisse tant qu'il n'y a pas de mobile égoïste. La volonté réelle de mettre fin à sa propre vie est une manifestation élémentaire de la personnalité et la décision correspondante est de nature éminemment personnelle. En conséquence, la (tentative de) suicide doit rester impunie. Parallèlement, il existe une tension entre le droit à une mort autodéterminée et le devoir de l'État de protéger le droit à la vie conformément à l'art. 10 al. 1 Cst. Ce conflit est résolu par le principe de l'autodétermination, selon lequel le devoir de protection de l'Etat est respecté lorsque certaines conditions relatives à la formation de la volonté des personnes souhaitant mourir sont remplies. Pour cela, l'Etat doit s'assurer que la personne concernée est capable de discernement et qu'elle a un désir de mourir autonome et durable, qui s'est formé sans pression de tiers. La CEDH a également reconnu le droit de décider du moment et des modalités de sa propre fin de vie. La Cour met toutefois au premier plan la protection des personnes particulièrement vulnérables, ce qui peut signifier que l'Etat contraint les personnes souhaitant mourir à continuer de vivre.

79 Le traitement médicamenteux forcé constitue également une atteinte grave à la liberté personnelle. A cet égard, il convient de mettre en balance la liberté personnelle et le devoir d'assistance de l'Etat, qui découle de l'art. 12 Cst (droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse) et de l'art. 7 Cst (protection de la dignité humaine). La limite entre l'assistance étatique et l'autodétermination doit être déterminée au cas par cas et sur la base d'une pesée complète des intérêts.

80 L'art. 10 al. 2 Cst. joue également un rôle important dans l'utilisation d'appareils techniques de surveillance. Les mesures d'identification et la conservation des données correspondantes peuvent toucher au droit à l'autodétermination en matière d'information. Ce droit découle de l'art. 10 al. 2 Cst. et de l'art. 13 Cst. dont les domaines de protection se recoupent à cet

égard. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 13 al. 2 Cst. s'applique en premier lieu à la conservation des données signalétiques. Mais l'art. 10 al. 2 Cst. est également applicable et exige dans ce contexte que toute personne puisse décider du traitement et de la conservation de ses données personnelles par des tiers. Si les appareils de surveillance technique sont utilisés de manière proportionnée, sous contrôle judiciaire et dans le respect de l'obligation de communication ultérieure, l'atteinte correspondante à la sphère de protection de la liberté personnelle peut toutefois être justifiée.

Il en va autrement lorsque des déclarations sont arrachées à une personne contre son gré ou en contournant sa volonté, ou lorsque la formation de sa volonté est entièrement supprimée. De telles mesures portent atteinte à l'essence même du droit à l'intégrité mentale, à savoir "l'espace psychique propre à l'être humain". Cette protection revêt une importance particulière dans le cadre de la garde à vue. Sont par exemple exclues les méthodes d'interrogatoire de l'État qui altèrent la conscience du témoin, comme les narcoanalyses et les sérums de vérité. L'utilisation de détecteurs de mensonges viole également le contenu essentiel de ce droit. De telles méthodes ne doivent pas non plus être utilisées dans des cas exceptionnels, par exemple pour lutter contre le terrorisme. 81

C. Droits médiatisés

Selon le constituant, le droit à la liberté personnelle est principalement un droit de défense. Par conséquent, les droits à une prestation de l'Etat ne naissent que lorsqu'il existe un rapport particulier entre la personne concernée et l'Etat, par exemple dans le cadre d'une privation de liberté. Le droit à la liberté personnelle ne fonde donc pas un droit général d'accès aux moyens nécessaires pour réaliser cette liberté. Ainsi, les individus ont par exemple un droit à l'autodétermination en matière de reproduction ; l'État n'est toutefois pas tenu de mettre en place des offres de procréation médicalement assistée correspondantes. La Cour européenne des droits de l'homme a également constaté dans l'affaire Haas que l'article 8 de la CEDH n'était pas violé si une personne souhaitant mourir n'avait pas accès sans ordonnance à une dose létale du médicament sodium-pentobarbital. 82

Comme le droit à la vie, le droit à la liberté personnelle implique un droit à des mesures de protection préventives de l'Etat en cas de menace sérieuse et concrète de la part de tiers. Cela signifie que l'ordre juridique doit offrir une 83

protection contre la violence entre particuliers. Les obligations d'enquête et de poursuite de l'Etat découlant des articles 3 et 8 de la CEDH s'appliquent aux allégations de mauvais traitements graves, qui atteignent éventuellement le seuil des traitements inhumains ou dégradants.

D. Restrictions

84 Comme d'autres libertés, le droit à la liberté personnelle peut être restreint conformément aux conditions de l'art. 36 Cst. Les atteintes graves - par exemple en cas de privation de liberté ou de médication forcée - doivent être fondées sur une loi au sens formel (art. 36 al. 1 Cst.). En outre, les atteintes à ce droit doivent être proportionnées, ce qui signifie par exemple, dans le cadre d'une incarcération, que les restrictions ne doivent pas aller au-delà de "ce qui est nécessaire pour garantir le but de la détention et le maintien du bon fonctionnement de l'établissement".

85 Dans la jurisprudence antérieure, le droit à la liberté personnelle était décrit comme un "droit constitutionnel imprescriptible et inaliénable". Cette description permettait d'invoquer l'inconstitutionnalité de décisions portant gravement atteinte aux droits fondamentaux à n'importe quel stade de la procédure ; elle ne s'appliquait toutefois qu'à une liste exhaustive de droits fondamentaux. Aujourd'hui, on ne se base plus sur une liste exhaustive de droits, mais sur la gravité des violations des droits fondamentaux en question.

VI. PARAGRAPHE 3 : L'INTERDICTION DE LA TORTURE

A. Fondements

86 L'art. 10 al. 3 Cst. contient l'une des valeurs les plus fondamentales d'une société démocratique : l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette interdiction offre - tout comme l'art. 3 CEDH, l'art. 7 du Pacte II de l'ONU et la Convention contre la torture de l'ONU - une protection absolue qui ne doit pas être relativisée, même dans des circonstances exceptionnelles. Ainsi, cette disposition normalise différents éléments clés de l'intégrité physique et mentale. Elle couvre également des formes de traitement qui sont souvent discutées dans le cadre de l'art. 10 al. 2 Cst. comme la stérilisation forcée, la médication forcée ou l'utilisation de détecteurs de mensonges.

L'interdiction de la torture vise à protéger la dignité humaine, telle qu'elle est définie à l'art. 7 Cst. Cette interdiction fait partie du droit international impératif (ius cogens), ce qui lui permet de jouer un rôle dans la validité des initiatives populaires et dans le cadre de la révision de la Constitution. Par exemple, l'initiative dite "de mise en œuvre" a été partiellement invalidée par l'Assemblée fédérale en 2013, car elle contenait une définition trop étroite du droit international impératif. En raison de la nature absolue de l'interdiction de la torture, les atteintes à son champ de protection ne peuvent jamais être justifiées. Ainsi, personne, pas même les personnes soupçonnées de terrorisme par exemple, ne peut être soumis à un tel traitement. En conséquence, la torture dite "de sauvetage" est interdite pour protéger des tiers. 87

L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a été codifiée dans différentes dispositions du droit national et international. L'interprétation de ces notions est parfois controversée ; certains États tentent de minimiser leurs obligations en la matière. Il existe une convergence de principe entre les différents instruments régionaux et internationaux. 88

B. Portée

L'art. 10 al. 3 Cst. couvre les atteintes qui atteignent un degré minimal de gravité et qui entraînent des souffrances physiques ou psychiques intenses ou des lésions corporelles. Il en va autrement de la protection de l'intégrité physique selon l'art. 10 al. 2 Cst. qui n'exige pas un tel degré minimal (n. 47). Le seuil de l'art. 10 al. 3 Cst. dépend de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et se réfère notamment à la durée du traitement, à ses effets physiques et psychiques et aux caractéristiques de la personne concernée (p. ex. son sexe, son âge et son état de santé et ses autres vulnérabilités). Le but du traitement et l'intention ou les motivations qui le sous-tendent, ainsi que le contexte dans lequel il s'inscrit, doivent également être pris en compte. Les actes cruels, inhumains ou dégradants de l'État sous quelque forme que ce soit ("traitement ou punition") sont interdits, bien que tous les désagréments imaginables ne soient pas couverts par cette disposition. En outre, les notions de traitement et de châtiment ne sont pas toujours clairement distinguées dans la pratique. 89

90 La notion de torture au sens de l'art. 10 al. 3 Cst. est distinguée des traitements ou châtiments "inhumains", "cruels" et "dégradants". Ni la Cst., ni la CEDH, ni le Pacte II de l'ONU ne contiennent de définition de la torture, raison pour laquelle la définition en quatre parties de l'art. 1 al. 1 de la Convention de l'ONU contre la torture peut être utilisée dans la pratique. Il s'agit d'actes qui (i) causent "une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales" ; (ii) sont infligés intentionnellement ; (iii) poursuivent un but répréhensible, c'est-à-dire qu'ils visent par exemple à obtenir des aveux, à punir ou à discriminer la personne concernée, à l'intimider ou à contraindre des tiers ; et (iv) sont infligés ou tolérés par un agent public. La notion de torture exclut expressément la douleur ou les souffrances qui accompagnent les sanctions autorisées par la loi. Cette clause dite "lawful sanctions clause" doit être interprétée de manière restrictive ; elle ne peut légitimer les châtiments corporels ou les violations des exigences minimales en matière de conditions de détention. Cette clause vise à exclure qu'une détention en soi puisse être décrite comme de la torture en raison des souffrances qui y sont nécessairement associées.

91 Les formes de traitement qui répondent aux exigences cumulatives de l'art. 1 al. 1 de la Convention de l'ONU contre la torture relèvent de la notion formelle de torture (ici : torture au sens strict). Cette notion nécessite une délimitation, notamment en raison de la tendance à désigner l'art. 10 al. 3 Cst. ou l'art. 3 CEDH et toutes les formes d'action qu'ils réprouvent, donc également les traitements et les peines inhumains et dégradants, dans leur ensemble comme "interdiction de la torture" (ici : torture au sens large).

92 La Convention contre la torture de l'ONU ne définit pas la torture au sens large, c'est-à-dire les termes "inhumain" et "dégradant". Ces termes se réfèrent à des violations à bas seuil de l'interdiction de la torture (au sens strict) ; Villiger décrit ces seuils comme une sorte d'"échelle". Les barreaux de cette échelle - les notions de torture au sens strict, d'inhumanité et d'humiliation - ont été concrétisés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de sa vaste jurisprudence relative à l'existence de l'art. 3 CEDH en tant qu'état de nécessité. Contrairement à la Cst. et à la Convention de l'ONU contre la torture, la catégorie des traitements ou peines "cruels" n'est pas mentionnée séparément à l'art. 3 CEDH.

93 Il existe une délimitation progressive entre les différents types de traitements et de châtiments qui tombent sous le coup de l'interdiction de la torture au

sens strict. Le seuil le plus bas est celui du traitement dégradant. Celui-ci existe lorsqu'un traitement "provoque des sentiments de crainte, d'angoisse et d'infériorité et est de nature à humilier, à dégrader et, le cas échéant, à briser la résistance physique ou psychique ou à amener quelqu'un à agir contre sa volonté ou sa conscience". Par conséquent, la souffrance purement psychologique peut également constituer une violation de l'interdiction de la torture au sens large. C'est précisément dans le domaine de la violence policière qu'une évolution vers une tolérance zéro se dessine. Dans l'affaire Bouyid c. Belgique, la CEDH a par exemple considéré comme dégradant le fait que des policiers aient donné une gifle à un jeune homme.

Le seuil de traitement ou de peine cruels et inhumains est plus élevé. Ce terme englobe les mauvais traitements qui causent de graves souffrances psychologiques ou physiques. La menace de douleurs indicibles pour qu'un suspect révèle l'endroit où se trouve un enfant enlevé en est un exemple. Une distinction claire entre cette catégorie et l'humiliation n'a cependant pas lieu dans tous les cas. 94

Par rapport aux traitements dégradants ou inhumains, la torture au sens strict est considérée comme une injustice particulièrement grave. En conséquence, elle est associée à une stigmatisation particulière. Pour distinguer la torture des traitements dégradants ou inhumains, on se réfère à la gravité, à l'intention sous-jacente et à l'objectif de l'acte en question. Ces critères ne sont pas nécessairement appliqués de manière cumulative. Ainsi, il peut y avoir torture (au sens strict) même si l'auteur n'avait pas l'intention de contraindre ou de punir la victime. Dans certains cas, il n'y a pas de délimitation et le type de traitement ou de punition réprouvé n'est pas précisé. Si une telle délimitation a tout de même lieu, il est souvent, mais pas toujours, fait référence dans la pratique à la gravité de la souffrance vécue. 95

L'interdiction de la torture au sens large revêt une importance particulière, notamment en ce qui concerne les conditions de détention. L'art. 10 al. 3 Cst. protège contre les conditions de détention contraires à la dignité humaine, telles qu'elles peuvent exister par exemple dans des prisons surpeuplées. En outre, les détenus doivent être protégés contre la violence. D'une manière générale, les humiliations et les dégradations inutiles sont inadmissibles. Par exemple, les prévenus ne doivent pas être exposés dans une cage dans la salle d'audience. 96

97 Un isolement de longue durée peut être contraire à l'interdiction de la torture au sens large. Un exemple pratique est le "cas Brian", dans lequel un jeune homme a été placé à l'isolement pendant des années. Le rapporteur spécial de l'ONU sur la torture et d'autres organes compétents de l'ONU ont exprimé des inquiétudes à ce sujet quant au respect de l'interdiction de la torture. Le rapporteur spécial de l'ONU sur la torture s'est référé aux "règles Nelson Mandela" de l'ONU, qui prescrivent une durée maximale de 15 jours pour la détention au secret. Par la suite, le Tribunal fédéral a également appelé les autorités d'exécution dans ce cas à "chercher des alternatives à la détention de haute sécurité et à ne l'ordonner ou ne la maintenir que pour la durée la plus courte possible". C'est justement pour les détenus jeunes et particulièrement vulnérables que la détention à l'isolement est hautement problématique.

98 L'application contextuelle de l'interdiction de la torture prend en compte des caractéristiques identitaires telles que l'âge, le sexe, l'état de santé, l'appartenance à un groupe ou la dépendance particulière de la personne concernée, ainsi que divers motifs de vulnérabilité dépendant du cas d'espèce. Cette dépendance au contexte a pour conséquence qu'un seul et même traitement ou une seule et même punition, qui ne constituerait pas une violation de cette disposition pour une personne adulte, serait inadmissible pour un enfant. Non seulement l'âge de l'enfant, mais aussi d'autres facteurs jouent un rôle dans cette évaluation. Les personnes souffrant de troubles mentaux sont également particulièrement vulnérables dans ce contexte.

99 La protection des droits de l'homme contre la torture au sens strict a été renforcée au fil du temps. Cela vaut en particulier pour la protection conférée par l'article 3 CEDH : comme la CEDH dans son ensemble, cette disposition "vivante" est interprétée de manière évolutive et dynamique. Cela signifie qu'elle reflète l'évolution de la société et qu'avec le temps, des actes qui étaient encore considérés comme acceptables à une époque antérieure peuvent être considérés comme des violations des droits de l'homme. Cette approche évolutive et dynamique a été illustrée très tôt dans l'affaire Tyrer concernant une fessée ordonnée par un juge. Dans cette affaire, la Cour n'a pas seulement appliqué la doctrine de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'article 3 CEDH, mais a également constaté qu'un certain type de traitement ou de punition peut être contraire à cette disposition même s'il est considéré comme socialement acceptable.

Un contenu partiel de l'interdiction de la torture a trouvé un écho dans l'art. 25 al. 3 Cst. Il s'agit de l'interdiction de refoulement ou du principe de non-refoulement, qui est un élément complémentaire au principe de non-refoulement prévu à l'art. 25 al. 2 Cst. Selon cette disposition, l'extradition et l'expulsion vers des pays tiers sont exclues si la personne concernée risque d'y être torturée ou de subir un autre type de traitement ou de punition cruels et inhumains. Avant qu'une extradition ou un refoulement ne puisse avoir lieu, la situation de danger concrète de la personne concernée doit donc être clarifiée. Des exigences similaires découlent de l'article 3 CEDH. En présence d'une mise en danger, l'extradition ou le refoulement est en principe exclu s'il n'est pas possible d'obtenir des assurances diplomatiques crédibles qui garantissent un traitement conforme aux droits de l'homme dans l'État de résidence. La pertinence de telles assurances diplomatiques est en partie mise en doute dans la doctrine. 100

C. Droits médiatisés

Différents droits peuvent être déduits de l'interdiction de la torture au sens strict. Dans ce contexte, l'État a des obligations d'abstention, des obligations préventives de protection et des obligations réactives de prestation et d'enquête. L'État n'est pas seulement tenu de s'abstenir de mauvais traitements, il doit aussi examiner de manière efficace et approfondie les allégations de torture justifiables et protéger les personnes concernées contre les intimidations. 101

Les obligations positives de l'État en matière de protection ne concernent pas uniquement les dangers émanant directement des membres des autorités. L'Etat doit également veiller à ce que les particuliers soient dissuadés de manière efficace de commettre des abus. Ces obligations de protection sont particulièrement intenses à l'égard des personnes vulnérables, y compris les détenus. Certes, ces obligations ne doivent pas surcharger l'Etat et toutes les formes de violence, notamment entre particuliers, ne peuvent pas être empêchées. Les autorités sont toutefois tenues d'intervenir lorsqu'elles ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance d'une situation de danger. 102

En cas de dépendance particulière à l'égard de l'État, l'interdiction de la torture au sens large peut également donner droit à des prestations. Ainsi, la dépendance d'une personne détenue à l'égard de l'État dans le cadre de la relation de statut spécial fonde par exemple des droits à des soins médicaux 103

appropriés et à une nourriture suffisante. La Cour européenne des droits de l'homme justifie ces droits par la vulnérabilité des personnes concernées.

VII. L'INTERDICTION DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS, DU TRAVAIL FORCÉ ET DE L'ESCLAVAGE

A. Fondements

10 4 La Cst. ne contient pas d'interdiction explicite du travail forcé équivalente au droit des droits humains à la protection contre la traite des êtres humains, le travail forcé, la servitude et l'esclavage. Selon Schweizer, le travail forcé tombe sous les interdictions de l'art. 10 al. 3 Cst. Cette opinion est également défendue ici. La nature particulièrement grave de l'atteinte à la liberté de mouvement, à l'autodétermination et à l'intégrité physique et psychique qui existe dans ces contextes plaide en ce sens. Mais cette interdiction présente aussi des recoupements avec d'autres droits fondamentaux, par exemple avec la dignité humaine (art. 7 Cst.) et le droit à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.). En outre, l'art. 27 Cst. (liberté économique) protège l'autonomie privée et le libre choix de la profession.

10 5 Les bases de cette protection en matière de droits de l'homme découlent notamment de l'art. 4 CEDH, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et du Protocole de Palerme de l'ONU. L'art. 8 al. 3 du Pacte II de l'ONU et l'art. 2 de la Convention n° 29 de l'OIT contiennent également des dispositions correspondantes ; l'art. 6 de la Convention sur les droits des femmes (CEDAW) protège spécifiquement contre la traite des femmes. Avec l'interdiction de "l'exploitation de la force de travail" à l'art. 182 CP, l'ordre juridique suisse connaît une protection pénale.

10 6 Dans ce contexte, il faut également tenir compte des rapports du Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA). Cet organe est chargé de surveiller la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains. Jusqu'à présent, ce groupe d'experts a publié deux rapports nationaux sur la Suisse. Ces rapports évaluent les mesures nationales de lutte contre la traite des êtres humains et formulent des recommandations concrètes pour une meilleure mise en œuvre de la convention.

B. Champ de protection matériel

L'art. 4 CEDH concerne la traite des êtres humains au niveau national et transfrontalier, indépendamment d'un éventuel lien avec le crime organisé. L'accent est mis ici sur la notion de traite des êtres humains ("trafficking"). Cette notion est interprétée de manière évolutive ; la Cour n'examine pas si un traitement constitue concrètement un "esclavage", une "servitude", ou un "travail forcé". La Cour européenne des droits de l'homme a rendu une jurisprudence peu abondante, mais significative, concernant l'article 4 de la CEDH. 107

La notion de traite des êtres humains est interprétée sur la base de l'article 3(a) du Protocole de Palerme et de l'article 4(a) de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains. Cette définition décrit différents modes d'action qui conduisent chacun à l'exploitation des victimes. Elle exige alternativement l'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes. 108

Selon Meriboute, il est nécessaire d'agir pour remédier à l'ambiguïté conceptuelle de l'ordre juridique suisse dans ce contexte. Il faudrait s'assurer que la définition nationale de l'exploitation de la force de travail selon l'article 182 du Code pénal soit suffisamment large pour correspondre aux normes internationales en matière de prévention de la traite des êtres humains. 109

C. Droits négociés

L'interdiction de la traite des êtres humains, du travail forcé et de l'esclavage implique des obligations étatiques à plusieurs niveaux. Pour satisfaire à ces obligations, l'ordre juridique suisse doit être conçu de manière à ne pas encourager la traite des êtres humains, mais à la protéger. Cette dimension des obligations de l'État est ici d'une importance capitale, car la traite des êtres humains est le plus souvent le fait de particuliers. Outre cette dimension législative, il existe encore trois autres dimensions d'obligations concernant la traite des êtres humains. En cas de soupçon, il faut notamment enquêter d'office et punir les responsables (dimension procédurale), les États concernés doivent coopérer (dimension transnationale) et des mesures de protection doivent être prises à l'égard des personnes concrètement menacées (dimension opérationnelle). 110

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Zürich 2011.

Baumann Felix, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 505 ff.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 10 – Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, 2. Aufl., Zürich 2017.

Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux : Volume II – Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2017, S. 28 ff.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, S. 105 ff.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021, S. 141 ff.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Gavillet Aurélie, Kommentierung zu Art. 11 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Mavronicola Natasa, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs, Hart 2021.

Moeckli Daniel, § 31 – Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014.

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Zumsteg Patrice Martin, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff.

A PROPOS DE L'AUTEUR

Dr. iur. Corina Heri, LL.M., est post-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Zurich. Elle a étudié le droit à Zurich et à Londres et a obtenu son doctorat en 2017 à l'Université de Zurich avec une thèse sur l'interdiction de la torture et la théorie de la vulnérabilité devant la CEDH. De 2017 à 2019, elle a été post-doctorante à l'Université d'Amsterdam. Depuis 2020, elle dirige avec le professeur Helen Keller le 'Climate Rights and Remedies Project' à l'Université de Zurich, où elle rédige une habilitation sur la conduite stratégique des procès.

BIBLIOGRAPHIE

Aebi-Müller Regina, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, Jusletter vom 22.9.2014.

Bähr Cordelia/Brunner Ursula, Ist das Schweizer Klimaziel verfassungskonform?, AJP 2016, S. 1219 ff.

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017.

Balzaretti Sofia, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (Hrsg.), Le consentement en droit, 4ème partie : Le consentement et le genre/Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes : enjeux actuels en droit suisse, Genf et al. 2018.

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Zürich 2011 (zit. Baumann, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit).

Baumann Felix, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 105/2004, S. 505 ff.

Belser Eva Maria/Egli Sandra, Das Recht auf einen selbstbestimmten Tod, ZBJV 156/2020, S. 379 ff.

Bernard Frédéric, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sicherheit & Recht 3/2020, S. 130 ff.

Besson Samantha, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in: Jusletter 14.3.2005.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 10 – Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. 10 BV).

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Art. 11 – Schutz der Kinder und Jugendlichen, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. 11 BV).

Blattner Charlotte E./Fasel Raffael, 'Primaten als Grundrechtsträger: Überlegungen zum ersten bundesgerichtlichen Tierrechtsurteil', recht 2021, S. 61–73.

Brägger Benjamin F./Zangger Tanja, Freiheitsentzug in der Schweiz, Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen, Bern 2020.

Brägger Benjamin F., Sterben hinter Gittern – Eine Analyse des rechtlichen Rahmens zur Frage des Ablebens im Freiheitsentzug, SZK 2/2018, S. 3 ff.

Büchler Andrea/Clausen Sandro, 'Pränataler Kindesschutz', FamPra.ch 2018, S. 652–676.

Büchler Andrea/Cottier Michelle, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2020, S. 875 ff.

Büchler Andrea/Michel Margot, Medizin - Mensch - Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich et al. 2020.

Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff.

Caroni Martina, Menschenrechtliche Wegweisungsverbote: Neuere Praxis, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 539 ff.

Caroni Martina/Taylan Maya, Zwingendes Völkerrecht, recht 2015, S. 55 ff.

Chevalier-Watts Juliet, Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?, European Journal of International Law 21(3) (2010), S. 701 ff.

Christensen Birgit/Gächter Thomas, 'Systemwechsel bei der Organspende' Pflegerecht 2021, S. 152 ff.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 139/2021, S. 183 ff.

De Weck Fanny, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, Leiden 2017.

Donatsch Andreas, Gesicherte Unterbringung von staatsgefährdenden Personen, Sicherheit & Recht 2/2022, S. 57 ff., 61 f. (zit. Donatsch, Gesicherte Unterbringung).

Donatsch Andreas, Umgang mit gefährlichen Personen – Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, Rechtsgutachten vom 4.4.2019, abrufbar unter https://www.kkjpd.ch/files/Dokumente/News/2020/190415%20Gemeinsames%20-%20fedpol%2BKKJPD%20%20Rechtsgutachten%20Prof.%20A.%20Donatsch%20%20zum%20Umgang%20mit%20gef%C3%A4hrlichen%20Personen.pdf, N. 10 (zit. Donatsch, Umgang mit gefährlichen Personen).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux : Volume II – Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2017, S. 28 ff.

Egger Florian, L'équilibre inachevé du régime juridique du tatouage, du piercing et des pratiques associées en droit public, Zürich 2021.

Entenza Hector, Déterminations sur l'arrêt Gross, SZIER 2014, S. 347–352.

Farrell Michelle, The Marks of Civilisation: The Special Stigma of Torture, 22(1) Human Rights Law Review 2022.

Frei Nula/Graf-Brugère Anne-Laurence, L'exploitation au travail en procédure d'asile : obligations positives et qualité de réfugié, Asyl 3/18, S. 3 ff.

Frei Nula, Identifizieren, Schützen, Unterstützen: Neue Rechtsprechung des EGMR zum Opferschutz bei Menschenhandel, Asyl 3/17, S. 15.

Galetti Benedetta S., La mort provoquée, Les limitations de la réglementation légale, leurs fondements et des propositions d'alternatives, Zürich et al. 2020.

Gewirth Alan, There are Absolute Rights, The Philosophical Quarterly 32/1982, S. 348 ff.

Giger Gianni, Legitimation staatlicher Tötung durch den finalen Rettungsschuss, Rechtslage und Erkenntnisstand zum gezielten polizeilichen Todesschuss in der Schweiz unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte und europäischer Standards, Zürich/Basel/Genf 2013 (= ZStStr 70), S. 95–114.

Glaser Andreas, 'Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 1C_105/2019 vom 16.9.2020 (zur Publikation vorgesehen), Heiner Vischer et al. gegen Deborah Ness et al., Zulässigkeit der kantonalen Volksinitiative «Grundrechte für Primaten», AJP 2021, S. 88–91.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hensler Beat, Der polizeiliche Schusswaffengebrauch vor dem Hintergrund von Menschenwürde und Rettungsfolter, Sicherheit & Recht 1/2013, S. 29 ff.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Hertig Randall Maya, La Convention européenne des droits de l'homme, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich 2020, S. 1267–1292.

Jungo Alexandra/Reidy Julia, Covid-19-Impfung – Jugendliche können eigenständig entscheiden, recht 2021.

Jungo Alexandra, Ausschluss unverheirateter Paare und Alleinstehender vom Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, FamPra.ch 2022, S. 574 ff.

Junod Valérie/Baud Carole-Anne/Broers Barbara/Schmitt-Koopmann Caroline/Simon Olivier, Tests urinaires dans le traitement médical de la dépendance aux opioïdes : Fin d''une pratique anachronique ?, sui generis 2021, S. 331 ff.

Kaufmann Christine/Senn Moritz, Menschenrechte im Alter, Pflegerecht 2021, S. 177 ff.

Kehl Sarah, Moderne Sklaverei, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Vorgaben unter der EMRK und in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des britischen Modern Slavery Act 2015, Zürich et al. 2021.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kiener Regina/Moeckli Daniel, Die Zertifikatspflicht ist keine Diskriminierung, NZZ Nr. 220 22.9.2021, S. 19.

Kolb Robert, Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory, Oxford 2015.

Koller Heinrich, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999, S. 656 ff.

Langer Lorenz, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 136/I (2017) S. 87 ff.

López Larissa Isabel, 'Straf- und verfassungsrechtliche Beurteilung des Abschusses von Renegade-Flugzeugen', SVLR-Bulletin 151/2019, S. 37–58.

Maculan Elena, Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion, Nordic Journal of International Law 84(3) (2015), S. 456 ff.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Mavronicola Natasa, Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs, Hart 2021.

Meriboute Nadia, La traite d"êtres humains à des fins d"exploitation du travail, Genf 2020.

Minder Liliane Denise, Sexuelle und reproduktive Selbstbestimmungsrechte von Mädchen und Frauen mit geistigen Behinderungen: Eine Bestandesaufnahme, FamPra.ch 2022, S. 107 ff.

Minelli Ludwig A., Unbegründete Kritik am Urteil Gross, SZIER 2014, S. 339–345.

Moeckli Daniel/Keller Raphael, Wegweisungen und Rayonverbote – ein Überblick, Sicherheit Recht = Sécurité droit, 3/2012, S. 231–245.

Moeckli Daniel, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 2020, S. 237 ff. (zit. Moeckli, Grundrechte in Zeiten von Corona).

Moeckli Daniel, § 31 – Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021 (zit. Moeckli, Schutz von Person und Persönlichkeit).

Moeckli Daniel, Persönlichkeitsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich 2020, S. 1383–1411 (zit. Moeckli, Persönlichkeitsschutz).

Molo Giovanni, Obbligo di vaccinazione nelle imprese?, NF 1/2022, S. 36 ff.

Moser-Szeless Margit, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, SZS 2013, S. 129 ff.

Müller Markus, Hungertod in der Zelle, ZBl 114/2013, S. 293 ff.

NKVF, Gesamtbericht über die schweizweite Überprüfung des stationären therapeutischen Massnahmenvollzugs (Art. 59 StGB) durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter 2013–2016, https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/thematische-schwerpunkte/strafrechtliche-freiheitsentzuege--straf--und-massnahmenvollzug/stationaere-therapeutische-massnahmen.html (besucht am 1.7.2022).

Nowak Manfred/McArthur Elizabeth, The Distinction between Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, Torture 16(3) (2006), S. 147 ff.

Nowak Manfred, What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards, Human Rights Quarterly 28(4) (2006), S. 809 ff.

Oehen Moritz, Opfer zweiter Klasse: Opfer staatlicher Gewalt und die Beschwerde in Strafsachen, sui generis 2015, S. 34–49.

Oesch Matthias, UNO-Sanktionen und ihre Umsetzung im schweizerischen Recht, SZIER 2009, S. 337 ff.

Perrin Bertrand, La répression de la traite d'êtres humains en droit suisse, Zürich et al. 2020.

Pinto Mattia, Sowing a 'Culture of Conviction': What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?, in: Laurens Lavrysen und Natasa Mavronicola (Hrsg.), Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR, Oxford 2020, S. 161 ff.

Piras Chiara/Breitenmoser Stephan, Das Verbot der Todesstrafe als regionales ius cogens, AJP 2011, S. 331 ff.

Pultrone Laura, Rezeptierung von NaP für die Suizidbeihilfe, Unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit einer Rezeptur an gesunde Personen, in: Anna Coninx/et al. (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, APARIUZ, Zürich 2019, S. 177 ff.

Reich Johannes, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_37/2019, 5. Mai 2020; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 121/2020, S. 489 ff.

Renker Jana, Bewegungseinschränkende Massnahmen in der häuslichen Pflege, Pflegerecht 2019, S. 13 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Riedo Christof/Niggli Marcel Alexander, Unantastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, AJP 2011, S. 762 ff.

Rochel Johan, Des invités dans la Constitution cantonale?, ZBl 122/2021, S. 67 ff.

Rütsche Bernhard, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich et al. 2009.

Sandberg Kirsten, The Rights of LGBTI Children under the Convention on the Rights of the Child, Nordic Journal of Human Rights (33/4) (2015), S. 337–352.

Savioz-Viaccoz Valérie, L'embryon in vitro: émergence d'un nouvel objet de droit, Qualification juridique et contrats, Zürich et al. 2021.

Scarpelli Samuele, Wirtschaftssanktionen gegen private Personen, Verfahren und Rechtsschutz in der Europäischen Union und in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Rolle und Befugnisse des UN-Sicherheitsrates im Rahmen der Terrorismusbekämpfung, Zürich et al. 2015.

Schultz Annatina, Die Strafbarkeit von Menschenhandel in der Schweiz, Analyse und Reformbedarf von Art. 182 StGB, Zürich et al. 2020 (= ZStStr 105).

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 10 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014.

Skinner Stephen, Lethal Force, the Right to Life and the ECHR: Narratives of Death and Democracy, Oxford 2019.

Staub Deborah, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Präimplantationsdiagnostik-Verfahren (PID-Verfahren), Zürich et al. 2019.

Sturm Evelyne, Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, Zürich et al. 2019.

Teichmann Fabian/Camprubi Madeleine, Baustelle Suizidhilfe: Herausforderungen für den Gesetzgeber und die Justiz, Pflegerecht 2020, S. 22 ff.

Termacic Tatiana, The Council of Europe's Role in the Creation in a 'Death-penalty Free Zone', Council of Europe Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Minsk, 27. August 2019, https://rm.coe.int/speech-minsk-27-august-2019/168097129c (besucht am 9.2.2023).

Trotter Sarah, 'Hope's Relations: A Theory of the 'Right to Hope' in European Human Rights Law', Human Rights Law Review 22(2) (2022).

Tschentscher Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005 (zusammen mit Kälin Walter/Kiener Regina/Müller Markus/Tschannen Pierre), ZBJV 141/2005, S. 654–661 (zit. Tschentscher, ZBJV 141/2005).

Tschentscher Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008 (zusammen mit Kälin Walter/Kiener Regina/Lienhard Andreas/Tschannen Pierre), ZBJV 144/2008, S. 733 ff. (zit. Tschentscher, ZBJV 144/2008).

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Tschentscher Art. 10 BV).

Tschumy Nicolas, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal/Karametaxas Xenia (Hrsg.), Le consentement en droit, 8ème partie: Le consentement, la violence et la mort/Le consentement aux actes sur le cadavre, Genf et al. 2018.

Urwyler Thierry/Noll Thomas, Sterbehilfe (Suizidhilfe) im Straf- und Massnahmenvollzug, in: Jusletter 10.12.2018.

Vallender Klaus A., Kommentierung zu Art. 27 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich et al. 2014.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich et al. 2020.

Vokinger Kerstin Noëlle/Rohner Noah, Impfobligatorium und Impfzwang – eine staatsrechtliche Würdigung, recht 2020, S. 257 ff.

Wälty Carla Sophia, Verbot zum Tragen von Kopftuch oder Piercing durch den Arbeitgeber, Zürich et al. 2018.

Wicks Elizabeth, The Right to Life and Conflicting Interests, Oxford 2010, S. 81 ff.

Ziegler Lenka, Sterben in Würde – Wertekonflikt zwischen dem Recht auf Leben und dem Recht auf Sterben, Selbstbestimmungsrecht am Ende, in: Juana Vasella/Anne-Sophie Morand (Hrsg.), Werte im Recht – das Recht als Wert, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. Nr. 121, Zürich 2018, S. 79 ff.

Zumsteg Patrice Martin, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff. (zit. Zumsteg, Recht auf Leben).

Zumsteg Patrice Martin, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 3. Abteilung/ 3. Kammer, Urteil AN.2020.00011 vom 22.10.2020, A. et al. gegen Regierungsrat des Kantons Zürich, Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, AJP 2021, S. 92 ff. (zit. Zumsteg, Verwaltungsgericht).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 13 Cst.

Un commentaire de Joel Drittenbass

PROPOSITION DE CITATION

Joel Drittenbass, Commentaire de l'art. 13 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Drittenbass, art. 13 Cst. N. XXX.

Art. 13 Protection de la sphère privée

[1] Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications.

[2] Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 163
A. Droit à la vie privée (art. 13, al. 1 Cst.) 163
B. Droit fondamental à la protection des données (art. 13 al. 2 Cst.) 164
II. Objet et contenu de l'art. 13 Cst. 165
A. Notion de sphère privée au sens du droit constitutionnel 165
B. Champ d'application personnel 167
C. Dimensions individuelles et objectives du droit 167
D. Délimitations 169
III. Protection de la vie privée 169
A. Al. 1 : droit au respect de la vie privée 169
1. Remarques préliminaires 169
2. Vie privée 169
a. Champ d'application 169
b. Restrictions 171
3. Vie familiale 173
a. Domaine de protection 173
b. Restrictions 174
4. Logement 176
a. Champ d'application 176
b. Restrictions 176
5. Secret de la correspondance, secret postal et secret des télécommunications 179
a. Champ d'application 179
b. Restrictions 180
B. Al. 2: droit fondamental à la protection des données 182
1. Champ d'application 182
2. Dimensions 184
a. Le droit fondamental à la protection des données en tant que droit de défense 184
b. Obligation de protection des droits fondamentaux contre le traitement de données privées 184
3. Restrictions 185
Lectures complémentaires recommandées 188
Bibliographie 190

I. HISTORIQUE

A. Droit à la vie privée (art. 13, al. 1 Cst.)

Ce n'est que depuis 1999 que la Constitution fédérale garantit expressément le droit à la vie privée, qui est inscrit à l'art. 13 Cst. sous le titre «Protection de la sphère privée». L'**art. 13 al. 1 Cst.** protège, dans des termes presque identiques à ceux de l'art. 8 al. 1 CEDH, la vie privée et familiale, le domicile ainsi que la correspondance postale et les télécommunications. En revanche, la Constitution fédérale du 12 septembre 1848 (Cst. 1848) et la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (Cst. 1874) ne contenaient aucune garantie générale et intégrale de la vie privée, mais protégeaient seulement certains aspects de la vie privée. Ainsi, la Cst. de 1848 protégeait dans une certaine mesure la confidentialité des communications en garantissant l'inviolabilité du secret postal dans l'art. 33, al. 3. Le secret postal a ensuite été étendu au secret télégraphique dans la Cst. de 1874 (art. 36, al. 4). À partir de 1830, de nombreuses constitutions cantonales ont également inscrit dans la loi l'inviolabilité du domicile, un aspect essentiel de la vie privée. Ainsi, certains aspects de la vie privée étaient déjà garantis par la Constitution fédérale et les constitutions cantonales avant 1999. 1

Avant la création de l'art. 13 Cst., la protection constitutionnelle de la sphère privée en Suisse était garantie en particulier par la **liberté personnelle**, reconnue en 1963 par le Tribunal fédéral comme un droit fondamental non écrit. Dans les années qui ont suivi, le Tribunal fédéral a étendu la protection de la liberté personnelle à l'intégrité mentale (1964) ainsi qu'aux manifestations élémentaires de l'épanouissement personnel (1971). Cette jurisprudence de la Cour suprême sur la liberté individuelle a été largement influencée par la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Les impulsions décisives pour la protection de la sphère privée en Suisse en tant que droit fondamental ont donc été – et sont toujours – données par la CEDH et la jurisprudence de la Convention relative à **l'art. 8 al. 1 de la CEDH**. Le Tribunal fédéral s'efforce donc d'interpréter de manière harmonisée l'art. 13 al. 1 Cst. et l'art. 8 al. 1 CEDH. 2

B. Droit fondamental à la protection des données (art. 13 al. 2 Cst.)

3 L'**art. 13 al. 2 Cst.** protège toute personne contre l'utilisation abusive de ses données personnelles. Avant 1999, le droit fondamental à la protection des données n'était pas expressément inscrit dans la Constitution fédérale, contrairement à certaines constitutions cantonales. Cependant, le Tribunal fédéral reconnaissait déjà des droits en matière de protection des données dans la Constitution fédérale de 1874, par exemple le droit d'accès et de rectification des personnes privées concernant les données les concernant enregistrées par une autorité.

4 Le droit suisse en matière de protection des données a été et est encore largement influencé par le droit **international et européen en la matière**. Ainsi, la protection des données personnelles est également garantie par des traités internationaux contraignants pour la Suisse. Il convient de mentionner en particulier l'article 17 du Pacte II de l'ONU et l'article 8 de la CEDH. La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel («Convention européenne sur la protection des données», CED) a également donné une impulsion décisive au droit suisse de la protection des données, car la Suisse a transposé dans son droit national les notions fondamentales du droit de la protection des données (par exemple la notion de données personnelles particulièrement sensibles) ainsi que les principes fondamentaux de la CED (notamment les principes généraux du traitement des données).

5 Récemment, le droit suisse en matière de protection des données a été influencé en particulier par le **règlement général sur la protection des données** de l'UE (DSGVO), car le législateur fédéral s'est inspiré des dispositions du DSGVO dans le cadre de la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD). Le législateur a jugé nécessaire de rapprocher la LPD totalement révisée du DSGVO afin que la Commission européenne continue de reconnaître le niveau de protection des données en Suisse comme adéquat au regard du trafic transfrontalier de données entre la Suisse et les États membres de l'UE (décision dite d'adéquation).

II. OBJET ET CONTENU DE L'ART. 13 CST.

A. Notion de sphère privée au sens du droit constitutionnel

La Constitution fédérale ne définit pas plus précisément ce qu'il faut entendre concrètement par «sphère privée» au sens de l'art. 13 Cst. En revanche, on trouve une tentative de définition dans le message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle Cst. Celui-ci définit le droit à la vie privée comme le droit de « toute personne à ne pas être entravée par l'État dans l'organisation de sa vie et de ses relations avec autrui, ainsi que le respect d'un domaine secret personnel ». Le droit au respect et à la protection de la vie privée existe cependant en premier lieu dans l'**espace privé** (domaine de protection matériel). L'art. 13 Cst. protège toutefois aussi les activités privées qui se déroulent dans l'espace public. En effet, les personnes qui se trouvent en public ne donnent pas pour autant leur consentement implicite à être surveillées, filmées, photographiées ou écoutées par les autorités de l'État. 6

Une définition uniforme et scientifiquement reconnue du concept de vie privée selon l'art. 13 al. 1 Cst. n'a pas pu s'imposer jusqu'à présent dans la littérature, ce qui a pour conséquence, pour reprendre les mots d'Oliver Diggelmann, une « fuite » dans la pratique. En d'autres termes, la notion de sphère privée telle qu'elle est définie dans la Constitution a donné lieu à des interprétations divergentes dans la pratique juridique, car elle est relativement ouverte et vague. A cela s'ajoute le fait que les ouvrages spécialisés utilisent des termes différents (par exemple intimité, sphère privée ou vie privée). Cette diversité des termes comporte bien sûr un risque de malentendus et de confusion, car la notion de sphère privée au sens du droit constitutionnel n'est pas identique à celle de vie privée, par exemple, qui fait partie de l'art. 13 Cst. Dans le présent contexte, le **terme de sphère privée** (par opposition à celui de vie privée) est utilisé comme **terme générique** pour désigner l'ensemble des aspects de la vie couverts par l'art. 13 Cst. Selon l'interprétation proposée ici, la vie privée telle que protégée par l'art. 13 al. 1 Cst. est un domaine essentiel de la vie qui est couvert par la protection constitutionnelle de la sphère privée. Schématiquement et de manière simplifiée, la délimitation peut être représentée comme suit : 7

Malgré ou justement à cause de la difficulté conceptuelle à définir de manière concise le droit fondamental au respect et à la protection de la vie privée, la pratique juridique s'en sort en énumérant **des atteintes typiques** ou **des** 8

domaines de protection pertinents. Il n'est donc guère surprenant qu'il existe une riche casuistique des cas d'application typiques de l'art. 13 Cst., qui sont présentés ci-dessous à titre d'exemple dans la section III (cf. ci-dessous, N. 16 et suivants).

9 La CEDH détermine également au cas par cas si un fait de la vie relève du champ de protection de l'art. 8 de la CEDH. L'art. 8 al. 1 de la CEDH comprend le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. L'art. 8 CEDH est relativement souvent invoqué dans les procédures devant la CEDH, mais le nombre d'arrêts constatant une violation de l'art. 8 CEDH reste limité. Selon la jurisprudence de la Convention, les faits suivants, par exemple, relèvent du champ de protection de l'art. 8 al. 1 CEDH :

- Le droit au respect de la vie privée selon l'art. 8 al. 1 CEDH inclut l'autonomie de l'individu et donc le **droit à l'autodétermination**. Le droit à l'autodétermination inclut également le droit à l'identité et au développement d'une personne, ce qui inclut la possibilité d'entretenir des relations avec d'autres personnes, y compris de nature sexuelle.
- L'art. 8 al. 1 CEDH inclut également les **activités commerciales** et **professionnelles**.
- Selon la jurisprudence de la CEDH, **les atteintes à l'environnement** (par exemple le bruit ou d'autres émissions) peuvent porter atteinte à l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que du domicile conformément à l'art. 8 al. 1 CEDH. La CEDH s'est appuyée sur cette jurisprudence dans son arrêt du 9 avril 2021 («arrêt KlimaSeniorinnen») et a déduit de l'article 8 de la CEDH un «droit de l'homme à une protection efficace contre les effets néfastes du changement climatique sur la santé humaine et la qualité de vie». La CEDH a constaté une violation de l'article 8 de la CEDH, car la Suisse a manqué à son obligation de protection des droits de l'homme, estimant qu'elle n'avait pas pris suffisamment de mesures pour atteindre les objectifs fixés dans l'Accord de Paris sur le climat. Cependant, la question de savoir *jusqu'où* va une telle *obligation de protection* de l'État dans le contexte du changement climatique reste sans réponse. En effet, l'accord de Paris sur le climat, sur lequel la CEDH s'est notamment appuyée dans son arrêt sur le cas des « climat seniors », ne donne aux États signataires, et donc à la Suisse, ni obligations concrètes de réduction des émissions, ni instruments concrets pour atteindre les objectifs fixés dans l'accord.

- L'art. 8 al. 1 CEDH protège également une personne contre la **surveillance téléphonique** ou l'utilisation d'autres dispositifs techniques de surveillance par des acteurs étatiques.

Le droit au respect de la vie familiale conformément à l'art. 8 al. 1 CEDH protège les multiples formes de vie commune dans une famille, y compris le respect d'une **communauté de partenaires** d'un couple de même sexe ou de sexe différent. 10

B. Champ d'application personnel

Les **personnes physiques** et **morales** de droit privé sont titulaires du droit au respect et à la protection de la sphère privée. Ces dernières ne peuvent toutefois se prévaloir que des éléments de l'art. 13 Cst. qui ne sont pas liés à des caractéristiques typiquement propres aux personnes physiques. Ainsi, les personnes morales de droit privé ont droit au respect de leurs locaux commerciaux, au respect de leur correspondance et de leurs communications postales et de télécommunication, ainsi qu'à la protection contre l'utilisation abusive de données personnelles, mais pas à la protection de leur vie privée et familiale. 11

Les personnes morales de droit public, telles que les collectivités de droit public ou les établissements de droit public, ne peuvent en principe pas invoquer l'art. 13 Cst., car elles ne sont généralement pas titulaires de droits fondamentaux. Exceptionnellement, les personnes morales de droit public peuvent toutefois invoquer les droits fondamentaux et donc l'art. 13 Cst. « si elles agissent sur la base du droit privé et sont concernées par l'acte étatique contesté au même titre qu'une personne privée ». 12

C. Dimensions individuelles et objectives du droit

Selon une opinion généralement admise, l'art. 13 Cst. fonde, outre les droits de défense purs (dimension dite subjective ou individuelle d'un droit fondamental), certains **devoirs de prestation** et **de protection** (dimension dite constitutive-institutionnelle ou objective d'un droit fondamental). La jurisprudence a reconnu des devoirs de protection positifs dans le domaine de la vie privée et familiale. La CEDH a par exemple reconnu, dans le cadre de la vidéosurveillance secrète sur le lieu de travail, l'obligation pour les États signataires de la Convention de veiller à un équilibre entre les intérêts des 13

employés et ceux de l'employeur. La CEDH a également reconnu, par exemple, l'obligation de l'État de veiller à ce que les relations entre les membres d'une famille puissent se développer normalement et qu'une vie de famille entre parents et enfants soit possible.

14 Il convient de noter que les obligations de protection des droits fondamentaux face aux menaces privées du droit à la protection de la vie privée sont en conflit avec les sphères de liberté des personnes privées protégées par les droits fondamentaux (par exemple, art. 10 al. 2 Cst., art. 26 Cst. ou art. 27 Cst.). La question centrale est donc de savoir comment le législateur doit trouver un équilibre entre les libertés individuelles protégées par les droits fondamentaux et les obligations de protection des droits fondamentaux face aux menaces privées du droit au respect de la vie privée. Ou pour le formuler plus clairement : selon quels critères le législateur doit-il protéger les personnes contre les **risques des nouvelles technologies utilisées par des particuliers**, sans pour autant compromettre les opportunités offertes par ces applications et donc l'exercice des libertés constitutionnelles ? Cette question a récemment gagné en importance avec l'avènement des technologies innovantes, telles que l'Internet des objets (IdO), le Big Data ou l'intelligence artificielle (IA), car l'utilisation de ces technologies peut également menacer le droit à la vie privée des particuliers, sans que ceux-ci ne soient toutefois directement liés à l'article 13 de la Constitution fédérale. 13 Cst. En même temps, les particuliers peuvent contribuer à la réalisation de chances (par exemple la perspective de succès économiques, de nouvelles découvertes scientifiques ou de nouveaux procédés dans le traitement des maladies) en utilisant des technologies innovantes et en faisant ainsi usage de libertés constitutionnelles. L'approche **basée sur le risque** s'inscrit dans ce champ de tension, car elle permet d'établir un équilibre aussi rationnel et scientifique que possible entre les obligations de protection des droits fondamentaux face aux menaces privées à la vie privée et les sphères de liberté des individus protégées par les droits fondamentaux. En effet, l'un des objectifs de cette approche est de concevoir l'utilisation légale des nouvelles technologies de manière à minimiser autant que possible les pertes en termes de compatibilité avec l'intérêt général et les pertes en termes d'options d'action.

D. Délimitations

La protection de la sphère privée inscrite dans la Constitution renvoie au droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) ainsi qu'au droit au mariage et à la famille (art. 14 Cst.), ce qui soulève essentiellement deux questions de délimitation : 15

- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit à la liberté personnelle visé à l'art. 10 al. 2 Cst. est un **droit subsidiaire** par rapport à l'art. 13 Cst. La doctrine majoritaire suit cette jurisprudence.
- En ce qui concerne la délimitation entre le droit à la vie privée et le droit au mariage et à la famille selon l'art. 14 Cst., ce dernier protège la **fondation d'une famille**, tandis que l'art. 13 al. 1 Cst. garantit la vie familiale commune. Les deux droits fondamentaux protègent donc des situations de vie différentes.

III. PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

A. Al. 1 : droit au respect de la vie privée

1. Remarques préliminaires

La garantie constitutionnelle de la vie privée comprend **cinq éléments** ; quatre garanties partielles sont inscrites à l'alinéa 1, une autre à l'alinéa 2 de l'article 13 de la Cst. L'art. 13 al. 1 Cst. protège la vie privée et familiale (cf. infra, N. 17 ss. et N. 21 ss.), le domicile (cf. infra, N. 27 ss.) ainsi que le secret de la correspondance et des télécommunications (cf. infra, N. 33 ss.). L'alinéa 2 garantit en outre la protection contre l'utilisation abusive de données personnelles (cf. infra, N. 43 ss). L'énumération des garanties partielles à l'article 13 Cst. semble être exhaustive. Selon Biaggini et Diggelmann, l'alinéa 1 de l'article 13 Cst. n'empêche toutefois pas un «élargissement complémentaire» par la pratique juridique. 16

2. Vie privée

a. Champ d'application

L'art. 13 al. 1 Cst. garantit le droit au respect de la vie privée. Selon le Tribunal fédéral, ce droit protège «l'identité, les relations sociales et les comportements 17

intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation, ainsi que notamment toutes les informations se rapportant à une personne qui ne sont pas accessibles au public». Le droit au respect de la vie privée comprend notamment le droit à la protection de la **vie privée** et de la **sphère intime** de l'individu. En d'autres termes, toute personne a le droit de décider elle-même quelles informations personnelles elle souhaite révéler à qui et à quel moment.

18 Le droit au respect de la vie privée protège également la **liberté de** la **vie relationnelle**. Ainsi, toute personne a le droit d'entrer, d'entretenir ou de refuser des relations personnelles avec d'autres personnes de son choix. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la liberté de relation inclut également les relations homosexuelles. La décision relative à l'identité sexuelle est également protégée, dans la mesure où l'État ne doit pas rendre excessivement difficiles les mesures chirurgicales ou hormonales visant à modifier le sexe, par exemple, et doit reconnaître l'identité sexuelle. Cependant, le droit au respect de la vie privée ne permet pas de déduire un droit au remboursement des frais de changement de sexe par chirurgie. En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 13 al. 1 Cst. ne permet pas de déduire un droit à l'introduction d'un troisième sexe ou à la suppression du sexe dans le registre de l'état civil. La CEDH avait déjà constaté que l'obligation d'enregistrer le sexe de manière binaire dans le registre était compatible avec l'article 8 de la CEDH. La CEDH a justifié cette position par le fait qu'il n'y a pas de consensus suffisamment clair dans les États des sociétés européennes sur l'introduction d'un troisième sexe, sur lequel la CEDH s'appuie pour les questions de politique juridique telles que celle-ci. Il est donc concevable qu'à l'avenir, la CEDH qualifie l'obligation d'être inscrit dans le registre comme homme ou femme de violation du droit à la reconnaissance de l'identité sexuelle et donc de l'article 8 de la CEDH.

19 Enfin, selon la jurisprudence de la Cour suprême, le **respect du nom de** même que le **respect de la réputation sociale** font partie du domaine de protection de la vie privée au sens de l'art. 13 al. 1 Cst. Le Tribunal fédéral a par exemple établi que l'État n'a pas le droit de publier le nom d'un débiteur d'un acte de défaut de biens dans le journal officiel, car une telle publication est susceptible de nuire à la réputation publique d'une personne. Cependant, le droit à la vie privée ne protège pas de manière générale contre les atteintes à la réputation dues à une faute personnelle.

b. Restrictions

Les restrictions au droit fondamental à la protection et au respect de la vie privée peuvent être **de nature très diverse**. Il n'est donc pas surprenant que la doctrine et la jurisprudence aient mis en évidence des restrictions différentes du droit au respect de la vie privée. Les restrictions suivantes sont particulièrement dignes d'être mentionnées : 20

- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a atteinte au droit au respect de la vie privée en cas d'**activités d'enquête secrètes** menées par la police (par exemple, observation, recherche secrète ou enquête préliminaire secrète) ou par des détectives privés dans le but de clarifier l'obligation de prestation de l'assurance accident, même si la surveillance a lieu dans l'espace public.
- Selon la jurisprudence de la Cour suprême, l'**obligation de se faire tester** pour le personnel des établissements de santé et des services sociaux qui ne dispose pas d'un certificat Covid constitue également une atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes concernées, bien que cela puisse être justifié par la protection de la santé publique, à condition que les autres conditions prévues à l'article 36 de la Cst. soient remplies. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la CEDH, une **obligation légale de vaccination** généralisée des enfants contre neuf maladies bien connues en médecine constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée. Le Tribunal fédéral a également considéré que l'obligation de se faire vacciner contre la Covid-19 et le licenciement en cas de non-respect de cette obligation constituaient une atteinte aux droits fondamentaux d'un militaire de carrière (en particulier à la liberté personnelle garantie par l'article 10 al. 2 Cst.), qui était toutefois justifiée dans ce cas précis, car l'obligation de se faire vacciner visait à garantir la disponibilité immédiate pour des missions à court terme à l'étranger. Il faut admettre cela dans la mesure où, dans le *contexte spécifique*, aucune mesure plus clémente n'était disponible pour garantir la disponibilité immédiate en tant que membre d'une *unité spéciale* de l'armée suisse (Commandement des forces spéciales) pour des missions à court terme à l'étranger. Les considérations de la Cour suprême suggèrent toutefois qu'une obligation générale de vaccination contre la Covid-19 pour tous les membres de l'armée ne serait guère justifiable.

- La CEDH a ensuite constaté que le refus des autorités suisses de reconnaître le lien de filiation établi par un tribunal américain entre le père non génétique et l'enfant issu d'une **maternité de substitution** portait une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH.
- La transmission de **données bancaires** à l'étranger constitue également une atteinte à la garantie de la vie privée.
- Enfin, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'**admission provisoire** peut porter atteinte au droit fondamental au respect de la vie privée si elle s'accompagne d'inconvénients juridiques ou factuels (par exemple, obstacles à l'intégration progressive, restrictions à la mobilité, difficultés sur le marché du travail). Le Tribunal fédéral a confirmé une telle atteinte au droit à la vie privée dans le cas concret d'une jeune Syrienne de 15 ans qui a été admise provisoirement en Suisse avec sa famille il y a dix ans. Le Tribunal fédéral a justifié l'atteinte au droit à la vie privée dans le cas présent essentiellement par le fait que la fin de la scolarité obligatoire approchant, des obstacles peuvent survenir dans la recherche d'un apprentissage ou d'études. Dans le cas présent, l'admission provisoire a donc entraîné des inconvénients concrets qui justifiaient l'octroi d'un permis de séjour à la jeune fille de 15 ans en tant que personne admise à titre provisoire. Si, comme dans le cas présent, une atteinte au droit à la vie privée est confirmée en raison de circonstances concrètes, la personne concernée peut, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, avoir **droit à un permis de séjour** en vertu du droit à la vie privée. En ce qui concerne l'octroi d'un permis de séjour aux personnes admises à titre provisoire, il convient de prendre en compte l'intégration, la situation familiale et le caractère raisonnable d'un retour dans le pays d'origine. En outre, en cas d'expulsion, la durée du séjour jusqu'à présent revêt une importance considérable pour déterminer si le droit au respect de la vie privée au sens de l' art. 13 al. 1 Cst. ou art. 8 ch. 1 CEDH. Dans l'ATF 144 I 266, le Tribunal fédéral a établi, à titre de ligne directrice, qu'en cas de **séjour légal d'environ dix ans**, les relations sociales en Suisse sont généralement si étroites « qu'il faut des raisons particulières pour mettre fin au séjour ». Le Tribunal fédéral a déduit ce seuil temporel, entre autres, de l'art. 34, al. 2, LEI, selon lequel l'autorisation d'établissement peut généralement être accordée après dix ans de séjour. Selon le Tribunal fédéral, le droit fondamental au respect de la vie privée peut être violé à un

stade antérieur si une autorisation n'est pas renouvelée, par exemple en cas d'intégration particulièrement prononcée.

3. Vie familiale

a. Domaine de protection

L'art. 13 al. 1 Cst. garantit en outre un droit fondamental à la protection de la vie familiale. Celui-ci protège les relations personnelles entre les membres de la famille ainsi que le mode de vie en commun, mais aussi la décision de ne pas vivre ensemble ou de ne pas entretenir de contacts. La notion de famille au sens de l'art. 13 al. 1 Cst. englobe, outre la famille nucléaire traditionnelle (famille biparentale avec enfants mineurs), d'autres formes de relations (par exemple famille monoparentale, famille recomposée ou famille élargie), dans la mesure où la relation est **effectivement vécue** et présente une certaine intensité et stabilité. Dans ces conditions, les relations de concubinage sont également protégées. La vie familiale protégée par la Constitution au sens de l'art. 13 al. 1 Cst. se caractérise par exemple par la vie commune dans un même ménage, le devoir d'assistance mutuelle, la dépendance financière et des contacts réguliers. 21

Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, les **partenariats entre personnes de même sexe** sont protégés par le droit au respect de la vie privée conformément à l'art. 13 al. 1 Cst. (cf. ci-dessus, N. 17 et suivants), mais pas – contrairement à la jurisprudence de la CEDH – par celui du respect de la vie familiale. Cependant, à la lumière de la récente jurisprudence de la CEDH en matière de convention et compte tenu de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe au niveau législatif («mariage pour tous»), cette jurisprudence semble dépassée. Cela est d'autant plus vrai que les couples de même sexe sont désormais autorisés à adopter des enfants (par alliance). Pour ces raisons, et compte tenu de l'évolution des valeurs dans la société, il est nécessaire d'interpréter de manière dynamique la notion de famille telle qu'elle est définie à l'art. 13 al. 1 Cst. C'est pourquoi, selon l'opinion défendue ici, la cohabitation de couples de même sexe est protégée par les droits fondamentaux, tant par le droit à la vie privée que par le droit à la vie familiale, d'autant plus qu'il existe des liens étroits entre le droit à la vie privée et le droit à la vie familiale (cf. ci-dessus, N. 17 et suivants). 22

b. Restrictions

23 Les restrictions du droit à la vie familiale fondées sur des mesures **relevant du droit des étrangers** ont une importance pratique considérable, car l'art. 13, al. 1, Cst. prévoit, sous certaines conditions, un droit de présence en Suisse ou un droit à l'octroi d'une autorisation relevant du droit des étrangers. Le droit à la vie de famille selon l'art. 13 al. 1 Cst. ne confère donc pas, comme l'art. 8 CEDH, un droit absolu de séjour ou un droit absolu au regroupement familial.

24 Dans la pratique, on considère qu'il y a atteinte au droit à la protection de la vie familiale selon l'art. 13 al. 1 Cst. «lorsqu'une mesure d'éloignement prise par l'État porte atteinte à une relation familiale étroite, authentique et effectivement vécue d'une personne *ayant un droit de séjour* en Suisse, sans qu'il soit possible ou raisonnable pour cette dernière de mener la vie de famille correspondante ailleurs». Selon un arrêt du Tribunal fédéral concernant le droit à la vie privée selon l'art. 13 al. 1 Cst., la présence de la personne concernée est considérée comme suffisamment consolidée après une **durée de séjour légale** d'environ **dix ans**, car on peut supposer «que les relations sociales dans ce pays sont devenues si étroites qu'il faut des raisons particulières pour mettre fin au séjour» (voir ci-dessus, N. 20). Selon l'opinion défendue ici, cette jurisprudence de la Cour suprême, selon laquelle des raisons particulières doivent être invoquées pour mettre fin à un séjour en Suisse après une période légale d'environ dix ans, peut être transposée au droit à la vie familiale au sens de l'art. 13 al. 1 Cst. En effet, si une personne étrangère a droit à un séjour permanent en Suisse en vertu du droit à la vie privée au sens de l' art. 13 al. 1 Cst., a droit à un séjour durable en Suisse, cette personne a également, selon la jurisprudence de la Cour suprême, un droit au regroupement familial découlant du droit à la vie familiale (art. 13 al. 1 Cst.). Toutefois, ce droit n'existe que si les conditions fixées par le droit national pour le regroupement familial sont remplies. Ces conditions nationales doivent bien sûr être compatibles avec l'art. 13 Cst. et l'art. 8 CEDH. A contrario, on peut en conclure qu'un étranger qui n'a pas lui-même le droit de séjourner en Suisse n'a pas non plus le droit au regroupement familial sur la base du droit à la vie familiale au sens de l'art. 13 al. 1 Cst.

25 Dans un arrêt du 17 septembre 2024, la CEDH a en outre décidé que la Suisse avait violé le droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH en **ordonnant l'expulsion** d'un homme originaire de Bosnie-

Herzégovine. L'homme avait été reconnu coupable d'infraction qualifiée à la loi sur les stupéfiants (LStup), raison pour laquelle il avait été expulsé du pays pour cinq ans en vertu de l'art. 66 al. 1 let. o du code pénal (CP). En effet, l'infraction qualifiée à la loi sur les stupéfiants est un acte déclencheur qui, en vertu de la Constitution et de la loi, conduit à l'expulsion du territoire national, sauf cas de rigueur personnelle. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral s'est montré particulièrement strict en ce qui concerne l'expulsion du territoire national pour de telles infractions commises par des ressortissants étrangers. C'est pourquoi il a également confirmé l'expulsion dans le cas présent. Le Tribunal fédéral n'a pas retenu les objections de l'homme contre une expulsion, selon lesquelles sa culpabilité était faible et seule une peine d'emprisonnement avec sursis de 20 mois a été prononcée.

Cependant, une majorité de la CEDH n'a pas pu suivre le jugement du Tribunal fédéral. La Cour a justifié son opinion contraire par le fait que la faute de l'homme était minime, qu'une peine d'emprisonnement avec sursis avait été prononcée, que l'homme n'avait pas d'antécédents judiciaires et ne représentait pas un danger pour la sécurité publique, et qu'il vivait en Suisse depuis longtemps, raison pour laquelle l'expulsion de cinq ans aurait un effet néfaste sur la vie de famille et serait donc incompatible avec le droit à la vie de famille. L'opinion minoritaire, défendue de manière convaincante dans le cadre d'une «opinion dissidente», conteste toutefois ce point de vue en affirmant que dans le cas présent, *aucune raison valable* ne justifie que la Cour s'écarte de l'évaluation globale des tribunaux suisses, car ces derniers ont examiné attentivement les circonstances concrètes et ont pesé les intérêts publics et privés en faveur ou contre une expulsion à la lumière de la jurisprudence de la Convention. Notamment le fait que l'homme n'est arrivé en Suisse qu'à l'âge de 30 ans et qu'il a donc passé les années les plus importantes de sa vie dans son pays d'origine, qu'il était peu intégré dans la société suisse, tout en entretenant des liens étroits avec son pays d'origine, mais aussi le fait que sa femme et ses jeunes enfants parlaient serbe et connaissaient bien la culture de la Bosnie-Herzégovine, ne permettent pas de considérer comme déraisonnable un retour dans son pays d'origine. Selon l'avis exprimé ici, une expulsion dans ce cas précis semble donc globalement justifiable, en accord avec le Tribunal fédéral et la minorité de la Cour européenne des droits de l'homme. En outre, le fait que l'homme ait reçu 186 grammes de cocaïne pure et les ait transportés à Zurich, commettant ainsi une infraction grave, puisque la limite pour un cas grave est fixée à 18 grammes de

26

cocaïne, plaide contre le maintien de l'homme en Suisse et donc en faveur de son expulsion.

4. Logement

a. Champ d'application

27 Le droit au respect du domicile, expressément inscrit à l'art. 13 al. 1 Cst., garantit à l'individu un **refuge physique** qui lui permet de s'isoler, mais aussi d'entretenir des contacts sociaux en dehors de la sphère publique. Outre les logements habités de manière permanente ou temporaire (logement au sens strict), le champ de protection matériel s'étend également aux espaces ouverts qui, en raison de leur utilisation, doivent être considérés objectivement comme des espaces privés. Les espaces extérieurs comprennent les balcons, les terrasses ou les jardins. Les locaux commerciaux sont également protégés, mais selon la jurisprudence de la Cour fédérale, leur protection est moins étendue en cas d'utilisation principalement commerciale qu'en cas d'utilisation (purement) privée. Le fait que la personne concernée soit propriétaire ou locataire du logement n'a pas d'importance.

28 La CEDH entend par «domicile» au sens de l'art. 8 al. 1 de la CEDH un **espace délimité** dans lequel se déroulent la vie privée et familiale. Selon la jurisprudence de la CEDH, l'art. 8 de la CEDH protège non seulement les résidences secondaires et les résidences de vacances, mais aussi les locaux commerciaux des personnes morales. Dans certains cas, les centres de formation et les chambres d'hôtel peuvent également être protégés par l'art. 8 de la CEDH.

b. Restrictions

29 Une atteinte au droit au respect du domicile est par exemple constituée par l'intrusion physique de l'État dans le domicile dans le cadre de perquisitions, ainsi que par l'espionnage ou l'écoute par des acteurs étatiques depuis l'extérieur. La surveillance secrète par les autorités publiques à l'aide d'appareils techniques, en particulier, gagne considérablement en importance avec l'avènement de **nouvelles technologies**, car elle crée de nouvelles menaces pour le droit au respect du domicile, qui peuvent aller plus loin en termes d'intensité d'intervention que les mesures de surveillance traditionnelles de l'État. Les autorités peuvent par exemple utiliser **des**

drones pour repérer des modifications structurelles sur des terrains, ce qui permet d'avoir une vue sur les chambres à coucher et les salons ainsi que sur les balcons, les terrasses ou les jardins. Le préposé à la protection des données du canton de Zurich a donc constaté qu'il s'agissait d'une atteinte à la vie privée (ou plus précisément au droit au respect du domicile). Selon les médias, les autorités fiscales françaises auraient découvert des piscines privées non déclarées à l'aide d'un **logiciel basé sur l'IA** ; ce logiciel devrait également être utilisé à l'avenir pour identifier d'autres bâtiments et installations construits illégalement.

L'utilisation des **compteurs intelligents**, *également* appelés systèmes de mesure intelligents ou compteurs électriques intelligents, représente un autre problème qui n'a guère été abordé jusqu'à présent dans le contexte du droit au respect du domicile. En effet, les systèmes de mesure intelligents transmettent automatiquement les données relatives à la consommation d'électricité des clients finaux aux gestionnaires de réseau (publics). Ces données fournissent des informations sur les appareils électroniques utilisés dans un ménage, leur fréquence d'utilisation et leur consommation. Les systèmes de mesure intelligents peuvent donc renforcer le **sentiment subjectif** d'**être constamment surveillé** et ainsi entraver le libre épanouissement personnel des individus dans leur propre logement, par exemple en amenant les personnes concernées à modifier certaines habitudes chez elles par crainte d'une surveillance (abusive). 30

Du point de vue des droits fondamentaux, les **observations secrètes** des **assurés par les assurances sociales** au sens des articles 43a et 43b LPGA sont également problématiques, car elles ne sont pas seulement autorisées dans des lieux accessibles au public, mais aussi dans des lieux librement visibles depuis un lieu accessible au public. La LPGA autorise ainsi les assurances sociales à filmer les balcons et les jardins des assurés qui sont visibles depuis un lieu public, ce qui constitue une atteinte au droit au respect du domicile des personnes assurées. L'avenir nous dira si ces nouvelles dispositions relatives à l'observation dans le domaine de la sécurité sociale, que le législateur fédéral a adoptées suite à l'arrêt « *Vukota-Bojic* » de la CEDH, résisteront à un examen de la CEDH. *En effet*, le législateur a certes créé une base légale formelle avec les articles 43a et 43b de la LPGA 43b LPGA, le législateur a créé une base légale formelle, car la CEDH avait auparavant critiqué le fait qu'une personne assurée ait été surveillée par 31

l'assureur accident sans base légale suffisante. Dans l'arrêt susmentionné, la CEDH n'a toutefois pas précisé dans quelle mesure les observations secrètes dans le domaine de la sécurité sociale sont réellement nécessaires pour prévenir les abus en matière de sécurité sociale. Malgré l'intérêt public majeur que représente la lutte contre la fraude à la sécurité sociale, on peut douter de la nécessité de telles surveillances dans la mesure où le versement illégal de prestations de sécurité sociale (fraude à la sécurité sociale au sens de l'art. 148a CP) peut déjà être poursuivi et sanctionné par les autorités de poursuite pénale compétentes dans le cadre d'observations conformément aux art. 282 et suivants du CPP, et faire l'objet de sanctions pénales. Ou pour reprendre les mots de Pierre Heusser : « Les [...] nouvelles possibilités de surveillance sont [...] inutiles, car les enquêtes nécessaires peuvent être menées sans problème par les autorités de poursuite pénale sur la base des dispositions légales existantes ». On peut toutefois objecter que les observations secrètes d'assurés par les assurances sociales portent peut-être moins atteinte au droit au respect du domicile que les observations effectuées par les autorités de poursuite pénale.

32 Enfin, il est remarquable et problématique de voir avec quelle évidence l'État édicte ou envisage d'édicter récemment des réglementations qui empiètent sur les domaines (très) privés d'un logement en tant que lieu de retraite physique. On peut citer ici les directives relatives au nombre de personnes autorisées dans les pièces à vivre dans le cadre de la gestion de la pandémie de Covid-19 ou les mesures prévues par le Conseil fédéral dans le projet d'ordonnance sur les restrictions et les interdictions d'utilisation de l'énergie électrique en cas de grave pénurie d'électricité, telles que les prescriptions relatives à la température dans les pièces à vivre et les bureaux. De telles réglementations révèlent une **conception interventionniste de l'État** qui est de plus en plus difficile à concilier avec une conception libérale de la Constitution. En effet, de telles prescriptions restreignent fondamentalement le droit des individus à décider eux-mêmes de la manière dont ils veulent vivre chez eux.

5. Secret de la correspondance, secret postal et secret des télécommunications

a. Champ d'application

Le secret de la correspondance et des télécommunications protège la **confidentialité des communications** entre individus. Ce droit s'applique aux moyens de communication traditionnels (courrier, téléphone et télécopie) ainsi qu'aux moyens de communication modernes tels que les e-mails, les SMS, les MMS, les téléavertisseurs, la téléphonie par Internet ou les plateformes de communication virtuelles à usage restreint. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les «pages d'accueil et les groupes de discussion accessibles au public» ne sont pas couverts par le secret des communications, car on ne peut pas s'attendre à ce que la communication soit confidentielle. Par conséquent, pour déterminer l'étendue de la protection du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications, il est déterminant de savoir si la personne concernée pouvait objectivement supposer qu'il s'agissait d'une communication *confidentielle*. 33

La doctrine et la jurisprudence interprètent à juste titre la notion de correspondance, de communications postales et de télécommunications de **manière neutre** sur le plan technique, en s'appuyant sur l'art. 8, ch. 1, CEDH. C'est pourquoi le secret des communications s'applique également aux nouveaux moyens de communication, qui ont acquis une importance pratique considérable depuis l'entrée en vigueur de l'art. 13, al. 1, Cst. À cet égard, le fait que le libellé de la disposition se réfère plutôt aux formes de communication traditionnelles et semble donc quelque peu dépassé ne pose pas de problème. Si l'art. 13 Cst. devait toutefois être révisé un jour, il faudrait envisager d'utiliser dans l'art. 13 Cst. un terme plus neutre sur le plan technique, par analogie avec l'art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte), qui prévoit le concept de communication et protège sa confidentialité. 34

Le secret des communications protège objectivement aussi bien le **contenu des** communications que les **données accessoires**. Sont donc également protégées en tant que données accessoires dans les communications téléphoniques les informations concernant le numéro de téléphone, le lieu où se trouve l'appelant ainsi que la durée de la conversation téléphonique, ou dans les communications Internet les adresses e-mail et IP. 35

36 Le droit fondamental au respect du secret de la correspondance et des télécommunications s'applique également aux personnes ayant un **statut particulier** (par exemple les personnes en détention préventive ou les prisonniers, ou les membres de l'armée). Toutefois, le secret de la correspondance et des télécommunications ne s'applique que de manière limitée aux personnes en détention préventive ou aux prisonniers.

37 Les **prestataires privés de services** dans le domaine de la poste et des télécommunications ne sont certes pas directement liés par le secret des communications. Toutefois, le législateur doit veiller à ce que ce secret soit respecté conformément à l'art. 35 Cst.

b. Restrictions

38 Compte tenu du développement des technologies modernes de communication, mais aussi des nouvelles formes de menaces liées au terrorisme et au crime organisé, le législateur fédéral a récemment renforcé les bases légales permettant de prendre des **mesures de surveillance secrète** préventives et répressives. Ainsi, la surveillance des moyens de communication peut être ordonnée dans le cadre d'une *procédure pénale* (surveillance de la correspondance par poste et télécommunication au sens des articles 269 et suivants du CPP), mais aussi à titre préventif pour des raisons de *sécurité nationale*, sur la base de la loi sur le renseignement (LRens). De telles surveillances par les autorités étatiques constituent généralement une atteinte *très grave* au droit à la protection du secret de la correspondance, du courrier et des télécommunications, qui nécessite une base légale formelle suffisamment précise.

39 La CEDH a récemment rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle a évalué la recevabilité de différentes formes de **surveillance étatique des communications**. La Cour a ainsi estimé que le système britannique de surveillance de masse des données de communication et d'obtention de ces données auprès des fournisseurs de services de communication n'est pas compatible avec l'article 8 de la CEDH, car il n'existe aucune garantie efficace contre les abus et aucun mécanisme de contrôle indépendant. Dans l'affaire « *Centrum för Rättvisa contre Suède* », la Grande Chambre a également constaté une violation de l'article 8 de la CEDH, contrairement à une chambre de la Cour qui avait statué en juin 2018, car la réglementation suédoise relative à la surveillance des télécommunications par les services

secrets de l'État ne garantissait pas toujours un contrôle effectif a posteriori. Dans ses deux arrêts, la CEDH a toutefois souligné que les États contractants disposent d'une *large marge d'appréciation* dans la conception des mesures de surveillance étatiques, si et aussi longtemps que les critères minimaux fixés par la Cour sont respectés.

La nouvelle LRens autorise le Service de renseignement de la Confédération (SRC) à surveiller (en temps réel) les communications postales et les télécommunications ou à s'introduire dans des systèmes informatiques privés au moyen de « chevaux de Troie », par exemple pour « obtenir des informations qui s'y trouvent ou qui sont transmises à partir de ces systèmes ». Le SRC a désormais la possibilité de surveiller les communications électroniques (courriels, recherches ou téléphonie par Internet) sans qu'il y ait de motif ou de soupçon (ce qu'on appelle l'**exploration du réseau câblé**). Toutes les personnes utilisant Internet en Suisse sont potentiellement concernées par cette surveillance des communications. Le Tribunal fédéral a récemment considéré que la surveillance des communications constituait une atteinte au secret des télécommunications et au droit à l'autodétermination informationnelle conformément à l'art. 13 al. 2 Cst. Le tribunal a approuvé un recours de l'association «Digitale Gesellschaft» et a renvoyé l'affaire au Tribunal administratif fédéral pour examen au fond. 40

Compte tenu de la large diffusion des **téléphones intelligents**, il n'est guère surprenant que des efforts politiques soient déployés pour permettre à la police de surveiller (en temps réel) les téléphones portables dans le cadre de ses activités *relevant du droit de la police*. En effet, les smartphones laissent des traces de données dans l'espace numérique qui permettent de tirer des conclusions sur le comportement de communication d'une personne et sur son lieu de séjour, et qui peuvent être utilisées pour prévenir *de manière préventive* des actes criminels. Il est déjà techniquement possible de consulter les téléphones portables à titre préventif dans le cadre d'une opération de police ou de rechercher des contenus de communication sur des services d'hébergement ou de communication interpersonnelle (par exemple WhatsApp, TikTok, Instagram, services de messagerie électronique, etc.) afin de limiter la diffusion de la pornographie enfantine sur Internet (également appelé familièrement « contrôle des chats »). Malgré les intérêts légitimes (préservation de l'ordre public et de la sécurité) que la police poursuit avec la surveillance secrète des smartphones, il ne faut pas oublier que de telles 41

activités de surveillance de la police peuvent actuellement poser problème sur le plan constitutionnel. En effet, dans la plupart des cantons, il n'existe pas de **base légale formelle** dans la loi sur la police ni de garanties efficaces contre les abus et de mécanismes de contrôle indépendants. On peut également se demander si et dans quelle mesure de telles activités de surveillance sont nécessaires.

42 Avec l'utilisation des « **technologies de la maison intelligente** » (également appelées assistants numériques), la question se posera (à l'avenir) de savoir si et dans quelle mesure les autorités chargées de l'application de la loi seront autorisées à utiliser les informations collectées par ces technologies pour élucider des infractions. La même question se posera si l'État souhaite à l'avenir utiliser ces « applications de la maison intelligente » à des fins de surveillance préventive. L'accès de l'État aux technologies de la maison intelligente dans le cadre d'une procédure pénale et/ou pour des raisons de protection de l'État entraîne de **graves atteintes** au secret des communications protégé par la Constitution (ainsi qu'au droit au respect du domicile), qui doivent être réglementées par la loi et limitées en termes de durée et d'utilisation. En outre, il convient de prévoir des garanties légales efficaces contre les abus et des mécanismes de contrôle indépendants.

B. Al. 2: droit fondamental à la protection des données

1. Champ d'application

43 L'art. 13, al. 2, Cst. consacre le droit fondamental à la protection des données, conçu comme un **sous-domaine** du droit à la sphère privée ou au secret (art. 13, al. 1, Cst.). Dans la doctrine et la jurisprudence, le droit fondamental à la protection des données, tel qu'il est énoncé à l'art. 13 al. 2 Cst., est également appelé «droit à l'autodétermination informationnelle», en référence à la terminologie utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans son arrêt sur le recensement de la population. Florent Thouvenin souligne toutefois à juste titre que l'idée du droit à l'autodétermination informationnelle, «c'est-à-dire le droit de la personne concernée de décider en principe elle-même si et à quelles fins des données la concernant peuvent être traitées», ne résiste guère à un examen plus approfondi. D'une part, il montre, en se basant sur l'évolution historique du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle, que ni la Cour fédérale ni la doctrine

n'ont jamais présenté de justification de son existence, se contentant simplement de renvoyer à l'arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur le recensement de la population. C'est pourquoi, selon Florent Thouvenin, le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle repose sur des bases extrêmement fragiles, car faute de justification appropriée, la doctrine et la jurisprudence ne s'appuient que sur la force de conviction intuitive du concept d'autodétermination informationnelle, ce qui ne suffit pas pour qu'un droit fondamental soit reconnu. D'autre part, son analyse des dispositions fondamentales de la LPD fédérale montre que l'idée d'un droit à l'autodétermination informationnelle n'a pas du tout été mise en œuvre pour le traitement des données par les organes fédéraux et que pour le traitement des données par des personnes privées, elle n'a été mise en œuvre que ponctuellement. Par conséquent, on ne peut pas non plus dire que le législateur fédéral a implicitement reconnu un tel droit en adoptant la LPD fédérale. Avec Florent Thouvenin, il convient donc de retenir qu'avec la **protection de** la **sphère privée** garantie par les droits fondamentaux au sens de l'art. 13 al. 1 Cst., il existe déjà une base conceptuelle pertinente, qui est capable de couvrir tous les aspects de la sphère privée et donc aussi le traitement des données personnelles, c'est-à-dire le droit de la protection des données.

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence du Tribunal fédéral, le champ 44
d'application de l'art. 13 al. 2 Cst. ne se limite pas, contrairement à ce que dit le texte, à la protection contre l'utilisation abusive de données personnelles, mais englobe tout traitement **par l'État** de données personnelles (par exemple la collecte, la collecte, la conservation, le stockage et la divulgation de données personnelles à des tiers, quels que soient les moyens et procédures utilisés). À l'ère de la numérisation, la question se pose de plus en plus de savoir si et dans quelle mesure le champ de protection de l'art. 13 al. 2 Cst. est affecté lorsque le traitement des données par l'État n'entraîne aucun danger pour les personnes concernées, par exemple lorsque des acteurs étatiques traitent des données personnelles dans l'intérêt exclusif de la personne concernée. En effet, l'art. 13 al. 2 Cst. vise avant tout à **protéger les personnes concernées contre les préjudices** résultant du traitement de données par l'État.

Sont considérées comme **données personnelles** au sens de l'art. 13 al. 2 Cst. 45
toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou

identifiable et qui peuvent lui être attribuées, y compris les adresses IP et les données de télécommunication. Cette référence à la personne désigne la personne titulaire des droits fondamentaux, c'est pourquoi les données des personnes morales sont (toujours) protégées par l'art. 13 al. 2 Cst. Le fait que la LPD totalement révisée renonce à la protection des données des personnes morales (cf. art. 1 e contrario LPD) n'y change rien.

2. Dimensions

a. Le droit fondamental à la protection des données en tant que droit de défense

46 Le droit fondamental à la protection des données en tant que **droit de défense** (dimension subjective ou individuelle) protège l'individu contre le traitement de données personnelles par l'État. Dans cette fonction, le droit fondamental à la protection des données n'offre cependant aucune protection contre le traitement de données privées.

b. Obligation de protection des droits fondamentaux contre le traitement de données privées

47 Depuis le milieu du siècle dernier, la pratique juridique et la doctrine suisses reconnaissent, sous l'influence de la doctrine juridique allemande, une dimension objective des droits fondamentaux : outre leur dimension défensive, les droits fondamentaux justifient également **des obligations de protection de l'État** contre les menaces émanant de tiers privés. Cette interprétation élargie des droits fondamentaux a trouvé son expression juridique dans l'art. 35, al. 1 Cst., qui stipule que les droits fondamentaux doivent être appliqués «dans l'ensemble de l'ordre juridique». La dimension objective du droit fondamental à la protection des données au sens de l'art. 13, al. 2 Cst. en relation avec l' art. 35 al. 1 Cst. impose donc à l'État l'obligation de protéger les individus contre les préjudices résultant du traitement de données par **des particuliers**.

48 Cette obligation de protection des droits fondamentaux contre le traitement de données par des particuliers s'adresse bien entendu au législateur démocratiquement légitime et non aux particuliers. Le législateur fédéral s'est acquitté de cette obligation en adoptant la LPD fédérale. La question de savoir selon quels critères il convient de trouver un équilibre entre les libertés

fondamentales des personnes qui traitent des données à caractère personnel et l'obligation de protéger ces libertés reste donc sans réponse. L'approche **basée sur les risques** (cf. supra, n° 14) peut contribuer à résoudre en partie ce conflit, car elle permet de trouver un équilibre entre les intérêts légitimes de protection des données personnelles des particuliers et l'intérêt légitime d'utilisation des données personnelles par les responsables du traitement. Ainsi, l'approche fondée sur les risques prévoit des exigences *plus strictes* pour protéger les personnes concernées en cas de risques *élevés* en matière de protection des données, et des exigences *plus souples* pour garantir la liberté des personnes chargées du traitement des données privées en cas de risques *faibles* en matière de protection des données. Le contenu normatif de l'approche fondée sur les risques consiste donc à adapter l'étendue et l'intensité des dispositions relatives à la protection des données en fonction du risque encouru. Une différenciation **basée sur les risques** des réglementations en matière de protection des données présente l'avantage de minimiser les risques pour les droits de la personnalité de la personne concernée en proportion du risque par des dispositions appropriées en matière de protection des données, sans pour autant compromettre la liberté des personnes privées chargées du traitement des données.

3. Restrictions

Avec l'utilisation de nouveaux systèmes de surveillance (de masse) dans l'espace public, les autorités disposent d'instruments qui, certes, servent la sécurité et l'ordre publics et donc la protection des biens classiques de la police, mais qui peuvent aussi porter (considérablement) atteinte au droit fondamental à la protection des données. Ces derniers temps, la **reconnaissance automatique des visages** fait l'objet de vives controverses. Les technologies de reconnaissance automatique des visages peuvent être utilisées pour la surveillance préventive des espaces publics, pour la prévention des risques ou pour l'élucidation des infractions pénales. On parle de reconnaissance automatique des visages lorsque des images numériques du visage de personnes physiques sont traitées automatiquement pour identifier ou vérifier la personne concernée. Dans la doctrine, on considère que l'utilisation de tels systèmes de reconnaissance faciale constitue une atteinte grave à l'art. 13 al. 2 Cst., l'interdiction de discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) ainsi que la liberté d'opinion et de réunion (art. 16 et art. 22 Cst.) pouvant également être concernées. Dans l'affaire « *Glukhin contre Russie* », la CEDH 49

s'est prononcée pour la première fois sur la reconnaissance faciale automatique par les autorités de poursuite pénale. La Cour a estimé que le traitement de données à caractère personnel à l'aide d'une technologie de reconnaissance faciale pour élucider une *infraction mineure* dans le cadre d'une *procédure administrative* - d'une part, pour identifier la personne concernée à l'aide des photos et de la vidéo publiées sur Telegram, et d'autre part, pour la localiser et l'arrêter alors qu'elle se déplaçait dans le métro de Moscou - n'est pas compatible avec l'article 8 de la CEDH. En effet, selon la CEDH, un tel traitement de données par une technologie de reconnaissance faciale pour élucider une infraction n'est pas nécessaire dans une société démocratique. Dans son arrêt, la CEDH a toutefois reconnu le besoin légitime des États contractants d'utiliser les technologies de reconnaissance faciale pour élucider des infractions pénales, en particulier dans le contexte du terrorisme et du crime organisé. Toutefois, selon la Cour, cela nécessite des réglementations détaillées concernant les formes concrètes d'application de la technologie de reconnaissance faciale et des mesures de protection strictes contre les abus et l'arbitraire. C'est également pour cette raison que la CEDH a qualifié l'utilisation d'une technologie de reconnaissance faciale d'incompatible avec la convention, car de telles réglementations font largement défaut en Russie. Le législateur aura donc la difficile tâche de trouver un équilibre entre la préoccupation légitime de protéger les libertés garanties par la Constitution et l'intérêt public pour la sécurité, afin que l'utilisation de la technologie de reconnaissance faciale automatique soit conforme aux droits de l'homme et aux droits fondamentaux.

50 Dans le cadre de la **recherche automatisée de véhicules** et de la **surveillance du trafic** (AFV), des appareils mobiles ou fixes enregistrent systématiquement les plaques d'immatriculation des véhicules qui passent à l'aide d'une caméra. Outre l'identité du propriétaire du véhicule, d'autres données peuvent également être collectées, telles que l'heure du contrôle, l'emplacement, la direction du véhicule et les autres passagers. Cependant, l'AFV ne se limite pas au traitement de telles informations d'identification. Au contraire, les données personnelles collectées par l'AFV sont regroupées avec d'autres ensembles de données et comparées automatiquement, c'est-à-dire que l'AFV permet un « traitement en série et simultané d'ensembles de données volumineux et complexes en quelques fractions de seconde ». Le Tribunal fédéral y a vu une atteinte grave au droit fondamental à la protection des données conformément à l'art. 13 al. 2 Cst., car l'AFV ne saisit pas de

données personnelles en fonction d'un événement ou d'un soupçon concret, ce qui a un effet dissuasif (appelé «chilling effect»), d'autant plus que l'utilisation ultérieure (secrète) de ces données personnelles par les autorités peut donner le sentiment d'être surveillé. En outre, selon le Tribunal fédéral, il existe un risque que les personnes concernées soient injustement soupçonnées en raison d'un taux d'erreur inhérent au système.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le prélèvement des échantillons corporels nécessaires à l'analyse ADN (par exemple, frottis de la muqueuse jugale ou échantillon de sang) porte atteinte au droit fondamental à l'intégrité physique inscrit à l'art. 10 al. 2 Cst. et la **création** d'un **profil ADN** et son traitement par des acteurs étatiques enfreignent le droit fondamental à la protection des données conformément à l'art. 13 al. 2 Cst. 51

L'utilisation **des technologies basées sur les données** peut entraîner de nouvelles menaces pour le droit fondamental à la protection des données au sens de l'art. 13, al. 2, Cst. Par exemple, les analyses ou évaluations par intelligence artificielle de données massives issues des réseaux sociaux par des acteurs étatiques (également appelées «renseignement sur les réseaux sociaux» [*SOCMINT*]) affectent le champ de protection de l'art. 13, al. 2, Cst. L'intelligence artificielle est de plus en plus utilisée dans le secteur de la santé, par exemple pour détecter à un stade précoce une septicémie, une pneumonie ou un cancer et proposer des traitements personnalisés. Cependant, ces outils de prévision basés sur l'IA nécessitent une grande quantité de données sur les patients afin que les algorithmes de ces outils de prévision puissent être entraînés à partir de ces données. Les risques pour le droit fondamental à la protection des données, tel que garanti par l'art. 13 al. 2 Cst., qui peuvent résulter du traitement de données personnelles par les autorités publiques à l'aide de ChatGPT et d'applications comparables basées sur l'IA, sont encore largement inexplorés. 52

A propos de l'auteur

Joel Drittenbass travaille comme avocat au sein de l'équipe réglementaire de VISCHER AG à Zurich. Il conseille et représente les parties dans des affaires de droit public, notamment en droit de l'eau et de l'environnement, en droit de la santé et en droit de la protection des données. Il se concentre sur le conseil aux entreprises actives sur des marchés réglementés, en particulier dans le secteur de l'énergie et des soins de santé. Il enseigne, mène des recherches et

publie également dans les domaines du droit public et administratif, en accordant une attention particulière au droit des nouvelles technologies (par exemple, les robots autonomes, l'intelligence artificielle). L'auteur exprime ici son opinion personnelle.

Joel Drittenbass a étudié le droit à l'université de Saint-Gall (M.A. HSG in Law 2017). Avant et pendant son doctorat, il a travaillé comme assistant de recherche à la chaire de droit public des affaires de l'Université de Saint-Gall (ILE-HSG). Dans sa thèse, qui a reçu le prix du professeur Walther Hug en 2021, il a étudié en profondeur les aspects juridiques de la protection des données et des dispositifs médicaux dans le cas des robots médicaux autonomes. Certaines parties de la présente contribution à l'art. 13 al. 2 Cst. s'appuient donc sur la thèse de l'auteur.

Remerciements

L'auteur remercie chaleureusement Damian Wyss, M.A. HSG en droit, Antonia Straden, M.A. HSG en droit et économie, Céline Kehl, B.A. HSG en droit et économie, Andrea Chawla, BLaw, Timo Tschopp, B.A. HSG en droit, ainsi que Giulia Odermatt, MLaw, pour leur soutien dans la recherche et la préparation rédactionnelle du présent commentaire. Nous tenons également à remercier chaleureusement Belinda Bachmann pour la relecture qu'elle a effectuée avec beaucoup de compétence et d'efficacité. L'auteur remercie également David Rosenthal, associé chez VISCHER AG, pour ses précieuses remarques sur le présent commentaire. Enfin, il tient à remercier tout particulièrement les éditeurs, le professeur Odile Ammann, LL.M., et le Dr Stefan Schlegel, pour leur relecture critique de ce commentaire. Leurs remarques ont permis d'améliorer considérablement ce commentaire.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Auberson Géraldine, Personnalitées publiques et vie privée: Étude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, Diss. Zürich 2013.

Baumann Felix, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss. Fribourg 2011, Zürich et al. 2011.

Bondallaz Stéphane, La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications, Diss. Zürich 2007.

Bundesamt für Justiz (BJ), Gutachten vom 7. Juli 2016 zur Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit, Bern 2016.

Bussani Mauro, Le passé et les inconnus : quelle protection pour la vie privée?, in: Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert (Hrsg.), Le droit sans frontières: Mélanges pour Franz Werro, Bern 2022, S. 117-126.

Caderas Claudia/Hürzeler Marc, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, HAVE 2016, S. 425-427.

Caroni Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Diss. Bern 1998, Berlin 1999.

Diggelmann Oliver/Cleis Maria Nicole, How the Right to Privacy Became a Human Right, in: Human Rights Law Review 2024, S. 441-458.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 6 (2013), S. 837-864.

Häner Isabelle/Bundi Livio, Rechtsgutachten vom 4. November 2020 über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung der «Ehe für alle» sowie der Samenspende für lesbische Ehepaare auf Gesetzesebene, Zürich 2020.

Hansjakob Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz: Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich/Basel/Genf 2018.

Jaggi Emanuel, Geheime Überwachungsmassnahmen, ZBJV 147 (2011), S.1-38.

Mahon Pascal, L'information par les autorités, ZSR 118 II (1999), S. 199-352.

Märkli Benjamin, Ehe gegen alle? Zur Öffnung der Ehe ohne Verfassungsänderung, AJP 4 (2020), S. 466-476.

Moreham Nicole Anna, The Right to Respect for Private Life in European Convention on Human Rights: A Re-Examination, European Human Rights Law Review 14 (2008), S. 44-79.

Rochel Johan, L'intégrité numérique dans la Constitution: Entre liberté et technologies numériques, in: Guillaume Florence/Mahon Pascal (Hrsg.), Le

droit à l'intégrité numérique: Réelle innovation ou simple évolution du droit?, Basel/Genf/Zürich 2021, S. 13-41.

Rudin Beat, Die Erosion der informationellen Privatheit – oder: Rechtsetzung als Risiko?, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultät der Universität Basel), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, S. 277 ff.

Schoder Charlotte, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht: Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, AJP 11 (2002), S. 1287-1296.

von Gunten Jean-Marc, Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Diss. Zürich 1992.

Ziegler Andreas R., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 5 (2013), S. 649-658.

Zünd Andreas/Hugi Yar Thomas, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, EuGRZ 2013, S. 1-19.

BIBLIOGRAPHIE

Ametsbichler Eva, Rechtliche Fragestellungen beim Einsatz von «Smart-Home-Technologie», InTeR 2019, S. 169-174.

Angel María P./Calo Ryan, Distinguishing Privacy Law: A Critique of Privacy as Social Taxonomy, Columbia Law Review, S. 1-44.

Belser Eva Maria, Zur rechtlichen Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz: Missbrauchsschutz oder Schutz auf informationelle Selbstbestimmung?, in: Epiney Astrid/Fasnacht Tobias/Gaetan Blaser (Hrsg.), Instrumente zur Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Zürich et al. 2013, S. 19-45.

Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. Verfasser, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § N.).

Biaggini Giovanni, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Ein «bahnbrechender» Klima-Richterspruch voller Rätsel, ZBl 125 (2024), S. 461-462 (zit. Rätsel).

Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021 (zit. Verfasser, in: Biaggini/Gächter/Kiener, Staatsrecht, § N.).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 26.9.2024.

Braun Binder Nadja/Kunz Eliane/Obrecht Liliane, Maschinelle Gesichtserkennung im öffentlichen Raum, sui generis 2022, S. 53-61.

Braun Binder Nadja/Laukenmann Nina, Schweizer Praxis zu den Menschenrechten 2023, SRIEL 2024, S. 231-253.

Breitenmoser Stephan, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK: Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, Diss. Basel 1985, Basel 1986 (zit. Privatsphäre).

Brötel Achim, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Diss. Heidelberg 1990/91, Baden-Baden 1991.

Brunner Stephan C., Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung, in: Sutter Patrick (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht: Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich et al. 2003, S. 31 ff.

Bundesamt für Justiz (BJ), Ausgewählte Urteile und Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: 2. Quartal 2021, S. 1-8, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/menschenrechte/egmr.html, besucht am 15.4.2023.

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Plozza Monika, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 2021, Zürich 2021, abrufbar unter https://www.datenschutz.ch/die-datenschutzbeauftragte/taetigkeitsbericht, besucht am 28.10.2022.

Diggelmann Oliver, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Diggelmann).

Diggelmann Oliver, Grundrechtsschutz der Privatheit, in: VVDStRL (Hrsg.), Der Schutzauftrag des Rechts: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Berlin vom 29. September bis 2.10.2010, Band 70, Berlin et al. 2011, S. 50-81 (zit. Privatheit).

Drittenbass Joel, Regulierung von autonomen Robotern: Angewendet auf den Einsatz von autonomen Medizinrobotern: Eine datenschutzrechtliche und medizinprodukterechtliche Untersuchung, Diss. St.Gallen 2020, Zürich et al. 2021.

Egli Patricia, Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, Zürich et al. 2002.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St.Gallen 2023 (zit. SGK-Bearbeiter).

Epiney Astrid/Civitella Tamara/Zbinden Patrizia, Datenschutzrecht in der Schweiz: Eine Einführung in das Datenschutzgesetz des Bundes, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben, Freiburg 2009.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété? AJP 6 (2013), S. 837-864.

Frei Nula, Staatliche Massenüberwachung im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung von EuGH und EGMR, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 43-63.

Gächter Thomas, Schnell, schwammig, schlecht, HAVE 2018, S. 216-221.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, in: Jusletter vom 6.9.2010.

Gerschwiler Stefan, Prinzipien der Datenbearbeitung durch Privatpersonen und Behörden, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 73-88.

Gless Sabine/Stagno Dario, Digitale Assistenten und strafprozessuale Beweisführung, SJZ 114(2018), S. 289-297.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10.Aufl., Zürich et al. 2020.

Harasgama Rehana C., Erfahren - Wissen – Vergessen: Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches, Diss. St.Gallen 2017, Zürich/St.Gallen 2017.

Harasgama Rehana C./Tamò Aurelia, Smart Metering und Privacy by Design im Big-Data-Zeitalter: Ein Blick in die Schweiz, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent, Big Data und Datenschutz - Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 117-149.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Schlegel Stefan/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Version vom 16.3.2023, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, besucht am 19.12.2023.

Hertig Randall Maya/Marquis Julien, Art. 13 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale: Préambule – art. 80 Cst., Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR-Hertig Randall/Marquis).

Heusser Pierre, Observationen: Der neue Art. 43a ATSG auf dem Prüfstand, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt/Uttinger Ursula, Datenschutztagung 2018: Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St.Gallen 2019, S. 17-41.

Hornung Gerrit, Künstliche Intelligenz zur Auswertung von Social Media Massendaten: Möglichkeiten und rechtliche Grenzen des Einsatzes KI-basierter Analysetools durch Sicherheitsbehörden, Archiv des öffentlichen Rechts 147 (2022), 1-69.

Karaboga Murat/Frei Nula/Ebbers Frank/Rovelli Sophia/Friedewald Michael/Runge Greta, Automatisierte Erkennung von Stimme, Sprache und Gesicht: Technische, rechtliche und gesellschaftliche Herausforderungen, Zürich 2022.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Kieser Ueli, ATSG-Revision – das Wechseln des Rades am laufenden Wagen, HAVE 2019, S. 313-318.

Koller Heinrich/Schindler Benjamin, Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in: Sutter-Somm Thomas/Hafner Felix/Schmid Gerhard/Seelmann Kurt (hrsg. im Auftrag der Juristischen Fakultät der Universität Basel), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel et al. 2004, S. 277-290.

Kühne Stefan, Automatisierte Bearbeitung von Personendaten im Strafprozess- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 2022, S. 13-24.

Lubian Federico, Legal Aspects of Smart Grids for Electricity: Privacy and Sharing Economy Platforms Trading, in: Dunand Jean-Philippe/Dupont Anne-Sylvie/Mahon Pascal (Hrsg.), Le droit face à la révolution 4.0, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 259–276.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse: Volume II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Matter Livia, Gesichtserkennung auf dem Vormarsch, digma 2019, S. 14-19.

Meier Philippe, Protection des données: Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011.

Meyer Frank/Staffler Lukas, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2018, forumpoenale 2019, S. 312-323.

Moeckli Daniel, Persönlichkeitsschutz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Zürich et al. 2020, S. 1383-1411.

Müller Andreas Th., Von Geburtstagen, Gerichten und Gegenwind: Die Schweiz im internationalen Menschenrechtssystem, ZBl 125 (2024), S. 463-484.

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Lucien, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen – insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, Diss. St.Gallen 2011, Zürich et al. 2011.

Pärli Kurt, Observationen von Versicherten – Der Gesetzgeber auf Abwegen, recht 2018, S. 120-122.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020 (zit. Datenschutzgesetz).

Rosenthal David, Datenschutz beim Einsatz generativer künstlicher Intelligenz, in: Jusletter 6. November 2023 (zit. Einsatz).

Rudin Beat, Kollektives Gedächtnis und informationelle Integrität: Zum Datenschutz im öffentlichen Archivwesen, AJP 3 (1998), S. 247-260.

Schlegel Stefan, Migrationsrecht: Erstarkendes Recht auf Privatleben, plädoyer 3 (2020), S. 38-43.

Schönbächler Matthias R./Maurer-Lambrou Urs/Kunz Simon, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-Schönbächler/Maurer-Lambrou/Kunz).

Schwegler Ivo, Informations- und Datenschutzrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, S. 325-372.

Schweizer Rainer J., Geschichte und Zukunft des Datenschutzrechts, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.),

Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 3-40 (zit. Geschichte).

Schweizer Rainer J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2001, S. 691 ff. (zit. Persönlichkeitsschutz).

Schweizer Rainer J./Kradolfer Dean/Sutter Patrick, Das Verhältnis von datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsrechten, Verfahrensgerechtigkeit und Amtsöffentlichkeit zueinander, in: Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Perspektive Datenschutz: Praxis und Entwicklung in Recht und Technik, Zürich et al. 2002, S. 235-263.

Schweizer Rainer J./Rechsteiner David, Grund- und menschenrechtlicher Datenschutz, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, S. 41-71.

Seiler Hansjörg, Vom Problematischen Umgang mit prozessualen Regeln und positiven Schutzpflichten, in ZBl 125 (2024), S. 485-499.

Simmler Monika/Canova Giulia, Die Unrechtmässigkeit des Einsatzes automatisierter Gesichtserkennung im Strafverfahren, ZSR 142 I (2023), S. 201-226 (zit. Strafverfahren).

Simmler Monika/Canova Giulia, Gesichtserkennungstechnologie: Die «smarte» Polizeiarbeit auf dem rechtlichen Prüfstand, Sicherheit & Recht 2021, S. 105-117 (zit. Gesichtserkennungstechnologie).

Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung: Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Michael Widmer (Hrsg.), Datenschutz – Rechtliche Schnittstelle, Zürich/St.Gallen 2023, S. 51-77.

Thouvenin Florent, Informationelle Selbstbestimmung: Intuition, Illusion, Implosion, ZSR Beiheft Band 63 2023, S. 1-46.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

Waldenmeyer Catherine/Kühne Paul/Bär Hubert, Observationen als Freibrief für Detektive?, HAVE 2018, S. 212-216.

Weber Rolf H., Neue Grundrechtskonzeption zum Schutz der Privatheit, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg.), Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, Zürich et al. 2012, S. 7-29.

Zimmermann Nesa, Klimawandel und die Rolle der Gerichte, ZBl 125 (2024), S. 500-508.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 16 Cst.

Un commentaire de Raphaela Cueni

PROPOSITION DE CITATION

Raphaela Cueni, Commentaire de l'art. 16 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Cueni, art. 16 Cst. N. XXX.

Art. 16 Libertés 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.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction à la liberté d'expression et d'information 201
A. Histoire de l'émergence 201
B. Indications de droit comparé et droit international public 202
C. Relation avec d'autres dispositions de la Constitution fédérale 204
D. Buts et fonctions de la protection 205
II. Liberté d'expression (art. 16 al. 1 et 2 Cst.) 207
A. Domaine matériel de la protection 207
1. Notion d'opinion 207
2. Contenus partiels et droits protégés 211
3. Contenu central 213
B. La protection personnelle 214
C. Limitations de la liberté d'expression 216
1. Intensités de protection 216
2. Notion et types d'atteintes 218
3. Appréciation des restrictions au sens de l'art. 36 Cst. 219
a. Base légale (art. 36 al. 1 Cst.) 219
b. Intérêt public et protection des droits fondamentaux de tiers (art. 36 al. 2 Cst.) 221
c. Proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) 221
D. Dimension juridique objective de la liberté d'expression 227
1. Réalisation de la liberté d'expression 227
2. Dimension juridique objective de la communication sur Internet en particulier 227
III. Liberté d'information (art. 16 al. 1 et 3 Cst.) 231
A. Liberté d'information active et passive 231
B. Principe de la transparence de l'administration 232
C. Développement de la liberté d'information active ? 233
Lectures complémentaires recommandées 234
Bibliographie 235
Matériaux 244

INTRODUCTION À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET D'INFORMATION

A. Histoire de l'émergence

L'exigence de liberté de parole et d'expression peut être retracée dans l'histoire des idées jusqu'à l'Antiquité. Les garanties actuelles de la liberté d'expression remontent toutefois à l'époque **des Lumières** et constituent une réaction à l'introduction de systèmes de censure et de licence par lesquels différents gouvernements, et notamment l'Eglise, ont réagi à la révolution de l'imprimerie au 16e siècle et à la possibilité qui en résultait de diffuser rapidement des opinions auprès de nombreuses personnes. 1

La liberté d'expression a été inscrite pour la première fois dans le droit positif dans les **catalogues des droits fondamentaux** et les déclarations des droits de l'homme de la fin du 18e siècle. Ainsi, la liberté d'expression a été inscrite dans le *Virginia Bill of Rights* (1776) (mais uniquement en tant que liberté de la presse) et a été garantie peu après dans le Premier amendement à la Constitution des États-Unis (1787), inséré en 1791, et dans la *Déclaration* française *des droits de l'homme et du citoyen* (1789). 2

En Suisse, la liberté d'expression n'était inscrite ni dans le texte de la **Constitution fédérale** de 1848 ni dans celui de la Constitution de 1874 ; les deux constitutions antérieures garantissaient toutefois la liberté de la presse à l'article 45 *aCst*(1848) et à l'article 55 *aCst*(1874). En revanche, la liberté d'expression était déjà partiellement garantie dans le droit cantonal au 19e siècle. De même, les idées de la liberté d'expression ont trouvé leur place dans la jurisprudence du Tribunal fédéral dès les années 1930. Ainsi, le Tribunal fédéral a fondé son jugement sur une interdiction cantonale de la propagande communiste essentiellement sur l'argument selon lequel les principes de la démocratie obligent le citoyen à accepter l'expression de théories qui contredisent l'ordre établi. La tolérance et l'admissibilité d'opinions même fondamentalement différentes est un principe central de la liberté d'expression - mais le Tribunal fédéral n'a pas encore classé l'idée dans ce droit fondamental à ce moment-là. 3

La liberté d'expression a finalement acquis son statut de **droit fondamental de la Constitution fédérale** dans les années 1960 : Dans une décision de 4

1961, le Tribunal fédéral a qualifié la liberté d'expression de « principe fondamental » du droit fédéral et cantonal et, quatre ans plus tard, a finalement reconnu la liberté d'expression comme un droit fondamental non écrit de la Constitution fédérale. Par la suite, le tribunal a retenu que l'article 55a *Cst.* de l'époque, la liberté de la presse, était un domaine partiel d'un droit fondamental non écrit global de la liberté d'expression, et a constamment développé ce droit fondamental au cours des années suivantes. Ce faisant, après la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) par la Suisse, le Tribunal fédéral s'est inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) relative à l'article 10 de la CEDH, elle aussi en constante évolution.

5 Dans le contexte de cette évolution du droit fondamental non écrit de la liberté d'expression, le Tribunal fédéral s'est demandé en 1978 si la **liberté d'information** - en tant que droit d'accès aux informations des autorités - devait également être reconnue comme un droit fondamental non écrit de la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral a retenu à ce sujet que « la liberté d'information, en tant que composante de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, garantit le droit de recevoir des nouvelles et des opinions [...] sans ingérence des autorités et de s'informer aux sources généralement accessibles ». Toutefois, la liberté d'information dans ce sens ne comprend pas un droit à l'information active par les autorités. Le tribunal a rejeté une reconnaissance plus large en tant que droit fondamental autonome, notamment en raison de l'absence de reconnaissance en tant que droit fondamental autonome dans les cantons. Ainsi, la liberté d'information, en tant que droit fondamental non écrit, est restée limitée avant 1999 à la protection contre les interventions de l'Etat dans la collecte d'informations et à un droit d'accès aux « sources généralement accessibles ».

6 Lors de la **révision totale de la Constitution fédérale** en 1999, la liberté d'opinion et la liberté d'information ont été inscrites à l'art. 16 Cst. Suivant l'idée de la mise à jour, le constituant s'est limité à une mise par écrit de la jurisprudence du Tribunal fédéral ; on a donc renoncé à ancrer des garanties plus larges, comme la liberté d'information.

B. Indications de droit comparé et droit international public

7 Au niveau du **droit international**, la liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties entre autres par l'art. 10 CEDH et les art. 19 et 20

du Pacte II de l'ONU. Les **cantons** garantissent également - explicitement ou par le biais d'un renvoi intégral aux droits fondamentaux de la Cst. - dans leurs constitutions respectives des garanties de la liberté d'opinion et, en règle générale, de la liberté d'information.

La jurisprudence de la CEDH relative à **l'art. 10 CEDH** est particulièrement 8
importante pour l'interprétation et la concrétisation de l'art. 16 Cst. Depuis la ratification de la Convention par la Suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral s'oriente de manière déterminante sur la jurisprudence dynamique relative à l'art. 10 CEDH, qui contribue donc aujourd'hui de manière décisive à la structure et à l'expression de l'art. 16 Cst. Cela se traduit par exemple par la protection des déclarations qui « blessent, choquent et inquiètent » ou par la protection particulièrement intensive des déclarations sur des thèmes d'intérêt social.

Les garanties des **articles 19 et 20 du Pacte II de l'ONU** offrent également 9
une protection parallèle des opinions exprimées. Même si ces dispositions marquent comparativement moins la jurisprudence relative à la liberté d'expression et d'information, elles sont également déterminantes pour l'interprétation des garanties en Suisse.

Toutes les constitutions contenant **des catalogues de droits fondamentaux** 10
garantissent aujourd'hui explicitement un droit fondamental de la liberté d'expression ; souvent, la liberté d'information est également garantie explicitement. Un regard sur les pays voisins de la Suisse montre que les garanties de la liberté d'opinion et d'information peuvent être aménagées de manière très différente. Ainsi, la Constitution italienne garantit la liberté d'opinion à l'article 21 ; la liberté d'information n'est pas explicitement mentionnée et, selon la doctrine, elle ne s'inscrit pas non plus dans le cadre de l'article 21, mais découle implicitement des exigences de l'exercice des droits démocratiques. En Autriche, l'article 13 al. 1 de la Staatsgrundgesetz (StGG) garantit la liberté d'expression, mais sans ancrer explicitement la liberté d'information. La liberté d'information n'est pas non plus explicitement ancrée dans le droit constitutionnel du Liechtenstein, mais elle est reconnue comme un élément nécessaire de la liberté d'expression selon l'article 40 de la constitution. La Constitution de la Vème République en France ne contient pas de catalogue des droits fondamentaux dans le texte constitutionnel écrit de 1958. La liberté d'expression est cependant reconnue par la jurisprudence comme faisant partie du droit constitutionnel matériel (*bloc de*

constitutionnalité). Le droit constitutionnel allemand garantit ensuite aussi bien la liberté d'expression que la liberté d'information à l'article 5 al. 1 de la Loi fondamentale (GG), et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale s'est prononcée depuis 1949 de manière différenciée sur différents aspects de ce droit fondamental. Enfin, il convient de mentionner la diversité de la jurisprudence et de la dogmatique aux États-Unis, qui influence également la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 10 CEDH, notamment en ce qui concerne la protection particulière des expressions politiques.

C. Relation avec d'autres dispositions de la Constitution fédérale

11 Dans la structure des droits fondamentaux de la communication, la liberté d'opinion est souvent qualifiée de « **droit fondamental subsidiaire** » ; cela ne tient toutefois que partiellement compte de l'importance de la garantie dans ce contexte. La liberté d'opinion est tout d'abord une disposition fondamentale dans le cadre des droits fondamentaux de la communication : les structures dogmatiques développées sous la liberté d'opinion, les réflexions sur les objectifs de protection, les intensités de protection et les restrictions du droit fondamental s'appliquent donc en principe aussi aux autres droits fondamentaux de la communication. Cependant, en raison des besoins de protection spécifiques, certains aspects et questions s'y accentuent particulièrement, tandis que d'autres sont plutôt relégués à l'arrière-plan.

12 Alors que la liberté d'opinion, en tant que disposition fondamentale des droits fondamentaux de la communication, protège l'expression et la communication en général, **les droits fondamentaux spécifiques** de la liberté des médias (art. 17 Cst.), de la liberté de la langue (art. 18 Cst.), de la liberté de la science (art. 20 Cst.), de la liberté de l'art (art. 21 Cst.), de la liberté de réunion (art. 22 Cst.), de la liberté d'association (art. 23 Cst.), du droit de pétition (art. 33 Cst.) et des droits politiques (art. 34 Cst.) prévoient chacun une protection spécifique pour la communication dans un cadre concret, par des moyens ou des formes choisis ou dans un contexte concret. Par conséquent, les déclarations qui, par exemple, relèvent de la liberté artistique ou de la liberté de réunion en tant qu'art ou partie d'un rassemblement, sont protégées (en premier lieu) dans le cadre de ces droits fondamentaux respectifs ; la liberté d'expression ne s'applique en ce sens que de manière subsidiaire.

La **liberté d'information** selon l'art. 16 al. 1 et 3 Cst. se comporte de manière similaire aux droits d'accès à l'information dans le cadre des autres droits fondamentaux spécifiques à la communication. Ainsi, le Tribunal fédéral protège le droit d'accès aux informations officielles des journalistes en premier lieu dans le cadre de la liberté des médias selon l'art. 17 Cst. Il tient ainsi compte du besoin d'information spécifique des journalistes, plus important que celui des autres droits fondamentaux de la communication, et de leur rôle dans une société démocratique. 13

En ce qui concerne la publicité commerciale, le Tribunal fédéral et, avec lui, plusieurs voix dans la doctrine retiennent que ce type de communication n'est pas protégé dans le cadre de la liberté d'expression selon l'art . 16 al. 1 et 2 Cst. mais dans le cadre de la **liberté économique** selon l'art. 27 Cst. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les propos ayant une connotation religieuse, par exemple l'expression de convictions religieuses vers l'extérieur ou la diffusion de sa propre religion, sont protégés au titre de la **liberté de religion** (art. 15 Cst.). 14

D. Buts et fonctions de la protection

La garantie de la liberté d'expression remplit une fonction de protection de l'individu, mais aussi une fonction sociale ou démocratique. La garantie est tout d'abord caractérisée par le Tribunal fédéral comme « un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine ». Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi que l'expression de pensées et d'informations de toutes sortes est une composante élémentaire pour la formation et **l'épanouissement de la personnalité** de chaque individu. La formation de ses propres opinions et donc de sa propre personnalité présuppose la connaissance et la confrontation d'opinions différentes. L'importance de l'échange d'opinions et de pensées avec d'autres individus est ici centrale. En outre, la possibilité de former et d'exprimer des opinions sur un pied d'égalité garantit des aspects élémentaires de l'autonomie et de la dignité humaine des individus concernés. L'importance fondamentale de la liberté d'opinion pour l'épanouissement de la personnalité de l'individu permet de conclure que l'expression d'une opinion est protégée même si son « utilité » sociale est faible ou si elle n'est perçue par personne. 15

Au-delà de cette fonction de protection de l'individu, la protection de la liberté d'expression et des droits fondamentaux de la communication en 16

général se justifie par l'importance fondamentale de la liberté d'expression comme **moyen et condition de la formation de la volonté sociale et démocratique**. Dans ce contexte, il est essentiel de comprendre la liberté d'échange comme un moyen de se confronter à d'autres opinions et points de vue et de permettre ainsi le développement et, le cas échéant, la falsification des opinions existantes. En mettant l'accent sur le débat en tant qu'instrument de formation de l'opinion, la liberté d'expression se caractérise entre autres par la conviction que les déclarations fausses et nuisibles ne doivent pas être contrées par des interdictions, mais par des contre-discours. Cette approche est particulièrement marquée dans la jurisprudence américaine. Cette conception de la liberté d'expression et de la formation d'opinion s'appuie en outre sur la reconnaissance de la faillibilité de tous les êtres humains (et donc aussi des institutions étatiques) et sur la conviction que la « vérité » ne peut pas être le point de départ, mais toujours le résultat de débats. La méfiance qui en découle vis-à-vis de la vérification (par l'Etat) des opinions selon leur « contenu de vérité » marque également la compréhension actuelle de la liberté d'expression.

17 La caractérisation de la liberté d'expression comme « condition indispensable » pour les **procédures sociales et démocratiques de formation de l'opinion** renvoie en particulier à l'importance fondamentale de la libre expression de toutes les opinions et pensées, si possible, comme condition préalable aux processus libres et démocratiques de formation de la volonté ; en ce sens, la liberté d'expression et les droits fondamentaux de la communication garantissent, au niveau constitutionnel, des exigences minimales pour les procédures de formation de la volonté sociale et démocratique. La Cour européenne des droits de l'homme exprime cet aspect du droit fondamental lorsqu'elle constate qu'aucune société démocratique n'est concevable sans la liberté d'expression - comprise au sens large. Elle souligne également que la confrontation avec des opinions différentes permet aux individus, en tant que membres d'une société, d'acquérir le degré minimal de tolérance à l'égard d'autres opinions et points de vue, nécessaire à une société démocratique stable et fonctionnelle. En ce sens, l'admissibilité des opinions les plus diverses et même des opinions choquantes est considérée comme une condition nécessaire à la vie dans les sociétés diverses d'aujourd'hui.

L'importance démocratique de la liberté d'expression ne se limite cependant pas à son rôle de condition nécessaire aux débats sociaux et à la formation démocratique de la volonté : La liberté d'expression a également une fonction importante de **contrôle du pouvoir de l'Etat** par le biais de la critique et du débat public. Cette « fonction de contrôle » est particulièrement marquée chez les professionnels des médias. Dans la jurisprudence de la CEDH, elle est également reconnue à d'autres groupements ayant un rôle social similaire, comme les ONG. 18

L'importance centrale de la liberté d'expression en tant que condition préalable à la formation de la volonté démocratique et sociale ainsi qu'à l'épanouissement de la personnalité de l'individu justifie la **position particulière de la liberté d'expression** et des droits fondamentaux de la communication dans l'ensemble de la structure des droits fondamentaux. Les fonctions sociales et démocratiques montrent en particulier que l'expression des opinions n'est pas seulement protégée en fonction des intérêts des titulaires des droits fondamentaux, mais aussi en raison de l'importance possible et parfois même prépondérante de certaines expressions pour les processus de formation de la volonté sociale et démocratique. Il s'ensuit que la protection des expressions d'opinion est particulièrement intensive là où l'importance sociale ou démocratique de ces expressions est particulièrement marquée. 19

II. LIBERTÉ D'EXPRESSION (ART. 16 AL. 1 ET 2 CST.)

A. Domaine matériel de la protection

1. Notion d'opinion

Sont considérées comme **des opinions** au sens de l'art. 16 al. 1 et 2 Cst. les informations et les idées de toute nature qui peuvent être communiquées par des personnes à des tiers. Dans le contexte de l'art. 16, al. 1 et 2, Cst., les « opinions “ ne désignent donc pas uniquement les opinions au sens strict, en tant qu'expression d'une position subjective déterminée, ” mais l'ensemble des communications de la pensée humaine et toutes les formes de communication possibles ». Ainsi, les déclarations sur des faits, par exemple des statistiques, des émissions d'information ou des nouvelles, doivent également être caractérisées comme des opinions au sens de l'art. 16 Cst. 20

21 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont considérées comme des opinions protégées « l'ensemble des communications de la pensée humaine » ; par conséquent, la question se pose de savoir dans quelle mesure **les déclarations (partiellement) automatisées** doivent également être incluses dans le champ de protection de la liberté d'opinion. Selon le point de vue défendu ici, les déclarations générées en partie, voire en totalité, par une intelligence artificielle doivent être considérées comme des « opinions » au sens de l'art. 16 al. 1 et 2 Cst. et, en tant que telles, être couvertes par le champ de protection de la liberté d'expression. Seraient donc considérés comme des opinions, par exemple, aussi bien les commentaires rédigés par des humains, mais multipliés par l'IA et ajoutés de manière automatisée à des posts Twitter sélectionnés, que les propos entièrement générés par l'IA de chatbots comme ChatGPT ou de services comme Siri ou Amazon Echo. Dans la mesure où, dans le cas de propos automatisés, l'utilisation de l'IA sert en premier lieu à reproduire un propos humain, la protection de tels propos partiellement automatisés devrait être incontestée - dans ce type d'utilisation, l'IA est en premier lieu un moyen ou un outil permettant de reproduire un propos humain. Les propos qui ne peuvent plus être attribués à un seul auteur humain - par exemple en tant que propos d'un chatbot (apprenant) ou d'un assistant vocal - soulèvent nettement plus de questions. L'absence d'auteur humain (direct) pourrait permettre de conclure que de telles « déclarations » ne sont donc pas des expressions d'opinion à protéger dans le cadre de la liberté d'expression. Par conséquent, les déclarations de Siri, les flux générés par les algorithmes respectifs sur les plateformes de médias sociaux et les listes de résultats des moteurs de recherche ne seraient pas des expressions d'opinion. Selon le point de vue défendu ici, cette appréciation ne doit pas être suivie sans réserve. Même les expressions non humaines de ce type sont potentiellement importantes pour le débat social et démocratique. En outre, d'éventuelles restrictions de telles expressions peuvent avoir pour conséquence une influence unilatérale sur le débat public ou être conçues dans ce but. Sur la base de ces considérations, il convient de partir du principe que les déclarations (entièrement) automatisées sont également protégées dans le cadre de la liberté d'expression. Il ne faut cependant pas déduire de cette protection des déclarations non humaines que les programmes qui génèrent des déclarations d'opinion sont porteurs de la liberté d'opinion (voir également N. 40 ci-dessous). Il faut plutôt se demander dans quelle mesure l'auteur ou le propriétaire du programme doit

éventuellement encore être protégé dans le cadre de la liberté d'opinion ou plutôt, de manière judicieuse, dans le cadre de la liberté économique.

Selon le Tribunal fédéral, le domaine de protection de la liberté d'expression selon l'art. 16 al. 1 et 2 Cst. est limité aux **déclarations** dites **idéales**. Selon une jurisprudence constante, les propos commerciaux, c'est-à-dire « les propos qui visent une transaction économique (en particulier la publicité) ou qui sont tenus exclusivement en relation avec de telles transactions », ne sont en principe pas protégés au titre de la liberté d'expression, mais au titre de la liberté économique (art. 27 Cst.). Il convient, à mon avis, de se rallier à ce point de vue. Le niveau de protection différent pour les expressions commerciales dans le cadre de l'art. 27 Cst. et pour les expressions idéales dans le cadre de l'art. 16 Cst. tient compte des intérêts de protection différents concernés ; il correspond ainsi en principe aussi à la protection différenciée que la CEDH accorde aux expressions idéales, respectivement commerciales, dans le cadre de l'art. 10 CEDH. La distinction entre les déclarations idéales protégées dans le cadre de l'art. 16 Cst. et les déclarations commerciales protégées dans le cadre de l'art. 27 Cst. est pertinente d'une part dans le traitement des déclarations non véridiques. Alors qu'un « contrôle de la vérité » par l'Etat et des restrictions basées sur ce contrôle sont considérés comme fondamentalement inadmissibles dans le cas de contenus idéaux pour les raisons décrites ci-dessus au N.16, la restriction d'indications fausses, parce que déloyales, dans le cas de déclarations commerciales est autorisée en vertu des dispositions sur la concurrence déloyale. D'autre part, cette distinction joue un rôle en particulier dans le contexte des contrôles préalables et systématiques du contenu : alors que de tels contrôles ne peuvent jamais être admis pour les déclarations idéales en tant que censure (cf. sur le contenu essentiel N. 32 ss. ci-après), les restrictions préalables du contenu (même systématiques) ne sont pas en soi contraires aux droits fondamentaux dans le cas de déclarations commerciales, car des intérêts de protection totalement différents sont en jeu. Les contrôles préalables et systématiques des indications figurant par exemple sur les récipients et les emballages de médicaments, ainsi que la possibilité de bloquer l'accès aux jeux de hasard, doivent être considérés comme admissibles. Toutefois, lorsqu'une déclaration économique a également une composante idéelle, la liberté d'expression doit à nouveau être prise en compte. C'est le cas, par exemple, lorsque des sujets d'intérêt social sont abordés dans le cadre d'une expression publicitaire (par exemple, lorsqu'une entreprise alimentaire renomme une glace en soutien à

22

l'introduction du mariage pour tous) ou lorsque la restriction d'expressions commerciales a pour but ou pour effet d'influencer un débat sur un sujet d'intérêt social (par exemple, lorsque des restrictions sont imposées à la campagne publicitaire d'un fabricant d'articles de sport parce qu'elle montre, entre autres, un athlète trans).

23 La notion d'opinion au sens de l'art. 16 al. 1 et 2 Cst. englobe non seulement les expressions verbales écrites ou orales, mais aussi **les expressions non verbales** et les actes de communication, pour autant que l'acte en question ait pour but de faire connaître une expression et soit en principe compris ou puisse être compris comme tel par le public. Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi la protection des grèves de la faim en tant qu'expression d'opinion, alors que la CEDH a par le passé notamment considéré l'étendage de linge sale devant le Parlement comme une expression non verbale relevant de la protection de l'art. 10 CEDH. En revanche, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la mendicité n'est pas protégée en tant que manifestation non verbale ou acte de communication. La question de la protection par la liberté d'expression est également soulevée lors de blocages de routes - par exemple lorsqu'un tronçon d'autoroute est bloqué à proximité d'un chantier afin d'attirer l'attention sur la revendication d'une retraite flexible dans le secteur principal de la construction ou de protester contre une exposition de matériel de guerre au moyen d'un tapis humain sous le slogan « Wer über uns geht, auch über Leichen ». Dans de tels cas, il convient de déterminer si le blocage présente un lien inhérent avec l'expression visée ; si un tel lien existe, il faut partir du principe qu'il s'agit d'un acte de communication protégé dans le cadre de la liberté d'opinion.

24 La notion constitutionnelle d'opinion doit également être comprise au sens large en ce qui concerne les **contenus protégés** et les protège indépendamment de leur qualité ou de leur valeur sociale. Sont également protégés les propos faux, absurdes, moralement répréhensibles ou impulsifs. Les déclarations extrémistes, racistes, discriminatoires, pornographiques et similaires sont également couvertes par la protection de la liberté d'expression en tant qu'opinions. Ainsi, la liberté d'expression protège en particulier aussi les propos qui « blessent, choquent ou inquiètent » (voir déjà N. 8 ci-dessus).

25 Dans cette mesure, la notion d'opinion selon l'art. 16 al. 1 et 2 Cst. est plus large que, par exemple, celle du droit constitutionnel allemand qui, selon la doctrine dominante, exclut du domaine de protection de l'art. 5 al. 1 GG les

affirmations fausses, conscientes ou avérées, ainsi que ce que l'on appelle la « critique injurieuse ». Le domaine de protection de la liberté d'expression dans le droit constitutionnel suisse devrait également être plus large que celui de la jurisprudence de la CEDH : en application de l'article 17 CEDH, celle-ci exclut en grande partie de la protection de l'article 10 CEDH les déclarations révisionnistes et négationnistes ainsi que d'autres formes de discours de haine extrêmes ou totalitaires. Cependant, la jurisprudence relative à l'art. 17 en relation avec la CEDH n'est pas encore complète. L'article 17 CEDH est notamment utilisé à la fois comme élément de limitation du champ de protection de l'article 10 CEDH et comme élément d'appréciation de la nécessité de restreindre cette disposition, sans qu'il soit possible de distinguer les deux approches de manière rigoureusement dogmatique.

2. Contenus partiels et droits protégés

Selon l'art. 16 al. 2 Cst., la liberté d'opinion protège les titulaires de droits fondamentaux dans le fait de « **former librement**leur **opinion et de l'exprimer et de la diffuser sans entrave** ». L'individu est donc protégé dans son droit de se former librement une opinion, d'avoir une opinion et de la faire connaître à l'extérieur. 26

Le droit de chaque individu de **se forger** une opinion présuppose notamment que les titulaires des droits fondamentaux aient accès aux informations et aux opinions d'autrui. Pour cette raison, cet aspect de la liberté d'opinion est étroitement lié au droit fondamental de la liberté d'information (art. 16 al. 3 Cst.) ainsi qu'aux garanties spécifiquement protégées à l'art. 34 al. 2 Cst. en amont des élections et des votations. 27

Le droit d'**avoir** une opinion est « le fondement de la liberté d'exprimer une opinion ». Cette « liberté d'opinion intérieure » est une partie élémentaire de l'être humain et est donc également comprise comme le contenu central de la liberté d'opinion. Ainsi, le simple fait d'avoir une opinion ne peut jamais être le point de départ d'une sanction juridique. 28

En tant que liberté d'expression, l'art. 16 al. 1 et 2 Cst. garantit en outre au titulaire du droit fondamental le droit d'exprimer sa propre opinion, c'est-à-dire de la faire connaître à l'extérieur et **de la diffuser** à d'autres. Le droit protégé d'exprimer une opinion comprend notamment aussi le droit de ne pas s'exprimer ou de se taire. Il protège également les titulaires de droits 29

fondamentaux contre le fait d'être contraints de divulguer des informations ou des opinions. Le droit d'exprimer une opinion protège en principe aussi le libre choix des **moyens** et **des formes** d'expression.

30 Dans sa dimension subjective et juridique, la liberté d'expression confère aux titulaires des droits fondamentaux protégés différents droits justiciables. En tant que **droit de défense**, la garantie protège contre les atteintes directes, indirectes, préalables, postérieures, juridiques et factuelles au droit fondamental. En outre, la liberté d'expression confère aux titulaires de droits fondamentaux protégés des droits spécifiques **à la protection et à la prestation**. Les autorités sont par exemple tenues de protéger les participants à des manifestations publiques contre la violence ou les tentatives de perturbation de tiers et de garantir ainsi que ces manifestations (et donc l'exercice des droits fondamentaux protégés) « puissent effectivement avoir lieu ». La CEDH reconnaît également un tel devoir de protection (justiciable) découlant de l'article 10 CEDH en ce sens que les autorités sont tenues, en cas d'attaques répétées et massives contre une rédaction de journal, de protéger les journalistes qui y travaillent. La jurisprudence reconnaît également le droit à une prestation en vertu de l'art. 16 en relation avec l'art. 22. Cst. un « droit conditionnel » à l'utilisation du domaine public à des fins de manifestation d'opinion ; en d'autres termes, « [l]es droits fondamentaux en question imposent, dans certaines limites, que le domaine public soit mis à disposition pour des manifestations ». Un droit d'accès « conditionnel » comparable, dans le sens d'une prestation de l'État, est généralement aussi supposé dans le cas de l'utilisation du patrimoine administratif à des fins de communication, mais la jurisprudence semble avoir tendance à être plus réservée, du moins dans la mesure où - contrairement au domaine public - il existe des forums de communication alternatifs.

31 Les obligations de prestation de l'Etat se concrétisent également dans la garantie des droits en matière d'organisation et **de procédure**. Si, par exemple, le Tribunal fédéral garantit aux individus la possibilité de recourir à l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) en cas de suppression de leurs commentaires sur les forums en ligne et les canaux de médias sociaux de la SSR, le tribunal garantit aux différents titulaires de droits fondamentaux l'accès à une procédure judiciaire dans laquelle ils peuvent faire valoir des restrictions présumées de leur liberté d'expression. Il convient en outre de souligner que l'art. 12 Cst. (droit d'obtenir

de l'aide dans des situations de détresse) permet également d'argumenter en faveur d'un droit minimal à l'information ou à la participation aux débats de société. Ce contenu partiel de la liberté d'expression fait actuellement l'objet de discussions en rapport avec les questions de régulation de la communication via des plateformes en ligne.

3. Contenu central

L'**interdiction de la censure**, explicitement ancrée dans l'art. 17 al. 2 Cst., est considérée comme le noyau de la liberté d'opinion, c'est-à-dire comme un contenu particulièrement digne et nécessaire d'être protégé, qui ne peut en aucun cas être limité. La classification systématique en tant que contenu partiel de la liberté des médias s'explique par l'évolution historique du droit fondamental ; selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une majorité de voix dans la doctrine, l'interdiction de la censure représente toutefois, au-delà de la liberté des médias, une limite absolue à la restriction de tous les droits fondamentaux de la communication et en particulier de la liberté d'opinion. 32

Par la notion de censure (absolument interdite) au sens de l'art. 17 al. 2 Cst. on entend en premier lieu, selon la doctrine dominante, le **contrôle systématique et préalable du contenu** des opinions exprimées. En revanche, les restrictions préalables basées sur le contenu dans un cas particulier, ainsi que les contrôles systématiques du contenu effectués a posteriori, ne sont pas considérés comme des mesures interdites a priori et portant atteinte à l'essence. 33

L'interdiction absolue de la censure dans ce sens se déduit de l'**importance de la liberté d'expression** pour la formation de l'opinion sociale : La censure au sens de l'art. 17 al. 2 Cst. a pour conséquence de limiter préventivement les opinions admises dans le débat public et de déterminer ainsi l'éventail des opinions admissibles en termes de contenu. Une telle limitation préalable de l'éventail des expressions autorisées est en contradiction avec l'idée selon laquelle la libre formation de la volonté sociale présuppose l'admissibilité de toutes les opinions et que la vérité ou l'exactitude ne priment pas sur le discours public, mais ne peuvent être que le résultat de ce discours. De même, la limitation de l'éventail des opinions autorisées par la censure a pour conséquence une réduction de la diversité des opinions exprimées et donc une atteinte au rôle de la liberté d'expression en tant que moyen pour la société de gérer cette diversité d'opinions. En réduisant l'éventail des opinions 34

disponibles, la censure porte également atteinte à la fonction de la liberté d'expression en tant que moyen de formation de l'identité de chaque individu. La censure - en tant que contrôle préalable et systématique du contenu - va donc en fin de compte à l'encontre de plusieurs orientations de protection du droit fondamental et n'est donc jamais autorisée.

35 Outre l'interdiction de la censure, le **forum internum** est également protégé en tant que contenu central. Cette protection absolue de la « détention » d'une opinion est justifiée par le fait qu'il serait contraire à la dignité de l'être humain, en tant qu'individu pensant et agissant de manière autonome, de lui interdire de détenir une opinion et donc de simplement « penser », ou de contraindre un être humain à détenir une opinion au sens de soutenir certaines opinions ou d'exprimer ses conceptions intimes.

B. La protection personnelle

36 La protection de la liberté d'expression s'applique à toutes les **personnes physiques et morales**, indépendamment de leur nationalité. Les enfants et les adolescents sont également protégés par la liberté d'expression, quel que soit leur âge.

37 En particulier, le droit fondamental protège également les personnes ayant **des statuts spéciaux** (employés de droit public, détenus, militaires, etc.). Dans le cas concret, il peut toutefois y avoir des raisons pour une restriction plus importante de la liberté d'expression en raison du statut particulier.

38 Les **organes de l'Etat** et **les autorités** ne sont pas porteurs de la liberté d'expression - ils sont en revanche tenus de respecter les droits fondamentaux. Des questions de délimitation se posent toutefois en ce qui concerne les déclarations de représentants des autorités ou de l'Etat : si ceux-ci s'expriment au nom d'une autorité - par exemple une conseillère fédérale lors d'une conférence de presse sur les décisions du Conseil fédéral - il s'agit d'une déclaration d'un organe de l'Etat. Si ces mêmes personnes s'expriment en tant que particuliers, elles relèvent, en tant que personnes physiques, du champ de protection personnel de la liberté d'expression. Il n'est cependant pas toujours possible de déterminer clairement si une personne s'exprime en tant que représentant d'une autorité ou en tant que personne privée - c'est ce que montrent par exemple les arrêts du Tribunal fédéral concernant les interventions de membres d'autorités (présumés être des personnes privées)

dans des campagnes de votation. Le critère pertinent de la délimitation doit être de savoir si les destinataires ou le public de la déclaration pouvaient la comprendre comme une déclaration d'une personne privée ou comme celle d'un agent public ou d'un représentant de l'Etat.

En ce qui concerne la qualité de titulaire de droits fondamentaux **des personnes morales particulièrement proches de l'Etat**, le Tribunal fédéral considère désormais la SSR comme titulaire de droits fondamentaux dans le cadre de l'art. 17 Cst. - et non plus seulement comme protégée par l'autonomie de programmation ancrée à l'art. 93 al. 3 Cst. L'éventuelle qualité de titulaire de droits fondamentaux des communautés religieuses reconnues de droit public dans le cadre de l'art. 16 Cst. ne semble pas claire ; le Tribunal fédéral traite généralement les recours de ces communautés comme des questions d'autonomie ecclésiastique et non comme des questions de liberté religieuse. 39

Même **les déclarations (partiellement) automatisées** doivent en principe être protégées en tant qu'expressions d'opinion (cf. explications ci-dessus N. 21). Il n'en résulte cependant pas que les programmes qui génèrent des expressions d'opinion sont porteurs de la liberté d'opinion. Lorsque l'IA ne sert qu'à diffuser et à reproduire des déclarations, c'est-à-dire à transmettre une déclaration humaine à un public plus large en tant qu'instrument de diffusion, la personne derrière la déclaration est elle-même titulaire de droits fondamentaux. Lorsque des propos sont générés en partie ou en totalité par une intelligence artificielle, ces propos doivent être protégés en tant qu'opinions, comme expliqué au N. 21. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure la protection de telles déclarations est reflétée par la protection d'un titulaire de droits fondamentaux au sens d'un auteur de la déclaration concernée. Selon le point de vue défendu ici, il convient de distinguer entre les auteurs ou les propriétaires des programmes et leurs utilisateurs. Une protection des auteurs ou des propriétaires des programmes concernés dans le cadre de la liberté d'expression est à rejeter, dans la mesure où ceux-ci n'exercent pas d'influence directe sur le contenu de l'expression ou ne font pas d'expression. En revanche, les utilisateurs de l'application sont protégés au titre de la liberté d'expression - par exemple l'utilisateur d'Amazon Echo qui donne des instructions orales à la « machine » ou l'utilisateur d'une application comme ChatGPT dans la génération et l'adaptation des messages-guides et des outputs. Étant donné que les 40

différentes applications d'IA font partie du fonctionnement des programmes et des plateformes correspondants, les propriétaires ou les auteurs doivent être protégés par les droits fondamentaux, non pas au titre de la liberté d'expression, mais au titre de la liberté économique. Concrètement, cela signifie qu'une obligation de l'État d'organiser unilatéralement le flux d'un moteur de recherche d'une certaine manière pourrait être analysée comme une atteinte problématique à la liberté d'expression du point de vue des utilisateurs et des destinataires, compte tenu des répercussions potentielles sur le débat social - le propriétaire ou l'exploitant du moteur de recherche n'est toutefois pas limité dans sa liberté d'expression, mais plutôt dans sa liberté économique, à savoir l'organisation du flux et de l'algorithme utilisé d'une certaine manière.

C. Limitations de la liberté d'expression

1. Intensités de protection

41 La liberté d'expression protège les déclarations indépendamment de leur contenu et de leur valeur sociale. Cependant, toutes les expressions ne sont pas protégées avec la même intensité. Il résulte des fonctions de la liberté d'expression que certaines expressions, en raison de leur contenu, sont au cœur des préoccupations de la liberté d'expression, alors que d'autres sont également protégées, mais leur protection est moins intense en raison d'un lien moins étroit avec les fonctions du droit fondamental.

42 Ces différentes **intensités de protection** s'expriment, d'une part, par des exigences matérielles plus élevées pour les restrictions des expressions protégées de manière plus intensive et, d'autre part, - notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - par des exigences plus élevées pour la densité de motivation de telles restrictions.

43 Sont notamment considérées comme particulièrement dignes de protection les opinions exprimées sur des sujets d'intérêt social, ce que l'on appelle la « **communication politique** ». Comme expliqué sous N. 16 ss, l'importance sociale de la liberté d'expression réside en particulier dans le fait qu'elle garantit le libre échange de toutes les opinions et permet ainsi de larges débats de société et la libre formation de la volonté démocratique. En conséquence, les opinions qui sont particulièrement centrales pour le débat politique et la formation de la volonté sur des thèmes politiques et sociaux

importants sont protégées de manière particulièrement intensive. Le Tribunal fédéral - reprenant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - constate que la liberté d'expression revêt une importance particulière pour les déclarations sur les questions politiques et les problèmes de la vie publique et que la critique « doit être admise dans une certaine mesure et parfois aussi sous une forme exagérée ». La notion de déclarations politiques est définie au sens large : En tant que déclarations sur des thèmes d'intérêt social, ce qui ne signifie pas seulement des déclarations sur la politique au sens strict, mais toutes les déclarations sur des thèmes de la vie publique. Ceux-ci peuvent être de nature politique, sociale, économique, culturelle, religieuse ou, dans certaines circonstances, commerciale. Les déclarations satiriques sont également considérées comme des communications politiques et sont donc protégées de manière particulièrement intensive dans le cadre de la liberté d'expression.

L'art est également particulièrement protégé en raison de son importance dans une société démocratique. Dans la jurisprudence relative à l'art, la protection des déclarations qui blessent, choquent ou inquiètent ainsi que la prise de conscience de la nécessité d'interpréter des déclarations peu claires ou ambiguës sont importantes dans la pratique. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme protège l'art de manière relativement moins intensive que la communication politique, du moins dans le passé, par exemple en accordant (et en accordant) aux États une marge d'appréciation supplémentaire lors de l'évaluation d'une restriction visant à protéger la religion ou la moralité publique. 44

La protection par la liberté d'expression est moins intensive pour les **opinions** racistes, révisionnistes, incitant à la violence, pornographiques ou autres **opinions au contenu qualifié de répréhensible -** des propos qui sont aujourd'hui régulièrement regroupés sous le terme de **« hate speech »**. Avec l'art. 261bis CP, la Suisse dispose d'une base légale pour interdire les formes particulièrement répréhensibles et dangereuses de discrimination et d'incitation à la haine ; elle remplit ainsi (partiellement) les obligations de droit international public découlant de l'art. 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. De même, les art. 258 s. CP et 197 CP permettent de limiter les propos incitant à la violence ou à la pornographie en se basant sur le contenu de l'expression. Toutefois, étant donné que les déclarations « qualifiées de répréhensibles » portent souvent 45

sur des thèmes d'intérêt social, les catégories mentionnées doivent être interprétées de manière restrictive en tant qu'exceptions.

2. Notion et types d'atteintes

46 Les restrictions à la liberté d'expression doivent en principe être évaluées selon les conditions de l **'art. 36 Cst.** Dans ce contexte, les atteintes se concrétisent de différentes manières et doivent être évaluées différemment en fonction du type et du moment de l'atteinte.

47 **Les restrictions** préalables ou **préventives** de la liberté d'expression empêchent la diffusion des informations concernées et ont ainsi pour conséquence que les opinions correspondantes ne peuvent même pas être intégrées dans le débat public. De telles mesures, par exemple sous la forme de mesures préventives dans le cadre de la procédure civile selon l'art. 261 ss. CPC, constituent donc des atteintes particulièrement graves à la liberté d'expression. La jurisprudence de la CEDH relative à l'article 10 CEDH prévoit par conséquent que les conditions des restrictions préventives à l'expression des opinions doivent être clairement décrites dans la loi et poursuivre un intérêt public important.

48 En revanche **, les restrictions ultérieures**, telles que les sanctions pénales ou civiles, les pertes de licence ou les mesures disciplinaires, ne sont pas considérées comme graves en soi. Leur gravité doit être évaluée en premier lieu en fonction des conséquences pour les titulaires des droits fondamentaux concernés.

49 **Les restrictions liées au contenu** sont également considérées comme problématiques, par opposition aux interventions qui, en tant que limitations de déclarations à un lieu ou à un moment précis, sont en principe neutres sur le plan du contenu. Etant donné que les restrictions liées au contenu tiennent les déclarations concernées à l'écart du discours public ou, du moins, limitent leur présence dans la formation de l'opinion publique, de telles interventions portent atteinte au modèle du libre débat social, dans lequel les individus peuvent former leurs opinions par le libre échange d'arguments et de contre-arguments, indépendamment de la qualité et de la valeur sociale de ceux-ci.

50 **Les entraves** à l'expression d'une opinion, non seulement juridiques mais aussi **factuelles**, telles que la confiscation d'écrits, l'écoute de conversations,

l'éloignement d'une manifestation et autres mesures similaires, constituent des atteintes à la liberté d'expression.

Dans le contexte de la liberté d'expression, les restrictions indirectes par ce que l'on appelle *un chilling effect* prennent une importance particulière. On parle d'*effet* dissuasif lorsque les titulaires de droits fondamentaux s'abstiennent d'exprimer des opinions en principe admissibles (et donc souhaitables dans le discours social) par crainte de sanctions ou en raison d'une situation juridique peu claire, c'est-à-dire lorsqu'ils sont dissuadés d'exercer leurs droits fondamentaux. Un tel effet dissuasif peut résulter de dispositions légales vagues, d'une jurisprudence peu claire, mais aussi de sanctions particulièrement sévères pour la manifestation d'opinions. Ainsi, le Tribunal fédéral a tendance à approuver l'éventuel *chilling effect* d'un profilage ADN et d'un fichage à l'occasion d'une manifestation pacifique. Le *chilling effect* revêt en outre une importance particulière dans le contexte de la protection des sources journalistiques. Comme le *chilling effect*, par définition, touche et décourage des opinions qui sont admissibles et souhaitables en tant que partie du débat social, ce type de restriction affecte indirectement le débat social ou politique au-delà du cas particulier ; les interventions par *chilling effect*, même si elles sont indirectes, peuvent donc être particulièrement problématiques du point de vue des droits fondamentaux dans certains cas. 51

3. Appréciation des restrictions au sens de l'art. 36 Cst.

a. Base légale (art. 36 al. 1 Cst.)

Selon l'art. 36 al. 1 Cst., les restrictions à la liberté d'expression nécessitent une**base légale** , c'est-à-dire une base sous la forme d'une norme générale et abstraite. 52

Plus l'atteinte est grave dans le cas concret, plus il faut poser des exigences élevées au **niveau** et à la **densité de** la norme de la base d'atteinte en question. Ainsi, la Constitution fédérale prévoit à l'art. 36, al. 1, 2e phrase, Cst. en ce qui concerne l'exigence relative au niveau de la norme, que les restrictions graves doivent être prévues dans la loi elle-même. En ce qui concerne la densité normative, la Cour européenne des droits de l'homme retient dans sa jurisprudence que la base légale en question doit être formulée de manière suffisamment précise pour permettre aux personnes concernées 53

par le droit d'orienter leur comportement en fonction de celle-ci et de prévoir avec une certaine certitude les conséquences d'un comportement donné. Plus l'atteinte est grave, plus les exigences en matière de précision de la base légale sont élevées.

54 Les restrictions de la liberté d'expression se font dans de nombreux cas sur **la** base de **différentes bases juridiques** en droit civil (en particulier art. 28 ss CC) et surtout en droit pénal (par exemple art. 135 CP, art. 173 ss. CP, art. 197 CP, art. 259 ss. et en particulier art. 261bis CP, art. 296 f. CP). Sont également pertinents l'art. 3 al. 1 let. a LCD, d'autres normes juridiques fédérales et diverses normes juridiques cantonales. Eu égard aux exigences mentionnées au N. 53 ci-dessus, en particulier la densité normative nécessaire des bases légales, certaines dispositions de la loi simple ne sont pas suffisamment précises : La doctrine critique par exemple la version insuffisamment précise de l'art. 261bis CP (discrimination et incitation à la haine), qui serait « largement » en deçà des exigences du principe de légalité.

55 La jurisprudence et la doctrine constatent que les exigences en matière de base légale sont parfois moins strictes dans les **relations à statut particulier**. Cela vaut en premier lieu pour les normes qui règlent l'aménagement concret du rapport de statut particulier ; dans ce cas, tant les exigences relatives au niveau de la norme que celles relatives à la densité normative doivent être appliquées de manière moins stricte. En revanche, les exigences relatives à la base légale ne sont pas réduites en ce qui concerne les normes fondant le rapport juridique en question.

56 Les dispositions légales qui servent de base à la limitation de l'expression d'opinions doivent être interprétées et appliquées à la lumière de l'art. 16 Cst. de **manière conforme aux droits fondamentaux** (cf. sur l'effet tiers indirect et l'interprétation conforme aux droits fondamentaux également N. 76 s.).

57 Exceptionnellement - en présence d'un danger grave, immédiat et impossible à écarter autrement pour des biens juridiques de haut niveau - la **clause générale de police** (art. 36 al. 1 phrase 3 Cst.) permet une restriction de la liberté d'expression sans base explicite dans la loi. Il convient toutefois de faire preuve de retenue dans l'application de cette exception : Ainsi, la restriction de fait de la liberté d'expression (et de la liberté des médias) par l'empêchement d'un journaliste de poursuivre son voyage vers le WEF à

Davos n'est pas couverte par la clause générale de police selon la CEDH en raison de la prévisibilité du danger.

b. Intérêt public et protection des droits fondamentaux de tiers (art. 36 al. 2 Cst.)

Les restrictions à la liberté d'expression doivent être justifiées par un intérêt public prépondérant ou par la protection des droits fondamentaux de tiers, conformément à l'art. 36 al. 2 Cst. 58

L'art. 36 al. 2 Cst. ne connaît **pas de liste exhaustive** des intérêts publics possibles pour restreindre le droit fondamental. En pratique, l'énumération des intérêts publics possibles à l'art. 10 al. 2 CEDH constitue une orientation : cette disposition cite par exemple la protection de la sécurité publique ou la défense de l'ordre public, la protection de la santé publique ou de la moralité publique, la protection des droits (fondamentaux) de tiers, la prévention de la divulgation d'informations confidentielles ou la sauvegarde de l'intégrité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire. 59

Ne sont pas admissibles les restrictions visant à protéger des intérêts qui **sont fondamentalement contraires à** l'**orientation de la protection du droit fondamental**. Il serait donc inadmissible de restreindre la liberté d'expression dans le seul but d'empêcher la critique du gouvernement ou d'interdire les opinions « périphériques », défendues uniquement par une minorité, afin de protéger la majorité de la population de la confrontation avec de telles opinions, éventuellement impopulaires ou « choquantes ». 60

c. Proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.)

Les restrictions de la liberté d'expression doivent être **proportionnées** selon l'art. 36 al. 3 Cst. Une restriction est considérée comme proportionnée si elle est appropriée et nécessaire pour atteindre le but étatique visé et si la mesure peut être raisonnablement exigée de la ou des personnes touchées par les droits fondamentaux. Lors de l'évaluation de la proportionnalité des restrictions des droits fondamentaux, il convient de tenir compte des circonstances concrètes de chaque cas. A cet égard, se posent aussi bien des questions d'intensité que de précision de l'atteinte dans le cas concret. 61

Dans le contrôle de la proportionnalité et en particulier du caractère raisonnable des restrictions à la liberté d'expression, la Cour européenne des 62

droits de l'homme se réfère régulièrement à l'importance de ce droit fondamental pour une société démocratique. En se basant sur l'intensité particulière de la protection accordée aux déclarations sur **des sujets d'intérêt social**, la Cour reconnaît que la Convention laisse peu de place à une restriction des déclarations dites politiques et que de telles restrictions doivent donc être examinées de manière particulièrement stricte.

63 En ce qui concerne l'évaluation de la proportionnalité d'une restriction de la liberté d'expression, la position de la **personne concernée** par une déclaration est également pertinente, en particulier dans le contexte de déclarations portant atteinte à l'honneur. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme - et du Tribunal fédéral - les hommes et femmes politiques ainsi que les autres personnalités publiques doivent supporter un degré particulier de critique publique et doivent donc faire preuve d'une grande tolérance à l'égard des déclarations verbalement agressives. Toutefois, les personnes publiques jouissent également d'un droit à la vie privée, raison pour laquelle la large tolérance de propos est en premier lieu donnée dans le domaine de la sphère publique des personnes concernées. Toutefois, lorsque des éléments de la vie privée d'une personne publique sont importants ou présentent un intérêt pour la société, la restriction de telles déclarations concernant la vie privée n'est admissible qu'à des conditions restrictives. Dans le cas de personnes privées, l'appréciation de la proportionnalité d'une restriction doit se fonder en premier lieu sur la question de savoir si et dans quelle mesure les déclarations concernées font partie d'un débat public.

64 Ensuite, la doctrine et la jurisprudence tiennent également compte du statut de la **ou des personnes qui s'expriment** lors de l'évaluation de la proportionnalité des restrictions à la liberté d'expression. Comme mentionné au N. 37, des restrictions plus importantes de la liberté d'expression peuvent se justifier pour les personnes ayant **un statut particulier**. La Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral reconnaissent que le statut et le devoir de loyauté des employés de droit public, des enseignants, des fonctionnaires et des juges peuvent entraîner un certain devoir de réserve, respectivement un motif de restriction de la liberté d'expression. En même temps, la Cour et, avec elle, le Tribunal fédéral, constatent que, précisément pour les thèmes d'intérêt pour le débat social, de telles restrictions ne sont admissibles que de manière restrictive et que leur nécessité doit être

démontrée de manière convaincante. Sur la base de ces réflexions, le Tribunal fédéral a considéré que les mesures disciplinaires prises à l'encontre d'un enseignant d'une université publique en raison d'une action de tract (avec un tract rédigé avec retenue) sur un thème d'intérêt public constituaient une atteinte inadmissible à la liberté d'expression.

Les élèves et **les étudiants** se trouvent également dans une relation de statut spécial dans le contexte de l'école (supérieure). Toutefois, le Tribunal fédéral souligne déjà dans sa jurisprudence antérieure que les élèves et les étudiants sont protégés par la liberté d'expression et ne peuvent pas être sanctionnés pour des propos légalement admissibles et compatibles avec les obligations découlant de leur statut particulier. A notre avis, compte tenu de l'importance de la liberté d'expression pour la formation de la personnalité et de la capacité d'expression des élèves et des étudiants, il convient en outre d'exiger que les restrictions découlant du rapport de statut particulier - par exemple pour des raisons didactiques de maintien de l'enseignement - soient appliquées de manière restrictive et justifiées de manière précise. 65

La jurisprudence évalue en outre de manière spécifique la liberté d'expression des **femmes médecins** et **des avocats**: Alors que l'éthique professionnelle des médecins autorise des restrictions de la liberté d'expression, les avocats, en raison de leur fonction dans l'administration de la justice, peuvent plus facilement justifier des restrictions en cas de déclarations critiques à l'égard de la justice que cela ne serait le cas pour les journalistes. 66

La Cour européenne des droits de l'homme a développé des critères particuliers d'évaluation de la proportionnalité dans le cadre de l'appréciation des sanctions infligées aux employés pour **avoir dénoncé des faits**, et ce indépendamment du fait qu'ils soient employés dans le cadre du droit public ou du droit privé. Dans ce contexte, la Cour constate que la protection de l'art. 10 CEDH s'étend également aux relations de droit privé et que le législateur doit, au sens d'une obligation de protection, protéger les personnes, entre autres, contre les restrictions de leur liberté d'expression par des particuliers. La Cour a également déduit de ce principe une obligation minimale de protection des lanceurs d'alerte : Dans l'évaluation de la proportionnalité des sanctions pour ces personnes, la CEDH prend en compte les critères dits de Guja, c'est-à-dire si d'autres possibilités de divulgation d'informations étaient disponibles, quel est l'intérêt public de l'information divulguée, si l'information est authentique, quels sont les inconvénients pour 67

l'employeur et si la personne a agi de bonne foi. Comme dans de nombreux autres cas (N. 74), la gravité de la sanction est également prise en compte ici.

68 Comme mentionné au N. 36, le domaine de protection personnelle de la liberté d'expression s'étend dans la même mesure aux **personnes qui n'ont pas la nationalité suisse**. L'art. 16 CEDH prévoit certes la possibilité de restrictions (supplémentaires) de l'art. 10 CEDH, entre autres, pour « l'activité politique de personnes étrangères ». Une telle attitude a également longtemps influencé la conception de la liberté d'opinion et de réunion en Suisse : ainsi, l'« Arrêté du Conseil fédéral concernant le discours politique des étrangers » soumettait la participation d'orateurs étrangers à des réunions à une autorisation obligatoire jusqu'en 1998 (!). Une possibilité de restriction supplémentaire ou une acceptation plus généreuse de l'exigibilité de restrictions de la liberté d'expression uniquement en raison de la nationalité est aujourd'hui considérée à juste titre comme dépassée.

69 L'**intensité de l'atteinte au bien juridique** fait partie des circonstances concrètes pertinentes qui doivent être prises en compte dans le cas individuel pour l'évaluation de la proportionnalité d'une restriction de la liberté d'expression. Pour l'évaluer, le contexte, le moyen choisi, la forme ou les effets de l'expression dans le cas concret sont pris en compte : Lors de l'évaluation d'une déclaration présumée portant atteinte à la personnalité, les événements précédents, par exemple dans le cadre d'un débat politique houleux, sont par exemple pris en compte comme élément du **contexte**. La **forme** ou les **moyens** choisis pour l'expression sont notamment pris en compte en ce qui concerne leurs **effets** sur les intérêts opposés concernés. Dans le contexte de la protection de la vie privée ou des droits de la personnalité en général, certains moyens et formes d'expression ont un impact particulièrement important sur les droits fondamentaux des personnes concernées. La jurisprudence tient compte de l'impact des déclarations de grande portée, et notamment des reportages photographiques, en partant du principe que les droits de la personnalité de la personne concernée sont plus intensément touchés.

70 L'évaluation des déclarations portant atteinte à l'honneur et la proportionnalité de leurs restrictions ont joué un rôle important dans la pratique. En plus des réflexions sur la dignité de la protection (N. 62), sur les personnes concernées et celles qui s'expriment (N. 63 ss) ainsi que sur le contexte (N. 69), la distinction entre les **affirmations de fait** et **les**

déclarations d'appréciation est régulièrement pertinente pour la question du caractère raisonnablement exigible de la restriction des déclarations portant atteinte à l'honneur. L'admissibilité de déclarations sur des faits s'apprécie en premier lieu selon qu'elles sont vraies ou fausses. Alors que la preuve de la véracité des faits est un élément central de la recevabilité d'une déclaration (touchant à l'honneur), la jurisprudence de la CEDH considère qu'il n'est pas raisonnable d'exiger la preuve de la véracité des déclarations d'appréciation. Il convient de noter que la notion de jugements de valeur est interprétée de manière large dans la jurisprudence de la Cour et qu'elle englobe également les jugements globaux exagérés. En revanche, le caractère raisonnable des jugements de valeur purs s'évalue notamment en fonction de la question de savoir s'ils peuvent s'appuyer sur une base factuelle suffisante.

71 Dans la jurisprudence, l'évaluation de la proportionnalité des restrictions à la liberté d'expression pour protéger des **intérêts de la collectivité**, tels que la santé publique, la protection des secrets d'État, la protection de l'intégrité de la justice ou l'ordre et la sécurité publics, est également pertinente. Ce dernier intérêt joue souvent un rôle dans les restrictions de la liberté d'expression dans le contexte de l'utilisation du domaine public à des fins de communication. La jurisprudence du Tribunal fédéral considère que l'obligation d'obtenir une autorisation en cas d'utilisation du domaine public à des fins de communication, qui va au-delà de l'usage commun, dans le but de coordonner les différents intérêts d'utilisation (et donc l'ordre public), est en principe proportionnée. Lors du contrôle de l'autorisation ou de la non-autorisation de manifestations pour la protection de la sécurité et de l'ordre publics, la jurisprudence doit régulièrement évaluer si des mesures moins sévères, par exemple sous forme de conditions, de mesures de protection ou de déplacements locaux ou temporels, auraient été possibles.

72 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aborde également la question de la **responsabilité pour les propos tenus par des tiers**, notamment sur les plateformes de médias sociaux, comme une question de proportionnalité de la restriction de la liberté d'expression. Ces dernières années, la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme s'est penchée sur la question de savoir si, et selon quels critères, les politiciens et autres personnalités publiques pouvaient être tenus pour responsables des commentaires postés sous leurs publications (publiques). Alors que le Tribunal fédéral a abordé cette question de la

responsabilité pénale sans faire explicitement référence à la garantie de la liberté d'expression, la Cour s'est penchée en détail dans l'affaire *Sanchez c. France* sur la question de savoir comment une telle responsabilité devait être évaluée au regard de l'article 10 CEDH. Se référant à sa jurisprudence relative à la responsabilité pour les commentaires de tiers en ligne, la CEDH a identifié comme critères pertinents dans l'évaluation de la proportionnalité le contexte des déclarations, les mesures prises par le requérant, la possibilité de tenir l'auteur réel pour responsable ainsi que les conséquences de la procédure pour le requérant. Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure l'auteur d'un post est tenu de surveiller les commentaires et, sur cette base, de les supprimer, revêt une importance particulière.

73 La question de la responsabilité - toutefois pour ses propres déclarations et non pour celles de tiers - se pose également en cas de restriction de l'expression d'opinions pour des titulaires de fonctions choisis : ainsi, l'art. 162 al. 1 Cst. garantit à des titulaires de fonctions choisis au niveau fédéral **l'immunité** pour les déclarations faites aux Chambres et dans leurs organes et crée à l'al. 2 la possibilité d'autres formes d'immunité. Ainsi, en plus de la protection absolue pour les propos tenus dans les conseils (cf. art. 16 LParl), les membres du Parlement bénéficient, en vertu des art. 17 s. LParl, d'une immunité relative pour les propos tenus en relation directe avec leur activité parlementaire. Des garanties similaires d'immunité se trouvent également dans le droit cantonal. Ainsi, les personnes concernées ne peuvent pas être tenues pour responsables des propos tenus dans les contextes décrits, qui sont en principe illégaux et doivent donc être limités de manière légale.

74 Dans l'évaluation de la proportionnalité d'une ingérence, le **type et le montant** des **sanctions** éventuelles sont également pris en compte. La Cour européenne des droits de l'homme considère que les sanctions pénales pour des propos prétendument diffamatoires à l'égard de politiciens sont particulièrement graves et ne peuvent donc généralement pas être exigées. Elle examine donc de manière particulièrement précise les restrictions correspondantes. Dans le contexte de sanctions pour des opinions exprimées, il faut également tenir compte d'un éventuel *chilling effect* d'une restriction. Dans le cas de sanctions graves, par exemple, sont pertinents non seulement les effets de la sanction sur la personne sanctionnée dans le cas particulier, mais aussi le fait qu'une telle sanction peut dissuader d'autres personnes de tenir des propos similaires à l'avenir.

D. Dimension juridique objective de la liberté d'expression

1. Réalisation de la liberté d'expression

Selon l'art. 35 al. 1 Cst., les droits fondamentaux doivent être appliqués dans tout l'ordre juridique en tant que normes de principe objectives. La liberté d'opinion n'agit donc pas seulement en tant que contenu juridique subjectif, qui confère à l'individu des droits à la défense, à la protection ou à la prestation, mais elle oblige également les autorités, dans sa **dimension juridique objective,** à prendre les mesures nécessaires à sa réalisation. 75

Ainsi, la liberté d'expression se concrétise d'une part comme ligne directrice de l'interprétation et de l'application des dispositions de la loi simple. Dans la jurisprudence, cela concerne souvent l'**interprétation conforme aux droits fondamentaux** des dispositions légales visant à protéger les déclarations portant atteinte à la personnalité ou à l'honneur du droit civil et du droit pénal et concerne régulièrement les déclarations correspondantes dans les médias. 76

Dans sa **dimension programmatique**, la liberté d'expression oblige le législateur, en application de l'art. 35 al. 1 Cst., à une législation conforme aux droits fondamentaux et les réalisant, qui assure un cadre de communication dans lequel le droit fondamental peut remplir les fonctions individuelles et sociales qui lui sont attribuées. La discussion porte essentiellement sur la garantie d'un minimum d'égalité des chances en matière de communication, par exemple par la mise à disposition de l'infrastructure technique nécessaire ou par l'octroi de l'accès aux canaux de communication pertinents, ou encore par la mise en place des mesures de protection nécessaires. Dans le domaine de la radio et de la télévision, la question de la garantie de la « diversité pluraliste » se pose également. 77

2. Dimension juridique objective de la communication sur Internet en particulier

Actuellement, la **communication sur Internet** et les menaces qui pèsent sur la communication publique et les structures de communication concernées soulèvent des questions relatives à la réalisation des droits fondamentaux de la communication. Ainsi, la doctrine argumente que des menaces concrètes pour la communication sociale dues à de nouvelles structures et phénomènes de communication pourraient obliger les autorités à prendre des mesures 78

concrètes et à intervenir de manière régulatrice afin de protéger les processus et structures pertinents relevant des droits fondamentaux de la communication.

79 Les premières **réglementations** en la matière - comme la NetzDG allemande et, plus tard, le Digital Services Act de l'UE (DSA) - se concentrent sur les fournisseurs de grandes plateformes (principalement les réseaux sociaux et les moteurs de recherche) et formulent à leur égard des exigences concernant l'application des normes juridiques (déjà en vigueur). Outre les exigences de suppression des contenus illicites et les règles de transparence, les dispositions pertinentes de la DSA (et les normes qu'elle remplace dans la loi sur la protection des données en ligne) comprennent également une obligation pour les fournisseurs respectifs de désigner des personnes de contact et des procédures concrètes permettant aux personnes concernées d'agir contre un contenu supprimé (ou non supprimé) sur une plateforme. Ces dernières mesures peuvent être considérées comme une tentative de garantir les contenus de la liberté d'expression par la création de procédures.

80 En ce qui concerne l'expression d'opinions en période **préélectorale**, les dispositions françaises correspondantes obligent les opérateurs de plateformes en ligne à instaurer, dans les trois mois précédant les élections, la transparence quant aux auteurs des informations, aux flux financiers et à l'utilisation des données personnelles des utilisateurs dans le cadre de la formation de la volonté politique. En outre, il est prévu la possibilité d'intenter une action en justice contre les informations incomplètes, fausses ou trompeuses publiées sur ces plates-formes. Par ces dispositions, la France tente de protéger la communication sociale dans la préparation de décisions démocratiques concrètes - et donc des contenus particulièrement sensibles et se trouvant au cœur des préoccupations des droits fondamentaux de la communication - contre les influences manipulatrices.

81 Les **accords informels** entre l'UE (Commission) et les fournisseurs de grandes plateformes, qui existent déjà depuis 2016 (révisés en 2022) et 2018, se situent dans un domaine juridiquement diffus. Dans deux codes de conduite, les fournisseurs signataires s'engagent à lutter contre les *discours haineux* illégaux et les fausses informations. En raison de leur nature juridique peu claire, de leur application relativement large à des contenus vaguement définis, ainsi que des questions ouvertes concernant par exemple

l'accessibilité des procédures de suppression, ces accords doivent être considérés comme problématiques du point de vue de la liberté d'expression.

82 La question de savoir dans quelle mesure il est nécessaire, pour protéger les structures des droits fondamentaux de la communication, d'établir un cadre juridique pour les grandes plateformes en ce qui concerne la **suppression ou le blocage de contenus et de comptes** pour des déclarations « légales » sur la base de leurs propres « règles internes » n'a pas encore été clarifiée sur le plan juridique. Dans la littérature, on part généralement du principe que de tels effacements ou blocages sont en principe autorisés sur la base de la liberté économique des exploitants, mais que ces derniers, en raison de leur position dominante sur le marché, doivent garantir des exigences en matière de procédures et un accès en principe égal et non discriminatoire. Aux États-Unis, plusieurs États ont récemment adopté des dispositions qui limitent fortement toute suppression, mais aussi tout tri ou marquage de contributions (légalement autorisées) par les exploitants de plateformes sur la base du contenu de l'expression. L'argument avancé est que la suppression (mais aussi le marquage comme « faux » ou le tri) de propos légitimes en raison de leur contenu est contraire à la liberté d'expression garantie par le premier amendement de la Constitution des États-Unis. Alors que la loi texane correspondante a été jugée recevable par la Court of Appeals for the 5th Circuit en septembre 2022, la Court of Appeals for the 11th Circuit a encore considéré une disposition similaire de Floride comme anticonstitutionnelle en mai 2022. Dans ces circonstances, un arrêt de clarification de la Cour suprême américaine semble probable dans un avenir proche.

83 En été 2023, la Cour suprême des États-Unis n'a pas donné de réponse définitive aux questions relatives au tri algorithmique et à la recommandation de publications sur la base de l'historique des recherches et des consultations sur les plateformes de médias sociaux. Dans deux cas, les plaignants ont reproché à différentes plateformes de médias sociaux de proposer à leurs utilisateurs, via l'**algorithme** utilisé, des contenus basés sur des recherches passées, encourageant et soutenant ainsi le terrorisme. A cet égard, le tribunal a retenu dans *Twitter, Inc. v. Taamneh* que les actes de recommandation et de tri par les grandes plateformes ne présentaient pas la qualité et l'intensité de l'avantage exigées par la loi et que, par conséquent, la responsabilité des plateformes devait être exclue dans le cas présent. En l'absence de motifs substantiels, l'affaire *Gonzalez* a été renvoyée à l'instance inférieure avec

l'ordre d'appliquer les considérations de *Twitter, Inc. c. Taamneh* au cas d'espèce. En conséquence, la question passionnante soulevée dans *Gonzalez c. Google est* restée ouverte, à savoir si les fournisseurs de plateformes doivent respecter certaines obligations dans la conception des flux et des recommandations algorithmiques et - en lien avec cela - si la création d'un flux constitue « seulement » une offre de contenus de tiers ou si elle est elle-même liée à un acte d'expression.

84 La question de savoir si - et si oui, comment - il faut traiter juridiquement, du point de vue du droit fondamental de la communication, le lien étroit entre le **pouvoir économique** des quelques grands exploitants de plateformes et leur pouvoir ou leur souveraineté, tout aussi important, sur les espaces de communication et donc sur les contenus de communication, n'est pas encore très claire. Il en va de même pour la question de l'opportunité ou de l'éventuelle nécessité d'une régulation étatique face au tri algorithmique des contenus de communication ou pour la question de savoir dans quelle mesure des obligations d'étiquetage ou des plafonds pour les contributions aux déclarations générées par des machines peuvent constituer des mesures judicieuses.

85 Dans le traitement de ces questions non résolues, il semble important de ne pas oublier l'objectif d'éventuels (futurs) modèles de régulation. Les approches correspondantes doivent assurer des processus et des structures de communication pertinents et garantir ainsi les fonctions individuelles et sociales de la liberté d'expression. Cet objectif de régulation permet de formuler **des exigences** sur la manière dont ces **approches de régulation** doivent être conçues ou ne pas être conçues.

86 Ainsi, il serait à mon avis inadmissible d'obliger les fournisseurs de plateformes à supprimer ou à modérer les « **fausses informations** ». Une telle obligation d'agir contre les « fausses » déclarations serait en contradiction avec l'une des idées centrales de la liberté d'expression, selon laquelle le moyen de lutter contre les déclarations fausses et nuisibles n'est pas l'interdiction, mais le contre-discours, et qu'en conséquence, une « police de la vérité » étatique est accueillie avec une grande méfiance. Pour ces raisons, une telle obligation d'identification peut se justifier dans des situations spécifiques - par exemple dans le contexte sensible des élections et des votations - mais elle ne saurait être considérée comme une obligation générale.

Pour des raisons similaires, l'**obligation d'utiliser un nom clair** pour les interactions sur les réseaux sociaux peut paraître judicieuse dans un premier temps en tant que mesure contre les déclarations incendiaires, diffamatoires ou « nuisibles » similaires (souvent anonymes). Une telle obligation contredirait toutefois (avant même d'aborder la problématique de la mise en œuvre et de l'application) l'idée selon laquelle la liberté d'expression protège justement aussi le droit de tenir des propos anonymes. 87

III. LIBERTÉ D'INFORMATION (ART. 16 AL. 1 ET 3 CST.)

A. Liberté d'information active et passive

L'art. 16 al. 1 Cst. protège, outre la liberté d'opinion, la **liberté d'information** et garantit - concrétisé à l'al. 3 de la même disposition - à toute personne le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser. 88

La liberté d'information ainsi formulée garantit d'une part la **liberté passive d'information** (également appelée liberté de réception) et protège ainsi le droit de l'individu à recevoir des informations sans intervention de l'État. 89

D'autre part, l'art. 16 al. 1 et 3 Cst. protège également la **liberté d'information active** et donc un droit d'accès aux informations étatiques. Toutefois, selon l'al. 3 de la disposition, cet aspect actif du droit fondamental est limité aux informations « provenant de sources généralement accessibles ». Le texte de la Constitution confirme ainsi l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle la liberté d'information ne fonde pas une obligation de l'État « selon laquelle les autorités doivent informer sur leurs activités » et qu'un droit d'accès se limite donc aux « sources généralement accessibles ». La jurisprudence du Tribunal fédéral s'en tient encore aujourd'hui à ce principe. 90

Les sources considérées comme accessibles à tous découlent en premier lieu du **droit** ordinaire. Certains registres, les débats parlementaires (en principe) ou les audiences publiques des tribunaux sont considérés comme accessibles à tous, mais pas la procédure de co-rapport ou les délibérations des commissions parlementaires. La Constitution laisse ainsi (toujours) au législateur le soin de concrétiser cette partie de la liberté active d'information. 91

B. Principe de la transparence de l'administration

92 Dans les faits, la limitation aux sources accessibles à tous au niveau fédéral est fortement relativisée depuis 2006 par la **loi fédérale sur la transparence** (LTrans) : Avec l'entrée en vigueur de cette loi en 2006, on est passé au niveau de la loi fédérale du principe du secret à celui de la transparence de l'administration. Ainsi, la LTrans garantit aujourd'hui à toute personne, à l'art. 6 al. 1 LTrans, le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des autorités des renseignements sur le contenu des documents officiels. Ce droit d'accès ne dépend pas de l'existence d'intérêts concrets à la consultation, mais est garanti « sans condition ». Si ce droit n'est pas absolu et peut être limité au cas par cas en raison d'intérêts privés ou publics contraires au maintien du secret, la LTrans consacre le principe selon lequel les informations de toutes les autorités entrant dans le champ d'application de la loi sont en principe accessibles au public.

93 Alors qu'en vertu de l'art. 17, al. 1, LTrans, l'accès aux documents officiels était jusqu'ici « en règle générale soumis à la perception d'un **émolument** ", la disposition révisée prévoit depuis novembre 2023 que "dans les procédures d'accès aux documents officiels [...] aucun émolument n'est perçu ». Ce changement du principe de l'obligation de payer des émoluments au principe de la gratuité doit être salué.

94 Au **niveau cantonal** également, on a assisté ces dernières années à une évolution constante vers la consécration d'un principe de transparence de l'administration. Ainsi, une grande majorité des cantons garantit aujourd'hui le principe de transparence et donc un droit d'accès aux informations officielles de l'administration sans condition préalable dans la constitution cantonale ou ancre un tel droit au niveau de la loi.

95 Une évolution vers le principe de la publicité des informations officielles en tant que composante de la liberté d'information peut également être constatée dans le **droit international public**: Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît dans une jurisprudence récente un droit fondamental à l'accès aux informations officielles en tant que contenu partiel de l'art. 10 CEDH. Pour qu'il y ait un droit d'accès aux informations officielles, il faut, selon la Cour européenne des droits de l'homme, que l'accès à l'information soit une condition nécessaire à l'exercice de la liberté d'opinion ou de la liberté de la presse. Il faut donc partir du principe qu'il existe un droit

d'accès lorsque l'information demandée sert un intérêt public ou concerne un thème d'intérêt social, que le requérant exerce une fonction de contrôle social et que l'information recherchée existe déjà en tant que telle et est facilement disponible.

C. Développement de la liberté d'information active ?

Au vu des développements des dernières années et décennies décrits aux N. 92 à 95, on peut se demander si une limitation de la liberté active d'information à l'accès aux « sources généralement accessibles » est encore défendable aujourd'hui. Un **développement de la liberté d'information** découlant de l'art. 16 al. 1 et 3 Cst. s'impose plutôt. Les développements les plus récents suggèrent une compréhension de la liberté d'information selon laquelle le texte de l'art. 16 al. 3 Cst. n'exprime qu'un aspect de la liberté d'information, mais que ce droit devrait aujourd'hui - déduit de l'art. 16 al. 1 Cst. - être compris de manière plus large, dans le sens d'un droit fondamental à l'accès aux informations officielles, indépendamment du fait que celles-ci soient considérées comme généralement accessibles ou non. Concrètement, cela aurait pour conséquence que le droit d'accès aux informations officielles, protégé par les droits fondamentaux, s'étendrait en principe à toutes les informations officielles et ne serait plus limité aux seules informations considérées comme accessibles au public par le législateur - cela vaudrait en particulier pour les cantons qui ne partent actuellement pas encore du principe de transparence. En outre, les restrictions du droit d'accès au niveau de la loi ou dans des cas concrets devraient être justifiées par un intérêt prépondérant et être proportionnées. L'avenir montrera si et dans quel cadre le Tribunal fédéral procédera à un développement correspondant de la liberté d'information ou du droit légal découlant de la loi sur la transparence ou des dispositions cantonales pertinentes au cours des prochaines années. 96

A propos de l'auteur

Raphaela Cueni, LL.M., est professeure assistante de droit administratif à l'Université de Saint-Gall. Depuis plusieurs années, elle effectue des recherches, entre autres, sur des questions juridiques dans le domaine des droits fondamentaux de la communication. Contact : raphaela.cueni@unisg.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Basel 2011.

Blasi Vincent, The Checking Value in First Amendment Theory, in: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, 3 (1977), S. 521 ff.

Bollinger Lee C., The Tolerant Society, Oxford 1986.

Bollinger Lee C./Stone Geoffrey R. (Hrsg.), Social Media, Freedom of Speech and the Future of our Democracy, New York 2022.

Garton Ash Timothy, Free Speech. Ten Principles for a Connected World, London 2016.

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016.

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

Kosseff Jeff, Liar in a Crowded Theater: Freedom of Speech in a World of Misinformation, Baltimore 2023.

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004.

Schauer Frederick, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge 1982.

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faulty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff.

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver / Hertig Maya / Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Sunstein Cass R., Democracy and the Problem of Free Speech, New York 1993.

Sunstein Cass R., Why Societies Need Dissent, Cambridge (MA) 2003.

BIBLIOGRAPHIE

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit – Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, in: RuZ 3 (2021), S. 194 ff. (zit. Ammann, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit).

Amstutz Kathrin, Das Grundrecht auf Existenzsicherung. Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Bern 2002 (zit. Amstutz, Existenzsicherung).

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. Aubert/Mahon, Petit commentaire, Art. 16 N. ...).

Augsberg Ino/Petras Maximilian, Deplatforming als Grundrechtsproblem. Die Sperrung durch soziale Netzwerke, in: JuS 2022, S. 97 ff. (zit.: Augsberg/Petras, Deplatforming als Grundrechtsproblem).

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. Barrelet/Werly, Droit de la communication).

Bacher Bettina, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015 (zit. Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz).

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten. Begründungsmodelle der korporativen Menschenrechtsträgerschaft, Berlin 2017 (zit. Baldegger, Menschenrechtsschutz).

Berka Walter, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, 6. Aufl., Wien 2016 (zit. Berka, Verfassungsrecht).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... BV N. ...).

Blasi Vincent, The Checking Value in First Amendment Theory, in: American Bar Foundation Research Journal, Vol. 2, 3 (1977), S. 521 ff. (zit. Blasi, The Checking Value).

Blasi Vincent, Free Speech and Good Character: From Milton to Brandeis to the Present, in: Bollinger Lee C. / Stone Geoffrey (Hrsg.), Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era, Chicago/London 2002 (zit. Blasi, Free Speech and Good Character).

Bollinger Lee C., The Tolerant Society, Oxford 1986 (zit. Bollinger, The Tolerant Society).

Bollinger Lee C., Uninhibited, Robust, and Wide-Open. A Free Press for a New Century, Oxford 2010 (zit. Bollinger, Uninhibited, Robust, and Wide-Open).

Braam Laura, Die anonyme Meinungsäusserung – rechtliche Bewertung einer internettypischen Kommunikationsform. Zum Spannungsverhältnis zwischen anonymen Äusserungen und Persönlichkeitsrechten, Berlin 2015 (zit. Braam, Die anonyme Meinungsäusserung).

Breunig Christian, Kommunikationsfreiheiten. Ein internationaler Vergleich, Konstanz 1994 (zit. Breunig, Kommunikationsfreiheiten).

Buyse Antoine, Contested Contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective. Articles 10 and 17 ECHR, in: Eva Brems/Janneke Gerards (Hrsg.), Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights, Cambridge 2013, 183 ff. (zit. Buyse, Contested Contours)

Cannie Hannes/Voorhoof Dirk, The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention. An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/1 (2011), S. 54 ff. (zit. Cannie/Voorhoof, The Abuse Clause).

Chiariello Elisabeth, Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte. Das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten (EGMR, EuGH), Dike 2009 (zit. Chiariello, Der Richter als Verfassungsgeber?).

Clayton Richard/Tomlinson Hugh, The Law of Human Rights, 2. Aufl., Oxford 2009 (zit. Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights).

Cottier Bertil, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Martenet Vincent / Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Cottier, Art. 16 N. ...).

Cottier Bertil, Le droit d'accès aux documents officiels, in: Métille Sylvain (Hrsg.), Le droit d'accès, Bern 2021 (zit. Cottier, Le droit d'accès aux documents officiels).

Cueni Raphaela, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes. Überlegungen zur Revision von Art. 17 BGÖ, in: Recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2 (2023), S. 57 ff. (zit. Cueni, Gebühren(-freiheit) für Zugangsgesuche gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes).

Cueni Raphaela, EGMR Lacatus gegen die Schweiz vom 19.1.2021, in: Jusletter vom 19.4.2021 (zit. Cueni, EGMR Lacatus v. Schweiz).

Cueni Raphaela, Falsche und irreführende Informationen im Verfassungsrecht der Schweiz, in: ex ante 1 (2019), S. 3 ff. (zit. Cueni, Falschinformationen).

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Zürich St./Gallen 2019 (zit. Cueni, Satire).

Currie Ian, Freedom of expression and association, in: Tushnet Mark/Fleiner Thomas/Saunders Cheryl (Hrsg.), Routledge Handbook of Constitutional Law, Abingdon 2013 (zit. Currie, Freedom of expression and association).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Vol. II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Dubey, Droits fondamentaux).

Dubey Jacques/Di Cicco Domenico, Kommentierung zu Art. 33 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR- Dubey/Di Cicco, N. ...).

Dumermuth Martin, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG. Besprechung von BGE 149 I 2, in: AJP/PJA 9 (2023), S. 1042 ff. (zit. Dumermuth, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG).

Errass Christoph/Rechsteiner David, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar

Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Errass/Rechsteiner, Art. 17 N. ...).

Flückiger Alexandre/Junod Valérie, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH. Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse, in: Jusletter vom 27.2.2017 (zit. Flückiger/Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations).

Garton Ash Timothy, Free Speech. Ten Principles for a Connected World, London 2016 (zit. Garton Ash, Free Speech).

Glaeser Edward/Sunstein Cass R., Does More Speech Correct Falsehoods?, in: The Journal of Legal Studies, 1 (2014), S. 65 ff. (zit. Glaeser/Sunstein, Does More Speech Correct Falsehoods?).

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § ... N. ...).

Greenawalt Kent, Free Speech Justifications, in: Columbia Law Review, 89 (1989), S. 191 ff. (zit. Greenawalt, Free Speech Justifications).

Grisel Etienne, Droits fondamentaux. Libertés idéales, Bern 2008 (zit. Grisel, Droits fondamentaux).

Grote Rainer/Wenzel Nicola, Kapitel 18: Meinungsfreiheit, in: Dörr Oliver/Grote Rainer/Marauhn Thilo (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl., Tübingen 2022 (zit. Grote/Wenzel, EMRK/GG KK, Kap. 18 N. ...).

Guillén-Nieto Victoria, Hate Speech. Linguistic Perspectives, Berlin/Boston 2023 (zit. Guillén-Nieto, Hate Speech).

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht).

Harris David J./O'Boyle Michael/Bates Ed P./Buckley Carla M. (Hrsg.), Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., New York 2023 (zit. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR).

Heer Markus, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private: unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im

Einzelgebrauch, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. Heer, Ausserordentliche Nutzung).

Heinze Eric, Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford 2016 (zit. Heinze, Hate Speech).

Hertig Maya, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Hertig, Art. 16 N. ...).

Hertig Randall Maya, La responsabilité pénale des personnalités politiques pour les commentaires haineux publiés sur le mur de leur compte Facebook – un regard vers Lausanne et Strasbourg, in: sui generis #unbequem 2024, S. 123 ff. (zit. Hertig Randall, Responsabilité).

Hertig Randall Maya/Le Fort Olivia, L'interdiction de la mendicité revisitée, in: Plaidoyer 4 (2012), S. 34 ff. (zit. Hertig/Le Fort, L'interdiction de la mendicité revisitée).

Hoch Hilmar, Meinungsfreiheit, in: Kley Andreas/Vallender Klaus A., Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Schaan 2012, S. 195 ff. (zit. Hoch, Meinungsfreiheit).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 2012, S. 510 ff. (zit. Hoffmann-Riem, Regelungsstrukturen).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002 (zit. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten).

Jaag Tobias, «Preferred Freedoms» im schweizerischen Verfassungsrecht, in: Zen-Ruffinen Piermarco/Auer Andreas (Hrsg.), De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 355 ff. (zit. Jaag, Preferred Freedoms).

Junod Valérie, La liberté d'expression du whistleblower. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Guja c. Moldova, 12 février 2008, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 77 (2009), S. 227 ff. (zit. Junod, La liberté d'expression du whistleblower).

Kaiser Anna-Bettina, Kommentierung zu Art. 5 GG, in: Brosius-Gersdorf Frauke (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1–19), 4. Aufl., Tübingen 2023 (zit. GGK-Kaiser, Art. 5 I, II GG N. ...).

Kellner Anna, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, Baden-Baden 2019 (zit. Kellner, Meinungsmacht).

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011 (zit. Krüsi, Zensurverbot).

Lewke Christian, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit. Der dauernde Kampf um ein bewegtes Gut, in: MRM 1 (2018), S. 41 ff. (zit.: Lewke, Zur Historie und Zukunft der Meinungsfreiheit).

Martenet Vincent/Zandirad David, Kommentierung zu Art. 15 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit. CR-Martenet/Zandirad, Art. 15 N. ...).

Mahon Pascal, Droit constitutionnel. Droits fondamentaux, Band II, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. Mahon, Droit constitutionnel).

Mahon Pascal/Gonin Olivier, Kommentierung zu Art. 6 BGÖ, in: Brunner Stephan C./Mader Luzius (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008 (zit. Mahon/Gonin, HK BGÖ, Art. 6 BGÖ N. ...).

Mazziotti Di Celso Manlio/Salerno Giulio M., Manuale di diritto costituzionale, 2. Aufl., Padova 2003 (zit. Mazziotti Di Celso/Salerno, Manuale di diritto costituzionale).

Meiklejohn Alexander, Free Speech and its Relation to Self-Government, New York 1948, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 788 ff. (zit. Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self-Government).

Mélin-Soucramanien Ferdinand/Pactet Pierre, Droit constitutionnel, 39. Aufl., Paris 2021 (zit. Mélin-Soucramanien/Pactet, Droit constitutionnel).

Mill John Stuart, On Liberty, AUK Classics, bearbeitete Auflage mit einer Einleitung von W. L. Courtney, Luton 2014 (zit. Mill, On Liberty).

Milton John, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 52 ff. (zit. Milton, Areopagitica).

Moeckli Daniel, Bettelverbote: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, in: ZBl 11 (2010), S. 537 ff. (zit. Moeckli, Bettelverbote).

Mörsdorf Oliver, Beitragslöschungen und Kontosperrungen nach den «Hausregeln» sozialer Netzwerke, in: NJW 2021, S. 3158 ff.

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz).

Nussbaumer Katrin, Kommentierung zu Art. 17 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung. Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, Basel 2014 (zit. Nussbaumer, Kommentar ParlG, Art. 17 ParlG N. ...).

Öhlinger Theo/Eberhard Harald, Verfassungsrecht, 13. Aufl., Wien 2022 (zit. Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht).

Pahud de Mortanges René, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Pahud de Mortanges, Art. 15 N. ...).

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Zürich 2004 (zit. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit).

Pille Jens-Ullrich, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2016 (zit. Pille, Meinungsmacht).

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen

Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021 (zit. Piolino, Staatsunabhängigkeit).

Piolino Marina/Cueni Raphaela, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 6.1.2024 (OK-Piolino/Cueni zu Art. 17 BV, N. ...).

Rechsteiner David/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV- Rechsteiner/Errass, Art. 16 BV N. ...).

Rose Jürgen, Soldat und Meinungsfreiheit. Die Bedeutung von Meinungs- und Pressefreiheit im Rahmen der Inneren Führung, in: Sicherheit und Frieden (S+F) 3 (1998), S. 178 ff. (zit. Rose, Soldat und Meinungsfreiheit).

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit, Basel 2020 (zit. Rüegger, Kunstfreiheit).

Saxer Urs/Kollenberg Roman, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge. Medienregulierung auf konstitutionellen Abwegen, in: Verfassungsblog vom 20.10.2022 (zit. Saxer/Kollenberg, Fake News, Wahrheitspflicht, Lüge).

Schabas William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., Kehl 2019 (zit. Schabas, CCPR Commentary).

Schaub Lukas, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, in: ZBl 11 (2017), 583 ff. (zit. Schaub, Stimmpflicht).

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faulty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff. (zit. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment).

Schauer Frederick, Free Speech. A Philosophical Enquiry, Cambridge 1982 (zit. Schauer, Free Speech).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. Schefer, Kerngehalte).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV. Der Anspruch auf Einsicht in amtliche Akten, in: Jusletter vom 7.2.2022 (zit. Schefer/Cueni, Informationsfreiheit).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Handen des BAKOM, 7.7.2020 (verfügbar unter: https://bit.ly/3b0Jdbe) (zit. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel).

Schefer Markus/Looser Martin, Die Beeinträchtigung von Grundrechten (Art. 36 BV), in: ius.full 3 (2008), S. 82 ff. (zit. Schefer/Looser, Die Beeinträchtigung von Grundrechten).

Shiffrin Seana Valentine, A Thinker-Based Approach to Freedom of Speech, in: 27 Constitutional Commentary (2011), S. 283 ff. (zit. Shiffrin, A Thinker-Based Approach).

Spescha Marc, Rechtsbruch und sozialer Wandel. über Ursachen und Wirkungen demonstrativer Normverletzungen im sozialen Konflikt und in gesellschaftlichen Veränderungsprozessen, Berlin 1988 (zit.: Spescha, Rechtsbruch und sozialer Wandel).

Staben Julian, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments, Tübingen 2017 (zit.: Staben, Abschreckungseffekt).

Stone Adrienne, The comparative constitutional law of freedom of expression, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011 (zit. Stone, Freedom of expression).

Struth Anna Katharina, Hassrede und Freiheit der Meinungsäusserung, Heidelberg 2019.

Sunstein Cass R., Why Societies Need Dissent, Cambridge (MA) 2003 (zit. Sunstein, Why Societies Need Dissent).

Thurnherr Daniela, Kommentierung zu Art. 162 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Thurnherr, Art. 162 N. ...).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Tschannen/Müller/Kern, Verwaltungsrecht).

van Dijk Peter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., Cambridge 2018 (zit. van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the ECHR).

Volokh Eugene/Falk Richard M., Google First Amendment Protection for Search Engine Search Results, in: The Journal of Law, Economics & Policy 2012, S. 883 ff. (zit. Volokh/Falk, Google First Amendment Protection).

Williams Susan H., Free Speech and Autonomy: Thinkers, Storytellers, and a Systemic Approach to Speech, in: 27 Constitutional Commentary 2011, S. 399 ff. (zit. Williams, Free Speech and Autonomy).

Wu Tim, Machine Speech, in: University of Pennsylvania Law Review 2013, S. 1495 ff. (zit. Wu, Machine Speech).

Zelezny John D., Communications Law. Liberties, Restraints, and the Modern Media, 4. Aufl., Belmont 2004 (zit. Zelezny, Communications Law).

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich: Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Zürich/Basel/Genf 2020 (Zumsteg, Demonstrationen).

Zumsteg Patrice Martin, Kommentierung zu Art. 22 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 8.9.2023 (OK-Zumsteg zu Art. 22 BV, N. ...).

MATÉRIAUX

Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2.3.1992, BBl 1992 II 269 ff. (zit. Botschaft Art. 261bis StGB).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12.2.2003, BBl 2003 1963 ff. (zit. Botschaft BGÖ).

Europäischer Gerichthof für Menschenrechte, Guide on Article 10 of the European Convention of Human Rights. Freedom of Expression. Updated on 28 February 2023 (zit. ECHR, Case Law Guide Art. 10, Rz. ...).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 17 Cst.

Un commentaire de Marina Piolino / Raphaela Cueni

PROPOSITION DE CITATION

Marina Piolino/Raphaela Cueni, Commentaire de l'art. 17 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Piolino/Cueni, Art. 17 Cst. N. XXX.

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.

[2] La censure est interdite.

[3] Le secret de rédaction est garanti.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 249
A. Histoire (de la naissance) 249
B. Garanties de droit international public et références de droit comparé 250
C. Signification et fonction de la liberté des médias 251
II. Liberté des médias (al. 1) 252
A. Domaine matériel de la protection 252
1. Notion de médias dans le contexte de la liberté des médias 252
2. Droits protégés et contenus partiels 254
a. Protection des contenus médiatiques et protection des aspects institutionnels 254
b. Droits individuels et contenus partiels (dimension subjective et juridique) 255
c. Dimension objective et juridique de la liberté des médias 257
B. Domaine de protection personnelle 260
C. Restrictions 261
1. Appréciation au regard de l'art. 36 Cst. 263
b. Intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.) 263
c. Proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) 264
2. Restrictions de la liberté des médias quant au contenu 266
3. Obligations de diffusion comme cas particulier de restrictions de contenu 270
4. Restrictions dans l'activité de recherche et la forme de présentation 271
5. Restrictions à la distribution et à la diffusion de produits médiatiques 272
a. Restrictions d'accès au marché sous la forme d'obligations d'autorisation ou de concession 273
b. Le service public et les formes d'aide publique aux médias 274
III. Interdiction de la censure (al. 2 Cst.) 275
A. Notion de censure 275
B. Exemples critiques 278
C. État d'urgence 278
D. Principe d'indépendance de l'État 279
IV. Secret de rédaction (al. 3) 282
A. Signification et genèse 282
B. Domaine matériel de la protection 283
C. Domaine de protection personnelle 284
D. Limitations du secret de rédaction 284
Lectures complémentaires recommandées 285
Bibliographie 286
Matériaux 295

I. GÉNÉRALITÉS

A. Histoire (de la naissance)

La liberté des médias est née en réaction aux formes de censure des contenus de communication (cf. sur l'interdiction de la censure, n. 76 ss.). Celles-ci ont été pratiquées après l'invention de l'imprimerie, tant par l'Eglise que par l'Etat, à partir du 16e siècle et jusqu'au 19e siècle. La liberté de la presse est l'ancêtre de la liberté des médias, car pendant des siècles, il n'existait aucun autre moyen de communication de masse que les imprimés. En Suisse, la liberté de la presse a été garantie pour la première fois dans la Constitution helvétique du 12 avril 1798. La censure ayant été réintroduite quelques mois plus tard par le gouvernement helvétique en raison de rapports critiques sur l'État français, ce n'est qu'à l'époque de la Régénération (1830-1848) que les cantons ont recommencé à abolir la censure et à garantir la liberté de la presse dans leurs constitutions. 1

En raison de la méfiance à l'égard des cantons conservateurs, la liberté de la presse a été inscrite en 1848 comme un "droit fondamental fédéral de la première heure" dans la Constitution fédérale nouvellement créée. La protection d'autres types de médias et d'autres expressions d'opinion n'était pas prévue à l'origine dans la Constitution fédérale. La garantie de la liberté de la presse a été en vigueur pendant plus de 150 ans, jusqu'à la révision totale de la Constitution fédérale à la fin du 20e siècle, dans le cadre de laquelle elle a été transformée en la liberté des médias actuellement en vigueur. 2

Le projet de constitution de 1996 mentionnait encore la "liberté de la presse, de la radio et de la télévision" comme un aspect partiel de la liberté d'opinion, d'information et des médias (art. 14 de l'AP 1996). L'inclusion explicite de la radio et de la télévision dans la liberté des médias s'appuyait sur la jurisprudence relative à l'art. 10 CEDH, selon laquelle la radio et la télévision entrent également dans le champ de protection de l'art. 10 CEDH et bénéficient donc de la protection des droits fondamentaux. Compte tenu de l'importance des médias dans la société (cf. n. 8), le Parlement a finalement créé une disposition spécifique pour la liberté des médias à l'art. 17 Cst. et l'a étendue, comme l'art. 93 Cst. (radio et télévision), aux "autres formes de diffusion publique de prestations et d'informations par voie de télécommunication" (cf. n. 14). Le champ d'application de l'art. 17 Cst. devait 3

ainsi rester ouvert aux développements futurs de nouvelles formes de médias. En outre, le Parlement a ajouté l'interdiction de la censure et le secret de rédaction. L'art. 17 Cst., encore en vigueur aujourd'hui sans modification, a ainsi été intégré dans la nouvelle Constitution fédérale entrée en vigueur en 2000.

4 L'art. 17 Cst. est étroitement lié à l'art. 93 Cst. qui a été introduit dans la Constitution fédérale en 1984 en tant que base constitutionnelle pour le régime de concession dans le domaine de la radio et de la télévision, qui existait déjà depuis les années 1920. Ainsi, contrairement à la presse, la radiodiffusion a longtemps été caractérisée par des moyens de diffusion disponibles limités (pénurie de fréquences) et par des besoins financiers élevés. C'est pourquoi, afin de garantir une offre diversifiée à l'ensemble de la population, la diffusion de la radio et de la télévision a été conçue exclusivement comme un monopole d'État de service universel jusqu'à la libéralisation du marché en 2006 (voir à ce sujet N. 29 et 73). En revanche, le domaine de la presse a longtemps été caractérisé par une situation de concurrence entre une multitude d'offres différentes, ce qui fait que la prise de mesures étatiques pour garantir la diversité est restée à l'arrière-plan par rapport au domaine de la radiodiffusion (cf. toutefois les changements structurels actuels de l'ensemble du paysage médiatique, n. 31).

B. Garanties de droit international public et références de droit comparé

5 Pour la compréhension et l'interprétation de la liberté des médias selon l'art. 17 Cst., les garanties de droit international public sont également contraignantes et doivent donc être prises en compte. Ainsi, l'art. 10 CEDH et les art. 19 s. du Pacte II de l'ONU protègent les déclarations faites dans les médias ou l'activité des médias. Contrairement à la Constitution fédérale, ils n'ancrent pas la liberté des médias en tant que garantie normalisée autonome, mais la garantissent en tant que partie des garanties globales des droits fondamentaux de la communication.

6 Dans la jurisprudence suisse relative à la liberté des médias, l'art. 10 CEDH occupe une place importante. En raison de l'importance essentielle d'une activité médiatique libre pour la démocratie, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) reconnaît une protection particulièrement stricte des déclarations des médias et des professionnels des médias : Ainsi, la

jurisprudence constante stipule que les médias ne doivent pas dépasser certaines limites, mais qu'il est de leur devoir de diffuser des informations et des idées d'intérêt public. Dans ce contexte, la Cour souligne que la marge d'appréciation des États concernant la limitation de (telles) déclarations d'intérêt public est en principe réduite. De même, la Cour reconnaît que l'article 10 CEDH n'oblige pas seulement les États à s'abstenir de toute ingérence dans le droit fondamental, mais qu'il crée également des obligations positives de protection des garanties (voir à ce sujet n. 18, 22 et suiv. ci-dessous). Avec sa jurisprudence différenciée et le niveau de protection élevé développé pour les déclarations des médias, la jurisprudence relative à l'article 10 CEDH est donc aussi extrêmement pertinente dans la pratique pour l'interprétation de l'article 17 Cst.

Un regard de droit comparé permet de constater que des droits fondamentaux spécifiques de la liberté des médias ou de la liberté de la presse sont également statués dans d'autres constitutions : Il convient de mentionner la liberté de la presse et de la radiodiffusion garantie par l'article 5, al. 1, phrase 2 de la Loi fondamentale (Allemagne) ainsi que l'interdiction de la censure statuée à l'article 5, al. 3 de la Loi fondamentale. Une garantie explicite de la liberté de la presse se trouve également, par exemple, dans le premier amendement de la Constitution américaine. Outre les constitutions offrant de nombreuses garanties explicites de la liberté des médias et de la liberté de la presse, d'autres constitutions reconnaissent la liberté des médias par le biais de la jurisprudence en tant que contenu partiel de garanties plus générales visant à protéger les droits fondamentaux de la communication. 7

C. Signification et fonction de la liberté des médias

La liberté des médias confère aux déclarations faites par ou au moyen des médias (de masse) une protection particulière par rapport à la liberté d'opinion (art. 16 Cst.). Cette protection spécifique est l'expression de l'importance particulière des médias et de la communication médiatisée dans une société démocratique. En traitant et en transmettant des informations de différents types, les médias doivent permettre au public de se former librement une opinion sur différents thèmes d'intérêt public (fonction de formation de l'opinion). En garantissant un flux d'informations sans entraves et un libre échange d'opinions, la liberté des médias joue un rôle essentiel dans la formation de la volonté sociale et revêt une importance sociale et 8

politique majeure. En considérant les médias de masse comme un lien de communication entre la population et l'Etat, la liberté des médias assume également une fonction d'instrument de contrôle du pouvoir politique et social. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme et (en s'appuyant sur sa jurisprudence) le Tribunal fédéral reconnaissent le rôle des médias en tant que "gardiens" (public watchdogs) dans une société démocratique (voir pour plus de détails N. 9 ss. ci-dessous sur la notion de médias).

II. LIBERTÉ DES MÉDIAS (AL. 1)

A. Domaine matériel de la protection

1. Notion de médias dans le contexte de la liberté des médias

9 Pour définir les médias, la CEDH s'appuie, dans sa jurisprudence relative à l'article 10 CEDH, sur leur fonction de public watchdogs (cf. sur la signification et la fonction de la liberté des médias, n. 8). Dans le cadre de cette approche fonctionnelle, elle accorde une protection renforcée en particulier aux articles qui s'adressent au public et traitent de sujets d'intérêt public. Pendant longtemps, la Cour n'avait accordé cette protection accrue qu'aux articles élaborés selon des critères de rigueur journalistique professionnels. Dans le cadre de l'importance croissante d'Internet, la CEDH accorde de plus en plus la protection accrue de l'article 10 CEDH à des contributions non journalistiques, pour autant qu'elles contribuent à un débat d'intérêt public et qu'elles aient été élaborées avec une diligence raisonnable - comme par exemple les informations d'une ONG sur un site Internet ou les déclarations d'un blogueur sur un forum Internet. Dans le contexte du droit d'accès à l'information officielle, la Cour a également jugé que les utilisateurs populaires des médias sociaux exerçaient également des fonctions de chiens de garde publics et pouvaient donc bénéficier d'une protection renforcée. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme continue de souligner l'importance du respect du devoir de diligence journalistique, notamment en raison du flux d'informations sur Internet.

10 Le Tribunal fédéral entend par médias au sens de l'art. 17 Cst. les expressions publiques d'opinions à contenu idéal diffusées par des moyens techniques. En conséquence, l'expression doit s'adresser à un cercle de destinataires indéterminé. En outre, la déclaration publique doit être enregistrée et

transmise par des moyens techniques. Ainsi, les informations diffusées publiquement sur Internet sont en principe également protégées par la liberté des médias. En ce qui concerne la communication via les médias sociaux, il faut parfois se demander si l'expression d'une opinion s'adresse à un cercle de destinataires indéterminé. Compte tenu des différents motifs d'utilisation des médias sociaux, cette question doit toujours être évaluée dans le cadre d'un examen au cas par cas. De plus, l'information publique doit avoir un contenu idéologique ou de formation d'opinion. En revanche, selon la pratique du Tribunal fédéral (contrairement à la jurisprudence de la CEDH), ce ne sont pas les droits fondamentaux de la communication qui sont pertinents pour les contenus principalement commerciaux, mais la liberté économique (art. 27 Cst.), qui offre une protection moindre.

On peut se demander dans quelle mesure la protection de l'art. 17 Cst. 11
présuppose le respect des devoirs de diligence journalistique. Dans le contexte de l'accréditation des journalistes, le Tribunal fédéral a déclaré que la limitation légale de la notion de média aux médias journalistiques était conforme à la Constitution et a renvoyé à l'application des devoirs de diligence professionnelle adoptés par le Conseil suisse de la presse - l'organe d'autorégulation pour les questions d'éthique des médias. Dans sa pratique récente, le Tribunal fédéral tente, dans la perspective de la numérisation, d'encadrer plus strictement la liberté des médias. Ainsi, il n'accorde pas la protection de la liberté des médias aux personnes n'exerçant pas d'activité journalistique en ce qui concerne l'accès aux informations des autorités ou la justification des atteintes à la personnalité. Une partie de la doctrine se prononce également en faveur de la limitation de la liberté des médias aux contributions journalistiques. Si des thèmes d'intérêt public sont traités dans le cadre de déclarations non journalistiques - par exemple par des ONG -, Zeller/Kiener préconisent l'octroi ponctuel d'une protection renforcée comparable dans le cadre de la liberté d'opinion et d'information. Il convient, à notre avis, d'approuver ce point de vue.

Enfin, certains auteurs sont d'avis que seules les activités journalistiques d'une 12
certaine continuité doivent être protégées par la liberté des médias. Ils justifient cette position par le fait que les médias ont besoin, pour assumer efficacement leurs fonctions particulières, d'une structure organisationnelle minimale conçue pour durer et nécessitant les ressources correspondantes. A notre avis, on peut se demander si ce critère, en raison de son seuil

relativement élevé, constitue un élément constitutif de la notion de média au sens de l'art. 17 Cst. ou s'il ne faut pas plutôt le considérer comme un élément directionnel pour la classification d'une contribution médiatique dans le cadre de la liberté des médias.

13 En résumé, on constate qu'il existe également dans le droit constitutionnel suisse une conception fonctionnelle des médias dans le cadre des libertés de communication qui se rapproche de la jurisprudence de la CEDH. Une protection renforcée, que ce soit dans le cadre de la liberté des médias ou de la liberté d'opinion et d'information, doit être accordée à la communication publique sur les contenus qui forment l'opinion et qui remplissent une fonction de formation d'opinion et de contrôle essentielle à la démocratie. C'est en particulier le cas des contributions préparées de manière journalistique et diffusées dans le cadre d'une certaine structure organisationnelle.

2. Droits protégés et contenus partiels

a. Protection des contenus médiatiques et protection des aspects institutionnels

14 La liberté des médias comporte à la fois un aspect de contenu et un aspect institutionnel ou organisationnel. L'aspect du contenu est axé sur une protection plus intensive des contenus médiatiques (cf. sur la notion de média, n. 9 ss, cf. sur les effets de la protection particulière dans le cadre du contrôle de la proportionnalité, n. 45 ss). Cette protection particulière est garantie indépendamment de la forme ou du type de média utilisé pour diffuser le contenu du média ; en d'autres termes, l'art. 17 Cst. est conçu de manière technologiquement neutre. Alors que la presse englobe toutes les formes d'imprimés, la radio et la télévision sont considérées comme la diffusion linéaire ou dans le temps de contenus audio ou audiovisuels. Par le biais de la clause générale et de la clause de développement des "autres formes", l'art. 17 Cst. protège de la même manière toutes les formes actuelles et futures de communication publique diffusée par voie de télécommunication (cf. déjà n. 4).

15 L'aspect institutionnel ou organisationnel protège les médias en tant qu'institutions ou organisations et, dans ce sens, les conditions cadres organisationnelles qui sont indissociables de la publication de contenus

médiatiques et nécessaires à l'exercice effectif des fonctions démocratiques essentielles des médias (cf. sur la signification et la fonction de la liberté des médias, n. 8). En fait partie l'ensemble du processus de production de contenus médiatiques, de l'activité de recherche et de rédaction à l'activité de diffusion et de stockage, par exemple sous la forme de la garantie expresse du secret de rédaction (art. 17 al. 3 Cst., voir à ce sujet N. 88 ss.). La liberté institutionnelle des médias comprend également le principe de l'indépendance des médias vis-à-vis de l'Etat. L'art. 10 CEDH garantit également les conditions organisationnelles dont les médias dépendent pour l'accomplissement de leurs fonctions, telles que l'exploitation des médias, les conditions techniques et l'organisation indépendante de l'Etat des médias. L'aspect institutionnel de la liberté des médias protège typiquement contre l'influence indirecte de l'Etat sur les contenus médiatiques (voir à ce sujet n. 37).

b. Droits individuels et contenus partiels (dimension subjective et juridique)

Dans sa dimension subjective et juridique, la liberté des médias protège les positions juridiques concrètes des titulaires de droits fondamentaux concernés et leur confère des droits justiciables. La protection des professionnels des médias contre les atteintes à la liberté des médias, par exemple par l'interdiction d'une publication imminente dans le cadre d'une mesure provisionnelle selon les articles 261 et suivants du Code civil, est au premier plan. CPC ou la sanction pénale pour une déclaration portant atteinte à l'honneur ou à la vie privée d'une personne. La liberté des médias protège également contre les entraves à l'activité de recherche des journalistes, par exemple en les empêchant de se rendre dans certains lieux. 16

Le secret de rédaction, spécifiquement garanti par l'art. 17 al. 3 Cst., qui garantit aux journalistes une protection contre la divulgation de leurs sources d'information, revêt également une importance pratique particulière (voir à ce sujet les n. 88 ss. ci-après). 17

La liberté des médias protège également les journalistes dans leur activité de recherche. Dans ce contexte, la liberté des médias confère également aux journalistes concernés un droit à une protection suffisante par les autorités compétentes contre d'éventuels actes de violence (imminents) commis par des tiers. 18

19 Sur la base de l'art. 17 Cst., les professionnels des médias ont en outre un droit à la diffusion d'informations. Sont ainsi protégées toutes les activités de transport, de vente et de distribution de contenus ou de produits médiatiques.

20 Une obligation de déclaration préalable, d'autorisation ou de concession pour les produits médiatiques n'est admissible que dans des conditions très restrictives. Une telle pratique constitue une atteinte grave à la liberté des médias, qui peut s'apparenter à de la censure. En revanche, pour les diffuseurs de radio et de télévision plus réglementés, les obligations d'annonce, d'autorisation et de concession sont considérées comme admissibles dans le cadre de l'art. 17 Cst. et de l'art. 10 CEDH (voir plus en détail n. 72 s. ; voir déjà n. 4 pour le domaine plus réglementé de la radiodiffusion).

21 La liberté des médias garantit également aux professionnels des médias le droit de ne pas devoir "transporter" les informations de tiers, les considérations à ce sujet étant particulièrement pertinentes dans le domaine plus réglementé de la radiodiffusion. Selon une jurisprudence constante, il n'existe en principe aucun "droit d'antenne", c'est-à-dire aucun droit des tiers ou de l'Etat d'exiger des diffuseurs de programmes la diffusion de certaines informations (voir également de manière plus détaillée les exceptions, n. 63 et suivantes).

22 Traditionnellement, la liberté des médias a été comprise en premier lieu comme un droit fondamental de défense qui ne confère en principe aucun droit à des prestations et notamment aucun droit à des mesures de soutien des médias. Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent également des droits spécifiques de prestation et de participation dans le cadre de la liberté des médias, que ce soit en ce qui concerne l'accès aux informations de l'Etat (cf. n. 23 s.) ou l'accès à l'infrastructure (existante). Dans ce contexte, il convient de souligner les droits d'accès spécifiques des professionnels des médias aux informations pertinentes.

23 Ainsi, la liberté des médias confère un droit d'accès aux sources étatiques qui, selon la jurisprudence en vigueur du Tribunal fédéral, va (probablement) au-delà des droits d'accès garantis dans le cadre de la liberté d'information selon l'art. 16 Cst. Les besoins des journalistes sont également pris en compte dans la conception de la loi fédérale sur la transparence. Ainsi, l'art. 10, al. 4, let. a, LTrans et l'art. 9 OTrans obligent les autorités à tenir compte des médias lors de demandes d'accès à des documents officiels fondées sur la loi précitée.

Depuis 2014, l'art. 15 al. 4 OTrans prévoit en principe une réduction de 50 % des émoluments perçus pour les journalistes.

Pour les comptes rendus judiciaires des débats principaux en matière pénale, les journalistes disposent également, sur la base de l'art. 70, al. 3 CPP, de droits d'accès plus étendus que ceux qui découlent pour le public de l'art. 30, al. 3 Cst. et des art. 69 ss CPP. CPP (cf. également n. 26, 56, 67 ss. ci-dessous). Cela correspond à l'importance des journalistes en tant qu'instance de contrôle de l'action de l'Etat et à leur rôle de gardien et de médiateur dans ces procédures. 24

La liberté des médias ne déploie pas d'effet horizontal direct ou d'effet tiers entre les particuliers. Ainsi, les professionnels des médias ne peuvent pas invoquer directement la liberté des médias face aux influences exercées par exemple par la maison d'édition (ce que l'on appelle la "liberté des médias interne ou intra-entreprise"). Les tensions entre la liberté des médias des employés des rédactions, d'une part, et la liberté des médias et la liberté d'organisation économique de la maison d'édition en tant qu'employeur, d'autre part, ne doivent pas être résolues directement au titre du droit constitutionnel, mais au titre du droit du travail (qui doit être interprété conformément à la Constitution). Il faut ainsi tenir suffisamment compte de la liberté des journalistes dans l'application du droit du travail pertinent (cf. art. 35 al. 3 Cst. ; cf. n. 27 infra). 25

c. Dimension objective et juridique de la liberté des médias

Dans sa dimension de droit objectif, la liberté des médias oblige l'Etat à prendre les mesures nécessaires à sa réalisation. Cela découle expressément de l'art. 35 al. 1 Cst. selon lequel les droits fondamentaux doivent être appliqués dans tout l'ordre juridique en tant que normes de principe objectives. Ainsi, l'Etat est tenu d'une part de légiférer en conformité avec les droits fondamentaux, dans le cadre duquel l'accomplissement des fonctions essentielles des médias est effectivement possible et n'est pas miné par les développements de la réalité constitutionnelle. Citons par exemple le droit pénal des médias, qui protège de manière privilégiée les déclarations des médias en limitant le cercle des personnes pénalement responsables (art. 28 CP, art. 322 CP, art. 322bis CP), l'art. 266 CPC (voir ci-dessous N. 57), ou les dispositions déjà mentionnées de l'art. 10, al. 4, let. a, LTrans, de l'art. 9 26

OTrans et de l'art. 15, al. 4, OTrans (voir également ci-dessus N. 23) ainsi que l'art. 70, al. 3, CPP (voir également ci-dessus N. 23).

27 D'autre part, la liberté des médias s'adresse également à l'application du droit et exige que les autorités chargées de l'application du droit interprètent les dispositions légales de manière conforme aux droits fondamentaux. Dans le domaine d'application de la liberté des médias, cela concerne en particulier l'application conforme aux droits fondamentaux de normes limitant la liberté des médias, par exemple en droit civil et pénal, en droit de la concurrence déloyale ou en droit d'auteur (voir à ce sujet N. 53 ss.).

28 Le principe de diversité est un exemple typique de la dimension objective et juridique de la liberté des médias. Bien qu'en raison des circonstances historiques, il ait surtout pris de l'importance dans le domaine de la radiodiffusion (voir déjà n. 4), il s'applique à l'ensemble du secteur des médias. En effet, pour assurer leur fonction de formation de l'opinion et de contrôle, les médias doivent pouvoir présenter au public des thèmes et des opinions aussi variés que possible. C'est pourquoi l'Etat doit garantir un ordre médiatique qui vise à une diversité des médias reflétant la diversité des opinions. Ainsi, dans une démocratie, il existe de nombreux intérêts et opinions différents qui sont en principe équivalents. On distingue différentes dimensions de la diversité. Au centre se trouve la recherche d'une diversité d'opinions et d'informations sur des questions d'intérêt public (diversité du contenu). Cette diversité des contenus peut être assurée par une multitude de fournisseurs de médias différents proposant une offre individuelle (pluralisme externe). En outre, la diversité des contenus peut également exister au sein d'un seul fournisseur de médias (pluralisme interne).

29 Dans le domaine de la radio et de la télévision, la garantie de la diversité est explicitement inscrite, en plus d'autres prescriptions, dans le mandat de service universel ou de service public selon l'art. 93 al. 2 Cst (cf. sur la notion de service universel ou de service public, n. 74). En conséquence, la Confédération a la responsabilité de garantir que le domaine de la radiodiffusion soit organisé de manière à assurer de manière optimale la liberté et la diversité d'opinion du public. Le législateur fédéral s'en porte garant en confiant le mandat de service public de l'art. 93 al. 2 Cst. à la Société suisse de radiodiffusion et de télévision (SSR) et en prévoyant en outre l'octroi de concessions avec mandat de prestations à des radiodiffuseurs locaux et régionaux. Ces diffuseurs de service public sont tenus de respecter la diversité

des contenus (pluralisme interne), conformément au principe de diversité de la radiodiffusion. Ce système s'explique historiquement par le fait que le secteur de la radiodiffusion s'est caractérisé pendant des années par l'existence d'un petit nombre de radiodiffuseurs et de télédiffuseurs (voir déjà n. 4).

Contrairement au secteur de la radiodiffusion, le secteur de la presse s'est longtemps caractérisé par une concurrence entre différents fournisseurs proposant une offre individuelle. Le droit de chaque éditeur de déterminer la tendance du contenu de son offre - ce que l'on appelle la liberté de tendance - constitue, en tant que pendant en droit de la presse du principe de diversité du droit de la radiodiffusion, un élément important de la liberté de la presse et garantit le pluralisme extérieur dans le domaine de la presse. Jusqu'à présent, ce pluralisme extérieur a été considéré comme un garant suffisant de la diversité des contenus dans ce domaine (cf. déjà n. 4). Les tentatives d'introduction de dispositions constitutionnelles qui auraient conféré à la Confédération une compétence en matière de garantie de la diversité et de politique médiatique, tous genres de médias confondus, ont déjà échoué à plusieurs reprises. Pour promouvoir la diversité de la presse, la Confédération doit donc s'appuyer sur d'autres normes de compétence, comme par exemple la compétence en matière de poste pour la réduction des tarifs postaux pour la presse. 30

En raison de la numérisation, l'ensemble du paysage médiatique est soumis à un changement structurel. En raison de la grande portée de ce que l'on appelle les intermédiaires d'information tels que les médias sociaux et les moteurs de recherche, les recettes publicitaires se déplacent de plus en plus vers des acteurs tels que Google et Meta notamment (d'ici 2021 : Facebook). En outre, la disposition du public à payer pour des informations journalistiques est constamment faible en Suisse. L'ensemble du secteur des médias journalistiques est donc de plus en plus marqué par un manque de ressources, ce qui rend difficile l'exercice de leurs fonctions essentielles pour la démocratie. La situation concurrentielle se rapproche ainsi, indépendamment du type de média, de la situation antérieure dans le domaine de la radiodiffusion (voir à ce sujet N. 4 et N. 29), dans la mesure où la diversité des contenus est de moins en moins assurée par une multitude de fournisseurs de médias différents. En fonction de ces changements dans le domaine réel des droits fondamentaux, la responsabilité de l'Etat de prendre 31

des mesures concernant tous les genres de médias afin de garantir la diversité devrait, à notre avis, s'actualiser. Compte tenu du manque de ressources, les mesures d'encouragement financier sont particulièrement importantes (cf. sur l'encouragement des médias par l'Etat, n. 74).

B. Domaine de protection personnelle

32 Peuvent invoquer la liberté des médias toutes les personnes physiques et morales qui participent à la recherche, à la production et à la diffusion de contenus médiatiques, indépendamment de leur nationalité. Ainsi, tant les professionnels des médias que les entreprises de médias sont protégés par la liberté des médias. Sont également concernés les auxiliaires des professionnels des médias, comme les cameramen. A notre avis, la création médiatique doit au moins s'orienter sur les règles professionnelles du journalisme et présenter à cet égard un certain degré de professionnalisme (cf. sur la notion de média n. 9 ss.). Il faut donc partager l'avis selon lequel la rédaction de lettres de lecteurs ou de commentaires dans des blogs ou des forums de discussion n'est pas une activité de "création de médias" dont les auteurs sont couverts par le domaine de protection personnel de l'art. 17 Cst.

33 La protection des droits fondamentaux des personnes morales dans le cadre de l'accomplissement d'une tâche publique est admise par la doctrine dominante lorsque la personne morale sert directement et spécifiquement à la réalisation de droits fondamentaux dans une fonction déterminée. Pendant longtemps, le Tribunal fédéral n'a accordé à la SSR (comme aux communes) qu'une autonomie (de programmation) garantie par l'art. 93 al. 3 Cst. dans le cadre du mandat de prestations défini par la loi, et donc aucune protection des droits fondamentaux. En revanche, une partie de la doctrine a toujours exigé la protection des droits fondamentaux de la SSR dans l'accomplissement de son mandat public, au motif que la SSR, précisément en raison de son mandat de programmation, "doit remplir une fonction essentielle pour la liberté d'expression et d'information [...]". Entre-temps, le Tribunal fédéral affirme lui aussi que la SSR est protégée par l'art. 17 Cst. dans l'accomplissement de son mandat de prestations.

34 La question de savoir dans quelle mesure les utilisateurs des médias ou le public sont également protégés par la liberté des médias n'est pas entièrement clarifiée dans la doctrine. En tout état de cause, le public peut invoquer la liberté d'information selon l'art. 16 al. 3 Cst. qui garantit parfois un accès non

influencé par l'Etat aux informations des médias. On peut toutefois se demander si les atteintes à la liberté des médias - par exemple l'influence de l'Etat sur un journal local - constituent toujours, en raison de cette relation fonctionnelle, des atteintes à la liberté d'information des utilisateurs des médias (par exemple le lectorat du journal concerné). En tout état de cause, pour faire valoir une violation des droits fondamentaux dans le cadre d'une procédure, l'individu devrait remplir la condition de la qualité pour recourir. Selon la pratique de la CEDH relative à l'art. 10 CEDH, le simple fait de lire régulièrement un journal n'autorise pas une personne à porter plainte en raison de la violation de sa liberté d'information par l'interdiction de ce journal par l'Etat, tant que l'offre médiatique reste suffisamment diversifiée. En conséquence, il est à notre avis envisageable d'invoquer la liberté des médias ou la liberté d'information au moins lorsque l'individu ne disposerait plus d'une offre médiatique suffisamment diversifiée en raison d'une mesure étatique restrictive, les conditions locales et régionales devant être prises en compte.

Le champ de protection de la liberté des médias devrait également englober les déclarations qui ont été générées de manière (partiellement) automatisée ; on pense notamment aux déclarations faites par des "bots journalistiques". Les bots journalistiques ou les technologies d'intelligence artificielle peuvent être utilisés à différents stades de la production et de la transmission de déclarations médiatiques. Actuellement, ces technologies sont utilisées comme "générateurs" d'expressions médiatiques, par exemple dans le cadre de la création de textes, du traitement d'images ou de vidéos, ou encore comme chatbots - par exemple pour interagir avec les utilisateurs dans le but de personnaliser l'offre. Ces propos doivent être protégés en tant qu'expressions médiatiques, indépendamment de leur mode de création ; le fait qu'ils aient été générés de manière (partiellement) automatisée ne les exclut pas du champ de protection matériel de la liberté des médias. Il ne faut toutefois pas en conclure que les applications d'intelligence artificielle correspondantes sont elles-mêmes porteuses de droits fondamentaux. 35

C. Restrictions

Les atteintes à la liberté des médias prennent d'une part la forme de restrictions juridiques directes, telles que les interdictions préventives, les décisions négatives d'accès ou les sanctions ultérieures. 36

37 Les restrictions indirectes de l'activité journalistique (également appelées interventions indirectes) constituent un autre type d'intervention. Contrairement aux influences directes, les influences indirectes ne sont pas liées à des contenus médiatiques précis, ce qui signifie qu'elles n'influencent qu'indirectement et de manière moins prévisible le choix et la conception des contenus médiatiques. La question de savoir si une influence étatique doit être considérée comme directe ou indirecte dépend de la contrôlabilité de l'influence sur la conception des contenus médiatiques. L'Etat dispose typiquement de tels moyens d'influence indirecte dans le cadre de mesures organisationnelles, par exemple lors de l'organisation du service universel ou du service public dans le domaine des médias (cf. sur les restrictions organisationnelles de la liberté des médias, n. 72 ss ; cf. aussi n. 84).

38 Outre ces restrictions juridiques, il faut également tenir compte des restrictions factuelles. On peut citer par exemple le fait d'éloigner physiquement les journalistes du lieu d'une manifestation en les empêchant de poursuivre leur voyage ou les critiques ciblées et publiques des autorités à l'encontre de certains journalistes ou entreprises de médias.

39 Les restrictions indirectes à la liberté des médias par ce que l'on appelle le chilling effect sont d'une importance non négligeable : la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, souligne dans sa jurisprudence que des sanctions sévères à l'encontre des professionnels des médias ou une protection insuffisante des sources peuvent conduire les professionnels des médias à s'abstenir de manière générale de faire des reportages autorisés et souhaitables sur certains sujets ou dans des domaines choisis, par crainte de sanctions.

40 Les restrictions à la liberté des médias telles que celles décrites doivent en principe être mesurées à l'aune des exigences de l'art. 36 Cst. Comme les restrictions - qu'elles soient de droit, de fait ou indirectes - concernent différents aspects de l'activité et de l'organisation des médias, des questions particulières peuvent se poser. En conséquence, des groupes de cas spécifiques se sont formés dans la jurisprudence. C'est pourquoi, après les explications générales, ces différents groupes de cas pertinents sont abordés (n. 52 ss).

1. Appréciation au regard de l'art. 36 Cst.

Les restrictions à la liberté des médias doivent en principe être évaluées à l'aune des conditions de l'art. 36 Cst. Les exigences en matière de justification sont d'autant plus élevées que l'atteinte est grave, et plus la restriction est grave, plus elle doit être contrôlée de manière précise par le juge. 41

a. Base légale (art. 36 al. 1 Cst.)

Conformément à l'art. 36 al. 1 Cst., les restrictions à la liberté des médias nécessitent une base légale, les exigences en matière de niveau et de densité normatifs étant d'autant plus élevées que la restriction est grave. Les restrictions se fondent sur différentes normes du droit fédéral (cf. pour plus de détails n. 53 ss.) ou du droit cantonal. Pour les déclarations à la radio et à la télévision, ce sont en particulier les dispositions pertinentes de la LRTV qui sont pertinentes (voir plus loin N. 60). 42

Exceptionnellement - en présence d'un danger grave, imminent et impossible à écarter autrement pour des biens juridiques de haut niveau - la clause générale de police (art. 36 al. 1 phrase 3 Cst.) permet de restreindre la liberté des médias sans base explicite dans la loi. Il convient toutefois de faire preuve de retenue dans l'application de cette exception : Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la restriction de fait de la liberté des médias par l'empêchement d'un journaliste de poursuivre son voyage vers le WEF à Davos n'est pas couverte par la clause générale de police, faute d'imprévisibilité du danger. 43

b. Intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.)

Les restrictions à la liberté des médias poursuivent différents intérêts publics ; de la protection de la sécurité et de l'ordre publics à la protection des droits fondamentaux de tiers, en passant par la protection de l'autorité et de l'intégrité de l'administration de la justice, la protection de la santé publique, de la moralité publique ou d'informations confidentielles. L'art. 36 al. 2 Cst. ne dresse pas une liste exhaustive des intérêts publics susceptibles de limiter la liberté des médias. Les restrictions qui poursuivent un intérêt public contraire à l'objectif de protection du droit fondamental ne sont toutefois pas autorisées. Les restrictions visant à empêcher la critique de l'Etat ne sont donc jamais autorisées. 44

c. Proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.)

45 Les restrictions à la liberté des médias doivent être proportionnées (art. 36 al. 3 Cst.). Une restriction est considérée comme proportionnée lorsqu'elle est appropriée et nécessaire pour atteindre l'objectif étatique visé par la mesure restrictive et que cette mesure peut être raisonnablement exigée de la ou des personnes concernées par les droits fondamentaux. La jurisprudence et la doctrine se basent sur les circonstances concrètes du cas d'espèce pour évaluer la proportionnalité.

46 Lors de l'examen de la proportionnalité des restrictions à la liberté des médias, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que l'exercice de la liberté de la presse est également lié à des devoirs et des responsabilités. Ainsi, les professionnels des médias doivent se comporter de bonne foi et rendre compte de manière fiable et correcte, conformément aux principes correspondants de l'éthique des médias (voir sur le respect du devoir de diligence journalistique en tant que partie intégrante de la notion de média, n. 11). Selon la jurisprudence de la Cour, les professionnels des médias sont tenus de fournir des informations correctes et véridiques. En ce qui concerne l'obligation journalistique de vérifier la véracité des informations, la Cour européenne des droits de l'homme constate que l'étendue de cette obligation dépend notamment de la nature du reproche ou de la critique et de la gravité de l'atteinte éventuelle à la bonne réputation de la personne concernée. Les professionnels des médias ont en outre l'obligation d'effectuer des recherches indépendantes et de vérifier les informations utilisées. Les exigences de ce devoir de vérification sont toutefois moins élevées en cas de reprise d'informations provenant de documents officiels : Dans ce cas, les journalistes peuvent en principe partir du principe que les informations contenues dans ces documents sont véridiques.

47 Selon la jurisprudence de la CEDH, une peine privative de liberté pour les journalistes en raison de leur activité journalistique n'est admissible, pour des considérations de proportionnalité, que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque le travail des journalistes concernés porte gravement atteinte à d'autres droits fondamentaux. En outre, la CEDH considère de manière critique les sanctions pénales à l'encontre des journalistes et souligne que ce n'est pas seulement la gravité de la peine, mais le fait même d'être puni, qui peut avoir un effet dissuasif sur l'activité journalistique.

48 En ce qui concerne les critiques des médias à l'égard de la justice, la Cour européenne des droits de l'homme constate qu'il existe un intérêt public particulier à avoir accès aux informations relatives à la chronique judiciaire. C'est pourquoi les restrictions ou la rétention d'informations dans le but de protéger l'intégrité de l'administration de la justice ne sont considérées comme admissibles que s'il existe avec une "certitude absolue un danger pour la réputation de la justice".

Selon la jurisprudence constante de la CEDH et du Tribunal fédéral, la critique médiatique à l'encontre de politiciens et d'autres personnalités publiques est admissible dans une mesure particulièrement large. Toutefois, il convient ici aussi de nuancer : Par rapport aux déclarations qui concernent la sphère publique de ces personnes, les restrictions des déclarations médiatiques concernant la vie privée des personnes publiques sont plutôt admissibles. Dans les comptes rendus sur des personnes privées, le cadre des déclarations autorisées est nettement plus limité ; dans la pesée des intérêts entre l'intérêt des médias à l'information d'une part et la protection de la sphère privée ou des droits de la personnalité des personnes privées d'autre part, ces derniers priment régulièrement, même s'il convient de tenir compte de la mesure dans laquelle la personne privée fait partie d'un débat public. 49

Dans le cadre d'un reportage journalistique, les professionnels des médias sont en principe autorisés à utiliser des déclarations exagérées et polémiques. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme précise dans sa jurisprudence que les journalistes ne doivent pas abuser de leurs droits pour lancer des attaques personnelles gratuites. Il convient de noter que, selon la jurisprudence de la CEDH, les jugements globaux exagérés et polémiques doivent régulièrement être considérés comme des jugements de valeur et non comme des déclarations sur des faits. L'exigence d'une preuve de vérité pour l'expression d'opinions (à distinguer de l'expression de faits) est généralement considérée comme inadmissible. 50

Le reportage photographique protégé par la liberté des médias doit régulièrement être mis en balance avec les droits de la personnalité des personnes concernées dans chaque cas particulier. Les critères qui entrent en ligne de compte dans l'évaluation de la proportionnalité d'une restriction sont notamment la notoriété ou la nature de la personne représentée, la contribution de la publication à un débat d'intérêt social, l'objet du reportage, le comportement préalable de la personne, le contenu, la forme et les 51

conséquences de la publication ainsi que les circonstances accompagnant la production de l'image.

2. Restrictions de la liberté des médias quant au contenu

52 Les restrictions de la liberté des médias concernent régulièrement le contenu de déclarations prévues ou faites, ou ces restrictions sont liées au contenu d'une déclaration médiatique.

53 Dans le droit matériel, la jurisprudence relative aux déclarations médiatiques portant atteinte à l'honneur, dont la restriction se fonde sur les articles 28 et suivants du Code pénal suisse, est d'une grande importance. CC ou de l'art. 173 CP. La jurisprudence retient que les normes correspondantes doivent être interprétées conformément à la Constitution, mais que le mandat d'information de la presse ne constitue pas un motif général de justification pour la violation des droits de la personnalité. En outre, il est expliqué à plusieurs reprises que les normes mentionnées constituent elles-mêmes une concrétisation d'intérêts protégés par les droits fondamentaux et qu'il est donc nécessaire, dans le cas concret, de mettre en balance la protection des droits de la personnalité et l'intérêt à l'information du public. Par exemple, dans le cadre d'un débat politique, le caractère diffamatoire d'une déclaration ne doit être supposé qu'avec réserve. Pour déterminer si une déclaration porte atteinte à la personnalité ou à l'honneur, la jurisprudence se base sur ce que l'on appelle le "lecteur moyen". Dans sa pratique de longue date, le Tribunal fédéral définit largement la mission d'information de la presse et y inclut non seulement l'information au sens strict, mais aussi la provocation d'un échange d'idées et, en principe, le (pur) divertissement. A cet égard, la jurisprudence précise toutefois que la satisfaction de la curiosité ou de la soif de sensation n'est en principe pas couverte par le mandat d'information des médias et ne peut donc pas justifier une atteinte à la personnalité.

54 D'autres dispositions pénales pertinentes dans le cadre de la liberté des médias sont par exemple les dispositions relatives à la protection de la sphère privée (notamment art. 179bis ss. CP, art. 321ter CP) et des secrets (art. 293 CP, art. 320 ss. CP) ou l'art. 261bis CP, qui permet de limiter les propos discriminatoires spécifiques et l'incitation à la haine.

55 En outre, des restrictions de contenu directes et indirectes résultent d'une multitude d'autres dispositions. Dans le sens d'une énumération exemplaire, il

convient de mentionner les restrictions de droit de la concurrence concernant les déclarations dans les médias, qui ont lieu en particulier pour protéger la réputation économique d'une personne sur la base de l'art. 3 al. 1 let. a LCD. Les dispositions relatives à la protection du droit d'auteur sont également applicables. L'art. 47 al. 1 let. c. est actuellement en discussion. LB, selon lequel est punissable celui qui "révèle à d'autres personnes ou exploite pour lui-même ou pour un autre un secret qui lui a été révélé". Cette disposition constitue une restriction directe et indirecte de la liberté des médias.

Il convient également de tenir compte des restrictions découlant des normes pertinentes du droit civil et du droit de procédure pénale. Ainsi, les art. 261 ss. CPC interdisent les déclarations planifiées et les art. 69 ss. CPP prévoient des limites aux comptes rendus judiciaires afin de protéger les parties à la procédure ou les tiers. 56

Alors qu'un grand nombre de ces dispositions permettent des restrictions ultérieures de la liberté des médias (sous la forme d'une peine ou de l'obligation de verser des dommages-intérêts ou une réparation morale), des mesures préventives sont possibles, notamment sur la base des art. 261 et suivants CPP. CPC, il est également possible d'imposer des restrictions préventives, comme l'interdiction d'une déclaration prévue dans les médias. En raison de l'importance de la liberté des médias pour la formation de la volonté sociale et démocratique ainsi que pour le contrôle du pouvoir politique (cf. ci-dessus n. 8), les restrictions préventives sont considérées comme plutôt graves et peuvent - selon le type et le contexte - se rapprocher de formes de censure en ce qui concerne la gravité de l'atteinte. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la proportionnalité de telles mesures préventives contre les déclarations des médias s'évalue en fonction de leur ampleur, de leur durée, de l'existence d'une justification et de la possibilité de contester l'interdiction. Le législateur en tient compte en limitant, par le biais de l'article 266 CPC, les mesures préventives contre les médias à caractère périodique aux situations dans lesquelles un préjudice particulièrement grave menace et où il n'existe manifestement aucune justification. C'est pourquoi la modification de l'article 266 CPC qui a été décidée est également problématique au regard de la gravité des restrictions préventives : dans la nouvelle version de la disposition, il suffira à l'avenir d'un préjudice "grave" à attendre pour les personnes concernées. La modification, qui se conçoit 57

explicitement comme un moyen de mieux gérer les rapports médiatiques (présumés) portant atteinte à la personnalité, a par conséquent fait l'objet d'un débat controversé dans la doctrine et dans l'opinion publique.

58 Lors de l'application des normes mentionnées, les autorités et les tribunaux compétents sont tenus de tenir compte des contenus de la liberté des médias dans les procédures respectives par une interprétation conforme à la Constitution des dispositions restrictives (cf. également n. 27 ci-dessus). Cela implique la prise en compte de la liberté des médias lors de la qualification d'une éventuelle infraction - par exemple en interprétant de manière restrictive la notion d'atteinte à l'honneur de personnalités politiques et d'autres personnalités publiques - ainsi que le respect des exigences de la liberté des médias comme éventuels motifs de justification. Le Tribunal fédéral s'est ainsi penché sur la question de savoir si l'enregistrement d'un entretien de conseil d'un conseiller en assurance dans le but de révéler des irrégularités dans ce conseil était justifié par la défense des intérêts de la liberté des médias. Alors que le tribunal n'a pas exclu la possibilité d'une justification du comportement constitutif de l'infraction au sens de l'art. 179bis al. 1 et 2 CP et de l'art. 179ter al. 1 CP, il a toutefois conclu dans le cas concret que des moyens plus légers - notamment la transcription de l'entretien - auraient été disponibles, raison pour laquelle la condamnation pénale a été confirmée. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois évalué différemment la situation dans le cas concret et a conclu qu'il y avait une restriction disproportionnée de l'article 10 CEDH au vu de la contribution à un débat public et de l'ingérence peu grave dans la vie privée du conseiller en assurance.

59 L'obligation d'interpréter et d'appliquer les dispositions légales restrictives de manière conforme aux droits fondamentaux s'applique également au cas particulier de la reproduction de propos pénalement répréhensibles dans le cadre d'un reportage journalistique, par exemple lorsque des propos discriminatoires sur le plan racial sont reproduits à des fins de documentation : La reproduction de déclarations de tiers revêt une grande importance dans le cadre de l'activité médiatique ; la fonction des médias consiste notamment à reproduire les déclarations de tiers. En ce qui concerne les comptes rendus véridiques de débats publics et de communications officielles d'une autorité, l'art. 28 al. 4 CP prévoit explicitement qu'ils ne sont pas punissables. L'arrêt déjà ancien dans Jersild c. Danemark, dans lequel la

Cour a constaté que la reproduction de propos racistes punissables tenus par des tiers dans le contexte d'un compte rendu sur le racisme peut être autorisée, pour autant que les propos s'inscrivent dans un contexte reconnaissable et que leur reproduction serve clairement un intérêt public, fait figure de référence dans la jurisprudence de la CEDH.

Pour les propos tenus à la radio et à la télévision, il convient en outre de 60
respecter les exigences relatives au contenu des programmes, conformément aux articles 4 et suivants de la LRTV. Les exigences minimales relatives au contenu du programme - par exemple l'obligation de respecter les droits fondamentaux (art. 4, al. 1, LRTV), le principe de l'équité (art. 4, al. 2, LRTV) ou - pour les programmes concessionnés - le principe de la diversité (art. 4, al. 4, LRTV) (à ce sujet, voir en détail ci-dessus N. 29) - sont déjà ébauchées à l'art. 93, al. 2, LRTV. Avec leurs exigences en matière de contenu pour l'aménagement des programmes de radio et de télévision, ces normes constituent la base des restrictions à la liberté des médias selon l'art. 17 al. 1 Cst.

Selon la doctrine et la jurisprudence constantes, l'interdiction de la publicité 61
politique et religieuse à la radio et à la télévision est considérée comme admissible conformément à l'art. 10 al. 1 let. d et e LRTV. La limitation (aujourd'hui plus restrictive) de ce type de publicité idéelle sert, en ce qui concerne la publicité politique, l'objectif de l'indépendance de la radio et de la télévision, mais aussi l'égalité des chances dans la formation de la volonté politique. L'interdiction de la publicité religieuse a pour but de protéger la paix religieuse et la neutralité confessionnelle.

D'une manière générale, les restrictions du contenu de la liberté des médias - 62
dans la mesure où l'atteinte concerne des informations d'intérêt social et doit donc être considérée comme plutôt grave - doivent être examinées avec une précision particulière. Dans le cas d'une condamnation de professionnels des médias pour une critique satirique et agressive d'un homme politique, la CEDH indique en conséquence que la marge d'appréciation des Etats membres dans une telle affaire est réduite et conclut qu'en raison de la nature de la personne critiquée en tant que personne politique et du rôle des condamnés en tant que professionnels des médias, la condamnation n'est pas proportionnée et que l'article 10 CEDH est donc violé. Le Tribunal fédéral tient compte de cette jurisprudence dans différents arrêts, mais il a régulièrement du mal à satisfaire aux exigences de la liberté des médias dans

l'interprétation et l'application des articles 173 et suivants du Code pénal suisse. CP ou des art. 28 ss. CC de manière cohérente et convaincante.

3. Obligations de diffusion comme cas particulier de restrictions de contenu

63 L'obligation faite aux médias de diffuser certains contenus constitue une atteinte fondamentalement grave à la liberté des médias et doit donc reposer sur une base légale formelle suffisamment précise, présenter un intérêt public important et résister à un examen strict de la proportionnalité. En conséquence, les obligations de diffusion des médias doivent être limitées à des cas exceptionnels explicitement prévus dans une loi formelle. Les obligations de diffusion peuvent prendre la forme de droits de publication ou d'expression de l'Etat ou de tiers.

64 Les déclarations de l'Etat doivent être clairement identifiées comme telles au regard du principe d'indépendance de l'Etat et diffusées sous la responsabilité exclusive de l'autorité qui les a mandatées, afin que les médias ne soient pas utilisés comme porte-parole des autorités (cf. également n. 87). Au niveau fédéral, des droits de communication de l'Etat proportionnés, car limités à certaines situations exceptionnelles, sont prévus par exemple à l'art. 8 al. 1 LRTV, selon lequel les diffuseurs de radio et de télévision titulaires d'une concession peuvent être tenus de diffuser (gratuitement) des annonces urgentes de la police. En revanche, les droits de rectification et de réponse des autorités prévus dans certaines dispositions légales cantonales peuvent être considérés comme problématiques. Celles-ci prévoient en effet un droit général et donc très large des autorités de corriger à leur gré les informations trompeuses ou inexactes relatives à l'exercice de la puissance publique.

65 Comme droits de divulgation de tiers, on peut citer le droit de réponse de droit civil en cas d'atteinte à la personnalité selon les art. 28g ss. CC (voir déjà n. 21) et, dans le domaine de la radiodiffusion, le "droit d'antenne". Il convient de noter que, conformément à l'autonomie de programmation déjà garantie par l'art. 93, al. 3 Cst., personne ne peut exiger d'un diffuseur la diffusion de certaines prestations et informations (art. 6, al. 3 LRTV). Les tiers n'ont donc pas de "droit à l'antenne" indépendant. Toutefois, un tel droit existe exceptionnellement à titre accessoire lorsque le refus d'accès est illégal. L'élément central est le traitement inégalitaire ou discriminatoire d'un tiers dans l'expression de son opinion. C'est le cas lorsque l'accès au programme

est accordé à certains tiers, comme les partis politiques, mais que des tiers comparables se voient refuser un tel accès sans raison objective. Pour de tels cas exceptionnels, le législateur a introduit la plainte en matière d'accès auprès de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) (cf. art. 93 al. 3 let. b et art. 97 al. 2 let. b LRTV).

66 Jusqu'à présent, un refus d'accès illicite n'était admis dans la pratique que pour le cas particulier du domaine publicitaire de la SSR en ce qui concerne la publicité idéale. Selon le Tribunal fédéral, la SSR ne pouvait pas justifier le refus d'accès au domaine publicitaire uniquement par la crainte que la publicité (idéale) puisse éventuellement nuire à la réputation de la SSR. Ainsi, la SSR ne peut pas invoquer son autonomie de programmation dans le domaine de la publicité de la même manière que dans le programme rédactionnel, mais doit tenir compte de la liberté d'expression de tiers, eu égard à son attachement aux droits fondamentaux en tant que concessionnaire privilégié de la Confédération. C'est pourquoi, selon le Tribunal fédéral, la SSR n'est pas seulement tenue de respecter le principe d'égalité de droit ou l'interdiction de discrimination dans le domaine de la publicité, mais doit également tenir compte du contenu idéal des libertés et pouvoir justifier les atteintes correspondantes aux droits fondamentaux conformément à l'art. 36 Cst. Comme la SSR ne pouvait pas s'appuyer sur une base légale et n'a pas fait valoir d'intérêt public prépondérant, le refus d'accès a été qualifié d'illégal. A notre avis, cette décision de mise en balance doit être approuvée. La CEDH a également jugé cette décision recevable.

4. Restrictions dans l'activité de recherche et la forme de présentation

67 Outre les atteintes à la liberté des médias liées au contenu, il convient également de tenir compte des restrictions concernant l'activité de recherche ou la forme de présentation. Un exemple d'une telle restriction de la forme de présentation choisie est par exemple l'interdiction d'enregistrer des images et des sons pour le compte rendu du tribunal lors de procès pénaux, statuée à l'article 70 al. 1 CPP. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'appréciation de l'admissibilité des reportages photographiques lors d'enquêtes pénales, de procédures judiciaires et de personnes condamnées se fait en fonction de la notoriété de la personne, mais aussi de son état de santé, de la nature de l'infraction ou d'un éventuel lien entre l'image et le texte.

68 Si l'accès à un établissement pénitentiaire est refusé aux journalistes pour protéger la sécurité et l'ordre publics, cela constitue également une restriction de la liberté des médias. Il en va de même lorsque l'accès des journalistes aux audiences publiques des tribunaux ou des parlements est limité pour protéger la santé publique, ou lorsque des rapporteurs judiciaires sont exclus d'une audience principale pour des raisons de protection des victimes. Il convient de tenir compte du fait que ces restrictions d'accès peuvent également limiter la forme de présentation choisie : Si, par exemple, une interview ne peut pas être réalisée faute d'accès à un lieu ou à une personne, l'interview n'est plus utilisée comme forme de présentation.

69 Dans la mesure où ces restrictions de l'activité de recherche et de la forme de présentation sont neutres sur le plan du contenu, que leur application est équitable et qu'il ne faut pas s'attendre à des effets substantiels (unilatéraux) sur le compte rendu de sujets d'intérêt social, elles sont en principe moins problématiques que les restrictions de contenu, raison pour laquelle les exigences relatives à leur justification et à la densité du contrôle judiciaire sont pratiquement moins strictes. Toutefois, elles ne sont elles aussi légales que si elles s'appuient sur une base légale, poursuivent un intérêt public et sont proportionnées dans le cas concret.

5. Restrictions à la distribution et à la diffusion de produits médiatiques

70 Les restrictions à la liberté des médias peuvent également concerner la distribution et la diffusion de produits médiatiques. La doctrine fait remarquer qu'il serait inadmissible que l'Etat désavantage la distribution de certains produits médiatiques par le biais d'un (éventuel) monopole dans le domaine postal. Des interventions au stade de la distribution et de la diffusion sont en outre possibles sur la base de l'art. 2 al. 2 let. c LMSI. Cette disposition prévoit que la Confédération peut, à titre de "mesure policière préventive", notamment saisir, séquestrer ou confisquer du matériel de propagande au contenu incitant à la violence. En raison de cette formulation, il n'est pas exclu que les produits médiatiques soient également considérés comme du "matériel de propagande" et puissent donc être saisis, séquestrés ou confisqués. Dans la mesure où il s'agit de mesures préventives et liées au contenu, celles-ci doivent être considérées comme des atteintes graves à la liberté des médias. Pour la même raison, les éventuelles restrictions de distribution de produits médiatiques sont également problématiques. Ainsi, la

CEDH constate que l'interdiction de la vente, de la diffusion et du stockage d'un quotidien pour protéger la sécurité et l'ordre publics - concrètement la lutte contre le terrorisme - poursuit certes un intérêt public. Toutefois, la base légale précise nécessaire à une restriction préventive fait défaut. C'est pourquoi l'interdiction n'est pas nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire qu'elle n'est pas requise et donc pas proportionnée.

6. Restrictions par des mesures structurelles et organisationnelles

Les interventions par le biais de mesures structurelles ou organisationnelles n'ont généralement pas d'effet direct sur la création médiatique, mais un effet indirect (voir la notion ci-dessus, n. 37). Il s'agit notamment des restrictions d'accès au marché des médias sous la forme d'obligations d'autorisation ou de concession pour la création médiatique ainsi que des mesures du service universel (service public) et des formes d'aide étatique aux médias. 71

a. Restrictions d'accès au marché sous la forme d'obligations d'autorisation ou de concession

Dans le domaine de la radio et de la télévision, la clause dite de radiodiffusion de l'article 10, paragraphe 1, troisième phrase, de la CEDH prévoit que l'article 10 de la CEDH n'empêche pas les Etats d'imposer une autorisation aux entreprises de radio et de télévision. A l'origine, cette disposition devait permettre aux Etats de prendre en compte des aspects techniques afin de soumettre l'utilisation de fréquences rares à un régime d'autorisation. Après la disparition de la pénurie de fréquences, la garantie de la diversité orientée sur le contenu a également été qualifiée d'objectif d'intervention légitime et l'intérêt public de veiller à la qualité et à l'équilibre des programmes de radiodiffusion par le biais d'une obligation d'autorisation a été reconnu. La clause de radiodiffusion élargit ainsi le cercle des objectifs d'ingérence légitimes au-delà des objectifs énumérés à l'article 10, paragraphe 2 de la CEDH. De manière générale, la CEDH accorde aux Etats une grande marge d'appréciation dans le choix des offres à autoriser ou à concéder. La question de savoir dans quelle mesure la garantie de la diversité peut être prise en compte comme intérêt légitime au sens de la clause de radiodiffusion, même en dehors du domaine traditionnel de la radiodiffusion, est controversée dans la doctrine. Quoi qu'il en soit, la clause de radiodiffusion n'est pas formulée, à notre avis, de manière à interdire en soi les autorisations en dehors du domaine de la radiodiffusion. En tant qu'atteintes plus graves aux droits 72

fondamentaux, elles ne sont toutefois possibles que dans des conditions très restrictives. La question s'actualise dans la mesure où la diversité des médias diminue de plus en plus dans tous les genres de médias et que les mesures étatiques visant à garantir la diversité dans le domaine des médias, telles que les mesures de soutien aux médias, devraient donc s'actualiser (voir à propos de la mutation structurelle de l'ensemble du paysage médiatique, n. 31).

73 Pour la Suisse, la CEDH a retenu que celle-ci pouvait, par le biais d'une concession obligatoire, exiger de tous les diffuseurs de radio et de télévision une contribution à l'accomplissement de la mission de service universel ou de service public selon l'art. 93 al. 2 Cst. et prescrire à cet effet une information générale et diversifiée du public. Ce système, qui établissait la radiodiffusion comme monopole d'Etat du service universel, a prévalu jusqu'à la libéralisation du marché par la révision totale de la LRTV en 2006. Depuis lors, la radiodiffusion est soumise à une simple obligation d'annonce et des diffuseurs annoncés, qui jouissent de la liberté de tendance, sont venus s'ajouter aux diffuseurs titulaires d'une concession (système dual, voir à ce sujet déjà N. 4). En autorisant des diffuseurs non soumis à l'obligation de diversité des contenus, le système dual combine à la fois le pluralisme interne et le pluralisme externe (voir à ce sujet N. 28 s.).

b. Le service public et les formes d'aide publique aux médias

74 Une autre mesure structurelle ou organisationnelle à mentionner est la desserte de base en offres médiatiques, définie par la loi, qui doit être disponible pour l'ensemble de la population et pour toutes les régions du pays selon les mêmes principes (service public). Pour assurer cette desserte de base, l'Etat attribue des mandats de prestations dont il surveille et finance l'exécution (cf. pour la radiodiffusion déjà n. 4 et 29). L'Etat dispose ainsi de moyens subtils pour exercer une influence indirecte sur l'activité journalistique (cf. déjà n. 37). Il en va de même pour les différentes formes d'aide étatique aux médias, comme les tarifs postaux réduits au niveau fédéral (voir à ce sujet déjà n. 30). Dans ces domaines, l'Etat se trouve dans un double rôle difficile, dans la mesure où il peut garantir la diversité des médias par l'organisation du service universel ou par des instruments de soutien, mais où il met en même temps potentiellement en danger la liberté des médias. De telles mesures nécessitent donc toujours une base légale suffisante et doivent être d'intérêt public et proportionnelles. L'organisation d'un service universel

ou d'instruments étatiques de soutien aux médias n'est donc pas inadmissible en soi, mais la liberté des médias peut être violée en raison de la manière dont ces mesures sont conçues (voir en particulier le principe d'indépendance de l'Etat en tant que partie de l'interdiction de la censure, pour plus de détails, n. 84 ss).

L'attribution par l'Etat de commandes de publicité ou d'annonces peut également être considérée comme une forme spéciale de soutien étatique aux médias. Comme l'a montré l'affaire autrichienne des annonces publicitaires en 2021, l'Etat dispose ainsi d'un potentiel d'influence considérable. Etant donné que l'Etat est en principe tenu de respecter les droits fondamentaux même dans ses activités de droit privé (cf. art. 35 al. 1 Cst.), il doit tenir compte des intérêts des médias en matière de droits fondamentaux lors de l'attribution de mandats publicitaires. Le principe d'égalité de traitement est notamment au cœur de cette démarche. L'Etat doit traiter toutes les organisations médiatiques de la même manière et, par conséquent, toujours présenter des raisons objectives lors du choix ou de l'exclusion de certains médias, comme par exemple l'information rapide d'une région déterminée ou la force de tirage. Au regard du principe d'indépendance de l'Etat, la publicité ou les annonces émanant de l'Etat doivent en outre être clairement identifiables comme telles (voir à ce sujet n. 87). 75

III. INTERDICTION DE LA CENSURE (AL. 2 CST.)

A. Notion de censure

Selon l'art. 17 al. 2 Cst., la censure est interdite. L'interdiction de la censure constitue le noyau de la liberté des médias. La "censure" est parfois utilisée comme terme générique pour le contrôle étatique du contenu. Selon une jurisprudence et une doctrine constantes, la censure au sens de l'art. 17 al. 2 Cst. ne désigne toutefois que le contrôle préventif et systématique du contenu (censure préalable systématique). L'interdiction de la censure a pour but de prévenir le risque de domination du contenu ou d'orientation de la formation de l'opinion par l'État. Il n'est pas nécessaire de prouver qu'une paralysie de la formation de l'opinion s'est effectivement produite dans un cas concret, puisque l'interdiction de la censure vise à protéger contre les menaces pesant sur la liberté des médias. En outre, le fait que le contrôle systématique ne concerne que certaines formes ou certains contenus de communication n'est 76

pas pertinent. Est donc considérée comme absolument interdite la mise en place de procédures étatiques de contrôle préalable des contenus, telles que des directives soumettant systématiquement à l'approbation d'une autorité toutes les publications d'une organisation médiatique donnée, d'auteurs spécifiques ou sur un thème donné, voire les interdisant totalement.

77 Il convient de distinguer la précensure systématique des contrôles préalables des contenus au cas par cas. De telles interventions préventives ne touchent certes pas, selon la jurisprudence et la doctrine dominante, à l'essence des droits fondamentaux de la communication, mais elles représentent toujours, selon l'opinion défendue ici, de graves atteintes aux droits fondamentaux. De telles restrictions doivent donc être prévues dans une loi formelle et ne sont autorisées que dans des cas exceptionnels pour la protection contre un danger concrètement démontrable et imminent pour des biens juridiques fondamentaux comme la vie humaine ou le maintien de la sécurité militaire. Un exemple d'intervention préventive dans un cas particulier qui n'est pas sans poser problème est celui prévu à l'art. 28a al. 1 ch. 1 CC en lien avec l'art. Art. 261 ss. CPC, la possibilité de faire interdire par le juge, à titre préventif, la publication d'une opinion en cas de risque d'atteinte à la personnalité (voir plus en détail N. 57).

78 Dans le contexte de la numérisation, une partie de la doctrine souhaite également que la censure systématique après la publication soit considérée comme une censure absolument interdite. Cette position est justifiée de manière convaincante par le fait qu'il est aujourd'hui techniquement possible de bloquer une page d'accueil immédiatement après la publication de contenus. Comme de tels procédés équivalent dans leurs effets à une censure préalable, le moment du contrôle institutionnalisé ne peut plus jouer aucun rôle dans de tels cas. Dans ce contexte, les recherches actives sur Internet de sites Web aux contenus pénalement répréhensibles ou menaçant la sécurité intérieure, associées à la possibilité de bloquer des domaines suisses, doivent être considérées comme pour le moins problématiques du point de vue du droit constitutionnel.

79 Une autre problématique apparue avec la numérisation est le contrôle systématique et axé sur le contenu des contenus par les fournisseurs privés de services de communication, soit de leur propre initiative, soit motivé par des mesures étatiques. Comme les services de communication tels que Facebook, Instagram, Tiktok ou YouTube présentent des taux d'utilisation élevés et ne

sont contrôlés que par quelques fournisseurs (pouvoir d'opinion), de telles surveillances peuvent avoir des effets similaires à ceux de la censure traditionnelle, en particulier lorsque l'État donne lieu à des contrôles systématiques. Cela vaut indépendamment du fait que l'Etat oblige directement les opérateurs de plateformes à effectuer des contrôles ou que ceux-ci y soient indirectement incités par l'Etat - par exemple par des règles strictes de responsabilité en ce qui concerne les contenus illicites. En outre, pour éviter les sanctions de l'État, ces fournisseurs de services auront tendance à limiter les contenus, ce qui peut entraîner une sorte de "censure collatérale". L'État doit tenir compte de ces effets lors de la régulation des services de communication, afin de ne pas aller à l'encontre de l'interdiction de la censure. Parallèlement, les contrôles de contenus qui sont effectués de leur propre initiative par des fournisseurs de services disposant d'un pouvoir d'opinion comportent également des risques pour les droits fondamentaux de la communication. C'est notamment le cas lorsque les restrictions de contenu s'appuient sur des conditions d'utilisation imprécises et rapidement modifiées, sont arbitraires ou sans raison objective, voire discriminatoires, sans que les personnes concernées puissent se défendre efficacement contre les suppressions. Certes, contrairement à l'État, les fournisseurs de services privés ne sont en principe pas tenus de respecter les droits fondamentaux. Toutefois, l'Etat doit veiller à ce que les droits fondamentaux soient également effectifs entre les particuliers, en fonction de leur aptitude (art. 35 al. 2 Cst.). Cela vaut en particulier dans les cas où l'exercice effectif des droits fondamentaux d'un grand nombre de personnes est menacé par des particuliers socialement puissants.

Contrairement à la Constitution fédérale, l'art. 10 CEDH ne connaît pas 80
d'interdiction explicite de la censure. Cependant, la CEDH applique généralement un critère strict aux interventions préventives dans le cadre de l'examen de la base légale et de la proportionnalité. Alors que dans ce contexte, la Cour déclare par exemple que des mesures préventives sous la forme de procédures de concession ou d'autorisation dans le domaine de la radiodiffusion sont admissibles sous certaines conditions à la lumière de l'art. 10 CEDH (cf. n. 72 s.), elle a considéré comme disproportionnées des interventions qui, sous la forme d'interdictions de publication, se référaient à la parution future de journaux entiers et pas seulement de certains types d'articles. Dans l'"arrêt Manole", la CEDH a qualifié d'atteinte disproportionnée aux libertés de communication des journalistes plaignants le

contrôle préventif des informations diffusées par le diffuseur de service public moldave par l'organe de direction du diffuseur, fidèle au gouvernement.

B. Exemples critiques

81 Il convient de citer ci-après des exemples de contrôle préventif du contenu qui doivent être considérés de manière critique au regard de l'interdiction de la censure. Il s'agit d'une part du contrôle préalable des films par les autorités pour des raisons de protection de la jeunesse. Certes, celui-ci a majoritairement disparu en Suisse, puisqu'il s'est réduit à définir pour chaque film de cinéma l'âge minimum d'admission des spectateurs. La loi fédérale sur la protection de la jeunesse dans le domaine du cinéma et des jeux vidéo (LPJV), qui sera adoptée en 2022, ne contient que des prescriptions unifiées en matière d'indication de l'âge et de contrôle de l'âge, ce qui signifie qu'elle n'est pas contestable sur ce point du point de vue du droit constitutionnel. En revanche, dans le canton de Zurich par exemple, la classification par âge des films est liée à la possibilité d'une interdiction de projection, ce qui ne semble pas sans poser de problèmes sur le plan constitutionnel.

82 D'autre part, le contrôle préalable systématique de la correspondance des détenus et des prévenus doit être considéré de manière critique. Certes, la doctrine et la jurisprudence ne qualifient pas sans autre d'interdiction absolue la correspondance en tant que communication individuelle, en se référant à la validité différenciée de l'interdiction de la censure. Toutefois, la communication individuelle est également protégée par les droits fondamentaux de la communication, de sorte que le contrôle préalable systématique de la correspondance ne peut être autorisé qu'à des conditions très restrictives.

C. État d'urgence

83 Selon le droit constitutionnel suisse, le contenu essentiel des droits fondamentaux s'applique également dans certaines situations d'urgence étatique, comme par exemple lors de l'adoption de lois fédérales déclarées urgentes sans base constitutionnelle propre, conformément à l'art. 165 al. 3 Cst. Ainsi, l'interdiction de la censure préalable systématique doit également être respectée dans de telles périodes. Les situations de guerre, en revanche, constituent une situation exceptionnelle, même non résolue sur le plan juridique, qui exige des règles propres. En revanche, conformément à l'art. 15

CEDH, l'art. 10 CEDH n'est pas fixé en cas de nécessité, ce qui permet d'y déroger aussi bien en cas de guerre que dans un autre cas d'urgence publique. Cela suppose toutefois que la situation exige absolument une telle dérogation (principe de proportionnalité). La censure préalable systématique n'est donc pas autorisée sans autre parce qu'il y a une guerre ou un autre état d'urgence public. Dans ce contexte, la décision du Conseil de l'UE du 1.3.2022 d'interdire les chaînes de radio russes Russia Today et Sputnik en raison de leur propagande en faveur de la Fédération de Russie doit être considérée de manière critique. En revanche, la décision du Conseil fédéral suisse de ne pas reprendre les sanctions de l'UE contre les deux chaînes, au motif qu'il est plus efficace de contrer les propos mensongers et nuisibles par des faits plutôt que de les interdire, doit à notre avis être saluée. En effet, les restrictions étatiques de la propagande ne sont pas légitimes en soi, mais uniquement dans les cas prévus par la loi. Ainsi, la décision de Swisscom SA - une entreprise publique et donc en principe liée aux droits fondamentaux - de ne plus diffuser les chaînes Russia Today et Sputnik devrait, à notre avis, être difficile à concilier avec la liberté des médias.

D. Principe d'indépendance de l'État

La censure préalable systématique peut être réalisée non seulement par des procédures étatiques de contrôle préalable des contenus médiatiques concrets, mais aussi par la domination de l'activité médiatique au moyen de mesures organisationnelles étatiques. Ce risque existe en particulier dans le domaine de l'approvisionnement de base ou du service public, dans lequel l'Etat attribue des mandats de prestations dont il surveille et finance l'exécution, ainsi que dans le domaine de l'aide étatique aux médias (voir déjà n. 74 et ci-après n. 86). Contrairement aux procédures étatiques de censure préalable, les mesures d'organisation de l'Etat ne permettent pas en premier lieu un contrôle direct ou précis du contenu, mais un contrôle indirect et donc seulement approximatif ou directif. Cette "censure générale" par le biais d'une maîtrise organisationnelle de l'activité médiatique par l'Etat est parfois qualifiée de censure institutionnalisée (cf. déjà le principe d'indépendance de l'Etat en tant que partie de l'aspect organisationnel ou institutionnel de la liberté des médias, n. 15). L'interdiction de la domination de l'activité médiatique par des mesures organisationnelles de l'Etat est en même temps le contenu central du principe d'indépendance de l'Etat. Si les médias doivent pouvoir exercer efficacement leur fonction de formation de l'opinion et de

84

contrôle (cf. à ce sujet n. 8), ils ne doivent pas être dominés par l'Etat, mais doivent être indépendants de celui-ci. Comme l'interdiction de la censure protège également contre les menaces (cf. n. 76), la possibilité ou l'apparence d'une influence dominante de l'Etat sur la production de contenus médiatiques suffit déjà.

85 Les exigences minimales du principe d'indépendance de l'Etat visent à ce que l'Etat ne puisse pas exercer lui-même l'activité médiatique (cf. en revanche l'admissibilité des relations publiques de l'Etat, n. 87). Cette interdiction de fonction ou d'activité, qui s'applique à l'Etat dans le domaine des médias contrairement à d'autres secteurs économiques comme les télécommunications ou la poste, s'adresse aux trois pouvoirs de l'Etat ainsi qu'aux entreprises contrôlées par l'Etat. Cela implique en général que les mesures d'organisation de l'Etat laissent aux organisations de médias une marge de décision considérable en matière d'activité journalistique. Dans le détail, cela est garanti par différentes exigences minimales, tant sur le plan normatif, institutionnel que financier. Ainsi, dans le cadre des mandats de prestations ou de l'aide aux médias, l'Etat ne peut pas fixer de directives concrètes pour l'activité des médias au point d'entraîner une véritable action propre de l'Etat. Les prescriptions de l'Etat doivent être d'autant moins contraignantes que leur contenu est proche. Lors de la surveillance du respect des directives établies, l'Etat ne doit pas exercer de contrôle d'opportunité ou de surveillance technique sur l'activité journalistique. Cela implique l'externalisation de l'activité médiatique à des organisations indépendantes ou autonomes à cet égard. Comme l'Etat pourrait en outre déterminer la production de contenus par des décisions concernant le personnel, l'Etat ne doit pas avoir d'influence sur le recrutement du personnel opérationnel. En revanche, les représentants de l'État sont autorisés à siéger dans les organes de direction stratégiques des médias tant qu'ils n'occupent pas une position fortement minoritaire (principe du tiers). Les organisations médiatiques ne peuvent donc pas être conçues comme des entreprises publiques ou dominées par l'Etat, mais sont obligatoirement des acteurs privés. Si l'État finance l'activité des médias, il doit leur laisser une marge de manœuvre considérable dans l'utilisation des moyens financiers. Cela est notamment garanti par l'attribution globale de fonds publics aux médias (budgets globaux). A cet égard, le financement par le budget de l'Etat est à notre avis d'autant plus délicat que le pouvoir d'appréciation de l'Etat lors de la décision de financement est grand et que l'activité des médias dépend fortement des

moyens financiers de l'Etat. A cet égard, la fixation du financement public sur une longue période, par exemple dans une loi, peut garantir aux organisations médiatiques une certaine sécurité en matière de planification financière.

Les risques de violation du principe d'indépendance de l'Etat existent en particulier lorsque l'Etat organise le service universel ou public. Des risques similaires existent dans le contexte des instruments de soutien de l'Etat dans le domaine des médias (cf. déjà n. 74). Par exemple, en ce qui concerne la surveillance de la SSR par l'Etat, l'art. 33 al. 1 LRTV prévoit que le Conseil fédéral peut désigner un quart des membres du conseil d'administration. Les représentants du Conseil fédéral permettent certes d'exercer une influence sur l'orientation stratégique de la SSR, ce qui permet à la Confédération d'influencer, non pas directement, mais au moins indirectement, l'activité éditoriale de la SSR. Toutefois, comme le nombre de membres du conseil d'administration nommés par la Confédération ne dépasse pas la limite du tiers (cf. n. 85), il n'y a pas encore, à notre avis, de domination étatique inadmissible de la SSR. Au contraire, le droit d'élection prévu par la loi se justifie à notre avis en vertu de l'art. 36 Cst. dans la mesure où il permet au Conseil fédéral d'œuvrer en faveur d'une composition du conseil d'administration de la SSR conforme au principe de la diversité et équilibrée sur le plan politique et fédéral, et de contribuer ainsi à l'accomplissement du mandat de service public. 86

Enfin, il existe un risque d'activité médiatique étatique dans le domaine de la communication étatique ou des relations publiques de l'Etat. Pour qu'il n'y ait pas d'activité de ce type, il faut que le contenu de la communication étatique que l'Etat doit assumer se distingue strictement de l'activité médiatique interdite à l'Etat : Alors que l'activité médiatique représente une transmission d'informations protégée par les droits fondamentaux et donc illimitée sur le plan thématique, l'Etat ne peut diffuser, dans le cadre de son devoir d'information, que des informations conformes à ses compétences et donc limitées sur le plan thématique dans son domaine de compétence. D'un point de vue formel, les relations publiques de l'Etat doivent également éviter l'apparence d'un contenu médiatique et doivent donc être clairement identifiables comme telles (principe de transparence). Dans ce cadre, les informations des autorités peuvent, selon nous, être rédigées et diffusées par les médias de masse via leurs propres canaux d'information tels que les imprimés, les sites Internet, les médias sociaux ou la radio et la télévision - 87

par exemple, des vidéos explicatives clairement identifiées comme émanant de l'Etat et portant sur des votations à venir, des débats parlementaires ou des conférences de presse - à condition que les autres principes de la communication étatique soient également respectés, notamment les principes d'objectivité et de proportionnalité. Il en va de même pour la communication étatique qui est diffusée sous forme de publicité étatique, par exemple par des organisations médiatiques (cf. déjà n. 75).

IV. SECRET DE RÉDACTION (AL. 3)

A. Signification et genèse

88 L'art. 17 al. 3 Cst. garantit le secret de rédaction en tant que partie de la liberté des médias. Cette garantie protège les processus et les informations internes à la rédaction et offre notamment une protection contre l'obligation de révéler les sources journalistiques. La Constitution reconnaît ainsi l'importance de cet élément de la liberté des médias comme condition indispensable pour que le flux d'informations des informateurs privés sur des sujets d'intérêt social reste garanti aux professionnels des médias. Si les informateurs ne peuvent pas compter sur la protection de leur identité (ou de leur anonymat) et si les professionnels des médias ne peuvent pas faire valoir un droit de refus de témoigner dans le cadre d'une procédure, ils hésiteront à divulguer des informations sur des sujets politiquement, socialement ou personnellement sensibles. Cet effet dissuasif, en cas de garantie insuffisante ou inexistante du secret rédactionnel, aurait pour conséquence de rendre nettement plus difficile le compte rendu d'irrégularités au sein des autorités ou d'autres organisations en principe non publiques (par exemple aussi des entreprises privées). Dans cette mesure, la protection du secret de rédaction sert aussi à garantir la fonction de gardien des médias dans un Etat démocratique (voir sur cette fonction N. 8).

89 Malgré l'importance aujourd'hui reconnue du secret de rédaction, le Tribunal fédéral a nié pendant des années une protection des sources en tant que partie de la liberté d'information. Ce n'est qu'en 1996, en réaction à la jurisprudence de la CEDH, que le secret de rédaction a été reconnu comme faisant partie de la liberté de la presse, alors inscrite à l'article 55 aCst.

B. Domaine matériel de la protection

Comme mentionné au début, le secret de rédaction protège les processus et informations internes à la rédaction et offre aux journalistes une protection contre la divulgation de leurs sources d'information. 90

La protection des sources journalistiques est au premier plan du secret de rédaction. L'art. 17 al. 3 Cst. consacre ainsi le droit des journalistes de refuser de témoigner et de divulguer leurs sources journalistiques dans le cadre d'une procédure (droit dit de refuser de témoigner et de refuser de publier). Au-delà de cette "protection des sources" proprement dite, l'art. 17 al. 3 Cst. garantit la confidentialité des processus internes à la rédaction en général et protège également contre les mesures de contrainte procédurales telles que les perquisitions ou les saisies. De même, le secret de rédaction offre une protection contre les "tentatives de contournement" ; si une procédure pénale est ouverte contre une personne travaillant dans les médias dans le but de découvrir l'identité d'un informateur, la CEDH considère qu'il s'agit là d'un contournement conscient inadmissible de la protection des sources et d'une atteinte grave à l'art. 10 CEDH. Le Tribunal fédéral suit également cette appréciation. De même, la garantie offre une protection contre les mesures qui consistent uniquement en une menace d'obligation de divulgation ou qui pourraient servir indirectement à l'identification d'infractions (présumées). 91

Du point de vue matériel et géographique, l'art. 17 al. 3 Cst. protège toutes les informations en rapport avec l'activité rédactionnelle et ne se limite ni aux informations "au sein de la rédaction" ni aux sources journalistiques au sens d'informations de tiers. En conséquence, les professionnels des médias sont également protégés contre l'obligation de publier leur propre matériel de recherche. 92

Pour les procédures pénales, les art. 28a CP et 172 CPP concrétisent le secret de rédaction et définissent le domaine de protection de manière plus étroite que ne le fait l'art. 17 al. 3 Cst : Dans la procédure pénale, la protection se limite à la publication professionnelle d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à parution périodique. Il convient toutefois de noter que le secret de rédaction selon l'art. 17 al. 3 Cst. ne se limite pas aux procédures pénales, mais s'applique également dans le cadre d'enquêtes préliminaires de police, de procédures civiles et de procédures administratives. En conséquence, il serait erroné de limiter de manière 93

générale le champ de protection matériel du secret de rédaction garanti par la Constitution au contenu plus restreint défini par l'art. 28a CP et l'art. 172 CPP.

C. Domaine de protection personnelle

94 D'un point de vue personnel, le secret de rédaction protège toutes les personnes physiques et morales créatrices de médias rédactionnels (voir sur le domaine de protection personnelle de la liberté des médias, n. 32 ss). Ainsi, le domaine de protection va plus loin que la protection selon l'article 172 CPP dans la procédure pénale avec la limitation aux personnes qui s'occupent professionnellement de la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à parution périodique (cf. n. 93).

D. Limitations du secret de rédaction

95 Le secret de rédaction n'a pas une validité absolue ; des restrictions sont possibles pour autant qu'elles se fondent sur une base légale, qu'il existe un intérêt légitime à intervenir et que l'atteinte doit être considérée comme proportionnée (art. 36 Cst.). En raison de l'importance du secret de rédaction pour l'activité journalistique (cf. n. 88) et de la menace d'un effet dissuasif des dispositions légales ou d'une interprétation de celles-ci autorisant des interventions trop larges, les restrictions du secret de rédaction ne sont toutefois admissibles que pour la protection de biens juridiques de haut niveau et exigent un examen minutieux de la proportionnalité. Cela signifie que même dans les cas où le droit de refuser de témoigner ne s'applique pas en vertu de l'art. 28a al. 2 CP, il convient d'examiner au cas par cas si le secret de rédaction peut être limité ou non.

A propos des auteures

Marina Piolino, docteur en droit, a rédigé sa thèse de doctorat sur le principe constitutionnel de l'indépendance des médias vis-à-vis de l'Etat. Elle travaille aujourd'hui à l'Office fédéral de la communication (OFCOM) en tant que juriste spécialisée dans les médias.

Raphaela Cueni, Prof. Dr iur. LL.M., a rédigé sa thèse sur la protection des droits fondamentaux de l'expression satirique et s'occupe dans différents projets de questions dans le domaine de la liberté d'opinion et de la liberté des médias. Elle est professeure assistante de droit administratif à l'Université de Saint-Gall.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Bern 2011.

Camenisch Nora, Journalistische Sorgfalt. Rechtliche und medienethische Anforderungen, Zürich 2023.

Dumermuth Martin, Rundfunkregulierung — Alte und neue Herausforderungen, in: Jarren Ottfried/Donges Patrick (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff..

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002.

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011.

Oster Jan, Media Freedom as a Fundamental Right, Cambridge 2015.

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004.

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021.

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Schmohl Denise, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013.

Werly Stéphane, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel 2005

Zeller Franz/Kiener Regina, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015.

BIBLIOGRAPHIE

Alexy Robert, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2011 (zit. Alexy, Grundrechte).

Bacher Bettina, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts, Basel 2015 (zit. Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz).

Barrelet Denis, § 45 Les libertés de la communication, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 721 ff. (zit. Barrelet, Libertés).

Barrelet Denis/Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. Barrelet/Werly, Droit de la communication).

Bartole Sergio/Bin Roberto, Commentario breve alla Costituzione, 2. Aufl. 2008. (zit. Bartole/Bin, Comm. breve).

Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. Belser/Waldmann, Grundrechte II).

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017. (zit. Biaggini, Art. … N. …).

Brunner Stephan C., Art. 17 BV, in: Weerts Sophie/Rossat-Favre Colette/Guy-Ecabert Christine/Benoit Anne/Flückiger Alexander (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale, Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 95 ff. (zit. Brunner, Art. 17 BV).

Buess Carl, Strafrechtliche Verantwortlichkeit und Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden. Eine Studie zum schweizerischen Medienstrafrecht, Diss. Bern 1990, Bern 1991 (zit. Buess, Strafrechtliche Verantwortlichkeit).

Capt Nicolas, Kommentierung zu Art. 10 RTVG, in: Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Loi sur la radiotélévision (LRTV) (Commentaire Stämpfli), Bern 2014 (zit. Capt, Comm LRTV, Art. 10 LRTV N. …).

Cerutti Davide/Frattolillo Andrea, Twitter, Facebook & Co – Plus média ou social? in: medialex 2020, 3.9.2020 (zit. Cerutti/Frattolillo, Twitter) (verfügbar

unter: https://medialex.ch/2020/09/03/twitter-facebook-co-plus-media-ou-social/).

Cottier Bertil, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, 1. Aufl., Basel 2021 (zit.: CR-Cottier, Art. 17 N. ...).

Cueni Raphaela, Das ist doch einseitige Stimmungsmache! Zur Zulässigkeit satirischer Äusserungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen im Radio- und Fernsehangebot der SRG, in: Jusletter 8.3.2021 (zit. Cueni, Satire im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen).

Cueni Raphaela, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Cueni, Satire).

Currie Ian, Freedom of expression and association, in: Tushnet Mark/Fleiner Thomas/Saunders Cheryl (Hrsg.), Routledge Handbook of Constitutional Law, Abingdon/New York 2013, S. 231 ff. (zit. Currie, Freedom of expression).

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Dubey, Droits fondamentaux II).

Dumermuth Martin, Rundfunkregulierung — Alte und neue Herausforderungen, in: Jarren Ottfried/Donges Patrick (Hrsg.), Ordnung durch Medienpolitik?, Konstanz 2007, S. 351 ff. (zit. Dumermuth, Rundfunkregulierung).

Dumermuth Martin, Die Revision des Radio- und Fernsehgesetzes und das duale System, in: ZSR 2006, S. 229 ff. (zit. Dumermuth, Revision RTVG).

Dumermuth Martin, Die Rechtsnatur der Radio- und Fernsehempfangsgebühr, in: medialex 2004, S. 145 ff. (zit. Dumermuth, Empfangsgebühr).

Dumermuth Martin, Rundfunkrecht, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Informations- und Kommunikationsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Teil 4 (zit. Dumermuth, Rundfunkrecht).

Dumermuth Martin, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidpraxis der

unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, Diss. Bern, Basel/Frankfurt a.M. 1992 (zit. Dumermuth, Programmaufsicht).

Errass Christoph/Rechsteiner David, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 17 BV N. ...).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Hauptbefunde, Jahrbuch 2022, Zürich 2022 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2022).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Hauptbefunde, Jahrbuch 2021, Zürich 2021 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2021).

Fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft/Universität Zürich, Qualität der Medien, Jahrbuch 2020, Zürich 2020 (zit. fög/UZH, Jahrbuch 2020).

Gersdorf Hubertus, Staatliche Kommunikationstätigkeit, AfP 2016, S. 293 ff. (zit. Gersdorf, Staatliche Kommunikationstätigkeit).

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021 (zit. Grabenwarter/Pabel, EMRK).

Hangartner Yvo, Unabhängigkeit vom Staat und von staatlichen Unternehmen als Voraussetzung der Medienfreiheit, in: AJP 2005, S. 1183 ff. (zit. Hangartner, Unabhängigkeit).

Hangartner Yvo, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer Daniel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 111 ff. (zit. Hangartner, Verfassungsmässige Rechte).

Harris David J./O'Boyle Michael/Bates Ed P./Buckley Carla M. (Hrsg.), Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., New York 2018 (zit. Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the ECHR).

Herrmann Günter/Lausen Matthias, Rundfunkrecht, Fernsehen und Hörfunk mit Neuen Medien, 2. Aufl., München 2004 (zit. Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht).

Hertig Maya, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Hertig, Art. 16 BV N. ...).

Hettich Peter/Schöller Maximilian, Kommentierung zu Art. 93 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK-Errass/Rechtseiner, Art. 93 BV N. ...).

Hettich Peter/Schelker Mark, Medien im digitalen Zeitalter, Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Hettich/Schelker, Medien).

Heydt Volker, Rundfunkfinanzierung aus dem Staatshaushalt, in: AöR 1975, S. 584 ff. (zit. Heydt, Rundfunkfinanzierung).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Kommunikationsfreiheiten. Kommentierungen zu Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 GG, Baden-Baden 2002 (zit. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten).

Hoffmann-Riem Wolfgang, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, Grundfragen, Baden-Baden 2000 (zit. Hoffmann-Riem, Regulierung).

Hürlimann Daniel, Soll es einfacher werden, unliebsame Medienberichte gerichtlich zu stoppen?, Unser Recht, 27.8.2021 (https://unser-recht.ch/2021/08/27/daniel-huerlimann-soll-es-einfacher-werden-unliebsame-medienberichte-gerichtlich-zu-stoppen/) (zit. Hürlimann, Unliebsame Medienberichte).

Jarass Hans D., Die Freiheit der Massenmedien, Zur staatlichen Einwirkung auf Presse, Rundfunk, Film und andere Medien, Habil. München, Baden-Baden 1978 (zit. Jarass, Massenmedien).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte).

Kley Andreas, Beschwerde wegen verweigertem Programmzugang: Trojanisches Pferd oder Ei des Kolumbus?, in: medialex 2008, S. 15 ff. (zit. Kley, Programmzugang) (verfügbar unter: https://perma.cc/U6MH-ZTGS).

Kley Andreas, Die Medien im neuen Verfassungsrecht, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 183 ff. (zit. Kley, Medien).

Krüsi Melanie, Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2011 (zit. Krüsi, Zensurverbot).

Langer Lorenz, Behördliche Stellungnahmen und der Schutz der freien Willensbildung: Grenzen der Kategorisierung, in: ZBl 4/2020, S. 179 ff. (zit. Langer, Behördliche Stellungnahmen).

Martenet Vincent, La notion de service public en droit suisse, in: Tanquerel Thierry/Bellanger François (Hrsg.), Le service public, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 9 ff. (zit. Martenet, Service public).

Masmejan Denis, Kommentierung zu Art. 4 RTVG, in: Masmejan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (Hrsg.), Loi sur la radiotélévision (LRTV) (Commentaire Stämpfli), Bern 2014 (zit: Masmejan, Comm LRTV, Art. 4 LRTV N. ...).

Masmejan Denis, Vorsorgliche Massnahmen gegen die Medien: Die Meinungsäusserungsfreiheit ist in Gefahr, auf: humanrights.ch, 31.8.2021.

Milton John, Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing. To the Parlament of England, abgedruckt in: Blasi Vincent (Hrsg.), Ideas of the First Amendment, S. 52 ff. (zit. Milton, Areopagitica).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung der Grundrechte).

Müller Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Müller, Elemente).

Müller Jörg Paul/Grob Franziska, Kommentar zu Art. 55bis BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen

Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1999 (zit. Müller/Grob, Kommentar zu Art. 55bis aBV).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus/Zeller Franz, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 482 ff. (zit.: Müller/Schefer/Zeller, Freie Kommunikation in Radio und Fernsehen).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus/Zeller Franz, Medienfreiheit, in: Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 438 ff. (zit.: Müller/Schefer/Zeller, Medienfreiheit).

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021 (zit. Nobel/Weber, Medienrecht).

Oster Jan, European and International Media Law, Cambridge 2017 (zit. Oster, Media Law).

Oster Jan, Media Freedom as a Fundamental Right, Cambridge 2015 (zit. Oster, Meda Freedom).

Peduzzi Roberto, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004 (zit. Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit).

Piolino Marina, Die Staatsunabhängigkeit der Medien, Analyse eines verfassungsrechtlichen Prinzips im Spannungsverhältnis zur Staatsverantwortung im Medienbereich und zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit unter Berücksichtigung des digitalen Wandels, Diss. Basel, Zürich 2021 (zit. Piolino, Staatsunabhängigkeit).

Puppis Manuel/Schenk Michael/Bosshart Stefan/Hofstetter Brigitte, Schlussfolgerungen, in: Puppis Manuel/Schenk Michael/Hofstetter Brigitte (Hrsg.), Medien und Meinungsmacht, Zürich 2017, S. 353 ff. (zit. Puppis et al., Medien).

Rechsteiner David/Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 16 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: SGK- Rechtseiner/ Errass, Art. 16 BV N. ...).

Riklin Franz, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996 (zit. Riklin, Presserecht).

Riklin Franz, «Kassensturz»-Aufnahmen mit versteckter Ton-Bild-Kamera – Bundesgerichtsentscheid vom 7.10.2008 (6B_225/2008), in: medialex 2008, S. 180 ff. (zit. Riklin, «Kassensturz»-Aufnahmen).

Rauchhaus Alexandra, Rundfunk und Staat, Das Gebot der Staatsferne des Rundfunks vor neuen Herausforderungen, Diss. Passau, Berlin 2014 (zit. Rauchhaus, Rundfunk und Staat).

Saxer Urs, Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat, in: medialex 2004, S. 19 ff. (zit. Saxer, Öffentlichkeitsinformationen)

Saxer Urs/Thurnheer Simon, Kommentierung zu Art. 71 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Saxer/Thurnheer, Art. 71 StPO N. ...).

Schabas William A., U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Aufl., Kehl 2019 (zit. Schabas, CCPR Commentary).

Schauer Frederick, Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review, Faculty Papers, Paper 879, 58 (1978), S. 685 ff. (zit. Schauer, Fear, Risk and the First Amendment).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020 (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001(zit. Schefer, Kerngehalte).

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Handen des BAKOM, 7.7.2020 (verfügbar unter: https://bit.ly/3b0Jdbe) (zit. Schefer/Cueni, Öffentlichkeit im Wandel).

Schmohl Denise, Der Schutz des Redaktionsgeheimnisses in der Schweiz. Eine strafrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung der europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Zürich 2013 (zit. Schmohl, Redaktionsgeheimnis).

Schulze-Fielitz Helmuth, Kommentierung zu Art. 5 GG, in: Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1–19), 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. Schulze-Fielitz, GG-Kommentar, Art. 5 GG N. ...).

Schürmann Frank, Staatliche Mediennutzung – Staatspresse, amtliche Verlautbarungen, Staatsrundfunk, Rundfunksponsoring, in: AfP 1993, S. 435 ff. (zit. Schürmann, Staatliche Mediennutzung).

Schwaibold Matthias, Ein Attentat auf die Meinungsfreiheit. Die Rechtskommission des Ständerates plant eine brisante Änderung der ZPO, medialex 3.5.2021 (zit. Schwaibold, Ein Attentat auf die Meinungsfreiheit).

Seiler Hansjörg, Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (Hrsg.), Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 745 ff. (zit. Seiler, Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung).

Stone Adrienne, The comparative constitutional law of freedom of expression, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind, Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011, S. 406 ff. (zit. Stone, Freedom of expression).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 35 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann, Art. 35 BV N. ...).

Weber Rolf H., Rundfunkrecht, Bundesgesetz vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen (RTVG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2008 (zit. Weber, Komm. RTVG).

Werly Stéphane, La protection du secret rédactionnel, Diss. Genf 2004, Genf/Zürich/Basel 2005 (zit. Werly, Secret rédactionnel).

Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, V. Kommunikationsgrundrechte, in: ZBJV 10 (2019), S. 692 ff. (zit. Zeller, Rechtsprechung 2017/2018).

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Zeller, Art. 28 StGB N. ...).

Zeller Franz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, V. Kommunikationsgrundrechte, in: ZBJV 10 (2018), S. 671 ff. (zit. Zeller, Rechtsprechung 2018/2019).

Zeller Franz, Journalistische Sorgfaltspflicht beschäftigt die Justiz immer öfter, in: medialex 2018, S. 64 ff. (zit. Zeller, Journalistische Sorgfaltspflicht).

Zeller Franz, Das Konzept des «verantwortungsvollen Journalismus» rückt ins Zentrum, in: medialex 2017, S. 78 ff. (zit. Zeller, Konzept).

Zeller Franz, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Diss Bern 1997, Bern/Stuttgart/Wien 1998 (zit. Zeller, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik).

Zeller Franz/Dumermuth Martin, Kommentierung zu Art. 93 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Zeller/Dumermuth, Art. 93 BV N. ...).

Zeller Franz/Kiener Regina, Kommentierung zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-Zeller/Kiener, Art. 17 BV N. ...).

Zollinger David, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende. Muss der 2015 revidierte Art. 47 BankG korrigiert werden?, in: medialex 06/2022 (zit. Zollinger, Die Verwendung von Bankdaten durch Medienschaffende).

MATÉRIAUX

Botschaft über die Volksinitiative «Volkssouveränität statt Behördenpropaganda» vom 29.6.2005, BBl 2005 4373 ff. (zit. Botschaft Volkssouveränitätsinitiative).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18.12.2002, BBl 2003 1569 ff (zit. Botschaft RTVG 2003).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1 (zit. Botschaft BV).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17.6.1996, BBl 1996 IV 525 (zit. Botschaft Medienstrafrecht).

Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28.9. 1987, BBl 1987 II 689 ff. (zit. Botschaft RTVG 1987).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5.5.1982, BBl 1982 II 636 (zit. Botschaft Änderung ZGB (Persönlichkeitsschutz)).

Bericht des Bundesrats zur Überprüfung der Definition und der Leistungen des Service public der SRG unter Berücksichtigung der privaten elektronischen Medien, Bericht des Bundesrates vom 17.6.2016 in Erfüllung des Postulates 14.3298 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates (KVF-S) (zit. Bundesrat, Service-public-Bericht).

Eidgenössische Medienkommission, Besonderheiten von Medien im digitalen Zeitalter: Gestaltungsoptionen für eine leistungsfähige Medienlandschaft aus ökonomischer und gesellschaftlicher Perspektive, 22.1.2018 (zit. EMEK, Medien im digitalen Zeitalter) (verfügbar unter: https://perma.cc/NF2L-J5WQ).

Menschenrechtskommissar des Europarats, Media Pluralism and Human Rights, Issue Discussion Paper, CommDH(2011)43, 6.12.2011 (zit. Menschenrechtskommissar
des Europarats, Media Pluralism) (verfügbar unter: https://perma.cc/R49W-S22T).

Ministerkomitee des Europarats, Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the Guarantee of the Independence of Public Service Broadcasting, R(96)10, 11.9.1996 (zit. Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung zur Unabhängigkeit des Service-public-Rundfunks). (verfügbar unter: https://perma.cc/VWZ3-8872).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996) (verfügbar unter: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bot-neue-bv-d.pdf.download.pdf/bot-neue-bv-d.pdf).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 20 Cst.

Un commentaire de Raffaela Kunz

PROPOSITION DE CITATION

Raffaela Kunz, Commentaire de l'art. 20 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Kunz, Art. 20 Cst. N. XXX.

Art. 20 Liberté de la science

La liberté de l'enseignement et de la recherche scientifiques est garantie.

TABLE DES MATIÈRES

I. Histoire de la création 299
II. Contexte 300
A. Pertinence de la science 300
B. Fonctions de la liberté de la science 301
C. Conception prioritaire comme droit de défense 302
D. Protection internationale 305
III Commentaire au sens strict. 306
A. Notion de science 306
B. Domaine matériel de protection 309
1. Liberté de recherche 309
a. Généralités 309
b. Questions particulières 311
c. Liberté de recherche et « Open Science ». 312
2. Liberté d'enseignement 314
3. Liberté d'apprentissage ? 315
C. Domaine de protection personnelle 316
D. Restrictions 317
1. Atteintes 317
2. Justification 319
E. Défis et discussions actuels 321
1. Résurgence de menaces traditionnelles 321
2. Nouvelles menaces 321
a. « Cancel Culture » 321
b. « Politisation » et « économisation » de la science 324
Lectures complémentaires recommandées 325
Bibliographie 327

I. HISTOIRE DE LA CRÉATION

La liberté de la science n'a fait son entrée dans la Cst. en tant que **droit fondamental autonome** qu'avec la mise à jour de 1999. Auparavant, le Tribunal fédéral considérait le contenu de ce droit, sans clarifier la question de savoir s'il s'agissait d'un droit fondamental non écrit, comme étant englobé dans d'autres droits fondamentaux, notamment la liberté personnelle et la liberté d'expression. Dans le cadre de la révision totale, l'inclusion de ce droit fondamental n'a en revanche pas été contestée dès le départ. Dès 1973, un groupe de travail mis en place par le Conseil fédéral (la « Commission Wahlen »), dont la tâche était de rassembler des propositions pour une future Constitution fédérale, avait recommandé, en s'inspirant du droit constitutionnel allemand, d'inscrire la liberté de la science comme droit fondamental à part entière. Dans le cadre de la mise à jour, la liberté de la science a d'abord été mentionnée comme un autre « droit fondamental culturel » avec la liberté de l'art ; dans le projet de constitution de 1996, elle a reçu sa formulation actuelle en tant que garantie autonome. Les discussions lors des débats ont notamment porté sur l'appel à mettre davantage l'accent sur la responsabilité des chercheurs vis-à-vis de l'homme et de l'environnement ; une proposition dans ce sens a toutefois été rejetée. 1

La liberté de la science est considérée comme **la « contribution allemande** “ au catalogue transnational des droits fondamentaux et a également ”influencé de manière déterminante » le droit suisse. Pour comprendre ce droit fondamental, il vaut donc la peine de jeter un coup d'œil sur la situation juridique allemande. Cela se justifie par une jurisprudence et une doctrine très différenciées. Malgré l'« alliance révolutionnaire » entre la science, les Lumières et l'ordre politique, la liberté de la science ne figure pas explicitement dans les déclarations classiques des droits de l'homme comme le *Bill of Rights* américain (1789/1791) ou la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* française (1789). En Allemagne, en revanche, les premiers précurseurs remontent déjà à l'époque du Vormärz ; le droit fondamental a été mentionné pour la première fois dans le projet de la commission dite des dix-sept pour une nouvelle constitution fédérale (1848) et repris plus tard dans la constitution du Reich de Weimar et finalement dans la loi fondamentale. Le débat allemand sur la liberté de la science ne s'est toutefois pas déroulé sans controverses ; un point central concernait la crainte d'une infiltration de l'État 2

sous le couvert de la liberté, qui trouve un écho dans l'ajout selon lequel la liberté trouve ses limites dans l'obligation de respecter la constitution. En revanche, les expériences faites sous le régime nazi ont joué un rôle étonnamment faible.

3 Du point de vue de l'histoire des idées, la liberté de la science est un enfant des **Lumières** et est plus ancienne que l'idée moderne de constitution. L'une des premières preuves est la revendication de Spinoza d'une *libertas philosophandi* analogue à la liberté de la conscience religieuse vis-à-vis de la contrainte étatique*:* la liberté , de ne se soumettre à aucun autre législateur que la loi de la pensée pour les questions de connaissance intellectuelle. Ainsi était formulée l'idée fondamentale, encore en vigueur aujourd'hui, selon laquelle la recherche scientifique de la vérité est soustraite à toute détermination étatique et politique.

II. CONTEXTE

A. Pertinence de la science

4 La science joue un rôle central dans la **société de l'information ou de la connaissance** . Les connaissances scientifiques constituent la base des décisions administratives et personnelles dans tous les domaines de la vie. La pertinence des conseils politiques scientifiques s'est révélée à une échelle sans précédent lors de la pandémie Corona et a relancé les débats de longue date sur l'expertocratie. Parallèlement, la science est aujourd'hui soumise à d'énormes pressions. Parmi celles-ci figurent les appels à une plus grande régulation, à la démocratisation (« science citoyenne ») et à une meilleure communication de la science (« communication scientifique »), compte tenu des scandales scientifiques et des dangers potentiels liés aux nouvelles connaissances. La recherche scientifique constate également une pression croissante pour que la science - surtout si elle est financée par des fonds publics - fournisse des résultats concrets plus exploitables et utiles à la société. D'un autre côté, et la pandémie COVID en est un exemple paradigmatique, la science se voit également exposée à des critiques fondamentales à l'époque des « fake news », des théories du complot et du scepticisme scientifique alimenté par les populistes.

5 Cette **ambivalence** - d'une part une pertinence croissante, d'autre part une pression croissante - se reflète déjà en partie dans la Cst. : ainsi, au cours des

50 dernières années, l'art. 64 Cst. a créé d'une part la base pour l'encouragement de la recherche par l'Etat ; d'autre part, la Cst. offre également la main pour la réglementation de la recherche, notamment dans le domaine de la recherche sur l'être humain (art. 118b Cst.), de la procréation médicalement assistée et du génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) ainsi que dans le cadre de la protection des animaux (art. 80 Cst.). Des tensions peuvent également apparaître au sein même du droit fondamental, par exemple entre son support individuel et son support institutionnel (cf. N. 27).

B. Fonctions de la liberté de la science

La Cst. part du principe que la liberté de la science nécessite une **protection particulière** et ne se fond pas dans d'autres droits fondamentaux, comme la liberté d'expression en général. Quelle est la raison de cette protection particulière ? La théorie de la science distingue trois modèles de justification différents, que l'on retrouve de manière similaire dans de nombreux traités de droit : La protection pour des raisons d'autonomie individuelle, pour des raisons épistémologiques et pour des raisons de théorie démocratique. Dans le premier cas, la compréhension du monde comme base de la liberté humaine et donc des éléments de l'épanouissement de la personnalité individuelle est au premier plan ; dans les autres cas, il s'agit davantage d'intérêts collectifs. 6

La **justification épistémologique** part du principe que la liberté stimule la créativité et favorise ainsi la production efficace de connaissances (« bénéfice tiers inhérent aux droits fondamentaux »). Selon les termes de Karl Jaspers, « la liberté du savant individuel jusqu'à l'arbitraire est la condition de sa spiritualité productive ». Suivant cette idée, les agences de recherche de nombreux pays occidentaux misent sur l'idée d'une autogestion disciplinaire plutôt que sur une organisation centrale. Cela s'exprime aussi clairement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, qui souligne qu'« une science libre de toute idée d'utilité sociale et d'opportunité politique sert au mieux l'État et la société ». Le Tribunal fédéral suisse ne s'est pas prononcé de manière aussi prononcée ; il ressort toutefois de la genèse de la Cst. que des considérations similaires ont également joué un rôle lors de l'inscription de la liberté de la science dans la Cst. La recherche « inutile » est donc aussi protégée *de prime abord* - non seulement en raison de la valeur intrinsèque 7

du savoir, mais aussi en raison de l'hypothèse selon laquelle « toutes les grandes connaissances sont en général des intuitions prouvées a posteriori ». Les succès de la recherche et l'innovation technologique issus de la recherche industrielle avec des objectifs clairement définis de l'extérieur - on pense par exemple récemment à la recherche en rapport avec le vaccin COVID par l'entreprise Biontech -, mais aussi de systèmes scientifiques non libres comme l'ancienne Union soviétique ou la Chine actuelle, semblent remettre en question cette justification, en particulier pour la recherche en sciences naturelles, parfois de manière empirique. Cela montre que des justifications supplémentaires sont nécessaires (voir N. 8 ci-dessous).

8 En ce qui concerne la **justification théorique de la démocratie**, la garantie de l'indépendance du savoir et de la liberté par rapport à l'influence politique est au premier plan. Ainsi, l'une des préoccupations centrales de la liberté scientifique, qu'elle partage avec la liberté religieuse, est la distanciation par rapport à « toute vérité supra-temporelle », qui est à la base de l'État laïc. La vérité scientifique est soustraite à la définition et au jugement politiques. La raison en est le besoin de connaissances indépendantes comme base de décisions dans le processus démocratique. S'y ajoute la « protection d'un contre-public rationnel » pour garantir les structures de la liberté.

9 Dans l'ensemble, il apparaît donc clairement qu'**aucune des justifications n'a de validité absolue** - l'argument selon lequel l'acquisition de connaissances n'est possible que dans des conditions de liberté ne peut être retenu, pas plus que la démocratie ne va automatiquement de pair avec la liberté de la science. Au contraire, les différentes justifications se complètent. Alors que les arguments liés à l'autonomie se rapprochent du droit à la liberté personnelle (« droit à la personnalité scientifique »), les arguments politiques et démocratiques se rapprochent de la liberté d'expression. Il est donc vrai que la liberté de la science réunit des éléments du droit de la personnalité, du droit de la communication ainsi que des éléments liés à la politique et à la démocratie. La présentation de la liberté de la science comme droit fondamental de la communication, souvent faite dans la doctrine, est toutefois réductrice.

C. Conception prioritaire comme droit de défense

10 En Suisse, la liberté de la science est en premier lieu un **droit de défense subjectif** contre les restrictions injustifiées de la liberté par l'Etat. Elle

protège « l'indépendance intellectuelle et méthodologique du chercheur contre les ingérences de l'Etat ». Le message relatif à la Cst. 1999 indiquait déjà que le droit ne confère « aucun droit à une prestation de l'Etat » ; la doctrine et la pratique n'ont pas non plus déduit jusqu'ici de l'art. 20 Cst. des droits à une prestation justiciable. Au-delà du droit à être traité de manière égale et non arbitraire (art. 8 et 9 Cst.), il n'existe donc aucun droit à l'accès aux études supérieures ni à des contributions pour l'encouragement de la recherche. Contrairement à l'Allemagne, il n'existe pas non plus de droit individuel à une dotation de base en Suisse. Il s'agit du droit des scientifiques « à l'octroi de la dotation de base et minimale nécessaire à l'accomplissement de ses tâches d'enseignement et de recherche ». Une partie de la doctrine soutient néanmoins qu'il découle de l'art. 20 Cst. des obligations de protection justiciables, par exemple le droit à des mesures de sécurité qui garantissent la tenue de manifestations scientifiques sur des thèmes controversés. Au vu des situations de danger actuelles (cf. III. E.), la conceptualisation comme droit de défense prioritaire semble dépassée et une réflexion plus approfondie sur d'éventuelles obligations d'agir positives semble indiquée. Concernant l'accès à l'information, voir ci-dessous N. 26.

11 Outre la dimension de droit subjectif, la doctrine reconnaît aujourd'hui unanimement une **dimension de droit objectif** à la liberté de la science. On entend
généralement par là la dimension des droits fondamentaux en tant que *principes d'organisation* ou « commandements de droit objectif », qui incitent l'État à réaliser les droits fondamentaux, même au-delà des revendications individuellement exécutables. En tant qu'objectifs et programmes, ils s'adressent en premier lieu au législateur. Dans le contexte de l'art. 20 Cst., on cite régulièrement comme justification les besoins élevés en financement, en infrastructure et en organisation de la science, qui est en Suisse une tâche de l'Etat et « dépend existentiellement du soutien de l'Etat » pour sa réalisation. La science se trouve ainsi dans un certain rapport de tension entre le besoin d'autonomie et le soutien de l'Etat. Toutefois, le contenu concret de la dimension objective et juridique reste peu défini dans les écrits. Cela est probablement dû au fait que deux domaines dans lesquels la question pourrait être pertinente sont le plus souvent discutés dans le cadre de la « constitution de l'éducation » plutôt que de la liberté de la science. Il s'agit tout d'abord de l'autonomie de la haute école, désormais explicitement mentionnée à l'art. 63a Cst., ainsi que de l'obligation d'encourager la recherche, statuée à l'art. 64

Cst. Néanmoins, la liberté de la science, dans sa dimension objective et juridique, reste pertinente dans les deux domaines en tant que *ligne directrice* et *limite* pour l'action de l'Etat, tout en laissant une large marge de manœuvre au législateur. Ainsi, l'art. 20 Cst. lui impose de concevoir des procédures d'attribution de fonds adaptées à la science. La dimension objective et juridique peut également être mobilisée en faveur du financement public de base, qui est souvent plus favorable à la science que les fonds de tiers attribués sur concours. En outre, les obligations d'action et de protection découlant de la dimension objective et juridique pour le maintien d'une science libre *en tant que telle*, qui restent en dessous du seuil de mise en danger directe des droits fondamentaux et qui se distinguent ainsi des droits de protection individuels justiciables, devraient être importantes aujourd'hui.

12 Cette dimension objective et juridique est particulièrement forte en **Allemagne**, où la Cour constitutionnelle fédérale a déjà souligné, dans son arrêt sur les universités de 1973, que la liberté de la science contient, en plus du droit subjectif à la liberté, « une norme de principe objective, régissant la relation de la science, de la recherche et de l'enseignement avec l'État, qui détermine la valeur (...) ». La liberté de la science exige donc, outre le respect de la liberté individuelle, « l'engagement de l'État (...) en faveur de l'idée de la science libre et sa participation à sa réalisation ». La liberté de la science ne protège donc pas seulement un espace de liberté d'action individuelle, mais aussi - bien qu'il s'agisse d'une condition préalable à la liberté individuelle - la loi scientifique propre et donc « la capacité de fonctionnement de l'institution “science libre” en tant que telle ». C'est pourquoi la liberté de la science a également été qualifiée de « droit fondamental de fonctionnement » et la science, à laquelle le droit fondamental contribue à un fonctionnement conforme à ses propres lois, d'exemple type d'une constitution civile partielle ou *d'une constitution scientifique* en cours de formation. Il découle donc du droit fondamental l'obligation de permettre et d'encourager la science « (...) par la mise à disposition de moyens personnels, financiers et organisationnels ». Contrairement à la Suisse, la dimension juridique de la garantie est « resubjectivée » et les titulaires des droits fondamentaux ont, dans certaines circonstances, des droits exigibles en justice, par exemple pour une « organisation universitaire adaptée à la science ». Jusqu'à présent, la majeure partie de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concerne même le droit d'organisation et donc la dimension objective du droit fondamental.

En Suisse aussi, les discussions portent aujourd'hui principalement sur les restrictions de liberté qui concernent l'organisation de l'université et de la recherche au sens large, par exemple en ce qui concerne le sponsoring de la recherche ou la charge excessive des tâches administratives pour le corps enseignant. Les menaces pesant sur la liberté de la science sont donc aujourd'hui différentes de celles qui existaient au moment de la création du droit fondamental, lorsqu'il s'agissait principalement de protéger la science libre des ingérences de l'État et de l'Église (voir ci-dessus I.). Elles peuvent néanmoins avoir des répercussions sur l'institution de la recherche et de l'enseignement libres ; c'est pourquoi il serait souhaitable de mieux définir les contours de la dimension juridique objective pour la Suisse également (voir à ce sujet le point E ci-dessous). En outre, une certaine « **resubjectivation** » de la dimension objective renforcerait également la protection des droits fondamentaux en Suisse. Cela signifierait que les titulaires de droits fondamentaux auraient la possibilité d'intenter une action en justice pour dénoncer des mesures inadaptées à la science, par exemple en matière de financement de la recherche ou d'organisation universitaire. Ainsi, la question de la compatibilité des mesures législatives avec la liberté de la science ne serait pas laissée à la seule discrétion du législateur, et il serait possible, le cas échéant, d'exiger plus fortement une action législative pour la protection de la science libre. 13

D. Protection internationale

Au niveau international, la liberté de la science est implicitement protégée par la liberté d'expression selon la CEDH et le Pacte II de l'ONU (art. 10 CEDH ; art. 19 al. 2 Pacte II de l'ONU). La liberté de la science est en outre explicitement garantie par l'art. 15 al. 3 du Pacte I de l'ONU. Alors que le Tribunal fédéral ne reconnaît pas la justiciabilité de nombreux droits de ce pacte, il en va autrement pour cette disposition en raison de son contenu clairement défensif. De même, la liberté de la science est expressément ancrée dans l'art. 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. 14

III COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Notion de science

15 La liberté de la science selon l'art. 20 Cst. comprend sans conteste les composantes de la liberté de la recherche et de la liberté de l'enseignement, qui disposent chacune de leur propre domaine de protection. Ces contenus partiels ont en commun le fait que seules les activités qui sont *scientifiques* sont couvertes pour bénéficier de la protection des droits fondamentaux selon l'art. 20 Cst. La Cst. part ainsi de certaines rationalités scientifiques propres qui se distinguent d'autres droits fondamentaux, notamment de la liberté d'expression, et qui justifient ainsi une protection distincte. Cela rend tout d'abord nécessaire une **définition des termes**, qui se heurte toutefois à des difficultés.

16 La **recherche scientifique** part également du principe que le savoir scientifique représente une forme *particulière* de connaissance. En outre, elle ne se base pas sur une notion uniforme de la science. Alors que la théorie des sciences se concentre davantage sur les propriétés du savoir lui-même, la sociologie des sciences s'intéresse aux pratiques des scientifiques et à l'émergence du savoir scientifique. L'idée de la science comme corps de connaissances objectives, vérifiables et universellement vraies, souvent associée au rationalisme critique *de Karl Popper* en tant que développement du positivisme logique du 20e siècle, a toutefois été fortement mise sous pression au cours des dernières décennies, d'abord par la théorie scientifique elle-même. Des chercheurs comme *Thomas S. Kuhn* ont contribué à remettre en question l'image d'une science basée uniquement sur les faits et la logique et à montrer l'influence d'autres valeurs, par exemple dans le choix des méthodes. Ce faisant, ils ont fourni « en quelque sorte la porte d'entrée pour des explications sociologiques ». Depuis lors, les approches des sciences sociales ont mis en évidence la construction sociale ou la « co-production » de la société et du savoir. Les recherches scientifiques féministes ont par exemple ébranlé l'image d'une science impartiale ; des études empiriques comme celles de *Bruno Latour* montrent en détail la « construction » du savoir en laboratoire. Paul Feyerabend, voix relativiste/social-constructiviste radicale et aujourd'hui classé dans le postmodernisme, a même complètement remis en question l'idée de rationalité et de rigueur méthodologique et est arrivé à la conclusion : « anything goes ».

Du point de vue du droit constitutionnel, il est vrai que, malgré ces débats, la Cst. présuppose la possibilité de la science. Les **limites** de la liberté de la science ne doivent donc pas être déterminées selon des critères épistémico-philosophiques, mais **selon le droit constitutionnel**. En d'autres termes, il n'appartient pas au droit constitutionnel de mettre un terme aux débats théoriques sur la définition de la science ; au contraire, le droit doit précisément créer le cadre pour que ces débats puissent avoir lieu le plus librement possible au sein de la science. Le droit doit ainsi définir lui-même la notion de science sur laquelle il se base. Toutefois, ni la Cst. ni les matériaux ne concrétisent cette notion ; même le Tribunal fédéral ne s'est exprimé que de manière rudimentaire à ce sujet. La description de la *liberté* de la science comme « garantie d'un noyau créatif intangible de la connaissance et de l'enseignement scientifiques ainsi que pour la préservation de l'indépendance intellectuelle et méthodologique de la recherche » renvoie à nouveau uniquement à l'exigence de scientificité de la connaissance et ne constitue donc justement pas une définition. 17

Les tentatives de définition, telles qu'elles ont souvent été entreprises dans la littérature, se heurtent à la difficulté suivante : d'une part, il est interdit à l'État de s'approprier une certaine conception de la science, puisque le droit fondamental doit justement soustraire la connaissance scientifique à la détermination de l'État (interdiction d'identification). Se baser uniquement sur l'auto-déclaration de travailler de manière scientifique ne suffit pas non plus pour délimiter la science de la non-science ; il doit être possible de faire une distinction pertinente avec d'autres formes subjectives de communication ainsi qu'avec la pseudo-science. La doctrine semble s'accorder sur le fait qu'il est judicieux de rattacher la notion constitutionnelle de science à la *communauté scientifique* et aux pratiques scientifiques concrètes, ce qui constitue une voie médiane. Miser sur la reconnaissance par la *communauté scientifique* comporte toutefois de nouveaux risques de réduction de la liberté, car le droit fondamental veut justement permettre une science libre et protéger ainsi également les opinions minoritaires et les approches nouvelles, innovantes ou même inattendues. 18

Compte tenu de l'objectif de protection de la norme, il semble donc indiqué, d'un point de vue global, de se baser sur une **notion large** de la scientificité, qui est influencée par les pratiques existantes de la communauté scientifique, mais qui n'est pas fixée sur celles-ci. L'approche systématique et 19

méthodologique est ici centrale, ce qui implique la *vérifiabilité* et la compréhensibilité intersubjective des résultats.

20 Un débat particulier sur la théorie des sciences a longtemps porté sur la question de savoir si la **science juridique** pouvait également prétendre au label de scientificité. Cela est lié à l'objet changeant de la science juridique, qui ne peut pas être étudié comme une « loi naturelle », mais aussi à l'orientation pratique de la discipline et aux frontières souvent floues entre la recherche et l'activité pratique. Un autre point concernait la méthodologie de la science juridique, ou plutôt son absence : A côté de l'herméneutique et du droit comparé, celle-ci n'a longtemps joué qu'un rôle secondaire. Cela a changé entre-temps, sans doute en raison de l'internationalisation et de l'importance croissante de la procédure de demande devant le Fonds national suisse, marquée par les sciences naturelles. Ce qui reste, c'est que la science du droit est marquée par des normes, des valeurs et des interprétations et qu'il n'est pas possible de répondre aux questions juridiques avec la même précision qu'aux problèmes mathématiques, par exemple. Néanmoins, l'application systématique des règles d'interprétation juridique impose des limites à ce qui peut encore être considéré comme une argumentation convaincante. De toute façon, une conception de la science qui insiste sur la démontrabilité empirique devrait être considérée comme dépassée. Aujourd'hui, il devrait y avoir un large consensus sur le fait que la découverte et la compréhension systématiques de relations de sens au-delà des relations causales « dures », telles qu'elles sont pratiquées dans les sciences humaines et sociales, sont également considérées comme des sciences. Au lieu de la vérifiabilité empirique, on parle aujourd'hui souvent de la *compréhensibilité intersubjective*. Appliqué à la science juridique, cela signifie qu'une réponse juridique est obtenue et justifiée de manière à ce qu'une tierce personne puisse également la comprendre et, le cas échéant, arriver au même résultat en utilisant les mêmes méthodes.

21 Une question importante est de savoir si **un comportement scientifique incorrect** , comme la falsification de données et le plagiat, entraîne la perte du caractère scientifique. Les avis doctrinaux divergent à ce sujet. Afin de ne pas saper la protection de la liberté, il est préférable de considérer que des exigences élevées doivent être posées pour la disparition. Ainsi, tout comportement fautif n'entraîne pas automatiquement la perte, mais uniquement les cas de manquement *systématique*. Lors de l'évaluation des

reproches, il est judicieux d'inclure des normes d'autorégulation ; des exemples sont le code d'intégrité scientifique des Académies suisses des sciences, les règles visant à garantir les bonnes pratiques scientifiques de la société Max-Planck ou les normes du *Committee on Publication Ethics* (COPE).

Enfin, des questions de délimitation difficiles peuvent se poser en ce qui concerne la **commercialisation** de la science. Alors que l'opinion dominante en Suisse nie le caractère scientifique de la recherche orientée vers les résultats et liée à des instructions, il serait préférable de procéder ici aussi à une analyse différenciée. Car la science ne doit pas être idéalisée. Alors que *le désintérêt* - compris comme l'absence d'intérêts égoïstes primaires - dans le processus de recherche constitue certes l'une des normes fondamentales de l'éthique scientifique, il est aujourd'hui incontesté dans la théorie scientifique que le postulat du désintéressement et de l'indépendance ne peut pas être maintenu dans son absolu. A une époque où la recherche industrielle joue un rôle éminemment important et où il n'est pas possible de distinguer clairement la recherche fondamentale de la recherche appliquée, il devrait être déterminant pour la protection des droits fondamentaux que les intérêts commerciaux ne constituent pas la motivation principale et que la recherche sous-jacente respecte les méthodes et les critères d'acquisition des connaissances scientifiques. 22

B. Domaine matériel de protection

1. Liberté de recherche

a. Généralités

La jurisprudence relative à la liberté de la science est claire et le domaine de protection est donc resté flou. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral définit la recherche comme « l'acquisition et la transmission de connaissances humaines par le libre choix de la question, de la méthode et de la réalisation ». Ce faisant, il souligne que tant les approches des sciences naturelles que « celles des sciences humaines et sociales et de nature historique » sont protégées. Compte tenu de l'idée qui prévaut encore dans l'usage quotidien selon laquelle la recherche scientifique doit être assimilée aux sciences naturelles, cette précision n'est toujours pas superflue. Le mode de financement de la recherche (privé ou public), le lieu de la recherche 23

(université, haute école spécialisée, industrie) ainsi que le type de recherche (recherche fondamentale ou appliquée) ne sont pas non plus essentiels pour la protection de la recherche. La limite est toutefois atteinte lorsque la recherche ne se déroule pas dans des conditions de scientificité (supra n. 22). En ce qui concerne la question de savoir quand **une recherche dépendante d'instructions ou axée sur les résultats** entraîne la perte de la protection, l'enseignement reste non spécifique. Selon l'approche différenciée de la littérature allemande, le degré d'autonomie ou l'existence d'une marge de manœuvre suffisante pour permettre aux chercheurs de procéder à leurs propres évaluations doit être déterminant. Bien que des difficultés de délimitation soient programmées, cette approche différenciée devrait être préférable, ne serait-ce que pour ne pas exclure d'emblée du domaine de protection la recherche industrielle qui, par définition, opère en fonction des résultats.

24 Pour décrire plus précisément les activités protégées, la doctrine distingue, en suivant les différentes phases du cycle de la recherche, entre le domaine de **l'œuvre et le domaine de l'effet** de la liberté de la recherche. Le domaine de l'œuvre se réfère à l'activité de recherche et comprend également la phase qui précède la recherche proprement dite (par exemple la définition de la problématique, le choix de la méthode, la sélection du personnel). Le domaine d'impact, quant à lui, décrit la liberté concernant la diffusion de la recherche. Il s'agit d'une part de décider si les résultats de la recherche doivent être rendus accessibles au public. D'autre part, la décision concernant le moment, le lieu et les modalités de la publication est également protégée. Dans la littérature allemande, on parle à ce sujet de liberté de publication (positive et négative). Cette dimension met en évidence la proximité de la liberté scientifique avec les droits fondamentaux de la communication. Toutefois, la paternité scientifique au sens de la qualité d'auteur intellectuel et donc un aspect du droit de la personnalité sont également protégés.

25 Récemment, la question, encore peu discutée dans la doctrine suisse, s'est posée de savoir si la **communication des chercheurs en dehors des formats strictement scientifiques** relève également du domaine d'action. Il s'agit par exemple de la rédaction de billets de blog, mais aussi d'activités sur les réseaux sociaux ou d'apparitions dans les médias. Une compréhension limitée aux formats scientifiques au sens strict ne semble plus adaptée au fait qu'une communication active de sa propre recherche est de plus en plus

exigée, par exemple par le FNS (mot-clé « communication scientifique »), pour combler le fossé prétendu entre la science et la société, et au vu de l'utilisation intensive de ces possibilités par la *communauté scientifique*. Les médias sociaux comme X (anciennement Twitter) jouent aujourd'hui un rôle important dans le cadre de l'acquisition d'informations et de connaissances. Cependant, ils suivent davantage une logique médiatique que purement scientifique et incitent à des déclarations exagérées, ce qui peut poser des questions difficiles de délimitation par rapport à la liberté d'expression. Un certain potentiel d'abus est perçu dans le fait que les scientifiques jouissent d'un « bonus d'autorité » dans la société. En forçant un peu le trait, on peut se demander si *chaque* déclaration d'un(e) spécialiste du droit constitutionnel sur les débats constitutionnels actuels est automatiquement couverte par la liberté de la science et bénéficie ainsi d'une protection accrue. Malgré les difficultés de délimitation, c'est le *contenu* des déclarations et non leur *lieu de diffusion* qui devrait être déterminant pour l'ouverture du domaine de protection de l'art. 20 Cst. En cas de doute, il convient d'appliquer une définition *large* de la scientificité, sachant que le droit constitutionnel connaît aussi des limites (pour des exemples, voir N. 47 ci-dessous).

b. Questions particulières

Une question qui s'est posée à plusieurs reprises dans la pratique est celle de savoir s'il résulte de la liberté scientifique un droit d'**accès à l'information** allant au-delà du droit général à l'information. L'art. 16 al. 3 Cst. limite le droit de recevoir des informations aux sources accessibles au public, la législation permettant de déterminer quelles informations sont considérées comme publiques. Le Tribunal fédéral a certes rejeté en principe un droit issu d'informations non publiques au titre de la liberté de la science et a conclu qu'on ne pouvait pas admettre à la légère une rupture de l'accès constitutionnel à l'information par l'art. 20 Cst. Dans le même temps, il a reconnu que cette possibilité pouvait néanmoins se présenter dans le cas « d'une approche spécifique de la recherche et d'une nécessité qui en découle (...) en matière de recherche ». Dans une décision plus récente, il a en outre constaté que l'intérêt à consulter des archives avant l'expiration du délai de protection était renforcé par la liberté de la science. 26

La question de savoir dans quelle mesure l'**autonomie de l'établissement d'enseignement supérieur** lui garantit la liberté de définir son profil de 27

recherche et d'enseignement avant la fixation par l'État n'a pas encore été traitée dans la littérature. Il semble clair qu'une définition étatique complète, ne laissant aucune marge de manœuvre aux hautes écoles, serait inadmissible. Une limite à l'exercice de l'autonomie résulte à nouveau de la liberté de recherche individuelle, qui se trouve dans un certain rapport de tension avec l'autonomie de la haute école.

c. Liberté de recherche et « Open Science ».

28 Existe-t-il, à l'ère du numérique, un droit fondamental au libre accès à la recherche (financée par les pouvoirs publics) via Internet ? Cette question se pose avec une acuité accrue depuis que le Comité social des Nations unies, dans une « Observation générale » très remarquée sur le « droit à la science » selon l'art. 15 al. 2 let. b) du Pacte social des Nations unies, a invité les États à promouvoir l'« Open Science ». L'« Open Science » est un terme générique désignant différentes pratiques de recherche tout au long du cycle de recherche, basées sur l'idée de partage et de collaboration. Le libre accès aux données (« Open Data ») et aux publications scientifiques (« Open Access ») est particulièrement pertinent dans la vie quotidienne des scientifiques. Bien que de nombreuses questions et problèmes se posent aujourd'hui (voir N. 30), l'« Open Science » est généralement considérée comme **favorable à la science,** ce qui s'explique par le fait que la *publication* et *l'accessibilité* sont des « notions clés pour l'ensemble du système scientifique ». Au début du nouveau millénaire, Internet, avec son potentiel de communication jusqu'alors inconnu, était donc considéré comme une chance de réaliser des valeurs scientifiques fondamentales telles que la norme *mertonienne* du communalisme. Cette norme, qui fait partie de la « structure normative » de la science décrite par le sociologue des sciences Robert K. Merton, stipule que les scientifiques devraient partager librement leurs connaissances afin de faire progresser la science dans son ensemble, plutôt que de les retenir pour des avantages personnels. Le concept de communalisme souligne ainsi l'importance de l'ouverture, de la collaboration et de l'engagement collectif pour la science. Ces idées trouvent un écho dans les premiers documents du mouvement « Open Access », tels que la *Déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance scientifique* et l'*initiative Budapest Open Access.*

29 La question se pose donc de savoir si le devoir de l'État de créer les conditions-cadres d'une science qui fonctionne pourrait déboucher sur une

obligation d'« Open Science ». La stratégie suisse de l'Open Access vise d'ailleurs à rendre accessible au public, au sens de l'« Open Access », l'ensemble de la recherche financée par des fonds publics. D'autres argumentent qu'en raison du fait que la publicité est quasiment une condition fonctionnelle de la science, la protection individuelle par la liberté de la science devrait **dépendre** de la **publication effective des résultats** . A l'ère du numérique, cela signifierait donc rendre sa propre recherche accessible au public, au sens d'un « Open Access ». La doctrine dominante rejette toutefois de manière générale une obligation de publication comme condition préalable à la protection des droits fondamentaux en raison de la liberté de publication négative. Certes, le secret de la recherche pour des raisons commerciales est scientifiquement problématique, mais ne devrait pas conduire automatiquement à l'exclusion du domaine de protection.

Dans l'ensemble, les obligations d'« Open Access » se trouvent dans un 30
rapport de tension avec la liberté de publication négative. Une partie de la doctrine voit également dans la stratégie « Open Access » du Fonds national suisse une violation de la liberté de publication négative. En Allemagne, des membres d'une université ont même porté l'affaire devant la Cour constitutionnelle fédérale en raison d'un statut universitaire qui les oblige à déposer leurs recherches publiées dans des dépôts Internet accessibles au public après l'expiration du délai légal d'un an. Selon le point de vue défendu ici, les obligations de publication « Open Access » ne devraient pas poser de problèmes constitutionnels, malgré des effets secondaires involontaires (voir N. 31). Comme les modalités de publication sont concernées, il s'agit certes d'une atteinte aux droits fondamentaux ; en particulier dans le cas d'atteintes légères aux droits fondamentaux dues à l'obligation de « deuxième publication », c'est-à-dire au dépôt de la publication dans un repository accessible au public comme ZORA de l'Université de Zurich, l'atteinte devrait toutefois être justifiée par l'intérêt du public et des tiers à l'accès ainsi qu'au bon fonctionnement du système scientifique.

A l'inverse, la question se pose de savoir si la dimension objective de la liberté 31
de la science entraîne l'obligation pour l'Etat de prendre des mesures pour **protéger un système de publication qui fonctionne**. Les formes de concentration du marché qui faussent la concurrence chez les grandes maisons d'édition scientifiques actives au niveau international sont connues depuis longtemps. La tendance à l'abandon du modèle de souscription au

profit de l'« Open Access » a peut-être même accentué cette problématique. L'une des principales critiques adressées à la politique d'encouragement du FNS réside dans le fait que l'obligation de l'« Open Access » conduit à un nouveau renforcement des grandes maisons d'édition - au détriment des petits fournisseurs. Un autre problème réside dans les éventuelles pertes de qualité, car les frais de publication incitent les éditeurs à publier un maximum d'articles - plutôt que des articles de qualité. Cela n'est pas seulement problématique en raison de la charge élevée des prix pour les pouvoirs publics, mais aussi en raison de l'influence des grandes maisons d'édition sur la science. Ces dernières années, l'ingérence des maisons d'édition dans le travail de rédaction a conduit à plusieurs reprises à des démissions de rédactions de revues. La problématique s'est encore aggravée récemment, car les grandes maisons d'édition actives au niveau international se tournent de plus en plus vers le commerce des données et utilisent les outils développés par Google et autres pour analyser le comportement des utilisateurs, ce qui crée des possibilités d'influence d'une ampleur inédite. Cela prouve que les menaces pour l'indépendance de la science - importantes du point de vue des droits fondamentaux - ne proviennent pas seulement d'acteurs étatiques, mais aussi d'acteurs privés puissants. Comme ces derniers ne sont pas directement liés aux droits fondamentaux, la question des mesures de protection étatiques, par exemple celles relevant du droit de la concurrence, se pose. Il semble également nécessaire, du point de vue des droits fondamentaux, de promouvoir des alternatives au modèle « doré » problématique de l'« Open Access », dans lequel les publications sont soumises à des taxes élevées et qui sert en particulier les grandes maisons d'édition.

2. Liberté d'enseignement

32 Le contenu partiel de la liberté d'enseignement protège la liberté de l'enseignement. Les activités protégées comprennent **la liberté concernant les méthodes d'enseignement et le choix des matières**. En d'autres termes, la liberté d'enseignement est une « liberté d'expression spécifiquement adaptée à l'enseignement scientifique ». Parallèlement à la liberté de la recherche, ce n'est pas seulement l'enseignement universitaire qui est visé, mais l'enseignement dans l'ensemble du contexte de l'université ; la transmission du savoir à un public plus large en dehors de l'amphithéâtre est également couverte de manière judicieuse. Comme pour la liberté de la recherche, il est également nécessaire que le critère de *scientificité* de

l'enseignement soit rempli, ce qui implique la transmission des rationalités spécifiques à chaque discipline dans le cadre des capacités des étudiants et la capacité de débattre de manière critique des positions scientifiques. Il ne doit toutefois pas s'agir de la transmission d'une recherche personnelle, ce qui serait aujourd'hui impossible à réaliser de manière réaliste. La formation professionnelle pure et l'enseignement dans les écoles d'enseignement général ne sont pas inclus. L'enseignement en ligne ainsi que les nouveaux formats tels que les podcasts ou les chaînes Youtube relèvent également du domaine de protection. Les activités d'enseignement sous sa propre responsabilité sont couvertes en premier lieu ; selon la doctrine dominante, les activités d'enseignement liées à des directives, comme les tutorats accompagnant les cours, qui sont effectués par des assistants, mais dont la responsabilité incombe aux professeurs, ne relèvent pas du domaine protégé. Cette position est trop catégorique, d'autant plus que de nombreux assistants peuvent apporter leur propre style d'enseignement et participer de fait à la conception de cours dont ils ne sont pas responsables, ce qui plaide pour une extension de la protection.

3. Liberté d'apprentissage ?

L'intégration de la liberté d'apprentissage en tant que **troisième élément autonome** a été rejetée lors des débats parlementaires. Une partie désormais majoritaire de la doctrine réclame néanmoins la reconnaissance d'une liberté d'apprentissage, soit en tant que contenu partiel autonome, soit en tant que sous-ensemble de la liberté d'enseignement. Cela reflète en fin de compte l'idée humboldtienne d'une communauté d'enseignants et d'apprenants et d'un échange dans le respect mutuel. Selon ce point de vue, la liberté d'apprentissage comprend le droit des étudiants à pouvoir organiser leurs études sans être soumis à des réglementations disproportionnées. Les processus d'apprentissage des étudiants sont également protégés, sans qu'ils soient contraints d'adopter les valeurs idéologiques ou politiques du personnel enseignant. On peut toutefois se demander si une telle répression par « l'autorité des enseignants » serait comprise dans la liberté d'enseignement. Cela est particulièrement pertinent lors de la rédaction de travaux de séminaire ou de fin d'études ; dès que les étudiants disposent des outils scientifiques correspondants et travaillent de manière autonome sur le plan scientifique, ils bénéficient de toute façon de la protection de la liberté

33

de la recherche, ce qui devrait entrer en ligne de compte en particulier dans les études avancées.

34 Dans la pratique, des questions relatives à d'éventuelles obligations de droit positif ou à **des droits subjectifs** se sont notamment posées en rapport avec la formation universitaire. Le Tribunal fédéral les traite toutefois principalement sous le titre de la liberté professionnelle selon l'art. 27 al. 2 Cst. et de la liberté personnelle selon l'art. 10 al. 2 Cst. Dans le contexte des restrictions d'admission (numerus clausus), il a souligné qu'il n'existait pas de droit constitutionnel à l'accès à des études universitaires ; *a fortiori*, cela vaut pour des offres d'enseignement particulières. Seul le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit est garanti par l'art. 19 Cst., tandis que la formation professionnelle et continue est un objectif social que le législateur doit concrétiser (art. 41 Cst.). Toutefois, les art. 8 et 9 Cst. produisent certains « effets indirects des droits fondamentaux » et garantissent un « droit à une réglementation non arbitraire et conforme au droit lors de l'admission aux places d'études disponibles ». Ce droit découle déjà des art. 8 Cst. et 9 Cst. Une partie de la doctrine déduit de l'art. 8 Cst. un droit à des bourses en cas de besoin financier ainsi qu'à des réductions de taxes. Il n'existe pas de droit à ne pas devoir passer d'examens. Dernièrement, dans un arrêt non encore publié, le Tribunal fédéral a accepté le recours d'une candidate aux études de médecine vétérinaire qui, en raison d'un trouble de la lecture (dyslexie), n'avait pas obtenu de l'Université de Berne de temps supplémentaire pour passer le test d'admission. De telles revendications subjectives, par exemple pour l'adaptation des examens aux personnes handicapées, seraient modernes et bienvenues.

C. Domaine de protection personnelle

35 **Les bénéficiaires des droits fondamentaux** sont tout d'abord les personnes physiques , indépendamment de leur âge ou de leur nationalité. Comme pour le domaine de protection matériel, le cadre de l'activité scientifique ne joue aucun rôle, c'est-à-dire que celle-ci se déroule à l'intérieur ou à l'extérieur d'une haute école ou même en privé, tant que le critère de scientificité est rempli. Dans ce cadre, les qualifications formelles sont également sans importance ; toute personne peut donc se prévaloir de la liberté de la science. « La communauté des scientifiques se constitue par un discours concret dont la cohérence est établie par des critères qualitatifs de

rationalité, mais pas par une adhésion formelle ». Cela vaut donc également pour les étudiants, dans la mesure où une prestation de recherche scientifique autonome est fournie. Les personnes morales de droit privé peuvent également se prévaloir de la liberté scientifique si les activités de recherche correspondantes se déroulent dans des conditions de scientificité (sur cette notion, voir ci-dessus III. A.).

Les établissements d'enseignement supérieur publics se trouvent dans une position « hybride » ou**dans un**« **double rôle** »· D'une part, elles sont directement destinataires des droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.) ; d'autre part, elles peuvent, dans certaines circonstances, être également titulaires de droits fondamentaux. C'est tout d'abord le cas lorsqu'elles s'engagent au nom des chercheurs concernés contre des violations de droits. Par ailleurs, les hautes écoles peuvent également invoquer des violations de leur propre autonomie. Le Tribunal fédéral déduit alors l'autonomie des hautes écoles - tant au niveau fédéral que cantonal - de l'art. 63a Cst. et non de la liberté de la science. 36

D. Restrictions

1. Atteintes

Il découle de la conception de la garantie de l'art. 20 Cst. comme droit de défense que l'**Etat doit en principe s'abstenir de prendre des mesures** qui portent atteinte à la liberté de la science. Les atteintes peuvent émaner de tous les détenteurs de la puissance publique, c'est-à-dire des organes étatiques à tous les niveaux de l'administration centrale et décentralisée, ainsi que des particuliers dans le cadre de l'accomplissement de tâches publiques (art. 35 al. 1 Cst.). Les universités cantonales et les EPF ainsi que le Fonds national suisse sont donc également concernés. Il convient de noter que la recherche et l'enseignement sont limités d'emblée en raison de leur besoin d'aménagement par l'État, par exemple par les règlements d'études et d'examens, l'infrastructure disponible, les ressources, etc. Cet aménagement de la liberté scientifique peut, mais ne doit pas, signifier une restriction au sens des droits fondamentaux et doit être examiné au cas par cas. Le transfert de compétences des cantons à la Confédération dans le domaine de la réglementation de la science (voir ci-après) a réduit les possibilités pour le 37

Tribunal fédéral de contrôler le respect de la liberté de la science par le législateur (art. 190 Cst.).

38 **Les atteintes** peuvent être **directes ou indirectes**. Les atteintes directes nécessitant une justification résultent par exemple de prescriptions concernant, voire interdisant, des objets et des méthodes de recherche. La loi relative à la recherche sur les cellules souches (LRCS), qui met en œuvre l'art. 119 Cst., en est un exemple : elle interdit notamment la production d'embryons à des fins de recherche, la modification du patrimoine génétique d'une cellule germinale ou l'obtention de cellules souches embryonnaires à partir de celle-ci, ainsi que la création de clones, de chimères ou d'hybrides (art. 3 al. 1 let. a-c LRCS). La loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH) réglemente la recherche sur l'être humain et définit à l'art. 5 ce qui constitue une question scientifique pertinente. Les directives des hautes écoles en matière de recherche et d'enseignement, par exemple dans le cadre de la définition de leur profil ou de leurs priorités, doivent en principe être justifiées. En outre, les obligations d'autorisation et de déclaration, par exemple pour les essais cliniques sur l'homme selon la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh) ou les essais sur les animaux selon la loi sur la protection des animaux (LPA), doivent être considérées comme des entraves. D'autres exemples sont les procédures civiles ou pénales contre des individus protégés par la liberté scientifique en raison de déclarations scientifiques, les restrictions d'entrée ou de sortie, les procédures disciplinaires ainsi que, depuis peu, les directives concernant les règles linguistiques ou les « trigger warnings ». Les trigger warnings dans l'enseignement à l'université sont des indications ou des avertissements qui attirent l'attention des étudiants sur le fait que certains contenus des cours à venir pourraient être potentiellement stressants ou émotionnellement bouleversants. Les obligations et interdictions de publication ou les prescriptions concernant les modalités de publication constituent également, dans un premier temps, des atteintes à la liberté de la science. Cela vaut par exemple pour les obligations d'Open Access ainsi que pour les directives concernant l'utilisation des canaux de médias sociaux par les chercheurs. La charge excessive de tâches d'enseignement, d'examen ou administratives peut constituer une atteinte indirecte à la liberté de la science ; il en va de même pour les évaluations des performances individuelles de recherche. Celles-ci peuvent inciter les chercheurs à privilégier certains thèmes de recherche - par exemple ceux qui sont plus

prometteurs - et déployer ainsi un « chilling effect ». Il en va de même pour la pression croissante en faveur de l'obtention de fonds de tiers.

2. Justification

Toutes les atteintes à l'art. 20 Cst. sont soumises aux **conditions générales** de l'art. 36 Cst. La situation juridique est différente en Allemagne, où la liberté de la science, en tant que droit fondamental sans réserve, ne fait l'objet d'aucune réserve. Cela ne signifie pas qu'elle est accordée sans limites ; les limites sont plutôt déterminées de manière immanente par la Constitution, c'est-à-dire qu'elles découlent de la protection d'autres biens juridiques garantis par la Constitution. Néanmoins, cela signifie un niveau de protection plus élevé par rapport aux droits fondamentaux qui ne sont pas garantis sans réserve. 39

Si la science est importante pour la société actuelle, l'expérience historique a également mis en évidence le potentiel d'abus ainsi que les dangers et **risques** particuliers qu'elle peut engendrer, dont l'invention de la bombe atomique est un exemple paradigmatique. La recherche sur les virus peut par exemple fournir de nouvelles connaissances importantes pour la lutte contre les maladies, mais peut également servir à la production d'armes biologiques (« dilemme du double usage »). Plus récemment, cette problématique a été discutée en particulier dans le contexte de l'intelligence artificielle. Cette ambivalence se reflète dans différentes dispositions constitutionnelles qui ancrent la liberté de la science tout en la limitant. Ainsi, l'art. 21 al. 2 de la Constitution du canton de Berne stipule que « les personnes actives dans la science, la recherche et l'enseignement assument leur responsabilité envers l'intégrité de la vie des êtres humains, des animaux, des plantes et de leurs bases vitales ». Il en va de même pour les « clauses civiles », selon lesquelles la recherche et l'enseignement ne peuvent servir que des buts pacifiques, mais aussi pour les clauses constitutionnelles selon lesquelles la liberté de la science ne dispense pas de la fidélité à la Constitution. 40

L'art. 20 Cst. ne contient pas une telle restriction. Néanmoins, la recherche scientifique en Suisse est intégrée dans un **réseau dense de règles** qui fixent des limites à la liberté. Cela vaut pour la recherche sur l'être humain (art. 118b Cst.), la procréation médicalement assistée et le génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) ainsi que le génie génétique dans le domaine non humain (art. 120 Cst.). Différentes lois concrétisent ces dispositions 41

constitutionnelles, notamment la LRH, la LFH ou la LPTh. La LPA ainsi que les réglementations relatives à la protection des données (art. 13 al. 2 Cst. ainsi que les lois cantonales et fédérales) sont également pertinentes.

42 **Le motif justificatif** au sens de l'art. 36 al. 2 Cst. est tout d'abord la protection des droits fondamentaux de tiers. Il s'agit notamment de la dignité humaine (art. 7 Cst.), de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et de l'autodétermination en matière d'information (art. 13 al. 2 Cst.). D'autres objectifs constitutionnels élémentaires tels que la dignité de la créature (art. 120 al. 2 Cst.), la protection de l'environnement (art. 74 Cst.) et la protection de la santé publique (art. 118 Cst.) sont également des intérêts d'intervention légitimes. Les mesures visant à protéger un système scientifique qui fonctionne, comme l'assurance qualité de la recherche et de l'enseignement, peuvent également constituer un intérêt public servant de justification dans le cadre de la proportionnalité. En ce qui concerne la pesée des intérêts, le Tribunal fédéral a souligné, dans le contexte de la protection des animaux (art. 80 Cst.), que la liberté de la recherche ne jouit pas d'une priorité générale par rapport à d'autres valeurs protégées par la Constitution ; au contraire, les intérêts en question doivent être mis sur un pied d'égalité et pesés les uns contre les autres au cas par cas. Le gain de connaissances escompté joue un rôle à cet égard. Le Tribunal fédéral a considéré qu'une interdiction absolue de la recherche sur les cellules germinales pour des raisons de dignité humaine était anticonstitutionnelle, alors qu'une interdiction de la recherche sur les embryons ou les fœtus vivants était constitutionnelle.

43 Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur le **contenu essentiel** de la liberté de la science au sens de l'art. 36 al. 4 Cst. La doctrine dominante semble être que l'interdiction de censure préalable systématique du contenu, statuée à l'art. 17 al. 2 Cst., s'applique à tous les droits fondamentaux de la communication et donc également à la diffusion des résultats de la recherche en tant que contenu communicatif de la liberté de la science. Une opinion minoritaire défend le point de vue selon lequel il serait contradictoire, dans le domaine de la recherche à double usage (« dual-use »), de ne pas qualifier les interdictions de recherche de violation du noyau dur, bien qu'il s'agisse d'atteintes graves aux droits fondamentaux, alors que les interdictions de publication le sont. Thurnherr fait remarquer qu'une partie de la doctrine ne classifie pas les formes de contrôle préalable systématique du contenu, comme par exemple dans le cas du contrôle préalable de la publicité

pour les médicaments, comme une atteinte au domaine essentiel. Il est clair que les contrôles préventifs sont des atteintes graves aux droits fondamentaux de la communication qui, dans le cadre de la justification, entraînent des exigences élevées en termes de niveau et de densité de la norme.

E. Défis et discussions actuels

1. Résurgence de menaces traditionnelles

Au niveau international, la liberté de la science est aujourd'hui de plus en plus considérée comme **menacée**. A une époque où l'Etat de droit est à nouveau soumis à une forte pression en Europe, les représailles contre les chercheurs se multiplient. En Hongrie, par exemple, la fermeture de la « Central European University » en 2019 a provoqué des remous ; en Turquie, les licenciements massifs dans les universités suite à l'échec *du coup d'Etat* en 2016. Les possibilités techniques et les outils numériques peuvent également conduire à des situations de danger inédites. Ainsi, ces dernières années, on met de plus en plus en garde contre le potentiel d'abus de la collecte et de l'accumulation systématiques de métadonnées lors de l'utilisation de l'infrastructure numérique et des possibilités de surveillance qui en découlent dans le domaine scientifique. Mais les menaces pesant sur la liberté scientifique ne se limitent pas aux États illibéraux et aux nouvelles technologies. L'*Academic Freedom Index* conclut que la liberté scientifique a globalement reculé depuis 2006. En Suisse, elle est restée stable au cours des dix dernières années : en 2023, elle a atteint une valeur de 0,85 sur une échelle de 0 à 1. 44

2. Nouvelles menaces

a. « Cancel Culture »

Ces dernières années, les démocraties occidentales et la Suisse ont discuté de nouvelles menaces potentielles. Il s'agit tout d'abord de la crainte souvent exprimée que l'espace de discussion scientifique se rétrécisse de plus en plus en raison d'un *political correctness* excessif et qu'il en résulte une **moralisation et une politisation** de la science, en particulier par les cercles de gauche « woke » (« vigilants »). Il est souvent question d'une dictature du politiquement correct importée des États-Unis, d'une tyrannie de la minorité ou même d'un totalitarisme éclairé. Cela conduit à une « cancel culture » ou à 45

un « contrôle du discours » à l'université, ce qui signifie « faire taire les représentants de points de vue scientifiques socialement indésirables »... On cite par exemple des cas - souvent très médiatisés - où des professeurs sont « dénoncés » pour des propos tenus sur les réseaux sociaux ou où des étudiants protestent contre la tenue de certaines manifestations à l'université, voire les empêchent, afin de ne pas offrir de plateforme aux intervenants (« no platforming »). Les revendications des étudiants pour des « safe spaces » ou des « trigger warnings » sont également citées comme des exemples de *political correctness* ou *de wokeness* exagérés et comme une menace pour la liberté scientifique, en particulier sous la forme de la liberté d'enseignement. Des études suggèrent toutefois que certains cas sont souvent fortement exagérés par les médias et que le discours sur la « cancel culture » est souvent instrumentalisé par des forces conservatrices, voire illibérales, pour renverser la situation. En d'autres termes, l'accusation de « cancellation » est souvent utilisée pour protéger et défendre les privilèges existants contre une critique justifiée. Un exemple est de rejeter les critiques des étudiants contre les examens ou le matériel pédagogique qui reproduisent des rapports sociaux stéréotypés - par exemple en présentant les femmes comme des femmes au foyer ou les personnes issues de l'immigration comme des criminels - comme des sensibilités de la génération « snowflake ». Alors que la lutte contre la Cancel Culture se présente comme « le fer de lance d'un libéralisme qui se défend », elle fait en réalité « partie du backlash qui menace la démocratie libérale en premier lieu ».

46 Du **point de vue des droits fondamentaux**, on peut dire que la liberté scientifique ne confère probablement pas de droit à des espaces de protection et à des règles linguistiques universitaires, et que les revendications des étudiants en ce sens ne violent pas la liberté d'enseignement des membres de l'université. En revanche, un droit à la protection contre les perturbations violentes des manifestations scientifiques devrait découler de ce droit fondamental. Un tel droit devrait également exister lorsque des scientifiques se voient exposés à des attaques, par exemple sur *les médias sociaux*, en raison de leurs déclarations scientifiques ; dans de tels cas, l'article 20, dans sa dimension de devoir de protection, devrait exiger que l'université se place devant ses chercheurs pour les protéger, par exemple par une prise de position publique. Dans l'ensemble, compte tenu de la fonction épistémique et démocratique centrale de la liberté scientifique dans une société ouverte, il semble important de se confronter également à des contenus divergents de sa

propre position et peut-être même désagréables. Tant les étudiants que le personnel enseignant doivent y faire face. La « Cancel Culture » semble donc être une menace pour la liberté scientifique, en particulier dans la mesure où elle attise un climat anti-intellectuel et met ainsi en danger à long terme la recherche libre en tant qu'institution.

Les mesures *étatiques* visant à réguler le discours académique, telles qu'elles semblent se multiplier ces derniers temps dans les pays d'Europe occidentale, peuvent être qualifiées d'atteintes classiques à la liberté de la science. Le fait que la direction de l'université introduise des règles de langage contraignantes, réglemente l'utilisation *des médias sociaux* par les professeurs, exclue des conférenciers invités en raison de la menace de protestations ou licencie même des membres du personnel enseignant en raison de déclarations faites, par exemple, dans l'amphithéâtre, peut constituer une atteinte à la liberté scientifique qui doit être justifiée. Lors de l'évaluation de l'existence d'une atteinte à la liberté scientifique, des questions difficiles de délimitation par rapport à la liberté d'opinion et entre les « faits objectifs » et l'expression d'opinions subjectives peuvent se poser, mais elles sont inévitables si l'on veut maintenir un domaine de protection autonome pour la liberté scientifique. Il n'est certes pas nécessaire de défendre une position socioconstructiviste radicale pour reconnaître que la science n'est jamais complètement apolitique et neutre et qu'elle se situe en quelque sorte « en dehors de la société ». Néanmoins, du point de vue du droit constitutionnel, il existe des limites à ce qui peut encore être considéré comme de la science. L'exacerbation et même la transmission légèrement tendancieuse de contenus dans les amphithéâtres ou sur les réseaux sociaux devraient être couvertes par la liberté de la science ; en revanche, les discours de haine, les déclarations racistes et les polémiques ne devraient même pas remplir les exigences minimales de rationalité pour tomber dans le domaine de protection de l'art. 20. En revanche, il serait difficilement justifiable de couper les vivres à des domaines de recherche entiers, comme les *études de genre* ou les théories postcoloniales et critiques, au motif qu'il s'agirait de « pseudo-sciences » et d'un activisme « woken » derrière le voile de la science. Ainsi, c'est précisément au sein de la science qu'il faut décider ce qui est considéré comme science et ce qui ne l'est pas ; l'art. 20 Cst. interdit à l'Etat de trancher politiquement ces discussions. 47

b. « Politisation » et « économisation » de la science

48 **Les menaces plus subtiles pour les libertés** reçoivent moins d'attention médiatique **à l'époque de l'« économisation » et de la « politisation** " de la science, bien que, selon des sondages, les chercheurs soient par exemple beaucoup plus nombreux à se sentir limités par l'obligation de publier rapidement que par le "politiquement correct ». Le mot-clé « économisation » désigne le rapprochement général de la science et de l'économie, et notamment une orientation plus marquée de la recherche vers l'utilité économique ; la « politisation » désigne le lien de plus en plus étroit entre la science et la politique ou le savoir et le pouvoir. Ces deux phénomènes sont étroitement liés à l'importance croissante de la science et donc à « l'augmentation de la valeur de la monnaie "savoir" » dans la société actuelle. Tant l'économie que la politique sont, pour des raisons différentes, très demandeuses de la ressource « savoir » ; la science, quant à elle, dépend de ces deux systèmes pour ses besoins de financement.

49 Paradoxalement, c'est cette position importante de la science qui crée **de nouvelles vulnérabilités et possibilités d'influence**. L'influence des acteurs économiques affaiblit le caractère désintéressé de la recherche et comporte même le risque de manipuler les processus de recherche à des fins de profit. Cela nuit à l'intégrité et à la crédibilité de la science, qui se voit de toute façon exposée à une pression accrue en ces temps de populisme. En Suisse, c'est surtout le « sponsoring » privé qui a été analysé de manière critique jusqu'à présent dans la perspective des droits fondamentaux. Le recours accru au savoir scientifique en politique a pour conséquence que les experts sont de plus en plus impliqués dans les conflits politiques et peuvent être pris sous le feu croisé de la critique publique, ce qui est renforcé par la « médiatisation du rôle d'expert ». *Hirschi* décrit que les crises récentes, de l'euro à la crise de Corona en passant par la crise climatique, ont renforcé ces processus et contribuent à la polarisation du débat démocratique. L'appel de la politique scientifique à une plus grande efficacité de la science et à une plus grande responsabilité vis-à-vis du public, qui est étroitement lié aux tendances décrites et qui va de pair avec l'utilisation de mécanismes de contrôle économiques (« nouvelle gestion publique ») dans l'enseignement supérieur, a également des répercussions sur les processus scientifiques - et souvent des effets secondaires involontaires. Parmi les instruments utilisés, on peut citer la mesure de l'« impact » de la recherche à l'aide de données

bibliométriques dans le cadre d'évaluations ou la « projectisation » du financement de la recherche, c'est-à-dire l'attribution de fonds de recherche sur une base concurrentielle. Bien qu'il ne soit pas aussi développé que dans d'autres pays, l'encouragement public de la recherche en Suisse s'est davantage orienté ces dernières années vers des principes de performance et de concurrence. L'attribution de fonds sur la base de projets incite à s'orienter vers des « thèmes à la mode » qui permettent d'obtenir des fonds de tiers ; la mesure chiffrée de la recherche alimente la dynamique du « publish or perish » et incite les chercheurs à fractionner leurs résultats en autant de publications que possible (« salami slicing »).

Certes, ces tentatives de contrôle peuvent avoir un « chilling effect » dans certains cas, mais elles restent souvent **en dessous du seuil d'intervention** des véritables violations des droits fondamentaux. Au lieu de constituer un danger direct pour les droits fondamentaux individuels, elles concernent l'autonomie de la science en tant que telle et donc les conditions générales de la recherche libre. Ces menaces subtiles sont difficiles à saisir à l'aide de la conception dominante de la liberté de la science en matière de droit de la défense et attirent davantage l'attention sur la protection de l'institution de la science libre en tant que base de l'exercice de la liberté individuelle. 50

A propos de l'auteur

Raffaela Kunz est Dr. iur., FNSS Swiss Postdoctoral Fellow et chargée de cours à l'Université de Zurich. Auparavant, elle a notamment été Fellow au Collegium Helveticum à Zurich et chargée de recherche à l'Institut Max-Planck de droit public étranger et de droit international. Dans son habilitation, elle étudie les chances et les défis pour la liberté scientifique à l'ère du numérique. Elle est membre du comité directeur du Onlinekommentar et membre du Kompetenzzentrum Menschenrechte de l'Université de Zurich ainsi que de la Junge Akademie Schweiz.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, Recht und Zugang 3 (2021), S. 194-229.

Amschwand Fabian, Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen: verfassungsrechtlicher Rahmen und Leitlinien für die Umsetzung an den Hochschulen, Bern 2014.

Besson Samantha, Science without Borders and the Boundaries of Human Rights : Who Owes the Human Right to Science?/Une science sans frontière face aux frontières des droits de l'homme – Qui est débiteur du droit de l'homme à la science?, Journal européen des droits de l'homme 4 (2015), 462-485.

Besson Samantha/Achermann Katja, International Cooperation under the human right to science: What and Whose Duties and Responsibilities?, Frontiers in Sociology 2023, doi: 10.3389/fsoc.2023.1273984.

Dähne Harald, Forschung zwischen Wissenschaftsfreiheit und Wirtschaftsfreiheit. Dargestellt anhand der Forschung und Verwertung ihrer Erkenntnisse in der Bio- und Gentechnik, Berlin 2007.

Gärditz Klaus-Ferdinand, Universitäre Industriekooperation, Informationszugang und Freiheit der Wissenschaft, Tübingen 2019.

Hirschi Caspar, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, Leviathan 49 (2021), S. 161-186.

Lackey Jennifer (Hrsg.), Academic Freedom, Oxford 2018.

Kitcher Philipp, Science, Truth, and Democracy, Oxford 2001.

König Beat, Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2007.

Özmen Elif (Hrsg.), Wissenschaftsfreiheit im Konflikt. Grundlagen, Herausforderungen und Grenzen, Berlin 2021.

Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/ Ragone Giada, Academic Freedom under Pressure? A Comparative Perspective, Berlin 2021.

Schwander Verena, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002.

Voigt Friedmann (Hrsg.), Freiheit der Wissenschaft, Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion, Berlin 2012

Wilholt Torsten, Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen, Frankfurt/M. 2013.

BIBLIOGRAPHIE

Ammann Odile, Rechtswissenschaft und Politik: Fliessende Grenzen?, in: Mertens Christian/Köhler Thomas, Jahrbuch für politische Beratung 2019/2020, Wien 2020, S. 139-157.

Ammann Odile, Zur unscharfen Grenze zwischen Wissenschaftsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Analyse universitärer Social-Media-Leitlinien, Recht und Zugang 3 (2021), S. 194-229.

Ash Mitchell G., Diskurskontrolle an Deutschen Universitäten – Bedrohung der Wissenschaftsfreiheit?, Berlin 2022.

Atlas Ronald M./Dando Malcolm, The Dual-Use Dilemma for the Life Sciences, in: Biosecurity and Bioterrorism: Biodefense Strategy, Practice, and Science 4 (2006), S. 276 ff.

Augsberg Ino, Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit, in: Friedmann Voigt (Hrsg.), Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion, Berlin 2012, S. 65–89.

Augsberg Ino, Wissenschaftsverfassungsrecht, in : Vesting Thomas/Korioth Stefan (Hrsg.), Der Eigenwert des Vefassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Berlin 2011, 187-206.

Ausschusses für Wissenschaftliche Bibliotheken und Informationssysteme der Deutschen Forschungsgemeinschaft (AWBI), Datentracking in der Wissenschaft: Aggregation und Verwendung bzw. Verkauf von Nutzungsdaten durch Wissenschaftsverlage, Informationspapier vom 28.10.2021 (Zit. AWBI Informationspapier).

Bäuerle Michael, Open Access zu hochschulischen Forschungsergebnissen?, in: Britz Gabriele (Hrsg.), Forschung in Freiheit und Risiko, Tübingen 2012, S. 1-16.

Baur Nina/Besio Cristina/Norkus, Maria, Organisationale Innovation am Beispiel der Projektifizierung der Wissenschaft, in: Rammert, Werner/

Windeler, Arnold, Knoblauch, Hubert/Hutter, Michael (Hrsg.), Innovationsgesellschaft heute, Wiesbaden 2016.

Becker, Carl Heinrich, Vom Wesen der deutschen Universität, Leipzig 1925.

Besson, Samantha, L'effectivité des droits de l'homme. Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme, in : Zufferey, Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Fribourg 2011, 53-84.

Bethge Herbert, Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Heidelberg 2009.

Biaggini Giovanni, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, Art. 20 BV, 2. Aufl., Zürich 2017.

Boillet Véronique, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 20, Basel 2021.

Breining-Kaufmann Christine, Akademische Freiheit in Zeiten der Globalisierung – Liberalisierung und Studienreform als neue Herausforderung für die Wissenschaftsfreiheit, ZSR 123 I (2004), 307-341.

Britz Gabriele, in: Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG, 3. Aufl. Tübingen 2013.

Champeil-Desplats Véronique, Méthodologies du droit et des sciences du droit, 3. Aufl. Paris 2022.

Daub Adrian, Cancel Culture Transfer. Wie eine moralische Panik die Welt erfasst, Berlin 2022.

Ehrenzeller Bernhard, Bildungsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf 2020.

Eisentraut, Nikolas, Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine «öffentliche» Rechtswissenschaft?, Ordnung der Wissenschaft 3 (2020), 177-190.

Epiney Astrid, Wissenschaftsfreiheit, Hochschulautonomie und staatliche Förderung: zur Rolle des Staats in der Wissenschaftsförderung, in: Kreis Georg (Hrsg.), Wie viel Staat braucht die Schweiz?, Basel 2019.

Errass Christoph, Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung, in: Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent, Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich/Basel 2020.

Feyerabend Paul, Against Method, London 1975.

Froese Judith, Der Universitätscampus als «Safe Space»: Verlangt die Rechtsordnung die Gewährleistung einer Wohlfühlatmosphäre?, JZ 2018, S. 480.

Gärditz Klaus-Ferdinand, in: Dürig Günter/Herzog Roman/Scholz Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 5 Abs. 3 GG, 101. Lieferung, München 2023.

Gingras Yves, Bibliometrics and Research Evaluation: Uses and Abuses, Cambridge, MA, 2016.

Graf Fabienne Sarah/Haux Dario Henri, Verpflichtung zu Open Access – universitäres Publizieren der Zukunft?, Sui Generis 2017, S. 229, https://doi.org/10.21257/sg.46.

Grimm Dieter, Wissenschaftsfreiheit als Funktionsgrundrecht, in: Grimm, Dieter/Zechlin, Lothar/Möllers, Christoph/Schimank, Uwe, Wissenschaftsfreiheit in Deutschland: drei rechtswissenschaftliche Perspektiven, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften 2021, S. 17-23 (zit. Grimm 2021).

Grimm Dieter, Wissenschaftsfreiheit vor neuen Grenzen?, Göttingen 2007 (zit. GRIMM 2007).

Hertig Maya, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 20 BV, Basel 2015.

Hirschi Caspar, Expertise in der Krise. Zur Totalisierung der Expertenrolle in der Euro-, Klima- und Coronakrise, Leviathan 49 (2021), S. 161-186.

Institut für Demoskopie Allensbach, Forschungsfreiheit an deutschen Universitäten. Ergebnisse einer Umfrage unter Hochschullehrern, 2020.

Ishmael-Perkins Nick/Raman Sujatha/Metcalfe Jenni/Strudwicke Indigo/Gascoigne Toss/Leach Joan, The Contextualization Deficit: Reframing Trust in Science for Multilateral Policy, The Centre for Science Futures Working Paper, Paris 2023.

Jasanoff Sheila (Hrsg.), States of Knowledge. The Co-Production of Science and Social Order, London/New York 2004.

Jaspers Karl, Die Idee der Universität [1946], in: Fuchs Thomas/Halfwassen Jens/Schulz Reinhard, Karl Jaspers Gesamtausgabe, Basel 2016, S. 103-202.

Jonas Hans, Das Prinzip Verantwortung, Frankfurt/M. 1979.

Kaldewey David/Schauz Désirée, Die Wissenschaft als Gegenstand von Wissenschaft, in: Kaldewey Daivd (Hrsg.), Wissenschaftsforschung, Berlin/Boston 2023.

Kamp Manuel, Forschungsfreiheit und Kommerz. Der Grundrechtliche Schutz mit wirtschaftlicher Zielsetzung betriebener Forschung und ihrer Verwertung, beispielhaft anhand der Arzneimittelzulassung, Berlin 2004.

Kessler Sabrina Heike/Cano Pardo Miriam S./Jobin Anna/Georgi Fanny, How Informed are the Swiss about COVID-19 and Prevention Measures? Results of a Survey on Information Awareness, Behaviour, and Deficits, European Journal of Health Communication 3 (2022), 118-142.

Khoo Shaun Yon-Seng, Article Processing Charge Hyperinflation and Price Insensitivity: An Open Access Sequel to the Serials Crisis, Liber Quarterly 29 (2019), https://doi.org/10.18352/lq.10280.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kinzelbach Katrin/Lindberg Staffan I./Lott Lars, Academic Freedom Index 2024 Update. FAU Erlangen-Nürnberg/V-Dem Institute 2024, DOI: 10.25593/open-fau-405.

Kley Andreas, Die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), in: Mauron Pierre, Schweizerische juristische Kartothek, Genf 2004.

Kley Andreas, Freie Bahn für Open Access, Plädoyer 03/2018, S. 36-38.

König Beat, Grundlagen der staatlichen Forschungsförderung, Zürich/Basel/Genf 2007.

Kourany Janet, The Gender of Science, Englewood Cliffs 2002.

Kuhn Thomas S., Objectivity, Value Judgment, and Theory Choice, in: Kuhn Thomas S., The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change, Chicago 1977.

Kunz Raffaela, Tackling Threats to Academic Freedom Beyond the State: The Potential of Societal Constitutionalism in Protecting the Autonomy of Science in the Digital Era, Indiana Journal of Global Legal Studies 30 (2023), S. 265-291.

Larivière Vincent/Haustein Stefanie/Mongeo Philippe, The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era, Plos One, 10 (2015), https://doi.org/10.1371/journal.pone.0127502.

Latour Bruno/Woolgar Steven, Laboratory Life. The Social Construction of Scientific Facts, Beverly Hills 1979.

Löwer Wolfgang, in: Merten Detlef/Paper Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, § 99 Freiheit wissenschaftlicher Lehre und Forschung, Heidelberg 2011.

Magni Francesco, Trigger Warnings and Academic Freedom: A Pedagogic Perspective, in Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/Ragone Giada, Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective, Berlin 2021.

Merton Robert K., The normative structure of science [1942], in: Merton Robert K. (Hrsg.), The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations, Chicago 1973, S. 267–278.

Mill John Stuart, On Liberty, Utilitarianism and other Essays [1863], Oxford 2015.

Möllers Christoph, Funktionsgrenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Grimm, Dieter/Zechlin, Lothar/Möllers, Christoph/Schimank, Uwe, Wissenschaftsfreiheit in Deutschland: drei rechtswissenschaftliche Perspektiven, Berlin 2021, 35-42.

Müller Jörg-Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller, Markus, Akademische Freiheit. Sorgen um ein bedrohtes Gut, in: Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kren Kostkiewicz, Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, S. 381-403.

Müller, Markus, Die Glaubwürdigkeit von Wissenschaft in Zeiten der Ökonomisierung, SAGW-Bulletin 1 (2024), S. 27-30.

Münkler Laura, Expertokratie: Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus, Tübingen 2020.

Nowotny Helga, The Changing Nature of Public Science, in: Nowotny Helga et al. (Hrsg.), The Public Nature of Science under Assault, Berlin/Heidelberg 2005, S. 1-27.

Nygaard Lynn P./Bellanova Rocco, Lost in Quantification: Scholars and the Politics of Bibliometrics, in: Curry Mary Jane and Lillis Theresa (Hrsg.), Global Academic Publishing, Bristol 2017, S. 23-36.

Peat Daniel/Rose Cecily, The Changing Landscape of International Law Scholarship: Do Funding Bodies Influence What We Research?, Yale Journal of International Law 49 (2024), S. 125-153.

Popper Karl, Die Logik der Forschung [1934], 11. Aufl. Tübingen 2005 (Herbert Keuth Hrsg.).

Ragone Giada, Ethical Codes and Speech Restrictions: New Scenarios and Constitutional Challenges to Freedom of Teaching at University—The Italian Perspective, in: Seckelmann Margrit/Violini Lorenza/Fraenkel-Haeberle Cristina/Ragone Giada, Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective (Springer 2021).

Ruffert Matthias, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Kultur und Wissenschaft: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt am Main vom 5. bis 8. Oktober 2005, Berlin/Boston 2006, S. 146-216.

Schabas William A., Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and its Applications, in: Donders Yvonne/Volodin

Vladimir (Hrsg.), Human Rights in Education, Science and Culture. Legal Developments and Challenges, Aldershot 2007.

Schefer Markus/Cueni Raphaela, Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV, in: Jusletter 7. Februar 2022.

Schimanik Uwe/Hüthre Otto, Forschungsfinanzierung und Individuelle Wissenschaftsfreiheit: Balance von sicherer Grundfinanzierung und finanzieller Anreizsteuerung, Berlin 2022.

Schwander Verena, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, Bern 2002.

Schwander Verena, Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, in: Müller Albert/Schwingens Rainer Christoph, Wissenschaftsfreiheit in Vergangenheit und Gegenwart, Basel 2008.

Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Art. 20 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Art. 35 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizerischer Wissenschafts- und Technologierat, «Economization of Science», SSTC Report 4/2013.

Schmidt-Assmann, Eberhard,Wissenschaft – Öffentlichkeit – Recht, in Dreier Horst (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Berlin 2005, S. 67-96.

Seckelmann Margrit, Deutungskämpfe auf dem Campus: Der Wunsch nach safe spaces und trigger warnings, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 4 (2020), S. 372-387 (zit. Seckelmann 2020).

Statunato Stefano, Wissenschaft, Wahrheit und Demokratie. Elemente einer normativen Theorie der Wissenscahftsfreiheit, Diss Zürich 2024.

Strasser Bruno/Baudry Jérôme/Mahr Dana/Sanchez Gabriela/Tancoigne Elise, «Citizen Science»? Rethinking Science and Public Participation, Science & Technology Studies 32 (2019), S. 52-76.

Swissuniversities/Swiss National Science Foundation, Swiss National Open Access Strategy. Revised in 2024, Bern 2024.

Teubner Gunther, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 1-28.

Thurnherr Daniela, Biosecurity und Publikationsfreiheit. Die Veröffentlichung heikler Forschungsdaten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit – eine grundrechtliche Analyse, Bern 2014.

Trute Hans-Heinrich, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994.

Urbina Fabio/Lentzos Filippa/Invernizzi Cédric/Ekins Sean, Dual use of artificial-intelligence-powered drug discovery. Natature Machine Intelligence 4 (2022), 189–191.

Venzke Ingo, How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists, Oxford 2012.

Vrielink Jogchun/Lemmens Koen/Lemmens Paul/Parmentier Stephen, Challenges to academic freedom as a fundamental right, LERU Advice Paper No. 31, April 2023.

Weingart Peter, Die Stellung der Wissenschaft im demokratischen Staat, in: Martina Franzen et al. (Hrsg.), Autonomie revisited. Beiträge zu einem umstrittenen Grundbegriff in Wissenschaft, Kunst und Politik, Weinheim 2014, S. 305–329.

Weingart Peter, Die Stunde der Wahrheit? Zum Verhältnis der Wissenschaft zu Politik, Wirtschaft und Medien in der Wissensgesellschaft, Weilerswist 2001.

Weingart Peter, Wissenschaftssoziologie, 3. Aufl. Bielefeld 2013.

Weingart Peter/Wormer Holger/Wenninger Andreas/Hüttl Reinhard F. (Hrsg.), Perspektiven der Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, Weilerswist 2017.

Wilholt Torsten, Die Freiheit der Forschung. Begründungen und Begrenzungen, Suhrkamp 2012.

Zwirner Heinrich, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Archiv des öffentlichen Rechts 98 (1973), 313-339.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 22 Cst.

Un commentaire de Patrice Martin Zumsteg

PROPOSITION DE CITATION

Patrice Martin Zumsteg, Commentary of art. 22 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Zumsteg, art. 22 FC N XXX.

Art. 22 Liberté de réunion

[1] La liberté de réunion est garantie.

[2] Toute personne a le droit d'organiser des réunions, d'y prendre part ou non.

TABLE DES MATIÈRES

I. Histoire de la création 339
II. Contexte 339
A. Notion d'assemblée 339
B. La liberté de réunion en tant que droit fondamental de communication 340
III. Garantie de la liberté de réunion 340
A. Ancrage 340
B. Droits fondamentaux 341
1. Ayants droit aux droits fondamentaux 341
2. Domaine matériel de protection en général 342
3. Droits de défense contre l'Etat en particulier 343
4. Droits à une action de l'Etat en particulier 344
a. Lieu de la réunion 344
b. Participants à un rassemblement 346
C. Limitabilité de la liberté de réunion 347
1. Restriction directe de la liberté de réunion 347
2. Restriction indirecte de la liberté de réunion 349
3. Justification des restrictions 350
a. Base légale 350
b. Intérêt justificatif 351
c. Proportionnalité 352
d. Contenu essentiel 353
D. Réalisation de la liberté de réunion 354
E. Nouvelles technologies et liberté de réunion 355
IV. Avenir de la liberté de réunion 357
Lectures complémentaires recommandées 358
Bibliographie 359

I. HISTOIRE DE LA CRÉATION

La liberté de réunion ne faisait pas partie des rares garanties des droits fondamentaux qui étaient explicitement ancrées dans les constitutions fédérales de 1848 et 1874. En revanche, la liberté de culte pour les confessions chrétiennes reconnues - et donc la protection de leurs réunions - était positive depuis 1848. De même, l'arrêt du Tribunal fédéral de 1889, dans lequel la Cour suprême a protégé pour la première fois la liberté de réunion en tant qu'élément de la liberté d'association, avait un arrière-plan religieux. Ce n'est qu'en 1970 que la jurisprudence du Tribunal fédéral a reconnu la liberté de réunion comme un droit fondamental autonome et non écrit. 1

Selon la pratique de la plus haute juridiction, les rassemblements ayant pour but d'exprimer un souhait idéal au public ne sont pas protégés par une garantie autonome de la liberté de manifestation. Le fait de ne pas s'adresser explicitement aux manifestations en tant que forme particulière de rassemblement se reflète dans l'historique de la dernière révision totale de la Constitution fédérale. L'alinéa proposé par le Conseil fédéral encore en 1996 sur l'obligation d'obtenir une autorisation pour les manifestations sur le domaine public n'a pas trouvé de majorité aux Chambres fédérales. Les deux autres alinéas - sous la forme du projet mentionné - sont en vigueur sans changement depuis l'an 2000 en tant qu'art. 22 Cst. 2

II. CONTEXTE

A. Notion d'assemblée

Par définition, une assemblée comprend plus d'une personne. Le rassemblement de ces deux personnes ou plus ne doit pas être organisé juridiquement. Seuls les rassemblements aléatoires de personnes individuelles sont exclus. En outre, le nombre de personnes qui se rassemblent n'est pas pertinent. 3

Le rassemblement est limité dans le temps, mais la durée exacte n'a pas d'importance. Au sens figuré, une flash mob de quelques minutes tout comme un campement de protestation qui s'étend sur plusieurs jours doivent être qualifiés de rassemblement. La protection des droits fondamentaux 4

commence avec les préparatifs et se termine après la dissolution complète du rassemblement.

5 L'étendue spatiale est tout aussi flexible - les rassemblements peuvent avoir lieu sur des terrains privés ou publics et être statiques ou en mouvement.

6 Sur le fond, une assemblée sert "un but mutuel largement compris de formation ou d'expression d'opinions". Un tel but idéal peut également consister en une réunion informelle dans un but amical ou de divertissement.

B. La liberté de réunion en tant que droit fondamental de communication

7 Selon ce qui précède, les réunions peuvent servir des objectifs très différents, la liberté de réunion en tant que droit fondamental de communication visant en premier lieu la formation et la manifestation collectives d'une opinion. Cette fonction d'appel est notamment typique d'une manifestation, comprise comme un rassemblement avec manifestation d'opinion politique en public.

8 Pour les minorités en particulier, un rassemblement peut constituer l'un des rares moyens d'attirer l'attention de la société majoritaire sur leurs préoccupations, soit directement, soit par le biais de la couverture médiatique. Les rassemblements, et en particulier les manifestations, contribuent ainsi de manière importante au libre débat dans la société, qui est l'une des préoccupations centrales des droits fondamentaux de la communication.

III. GARANTIE DE LA LIBERTÉ DE RÉUNION

A. Ancrage

9 Selon ce qui a été dit, l'art. 22 Cst. garantit la liberté de réunion d'une manière générale (al. 1), tout en mentionnant explicitement certains aspects de cette liberté (al. 2).

10 Étant donné que le deuxième alinéa mentionne le droit de "s'abstenir de participer à des réunions", tout comme le droit de participer à des réunions, il ressort déjà clairement de la formulation que le droit fondamental de l'art. 22 Cst. comprend une liberté positive et une liberté négative. Dans la mesure où le rassemblement prend la forme d'une manifestation, celle-ci est placée sous

la protection conjointe de la liberté de réunion et de la liberté d'expression (art. 22 et art. 16 Cst.).

On peut y voir un parallèle avec l'ancrage de la liberté de réunion dans le droit international. Celle-ci est également garantie par l'art. 11 CEDH et l'art. 21 du Pacte II de l'ONU. En principe, ces garanties, en tant que droits fondamentaux plus spécifiques, priment sur la liberté d'expression telle qu'elle est ancrée dans l'art. 10 CEDH et l'art. 19 du Pacte II de l'ONU. Toutefois, la jurisprudence de la CEDH selon laquelle l'article 11 doit être compris à la lumière de l'article 10 CEDH s'applique aux manifestations. Le Tribunal fédéral a décidé que ces garanties internationales des droits de l'homme n'établissaient pas une protection plus étendue que la Cst. En même temps, il s'appuie régulièrement sur la jurisprudence de la CEDH pour interpréter les garanties de la CEDH. 11

Jusqu'à présent, les garanties spéciales de la liberté de réunion de l'art. 5 let. d ch. ix de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) et de l'art. 15 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) ont été moins respectées dans la pratique. Et ce, bien que la Suisse reconnaisse, tant pour l'ADR que pour la CDE, le mécanisme de recours individuel respectif. Les manifestations d'écoliers dans le contexte du changement climatique ont montré qu'il existe un potentiel de développement de la liberté de réunion. En effet, la CDE reconnaît d'une part les enfants comme des sujets de droit à part entière, dont les préoccupations (politiques) doivent être entendues, et d'autre part la vulnérabilité particulière des personnes mineures. Cette vulnérabilité doit être prise en compte de différentes manières : Les enfants doivent être soutenus dans une éventuelle procédure d'autorisation, la contrainte directe lors des réunions ne doit être utilisée qu'avec une extrême retenue et il convient également de renoncer autant que possible aux conséquences financières. 12

B. Droits fondamentaux

1. Ayants droit aux droits fondamentaux

Toutes les personnes physiques, indépendamment de leur nationalité et d'un éventuel statut particulier, peuvent se prévaloir de la liberté de réunion. 13

14 Il en va de même pour les comités d'organisation spontanés et les personnes morales lorsqu'ils sont organisateurs d'un rassemblement.

15 Ne peuvent pas invoquer la liberté de réunion les autorités, en particulier les organes d'Etat étrangers, qui souhaitent organiser une manifestation en Suisse devant leurs ressortissants étrangers.

2. Domaine matériel de protection en général

16 Les rassemblements servent un objectif de formation ou d'expression d'opinion entendu au sens large. La qualité du contenu exprimé n'est pas importante ; les opinions fausses, provocantes et choquantes sont également protégées par les droits fondamentaux. Sans la tolérance et l'ouverture nécessaires, il n'y a pas de société démocratique, comme le souligne à juste titre la Cour européenne des droits de l'homme.

17 En revanche, l'exercice de la violence ne doit pas être le but d'une réunion protégée par les droits fondamentaux, comme l'expriment l'article 11 de la CEDH et l'article 21 du Pacte II de l'ONU, en protégeant uniquement le droit de se réunir "pacifiquement". L'exigence du caractère pacifique ne doit cependant pas conduire à une compréhension restrictive du champ de protection de l'art. 22 Cst. C'est pourquoi ni le risque abstrait d'un déroulement non pacifique, ni l'action violente de certains participants et encore moins de perturbateurs extérieurs ne suffisent à faire tomber la protection des droits fondamentaux. L'illégalité n'est pas synonyme de non-pacifisme ; ainsi, on ne peut pas déduire d'une absence d'autorisation que le rassemblement n'est pas pacifique. Ce n'est que lorsque des actes de violence peuvent être imputés au rassemblement dans son ensemble ou que leur exercice était même dès le début le but poursuivi qu'il se justifie d'exclure de tels rassemblements du champ de protection matériel de l'art. 22 Cst. En revanche, les autres actes de violence doivent être évalués au niveau de la justification d'une restriction des droits fondamentaux.

18 Le domaine de protection de la liberté de réunion peut en outre être délimité par l'art. 17 CEDH et l'art. 5 du Pacte II de l'ONU. Celui qui, par ses actes, veut détruire les droits et libertés garantis par les traités internationaux ne peut justement pas, selon ces dispositions, invoquer ces droits à cet effet. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un tel abus, comme le souligne l'art. 17 CEDH, ne peut être admis qu'à titre exceptionnel.

La Cour l'admet surtout en cas de glorification ou de minimisation du national-socialisme. La Cst. ne connaît pas une telle limitation, inhérente à la Constitution, des domaines de protection des articles 22 ou 16 Cst. La question d'une interdiction de telles déclarations doit être abordée sous l'angle du droit constitutionnel suisse au niveau de la restriction de ces droits fondamentaux. C'est également la voie qu'a choisie la CEDH dans l'affaire Vona : La dissolution d'une association qui appelait à la défense de la "race hongroise" contre la "criminalité tzigane" et qui organisait des manifestations dans ce sens constituait une ingérence justifiée dans l'art. 11 CEDH par les autorités hongroises. Il convient donc en principe d'examiner au cas par cas si la dissolution de rassemblements et l'interdiction de manifestations à l'encontre de groupes néonazis peuvent être justifiées pour protéger la sécurité et l'ordre publics ainsi que les droits fondamentaux de tiers.

Enfin, les cas de concours de droits fondamentaux peuvent influencer 19
l'applicabilité de l'art. 22 Cst. Un véritable concours de droits fondamentaux, un cumul de droits fondamentaux, se produit régulièrement dans le cas de manifestations, qui sont également protégées par la liberté d'expression. En outre, un tel cumul est notamment envisageable avec l'interdiction de discrimination (art. 8, al. 2, Cst. ; art. 11 en relation avec l'art. 14 CEDH), car les rassemblements peuvent constituer une forme de communication attrayante, notamment pour les minorités. Par exemple, la position d'un maire sur l'homosexualité ne doit pas jouer un rôle dans l'évaluation de l'admissibilité d'une manifestation. Pour le critère de rattachement réprouvé de la race, il existe l'article 5, lettre d, chiffre ix de la Convention de Schengen, déjà mentionné.

Il existe un véritable concours de droits fondamentaux, notamment avec la 20
liberté économique au sens de l'art. 27 Cst. Les réunions qui ne poursuivent pas un but idéal, mais un but commercial, sont protégées en droit suisse uniquement par la liberté économique et non par l'art. 22 Cst. Il en va autrement au niveau du droit international : la CEDH et le Pacte II de l'ONU ne connaissent pas la liberté économique. Les rassemblements à but commercial sont couverts par l'art. 11 CEDH et l'art. 21 du Pacte II de l'ONU.

3. Droits de défense contre l'Etat en particulier

La liberté de réunion est un droit de liberté et confère donc en premier lieu 21
des droits de défense aux titulaires de droits fondamentaux. L'État doit en

principe s'abstenir de restreindre la convocation, l'organisation, le déroulement et la participation à des réunions. A cette liberté positive s'oppose la liberté négative de ne pas participer à des réunions, de ne pas devoir les organiser ou de pouvoir les annuler - sur ce point également, les restrictions étatiques doivent en principe être absentes.

22 Les participants à une réunion sont libres de choisir les formes et les moyens de leur communication : Il est possible de s'exprimer par la parole, l'écriture, l'image ou de manière purement symbolique - par exemple par un sit-in ou une marche silencieuse - mais aussi d'utiliser des haut-parleurs. Enfin, le rassemblement est en soi une manifestation d'opinion. La jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle seuls tous les moyens autorisés sont compris dans le champ de protection, doit être considérée de manière critique. Comme pour le caractère pacifique de la réunion, il faut exiger qu'une éventuelle violation de la loi lors de l'utilisation des moyens choisis ne soit pas prise en compte dans le domaine de protection, mais dans le cadre de la justification.

23 Les contenus communiqués par un rassemblement peuvent se heurter à une résistance et provoquer à leur tour un deuxième rassemblement qui s'y oppose - par exemple une contre-manifestation. L'Etat doit en principe également tolérer la tenue d'une telle manifestation, car la liberté de réunion a aussi pour but de permettre un débat.

4. Droits à une action de l'Etat en particulier

24 Outre sa fonction négative, la liberté de réunion entraîne également des obligations d'action positives de la part de l'État.

a. Lieu de la réunion

25 Parmi les obligations positives, la doctrine considère notamment que l'espace public peut être utilisé à des fins de réunion, même si cela représente régulièrement un usage commun accru, c'est-à-dire que cela limite l'utilisation similaire par des tiers. L'espace public désigne une surface non fermée, accessible à tout moment et sans condition à un nombre indéterminé de personnes. Les salles communales doivent être traitées comme des espaces publics dans la mesure où elles peuvent être utilisées pour des réunions. Pour la qualification de public, la propriété civile de la surface en question ne doit pas jouer de rôle. Cela est compréhensible pour les espaces

qui sont librement accessibles en tout temps, même s'ils sont en propriété privée (par exemple les arcades de la vieille ville de Berne). Dès que ce libre accès disparaît ou n'est que limité (par exemple dans la zone réservée aux clients d'une banque), il devient évident qu'il existe une tension avec le droit d'un propriétaire de droit civil d'interdire des réunions sur son terrain en vertu de son droit de propriété. La résolution de cette tension ne doit pas passer par un effet horizontal direct de la liberté de réunion, comme le souligne à juste titre Errass ; c'est plutôt à la collectivité en question de mettre à disposition l'infrastructure nécessaire et donc un espace public suffisant. Tant qu'il existe suffisamment d'alternatives, il n'y a pas de raisons suffisantes pour imposer un droit fondamental d'utilisation contre la volonté - également protégée par les droits fondamentaux (art. 26 Cst.) - du propriétaire de droit civil.

Dans tous les cas, il convient toutefois de tenir compte du fait que le lieu mis à disposition "tient compte du besoin de publicité des organisateurs". Pour le dire de manière imagée : Une assemblée ne peut pas remplir une fonction d'appel intentionnelle si elle doit avoir lieu à la périphérie peu fréquentée d'un lieu. En même temps, il n'existe aucun droit à ce qu'un rassemblement ait lieu à un endroit précis, à un moment précis et dans des conditions marginales déterminées par les titulaires des droits fondamentaux. Il serait toutefois inadmissible que les autorités exigent une relation particulière avec un lieu pour pouvoir y tenir un rassemblement. En revanche, un titulaire de droits fondamentaux peut faire valoir une telle relation pour justifier l'utilisation d'un lieu bien précis, le cas échéant à une date spécifique. 26

Le droit fondamental exposé est généralement qualifié de droit conditionnel à la prestation d'utilisation du domaine public. Moeckli fait toutefois remarquer à juste titre que la simple mise à disposition du domaine public ne constitue pas une prestation de l'État, mais correspond à une obligation de l'État de s'abstenir. Selon l'opinion défendue ici, la mise à disposition de l'utilisation n'est toutefois pas, dans la très grande majorité des cas, une simple omission. Au contraire, les autorités doivent simultanément tenir compte d'autres intérêts qui s'orientent vers l'espace public. La coordination de ces exigences et l'établissement d'un ordre de priorité ainsi que l'attribution individuelle et concrète de l'espace public - en règle générale par le biais d'une autorisation - constituent des prestations de l'Etat, raison pour laquelle cette caractérisation est tout de même pertinente. 27

28 Selon la jurisprudence de la Cour suprême, le caractère conditionnel de ce droit à la prestation résulte de trois éléments : Premièrement, le droit fondamental ne se rapporte qu'à l'infrastructure existante. Il n'existe aucun droit à ce que l'État crée de nouvelles installations. Deuxièmement, il n'existe en principe pas de droit à l'utilisation d'un lieu donné à un moment donné. Enfin, troisièmement, il faut procéder à une pesée complète des intérêts lorsque l'espace public est utilisé de manière accrue. A cet égard, on peut en principe être d'accord avec Moeckli sur le fait que la formulation de la "conditionnalité" n'apporte guère de connaissances supplémentaires. Il n'existe pas de droit inconditionnel aux rassemblements qui représentent un simple usage commun ou qui ont lieu dans la sphère privée. Au contraire, ces rassemblements sont également soumis à la réglementation constitutionnelle sur les limites, sur la base de laquelle il faut procéder à une pesée des intérêts au cas par cas. Toutefois, étant donné que cette notion regroupe les trois éléments de la jurisprudence mentionnés ci-dessus, il convient de s'en tenir à cette terminologie.

b. Participants à un rassemblement

29 En outre, l'État est tenu de veiller "par des mesures appropriées, telles que l'octroi d'une protection policière suffisante, à ce que les manifestations publiques puissent effectivement avoir lieu et ne soient pas perturbées ou empêchées par des cercles adverses". Il en va de même du principe du perturbateur en droit policier. Cette tâche peut "certainement être pénible", mais elle est d'une grande importance. Sinon, des groupes violents pourraient décider qui peut effectivement organiser des rassemblements et qui ne le peut pas - une situation inacceptable dans un État de droit. Il a fallu récemment attirer l'attention du conseil municipal de Zurich sur cet état de fait. Celui-ci voulait prendre en compte, au détriment d'une manifestation pacifique, le fait qu'elle aurait pu déclencher une contre-manifestation violente. Le tribunal administratif a corrigé cela et a déclaré : "Il faut au contraire autoriser de telles manifestations dans la mesure du possible, et prévenir le risque de perturbations en assurant une protection policière suffisante et en choisissant soigneusement l'itinéraire, et ce indépendamment de l'impopularité et de la controverse que suscitent leurs opinions".

30 La confrontation avec d'autres points de vue - éventuellement provocateurs et étranges pour la grande majorité de la société - peut donc être pénible non

seulement pour les autorités, mais aussi pour les tiers privés. Le rejet violent d'une opinion exprimée ne justifie évidemment pas le recours à la violence ou à la "police du discours". Il est par exemple très préoccupant que des manifestations soient empêchées ou perturbées au point de devoir être interrompues dans les universités.

Lorsque, malgré la protection de l'État, des actes de violence sont commis contre un rassemblement, les autorités sont tenues d'enquêter et, le cas échéant, de punir les responsables. Cela vaut également si les autorités ont elles-mêmes exercé une contrainte excessive. 31

Des exigences supplémentaires en matière de protection peuvent survenir lorsque les participants à un rassemblement peuvent invoquer d'autres droits fondamentaux en plus de la liberté de réunion. C'est le cas, par exemple, des personnes particulièrement vulnérables en raison d'un handicap physique (art. 8, al. 4, Cst.; art. 1 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées [CDPH]). 32

C. Limitabilité de la liberté de réunion

Les droits fondamentaux en matière de communication ont en commun le fait qu'ils n'ont pas seulement une signification en termes de droit individuel, mais aussi en termes de fonction démocratique. La liberté de réunion revêt donc une importance particulière. Cela vaut en particulier lorsque l'expression collective concerne des questions d'intérêt social, comme c'est le cas lors de manifestations. 33

Néanmoins, la liberté de réunion peut être limitée en tant que liberté classique selon l'art. 36 Cst. La réglementation des restrictions de l'art. 11 al. 2 CEDH est largement identique, raison pour laquelle une présentation commune est faite. 34

1. Restriction directe de la liberté de réunion

L'abondante jurisprudence relative à la liberté de réunion montre que sa restriction peut prendre des formes très diverses. Elle peut notamment prendre la forme d'une décision, d'une règle de droit ou d'un acte réel. Pour une meilleure vue d'ensemble, les restrictions possibles peuvent être divisées dans le temps en mesures avant, pendant et après un rassemblement. La liberté de réunion peut être réduite par la fixation d'une obligation générale et 35

abstraite d'autorisation pour les rassemblements dans l'espace public, par l'octroi d'une autorisation individuelle et concrète sous conditions, par l'expulsion et l'éloignement par la police ainsi que par l'imposition de frais et de sanctions aux participants.

36 Il convient d'évaluer au cas par cas si ces restrictions doivent être qualifiées de graves. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine ont établi des règles empiriques concernant l'intensité de certaines restrictions directes de la liberté de réunion :

37 L'interdiction préventive et la dissolution répressive d'un rassemblement sont des restrictions particulièrement graves, car ces mesures interdisent complètement l'exercice des droits fondamentaux, respectivement y mettent fin. En particulier, l'annonce ou la réalisation d'une contre-manifestation ne doit pas, en règle générale, conduire à l'interdiction de la manifestation initiale. Une dissolution n'est admissible qu'après une pesée minutieuse de tous les intérêts, même dans le cas d'une manifestation non autorisée. Si la contrainte directe est utilisée, elle doit être annoncée au préalable.

38 Toutefois, les rassemblements qui s'adressent au public ne sont pas les seuls à bénéficier d'une protection particulière. Cela vaut également pour les rassemblements privés, qui ne peuvent être restreints que pour des motifs graves. Ainsi, lors de la pandémie de Corona, les manifestations et réunions privées de plus de cinq personnes ont été temporairement interdites afin de protéger la santé publique et les droits fondamentaux des tiers.

39 De même, une interdiction générale des rassemblements par l'établissement d'un "ban mile" doit, à mon avis, être qualifiée de restriction grave. Il n'est certes pas interdit a priori de soustraire certains lieux publics à l'usage général. Une telle approche est toutefois problématique : premièrement, parce qu'une interdiction absolue ne laisse pas de place aux exceptions, même si elles sont indiquées. Deuxièmement, parce que l'espace public sert à la communication ; son utilisation pour l'exercice des droits fondamentaux en matière de communication est précisément conforme à sa destination. Troisièmement, l'exclusion de certaines utilisations se fonde régulièrement sur leur contenu, ce qui ne devrait justement pas jouer de rôle.

40 En outre, dans toute une série d'arrêts qui ont été repris dans le recueil officiel, le Tribunal fédéral a qualifié de graves restrictions des droits fondamentaux les limitations du nombre de personnes participant à des

rassemblements pendant la pandémie de Corona. Il a notamment déclaré : "Le Tribunal fédéral a toujours souligné, dans le contexte des manifestations, la grande importance que revêt la liberté de réunion en raison de son rôle central dans la formation de l'opinion dans un État de droit démocratique et libéral, en particulier en période de troubles politiques". Par la suite, la Cour suprême a jugé trop large la limitation générale des manifestations à 15 personnes. De plus, en vertu de l'art. 189 al. 4 Cst., les mesures que le Conseil fédéral avait inscrites dans ses ordonnances étaient soustraites au contrôle abstrait des normes. C'est précisément ce manque de possibilité de contrôle qui a conduit une chambre de la CEDH à voir dans l'interdiction absolue de manifestations entre le 17 mars 2020 et le 30 mai 2020 une violation de l'art. 11 CEDH. A la demande de la Suisse, la Grande Chambre de la Cour statuera définitivement sur l'affaire - l'arrêt correspondant n'a pas encore été rendu.

Enfin, les sanctions prises à la suite d'un rassemblement doivent généralement être considérées comme des restrictions graves à la liberté de réunion. Il est inadmissible de sanctionner la simple participation à un rassemblement qui n'a pas été interdit, même s'il y a eu des violences. Un comportement individuel répréhensible est nécessaire. 41

2. Restriction indirecte de la liberté de réunion

Outre les mesures directement restrictives des droits fondamentaux mentionnées, des atteintes indirectes aux droits fondamentaux sont également possibles. Une telle conséquence indirecte de l'action étatique peut être l'effet de dissuasion, également appelé chilling effect. Dans ce cas, une mesure de l'Etat a un effet tel, par le biais d'une chaîne de motivation psychologique, que l'exercice des droits fondamentaux ne se fera plus à l'avenir, ce qui rend la figure difficilement saisissable. Pour la liberté de réunion, un tel effet dissuasif a toutefois été stipulé dans un certain nombre de cas de figure : 42

La doctrine le défend en particulier pour l'observation et l'enregistrement généralisés des participants à un rassemblement. Il faut toutefois tenir compte du fait qu'une surveillance vidéo peut aussi être dans l'intérêt d'un rassemblement ; par exemple, lorsqu'elle est nécessaire pour assurer le crowd management dans une grande foule. 43

44 En outre, le Tribunal fédéral a reconnu que la répercussion des frais occasionnés par l'intervention de la police lors d'un rassemblement peut avoir un effet chilling. "Les exigences en matière de frais doivent donc être modérées, de sorte que l'exercice effectif des droits fondamentaux reste effectivement possible". De l'avis de la plus haute juridiction, il est toutefois admissible de répercuter les frais de police jusqu'à 30 000 CHF sur les organisateurs qui se sont comportés de manière contraire à leurs obligations.

45 De la même manière que les frais, une poursuite pénale à la suite d'un rassemblement peut être susceptible de déployer un chilling effect, comme la CEDH l'a constaté à plusieurs reprises.

46 Enfin, il convient de mentionner qu'un manque de protection des manifestations peut également générer une crainte de perturbations pour les rassemblements futurs et avoir ainsi un effet dissuasif.

3. Justification des restrictions

a. Base légale

47 Selon l'art. 36, al. 1, phrases 1 et 2, Cst., les restrictions graves nécessitent une base dans une loi au sens formel, alors que les restrictions moins importantes peuvent aussi être ancrées à un niveau normatif inférieur. Il est donc notamment insuffisant que la possibilité d'utiliser des canons à eau et de mélanger des substances irritantes à l'eau ne soit ancrée qu'au niveau d'une ordonnance et non dans une loi au sens formel.

48 Selon l'art. 36, al. 1, phrase 3, Cst., en cas de danger grave, imminent et ne pouvant être écarté d'une autre manière, il est possible de se fonder sur la clause générale de police plutôt que sur une base légale. Cela est toutefois exclu lorsque le législateur aurait eu l'occasion de légiférer - par exemple en raison de menaces régulièrement récurrentes pour la sécurité et l'ordre publics. Le critère de prévisibilité est examiné dans le cadre de la proportionnalité.

49 En ce qui concerne les rassemblements, il est en outre pertinent que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les exigences en matière de précision de la base légale soient réduites dans le droit de police. Cela a été critiqué à juste titre par la doctrine, car il est tout à fait possible de réglementer les situations typiques de l'activité policière et les moyens de contrainte admissibles dans ce

contexte ; sinon, il ne pourrait pas non plus exister de directives internes à ce sujet.

De même, les exigences relatives à la base légale sont réduites dans le cadre d'un statut spécial, ce qui se reflète dans l'article 11, paragraphe 2, deuxième phrase de la CEDH. Selon l'opinion défendue ici, un niveau de normes plus bas n'est toutefois admissible que dans la mesure où il s'agit de restrictions qui découlent clairement de l'objectif de la relation à statut particulier. En revanche, une densité normative particulière est nécessaire lorsque les bases en question sont appliquées par des profanes en matière juridique, comme cela devrait être la règle pour un règlement de prison. 50

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en vigueur, une collectivité publique peut, en raison de sa maîtrise de l'espace public, introduire une obligation d'autorisation pour un usage commun accru sans base légale particulière. La maîtrise matérielle doit ici remplacer la base légale. La doctrine unanime - pour autant que l'on puisse voir - rejette cette idée pour de bonnes raisons : Premièrement, ni l'art. 36, al. 1, Cst. ni l'art. 5, al. 1, Cst. n'indiquent qu'une telle exception au principe de légalité serait admissible dans ce domaine. Deuxièmement, la sécurité juridique et l'égalité de traitement plaident en faveur de la création d'une norme légale suffisante dans ce domaine également. Dans la mesure où des droits fondamentaux sont concernés, il convient, troisièmement, de souligner que l'introduction d'une obligation d'autorisation constitue déjà une restriction de ces droits fondamentaux, qui doit être justifiée en vertu de l'art. 36 Cst. Quatrièmement, la jurisprudence du Tribunal fédéral part de la conception erronée selon laquelle l'État peut disposer de "son" terrain comme un particulier. Or, il est exact que sa position doit être comprise comme fiduciaire : Les autorités coordonnent la ressource rare qu'est le sol afin que toutes les personnes soumises au droit puissent y réaliser au mieux leurs intérêts et leurs prétentions. Malgré cette critique, le Tribunal fédéral n'est pas encore revenu sur sa pratique en la matière. 51

b. Intérêt justificatif

En cas de restriction de la liberté de réunion, les intérêts publics qui priment sont les biens classiques de la police et l'utilisation ordonnée de l'espace public. Dans la pandémie de Corona, l'intérêt majeur de la santé publique a joué un rôle prépondérant. 52

53 La formulation que l'on trouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle des restrictions plus importantes sont autorisées lors de rassemblements dans l'espace public, est déroutante. La seule chose correcte à ce sujet est que dans l'espace public, il y a généralement plus d'intérêts et de revendications à prendre en compte que dans la sphère privée. Il convient toutefois de souligner une nouvelle fois que l'espace public sert précisément de forum pour l'échange d'opinions.

54 Un autre intérêt d'intervention fréquent lors des rassemblements est la protection des droits fondamentaux de tiers. C'est du moins le cas dans l'espace public, où différents droits (fondamentaux) sont typiquement concernés par les rassemblements. On parle alors de rapports multipolaires de droits fondamentaux. Si les intérêts impliqués sont contradictoires, la réalisation d'un droit fondamental entraîne inévitablement une restriction pour un autre titulaire de droits fondamentaux. L'État, en tant que destinataire des droits fondamentaux, doit servir d'intermédiaire entre ces pôles. En revanche, la liberté de réunion n'a pas d'effet direct entre les particuliers, un effet horizontal direct.

55 Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a totalement nié l'existence d'un intérêt justifiant la restriction de la liberté de réunion lors de différents incidents concernant l'opposant russe Aleksey Navalnyy. Au contraire, la CEDH s'est exceptionnellement appuyée sur l'article 18 CEDH et a constaté que les restrictions étatiques de l'article 11 CEDH poursuivaient un but inadmissible. Il s'agissait en réalité pour les autorités de réprimer le pluralisme politique, élément indispensable d'un Etat de droit démocratique.

c. Proportionnalité

56 Le contrôle de la proportionnalité, exigé par l'art. 36 al. 3 Cst., s'oriente vers l'intérêt que l'État invoque pour justifier la restriction des droits fondamentaux et se compose des éléments d'aptitude, de nécessité et d'exigibilité.

57 Parmi les restrictions typiques de la liberté de réunion mentionnées, une partie de la doctrine fait valoir qu'une obligation d'autorisation n'est pas nécessaire, mais qu'il existe un moyen plus doux avec l'obligation de déclaration. Cela est compréhensible à première vue, car l'obligation de déclarer ne déclenche pas de procédure administrative qui se termine par

l'octroi d'une autorisation. La légalité de l'action privée dépend uniquement d'une notification préalable aux autorités. Toutefois, l'obligation de déclarer n'est pas aussi appropriée que l'obligation d'obtenir une autorisation pour trouver un équilibre entre les intérêts en jeu : Premièrement, lors de rassemblements, il faut régulièrement trouver un équilibre entre de nombreux intérêts privés et publics. La situation réelle est complexe. C'est pourquoi on ne peut pas dire qu'un accompagnement intensif de l'Etat n'est pas nécessaire et que de simples sondages suffisent, comme ce serait typiquement le cas pour une obligation de déclaration. Deuxièmement, l'État doit rendre transparente sa pesée des intérêts dans la motivation de l'autorisation (ou de son refus), ce qui conduit à une pratique compréhensible et vérifiable. Troisièmement, l'autorisation signale à toutes les autres personnes concernées que le rassemblement autorisé dispose de la légitimité juridique nécessaire et qu'il est également protégé par l'État si nécessaire. Quatrièmement, l'exigence d'une autorisation préalable ne doit pas être appliquée de manière absolue. Les rassemblements spontanés doivent continuer à être autorisés. Un événement soudain, comme le résultat d'une votation populaire, peut en effet donner lieu à un souhait légitime de réaction immédiate par le biais d'une manifestation, le temps manquant alors pour respecter les délais correspondants de la procédure d'autorisation.

Enfin, il convient de noter que l'équilibre dans les rapports multipolaires de droits fondamentaux est également décrit par l'établissement d'une concordance pratique. Cela signifie que tous les intérêts des droits fondamentaux impliqués doivent être réalisés de manière optimale. Contrairement à une perturbation violente contre laquelle un rassemblement doit être protégé, une contre-manifestation pacifique est en principe autorisée. Si l'organisation d'une telle manifestation est demandée, des conditions spatiales et temporelles sont à respecter afin de permettre les deux rassemblements. L'interdiction complète des deux rassemblements doit rester l'ultima ratio. 58

d. Contenu essentiel

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a guère clarifié jusqu'à présent ce qui, selon l'art. 36 al. 4 Cst, fait partie de l'essence intangible de la liberté de réunion. La plus haute juridiction a seulement retenu qu'une interdiction de se masquer le visage, pour laquelle des exceptions peuvent être accordées, ne 59

porte pas atteinte à l'essence de la liberté d'opinion et de réunion. Errass en conclut à juste titre qu'une interdiction absolue de se dissimuler le visage serait contraire à l'essence même de la liberté d'expression - on peut imaginer des rassemblements dans lesquels le fait d'être masqué constitue justement la partie décisive de l'expression d'une opinion et pour lesquels des exceptions doivent donc être possibles.

60 De même, selon l'opinion défendue ici, l'exigence d'une autorisation pour les rassemblements en privé ou pour les manifestations spontanées fait partie de l'essence de l'art. 22 Cst. La première priverait de facto la sphère privée de son contenu. La seconde rendrait les manifestations spontanées pratiquement impossibles. Les rassemblements en réaction à un événement soudain doivent toutefois rester possibles.

61 Une interdiction totale et illimitée des rassemblements en tant que tels serait également contraire au contenu essentiel.

62 L'interdiction de la censure au sens de l'art. 17 al. 2 Cst. constitue, selon l'opinion majoritaire de la doctrine, un élément essentiel de tous les droits fondamentaux de la communication. Cela peut être suivi pour la liberté de réunion dans la mesure où le contrôle préventif et systématique du contenu des opinions exprimées lors des réunions est interdit. Il est toutefois permis de s'enquérir du thème d'un rassemblement, en particulier d'une manifestation, afin que les autorités puissent procéder à une analyse des risques. Afin de distinguer cela des renseignements précis sur le contenu, le législateur doit décrire l'étendue des informations à fournir au préalable.

63 Les garanties du contenu essentiel sont étrangères au système de la CEDH, mais le ius cogens du droit international public et les garanties de la CEDH liées à l'état de nécessité présentent des parallèles avec le contenu essentiel. En ce qui concerne la liberté de réunion, il convient toutefois de noter qu'elle ne fait pas partie du ius cogens et que l'article 11 CEDH peut être dérogé par les États en cas d'état d'urgence (article 15 CEDH).

D. Réalisation de la liberté de réunion

64 Indépendamment des droits individuels exécutables, l'Etat est tenu de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux et donc aussi de la liberté de réunion (art. 35 Cst.). L'effet global des droits fondamentaux de la communication dans l'ordre juridique doit garantir les bases de la formation

démocratique de la volonté - et donc des décisions démocratiquement légitimes.

Cette dimension juridique objective lie tous les pouvoirs de l'Etat, mais s'adresse en premier lieu au législateur. 65

En ce qui concerne la réglementation de l'utilisation de l'espace public, la responsabilité incombe principalement aux cantons et aux communes ; ils doivent s'assurer que toutes les demandes concernant l'espace public sont prises en compte. 66

En outre, le législateur fédéral peut également agir pour mettre en œuvre la liberté de réunion. Ainsi, lorsqu'il stipule à l'art. 336, al. 1, let. b, CO qu'un licenciement est abusif lorsqu'une partie le prononce parce que l'autre partie exerce un droit constitutionnel, à moins que cela ne viole une obligation découlant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave à la collaboration dans l'entreprise. Les travailleurs ont donc en principe le droit de manifester contre des situations relevant de la responsabilité de l'employeur. Enfin, le projet de nouvel art. 332a al. 2 let. g CP (infraction à l'interdiction de dissimuler son visage) est également positif du point de vue des droits fondamentaux. Le Conseil fédéral y propose de supprimer la punissabilité en cas de "rassemblement dans l'espace public si la dissimulation du visage est nécessaire à l'exercice des droits fondamentaux que sont la liberté d'expression ou la liberté de réunion ou s'il s'agit d'une expression d'opinion par l'image qui ne porte pas atteinte à la sécurité et à l'ordre publics". 67

A cela s'ajoute l'interprétation conforme aux droits fondamentaux des normes juridiques par le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Dans le contexte de la liberté de réunion et d'expression, ce sont notamment les articles 260 CP (violation de la paix), 181 CP (contrainte) et 261bis CP (discrimination et incitation à la haine) qui sont au premier plan. 68

E. Nouvelles technologies et liberté de réunion

La numérisation modifie de nombreux domaines de la vie et surtout la manière dont nous communiquons entre nous. En conséquence, les droits fondamentaux en matière de communication doivent également réagir à ce phénomène. Toutefois, la question de savoir si les rassemblements virtuels - par exemple par vidéoconférence - relèvent également de la notion de 69

rassemblement n'est pas clarifiée dans la jurisprudence et est controversée dans la doctrine. Selon le point de vue défendu ici, la réponse est affirmative, et ce pour les raisons suivantes : Premièrement, les rassemblements virtuels peuvent également servir "un but de formation ou d'expression d'opinions réciproques au sens large". Deuxièmement, le droit fondamental compris de manière traditionnelle protège les réunions en privé ainsi que les réunions publiques qui ont lieu sur des terrains privés. C'est pourquoi le fait que l'Internet et en particulier les médias sociaux soient essentiellement mis à disposition par des particuliers ne doit en principe pas avoir d'importance. Enfin, troisièmement, les préparatifs d'un rassemblement sont déjà protégés par les droits fondamentaux. Cette protection ne doit pas être supprimée simplement parce qu'une réunion en vue de l'organisation d'une manifestation a lieu en ligne.

70 Une question à séparer de l'applicabilité de la liberté de réunion est celle de savoir si et comment l'Internet et les médias sociaux peuvent et doivent être soumis à une réglementation étatique. Du point de vue de la liberté de réunion, les problèmes suivants se posent : à première vue, l'offre de sources d'information et de possibilités d'échange numériques est très vaste. Il en résulte une véritable lutte pour attirer l'attention des utilisateurs. Le processus d'éviction qui va de pair avec cette lutte a pour conséquence que les forums numériques de notre époque sont contrôlés par quelques personnes privées. Ceux-ci sont en premier lieu titulaires des droits fondamentaux et, contrairement à l'État, ne sont pas tenus par les droits fondamentaux d'accorder à toutes les personnes sans distinction l'accès à leur infrastructure. En outre, toute réglementation est confrontée au défi que représente le décloisonnement de l'espace numérique, comme le prouve le smartphone. Une réglementation limitée à un seul État n'aura donc guère d'effet.

71 Enfin, la technologie disponible aujourd'hui fait que l'État peut intervenir de nouvelles manières dans la liberté de réunion. Il convient de mentionner en particulier l'utilisation de logiciels permettant de comparer les images faciales et les drones. Des projets existent déjà en Suisse : l'Office fédéral de la police souhaite automatiser la comparaison manuelle d'images faciales et cite comme champ d'application la pédocriminalité et les explosions de distributeurs automatiques de billets. Mais cette technique peut également être utilisée pour identifier en permanence ou a posteriori les personnes qui participent à un rassemblement. Cela a un effet dissuasif considérable, car

aujourd'hui, aucun contrôle d'identité standard n'est effectué lors de rassemblements - même lors de manifestations dans l'espace public - alors que désormais, tous les participants à un rassemblement peuvent potentiellement être identifiés. L'utilisation de cette technique ne peut donc se faire que sur la base d'une loi formelle et d'un examen strict de la proportionnalité au cas par cas. Il en va de même pour le système de drones de reconnaissance (ADS 15) de l'armée de l'air suisse. Cet appareil peut voler à plus de 7 kilomètres d'altitude tout en fournissant des images de meilleure qualité que celles qui peuvent être prises aujourd'hui par un hélicoptère. L'ordonnance sur le soutien d'activités civiles ou d'activités hors du service avec des moyens militaires (OSC) ne suffit donc pas comme base si un canton ou une commune souhaite utiliser ce moyen de l'armée lors de rassemblements. Il doit exister une base juridique séparée - et suffisante - à cet effet.

IV. AVENIR DE LA LIBERTÉ DE RÉUNION

Au vu de ce qui précède, la liberté de se rassembler dans le monde réel est-elle encore pertinente à l'avenir ? Ou les gens se retireront-ils définitivement dans des bulles de filtre numériques, dans lesquelles ils pourront tout au plus échanger avec des personnes partageant les mêmes idées ? - Selon le point de vue défendu ici, la liberté de réunion continuera d'avoir une grande importance à l'avenir. L'évolution technologique facilite l'organisation de rassemblements, mais la présence numérique ne peut pas remplacer un rassemblement réel. Cela vaut d'une part pour les personnes qui se réunissent, qui font l'expérience d'une communauté et d'une solidarité réelles - et ce avec tous leurs sens. D'autre part, cela vaut également pour l'extérieur : Lorsque des personnes expriment de manière visible et audible une préoccupation commune, il s'agit d'une autre qualité qu'un "like" sur les médias sociaux. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral : "La valeur des manifestations physiques en tant que moyen d'expression démocratique s'en trouve réduite, mais pas annulée, car les actions en ligne rencontrent en général moins d'écho que les manifestations sur le domaine public notamment". 72

Même et surtout dans un monde numérique, les rassemblements non seulement virtuels, mais aussi physiques - en particulier pour les minorités - peuvent être un moyen efficace d'attirer l'attention du grand public sur leurs préoccupations. Les possibilités techniques ont beau se développer à grande 73

vitesse, ce que Jörg Paul Müller constatait déjà il y a des décennies reste vrai : "Il n'y a pas d'indice objectif qu'une personne ou un groupe quelconque sache mieux qu'un autre ce qui est bon pour tous. Dans un contexte démocratique, l'équivalence de tous constitue le noyau normatif de l'égalité. Pour créer un ordre juridique dans lequel il n'y a pas de primauté fondamentale d'un individu ou d'un groupe, il est donc indispensable que les préoccupations de tous soient conciliées".

A propos de l'auteur

Patrice Martin Zumsteg, docteur en droit, est collaborateur scientifique et chargé de cours en droit public et administratif à la Haute école zurichoise de sciences appliquées (ZHAW), Winterthour, et avocat chez AAK Anwälte und Konsulenten AG, Zurich. Il est joignable à l'adresse zumg@zhaw.ch

L'auteur remercie les éditeurs, Stefan Schlegel et Odile Ammann, ainsi que les deux personnes anonymes qui se sont chargées de la révision, pour leurs précieux commentaires sur les versions antérieures du texte.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bosshart Jürg, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte zum Problem der Demonstrationsfreiheit, Diss., Zürich 1973.

Daly Aoife, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 15, The Right to Freedom of Association and to Freedom of Peaceful Assembly, Leiden/Boston 2016.

Jaag Tobias, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93 (1992), S. 145 ff.

Jacquat Graziella, La liberté de réunion en droit suisse, Diss., Zürich 1982.

Kern Markus, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben, Umgang mit kommunikationsbedingten Gefahren in den Rechtsordnungen der USA, Deutschlands und der Schweiz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2012.

Malinverni Giorgio, La liberté de réunion, Etude de droit constitutionnel suisse, Genf 1981.

Moeckli Daniel, Exclusion from Public Space, A Comparative Constitutional Analysis, Habil., Cambridge 2016.

Moser André Werner, Der öffentliche Grund und seine Benützung, im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Diss., Bern 2011.

Poledna Tomas, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Habil., Bern 1994.

Rüesch Adrian, Die Versammlungsfreiheit nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1983.

Salát Orsolya, The Right to Freedom of Assembly, A Comparative Study, Oxford und Portland (Oregon) 2015.

Saxer Urs, Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen, Eine Untersuchung der Bundesgerichtspraxis unter Berücksichtigung deutscher Entscheidungen, Diss., Zürich 1988.

Siehr Angelika, Das Recht am öffentlichen Raum, Theorie des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit, Habil., Tübingen 2016.

Thurnheer Simon, Demonstrationsfreiheit in England und der Schweiz, Eine vergleichende Untersuchung und ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Diss., Zürich/Basel/Genf 2010.

Uebersax Peter, La liberté de manifestation, RDAF 2006, S. 25 ff.

Wyssmann Ursula, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss., Zürich/St. Gallen 2009.

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Diss., Zürich/Basel/Genf 2020.

BIBLIOGRAPHIE

Arndt Felix/Engels Anja/von Oettingen Anna, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., München und Basel 2022.

Baigger Katja, Neonazis treffen sich in Waldhütte, NZZ vom 20. Juni 2022, S. 11.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Errass Christoph, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Errass Christoph/Rechsteiner David, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Gonin Luc, in: Gonin Luc/Bigler Olivier, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Stämpflis Handkommentar, Bern 2018.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München und Basel und Wien 2021.

Harris David/O'Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Harris, O'Boyle, and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2018.

Hertig Maya, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Magarian Gregory P., The Internet and Social Media, in: Stone Adrienne/Schauer Frederick (Hrsg.), The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021, S. 350 ff.

Malinverni Giorgio, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Moeckli Daniel, Politische Werbung auf öffentlichem Grund, recht 2013, S. 263 ff.

Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, 2. Aufl., Bern 2018.

Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit. Müller, Demokratische Gerechtigkeit).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Müller, Verwirklichung).

Pariser Eli, The Filter Bubble, What the Internet is Hiding from You, New York 2011.

Schabas William A., Nowak's CCPR Commentary, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2019.

Schefer Markus, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006 (zit. Schefer, Beeinträchtigung).

Schefer Markus, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1413 ff. (zit. Schefer, Kommunikationsgrundrechte).

Schweizer Rainer J./Krebs Alina, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2023.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf und Baden-Baden und Wien 2020.

Vischer Benedict, Wie ist das Verhüllungsverbot mit den Grundrechten zu vermitteln?, Art. 10a BV im Kontext der Grund- und Menschenrechtsgarantien, Jusletter vom 4. April 2022.

Wyssmann Ursula, Nutzungskonflikte im öffentlichen Raum, Dargestellt am Beispiel des Bahnhofs Bern, Diss., Zürich/St. Gallen 2009.

Zeller Franz/Kiener Regina, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Zick Timothy, Parades, Picketing, and Demonstrations, in: Stone Adrienne/Schauer Frederick (Hrsg.), The Oxford Handbook of Freedom of Speech, Oxford 2021, S. 369 ff.

Zumsteg Patrice Martin, Demonstrationen in der Stadt Zürich, Verwaltungsrecht und Behördenpraxis am Massstab der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, Diss., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Zumsteg, Demonstrationen).

Zumsteg Patrice Martin, «Fridays for Future» und Menschenrechtsschutz, Sicherheit & Recht 2020, S. 4 ff. (zit. Zumsteg, «Fridays for Future»).

Zumsteg Patrice Martin, Versammlungsfreiheit und persönliche Freiheit, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 801 ff. (zit.: Zumsteg, COVID-19).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 26 Cst.

Un commentaire de Stefan Schlegel

PROPOSITION DE CITATION

Stefan Schlegel, Commentaire de l'art. 26 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Schlegel, art. 26 Cst. N. XXX.

Art. 26 Garantie de la propriété

[1] La propriété est garantie.

[2] Une pleine indemnité est due en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 366
II. Contexte 367
A. Forte composante institutionnelle 367
B. Relation avec d'autres dispositions 369
III. Contenu de la garantie de la propriété (al. 1) 371
A. Titulaire de la garantie de la propriété 371
1. Exclusion de certaines personnes physiques de la qualité de titulaire de droits ? 372
2. La collectivité publique en tant que titulaire de droits fondamentaux 372
B. Dimensions de la garantie de la propriété 373
1. Garantie de l'existence 374
2. Garantie de la valeur 375
3. Garantie institutionnelle 376
4. Contenu essentiel 380
C. Champ d'application matériel 382
1. Théories de la propriété 382
a. Faiblesses des théories de la propriété 382
b. Compromis dans la pratique 384
c. Compréhension fonctionnelle de la propriété comme aide à la navigation 385
2. Autonomie de la notion constitutionnelle de propriété 386
3. Aspects importants pour lesquels le champ d'application de la garantie de la propriété n'est pas clair 387
a. La fortune en tant que telle 388
b. Prétentions de droit public 391
c. En particulier : les droits acquis 392
d. En particulier : les intérêts patrimoniaux à l'égard de l'État 394
e. Intérêts factuels 395
f. Terminologie 396
g. Données 396
4. Animaux 398
IV. Atteintes à la garantie de la propriété (art. 26, al. 2, Cst.) 398
A. Rapport entre expropriation formelle et expropriation matérielle 399
1. Transfert de droits 399
2. Cas particulier de la responsabilité de l'État ? 401
3. Le rôle de la base légale et de la légitimation démocratique 401
B. Expropriation formelle 402
1. Cas pratique important d'expropriation formelle I : droits de défense des voisins 404
a. Prévisibilité, spécificité et gravité 405

b. Servitude imposée ? 406
c. Portée de la garantie de valeur 407
2. Cas pratique important de l'expropriation formelle II : les droits acquis 408
C. Expropriation matérielle 409
1. Critères positifs 410
2. Critères négatifs 411
a. Absence d'indemnisation pour les atteintes de police 412
b. Pas de redéfinition du contenu de la propriété 413
3. Résumé 418
D. Conditions de la restriction 418
1. Base légale 418
2. Intérêt public 420
3. Proportionnalité 421
E. Conséquences de l'atteinte à la propriété 422
1. Notion d'indemnisation intégrale 422
2. Forme et calcul de l'indemnisation 423
V. Perspectives 425
Autres lectures recommandées 426
Bibliographie 428
Matériaux 434

I. GENÈSE

1 Compte tenu de l'importance historique que revêt la garantie de la propriété dans les luttes constitutionnelles et dans la philosophie des droits fondamentaux, son absence dans les documents constitutionnels de l'État fédéral moderne est frappante. Ni la Constitution fédérale de 1848 ni celle de 1874 ne contenaient de garantie de la propriété. Cela ne signifie toutefois pas que la propriété n'était pas protégée par les droits fondamentaux avant l'inscription de la garantie de la propriété dans la Constitution (voir n. 2). La propriété était protégée dans toutes les **constitutions cantonales**. Le libellé de ces garanties différait certes, mais à partir de 1948, le Tribunal fédéral a toutefois estimé que leur contenu protecteur était identique. À cela s'ajoutait une protection implicite de la propriété par l'art. 23 de la Constitution fédérale de 1874. Celui-ci prévoyait la possibilité d'expropriation en cas d'intérêt public prépondérant, mais moyennant une indemnisation intégrale.

2 À partir de 1961, le Tribunal fédéral a reconnu la garantie de la propriété comme un droit fondamental non écrit. En 1969, la **garantie de la propriété a finalement été inscrite dans la Constitution fédérale** (art. 22ter aCst.). La même révision a également attribué à la Confédération la compétence de principe en matière d'aménagement du territoire (art. 22^{quater} aCst.). La garantie de la propriété, telle qu'elle est apparue pour la première fois explicitement dans la Constitution, est donc un contrepoids et une compensation au rôle de l'autorité publique, qui s'est rapidement renforcé à l'époque, en matière d'utilisation, en particulier de constructibilité, du sol. Le Conseil fédéral a jugé utile de faire précéder la compétence fondamentale en matière d'aménagement du territoire d'une garantie explicite de la propriété afin de « dissiper les craintes que les nouvelles compétences fédérales ne portent atteinte au principe de la propriété privée ou ne le restreignent indûment ». Cela n'a toutefois rien changé au fait que c'est dans le domaine de la gestion de l'environnement et de l'aménagement du territoire que les atteintes à la garantie de la propriété sont les plus susceptibles de se produire.

3 La Constitution fédérale de 1999 a repris la garantie de la propriété ainsi créée à l'art. 26 Cst. avec quelques modifications rédactionnelles seulement. Lors des délibérations parlementaires, il a été demandé que la **« fonction sociale »** de la propriété soit également prévue en Suisse, comme le fait la garantie de la propriété dans la Loi fondamentale allemande. Le Conseil national a

toutefois rejeté cette proposition. Il ne faut pas surestimer l'importance d'une mention explicite de la fonction sociale de la propriété. La question n'est pas de savoir si la propriété peut faire l'objet d'une obligation sociale, mais si cette obligation découle du droit fondamental lui-même, c'est-à-dire si elle est inhérente au droit fondamental, ou si elle peut être déduite du contexte du droit fondamental (cf. à ce sujet les théories de la propriété, ci-après, n. 37). Ce contexte comprend les missions et les objectifs de la Constitution, qui peuvent être concrétisés par le législateur dans l'intérêt public et qui peuvent imposer des obligations à la propriété. Les conseils ont également discuté du remplacement de l'indemnisation intégrale en cas d'expropriation par une indemnisation « équitable ». Cette modification a également été rejetée. La proposition d'indemniser intégralement les expropriations, mais d'indemniser « équitablement » les atteintes à la propriété qui n'atteignent pas le seuil d'expropriation a également été discutée. Cette proposition a d'abord été approuvée à la majorité au Conseil national. Elle a toutefois été rejetée au Conseil des États, car elle aurait dépassé le « mandat de mise à niveau » de la nouvelle Constitution fédérale.

La teneur normative de la garantie de la propriété n'a donc **pas changé** avec la révision totale de la Constitution fédérale ; l'ancienne jurisprudence et doctrine restent déterminantes. 4

II. CONTEXTE

En tant que notion normative, la propriété est « étroitement liée aux principes d'équité, de liberté et de dignité ». Tout comme la souveraineté pour les États, la propriété individuelle revêt **la qualité supposée de l'absolu**, de l'exclusivité, de la domination totale sur les biens. Elle est donc l'idéal d'une perfection et d'une clarté tant recherchées en matière de relations matérielles. La position de l'individu et la répartition des biens dans la société sont fortement déterminées par les décisions que celle-ci prend en matière de propriété. 5

A. Forte composante institutionnelle

La garantie de la propriété présente une **forte composante institutionnelle**. Elle protège non seulement les droits individuels, mais aussi l'institution sociale de la propriété privée. Elle incarne ainsi un choix fondamental de la société en faveur d'une répartition décentralisée des droits d'action (ou en 6

tout cas contre leur concentration entre les mains des pouvoirs publics). La garantie de la propriété partage avec la liberté économique, qui complète l'institution de la propriété privée par celle de la concurrence, la particularité d'une forte composante institutionnelle. Ces deux institutions, qui constituent le fondement d'une économie de marché, sont complétées par les principes de l'ordre économique (art. 94 Cst.), qui imposent à leur tour à l'État une attitude de réserve à l'égard de cette économie de marché.

7 Si la propriété est importante pour l'organisation de la société, elle semble encore plus essentielle à l'épanouissement de la personnalité pour beaucoup. La propriété et la garantie de la propriété ont (dans le meilleur des cas) une **fonction libératrice**. Elles visent à protéger un « coin de monde » (en premier lieu contre l'État) dans lequel un épanouissement individuel sûr est possible. Cela implique notamment que seule la propriété considérée comme précieuse par la société ou par le marché au sens économique peut être protégée. L'image d'un « coin de paradis » présente toutefois une similitude dangereuse avec la conception de la propriété comme « sphère libre de toute autorité étatique ». Cette conception occulte précisément le rôle central des pouvoirs publics dans la création, la reconnaissance et la protection de la propriété, et donc aussi le rôle proactif qu'ils doivent jouer pour permettre l'existence d'une telle sphère de liberté.

8 Une manière courante d'aborder la complexité de la propriété en tant que concept et institution juridique consiste à réduire d'abord la propriété à son **aspect partiel de propriété matérielle** et à la formuler de manière absolue, à savoir comme la domination sans restriction sur une chose à l'exclusion de tous les autres. Cet aspect partiel repose essentiellement sur le fait que les droits découlant de la propriété matérielle s'appliquent à tous les autres (« erga omnes »). Dans un deuxième temps, on introduit les compromis que toute société doit accepter en matière de maîtrise des biens. La question de savoir jusqu'où ces compromis peuvent être poussés sans que l'on puisse encore parler de propriété reste toutefois ouverte. C'est cette technique qui est utilisée à l'art. 641, al. 1, CC, qui définit la propriété en tant que droit réel. Il définit le « propriétaire » (il ne dit rien des propriétaires) comme le sujet qui peut disposer d'une chose « à sa guise ». Dans le même temps, cet alinéa précise toutefois que cela ne vaut que « dans les limites de l'ordre juridique ». Cette tension entre la liberté du propriétaire et les intérêts et les règles de la

collectivité est le problème fondamental de l'institution juridique de la propriété et l'un des problèmes centraux de la garantie de la propriété.

B. Relation avec d'autres dispositions

Tous les droits fondamentaux ne peuvent être pleinement compris que **conjointement avec tous les autres droits fondamentaux** et les dispositions constitutionnelles qui définissent leurs missions. Cela vaut tout particulièrement pour la garantie de la propriété. Une raison importante de cette interdépendance est la fonction de protection préalable et « d'accompagnement » que la garantie de la propriété assure pour d'autres droits fondamentaux. Cela vaut en particulier pour la liberté économique. La garantie de la propriété protège l'existence et la valeur des facteurs de production dont l'*utilisation* est protégée par la liberté économique en vue de l'obtention d'un revenu. Un minimum de sécurité matérielle et d'autonomie est en outre nécessaire pour qu'un individu puisse exercer une activité politique. Georg Müller qualifie donc la propriété d'« élément complémentaire et promoteur de la liberté politique ». Les droits procéduraux fondamentaux exercent quant à eux une protection préalable et complémentaire importante pour la garantie de la propriété. Ce n'est que lorsque des procédures efficaces et équitables sont accessibles que la propriété, quelle que soit sa définition, peut être protégée efficacement. 9

Plus encore que l'objet de la protection d'autres droits fondamentaux (tels que l'art, la science et la religion, dont l'existence est également concevable en dehors d'un ordre juridique), la propriété est une **construction sociale**, un objet de protection qui ne peut exister en dehors de l'ordre juridique ou le précéder, mais qui est créé par celui-ci. Un problème central de la garantie de la propriété est donc qu'elle doit protéger contre l'emprise du droit ce qui ne peut naître que de l'ordre juridique (cf. ci-dessous, n. 40). 10

En outre, la garantie de la propriété est en **interaction** avec une série d'**autres dispositions constitutionnelles** : 11

- La section 4 « Environnement et aménagement du territoire » (art. 73 à 80 Cst.) revêt une importance particulière dans la pratique. Elle confère une série de compétences à la Confédération et aux cantons. Celles-ci concernent pour l'essentiel les conflits liés à la rareté des ressources

naturelles et de l'espace géographique et peuvent donc, dans certaines circonstances, porter fortement atteinte à la propriété.

- Il en va de même pour la compétence fédérale en matière de régulation du transport de l'énergie (art. 91 Cst.).
- L'art. 108 Cst. (encouragement à la construction et à l'accession à la propriété du logement) a un double effet sur la propriété. D'une part, il peut constituer une base pour la restriction de la propriété.
- D'autre part, il soulève la question de savoir s'il existe un mandat pour mener une véritable politique en matière de propriété, c'est-à-dire une intervention de l'État visant à permettre à de larges couches de la population d'acquérir un logement (cf. ci-après, n. 12).
- D'un point de vue économique, la protection des droits d'action (cf. n. 47) en relation avec la propriété foncière est un élément central de la garantie de la propriété. L'art. 109 Cst. (locations) est également important en tant que cadre pour la base d'intervention. Il donne à la Confédération la possibilité de restreindre la liberté des propriétaires de louer leurs biens immobiliers.
- L'art. 8, al. 4, Cst. crée un conflit potentiel avec la garantie de la propriété, car il prévoit des mesures visant à éliminer les désavantages pour les personnes handicapées. Le législateur a équilibré ce conflit en adoptant en 2002 la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappées par les personnes handicapées (LHand).

12 La garantie de la propriété ainsi que les art. 108 (Encouragement de la construction et de l'accession à la propriété du logement) et 109 Cst. (Baux à loyer) posent les bases permettant à toute personne, dans la mesure du possible, de disposer en Suisse d'un logement convenable. La formulation « La Confédération favorise (...) l'accès à la propriété du logement et à la propriété foncière » à l'art. 108, al. 1, Cst. indique tout d'abord que la Constitution privilégie l'acquisition d'un logement en propriété par rapport à la location. Il s'agit toutefois de la seule disposition constitutionnelle qui vise à promouvoir la **propriété immobilière**; d'autres ordres juridiques prévoient des mesures plus poussées dans ce domaine. Dans l'avant-projet de révision totale de 1977, il existait encore un mandat explicite en faveur de la promotion de la propriété (art. 30, let. d, g et h). La Constitution fédérale de 1999 ne contient en revanche plus que cette allusion à une politique de la propriété. Cela

montre que l'idée selon laquelle l'État aurait, outre la garantie de la propriété déjà acquise, le devoir de faciliter l'acquisition de la propriété, n'est guère développée dans l'ordre constitutionnel suisse. Selon cette conception, l'État n'a pas à mener une « politique de la propriété ».

La Confédération et les cantons disposent de **lois spécifiques en matière d'expropriation**. Elles constituent généralement la base légale de l'expropriation formelle de terrains. D'autres lois peuvent toutefois également servir de base à des expropriations formelles. 13

Contrairement à la plupart des autres libertés fondamentales, le **droit international** joue un rôle secondaire dans la protection de la garantie de la propriété. Cela s'explique notamment par le fait que la Suisse n'a pas ratifié le premier protocole additionnel à la CEDH, dont l'article 1er garantit la propriété. De l'avis général, cette garantie va toutefois moins loin que l'art. 26 Cst. Néanmoins, la CEDH déploie un certain effet protecteur de la propriété, notamment par le droit à un procès équitable prévu à son art. 6. Celui-ci garantit à toute personne, « en cas de litige en matière de ses droits de la vie privée ou de ses obligations et droits civils, ou en cas de litige portant de l'accusation d'une infraction pénale, le droit à un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ». En cas d'atteinte à la propriété ou de privation de celle-ci, la CEDH garantit ainsi l'accès à un tribunal lorsque le droit procédural national ne le prévoit pas. La CEDH peut également protéger la propriété par le biais de son interdiction accessoire de discrimination (art. 14 CEDH), par exemple lorsque le droit à des prestations futures est discriminatoire, comme c'était le cas en Suisse à l'égard des veufs. 14

III. CONTENU DE LA GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ (AL. 1)

A. Titulaire de la garantie de la propriété

Contrairement à d'autres droits fondamentaux, dont la garantie est introduite par les termes « toute personne » (art. 9 Cst.) ou « tout être humain » (art. 10 Cst.), la garantie de la propriété est simplement « assurée ». Elle s'applique **en principe à toutes les personnes physiques et morales**. 15

1. Exclusion de certaines personnes physiques de la qualité de titulaire de droits ?

16 La doctrine défend deux points de vue différents quant à la question de savoir si l'exclusion de l'acquisition de la propriété constitue une restriction de la garantie de la propriété ou une exclusion partielle de la titularité de la garantie de la propriété. Cette question est pertinente dans le contexte de la propriété foncière, dont l'acquisition est soumise à autorisation pour certains groupes de personnes dans certaines circonstances. L'exemple le plus important dans la pratique se trouve à l'art. 2 de la **loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger** (LFAIE), également connue sous le nom de « Lex Koller ». Un autre exemple est l'autorisation préalable requise pour l'acquisition d'une exploitation agricole par des personnes qui ne sont pas considérées comme exploitants à leur propre compte (art. 6 en relation avec l'art. 61 al. 1 et l'art. 63 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le droit foncier rural, LDFR).

17 Deux raisons militent toutefois en faveur de l'**inclusion de ces personnes dans le champ de protection personnel de la garantie de la propriété** et contre le traitement des obstacles correspondants comme des restrictions à cette garantie. La première raison est qu'il ne s'agit que d'une restriction partielle de la protection des droits fondamentaux. Dans cette mesure, il est trompeur de dire que ces personnes ne sont pas titulaires du droit fondamental. La deuxième raison est l'obligation de justification qui incombe à l'État en cas de restriction des droits fondamentaux : si la restriction du droit fondamental n'est pas traitée comme une limitation, mais comme une exclusion d'un droit fondamental, l'État est déchargé de manière problématique de cette obligation de justification.

2. La collectivité publique en tant que titulaire de droits fondamentaux

18 Le Tribunal fédéral suit une jurisprudence constante selon laquelle une **collectivité publique** peut également invoquer un droit destiné aux particuliers lorsqu'elle est concernée comme un particulier. Cela vaut en particulier lorsque la collectivité publique est concernée dans ses intérêts patrimoniaux. Dans la doctrine, cela signifie que les collectivités publiques peuvent également invoquer la garantie de la propriété lorsqu'elles sont concernées comme des particuliers. Les cas dans lesquels cela s'applique sont moins clairs. Cela est certainement le cas lorsque la collectivité est touchée

dans son patrimoine financier (c'est-à-dire dans le patrimoine qu'elle possède en raison de sa valeur monétaire) et non dans son patrimoine administratif (c'est-à-dire dans le patrimoine qu'elle possède en raison de sa valeur d'usage). Toutefois, certains auteurs considèrent que les collectivités publiques sont également titulaires de droits fondamentaux pour les biens du patrimoine administratif et d'usage public (les biens qui, conformément à leur destination, peuvent être utilisés par des particuliers) ; la condition préalable est que la collectivité publique ne soit pas concernée dans l'exercice de sa mission publique, mais en tant que propriétaire. Ce point de vue mérite d'être approuvé. Il n'est pas compréhensible que la collectivité publique, en tant que propriétaire, soit moins bien protégée que les particuliers. Lorsque les collectivités publiques se trouvent dans une situation particulière ou assument une responsabilité particulière (par exemple à l'égard de tâches publiques remplies par une autre collectivité publique ou à l'égard des droits fondamentaux des particuliers), il est possible de mieux tenir compte de cette situation en l'intégrant de manière appropriée dans l'examen des conditions d'intervention plutôt qu'en excluant totalement les pouvoirs publics de la titularisation des droits fondamentaux.

Sur la base de ces considérations, il est donc judicieux que **les entreprises publiques de droit privé** puissent également invoquer la garantie de la propriété, même si le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte jusqu'à présent. La position particulière des entreprises publiques en matière de concurrence peut également être mieux prise en compte si elle est examinée dans le cadre d'une pesée des intérêts plutôt que si ces entreprises se voient refuser la qualité de titulaire de droits fondamentaux. 19

B. Dimensions de la garantie de la propriété

Plus que d'autres libertés fondamentales, la garantie de la propriété est généralement subdivisée en différentes dimensions de son champ de protection, typiquement en garantie **d'existence, garantie de valeur et garantie institutionnelle**. La garantie d'existence protège tout d'abord l'étendue ou l'existence même de la propriété (n. 21 s.). La garantie de la valeur (ou « garantie du patrimoine ») est une particularité de la garantie de la propriété. Elle s'ajoute à la garantie de l'existence et peut, dans certaines circonstances, la remplacer (n. 23 ss.). La garantie institutionnelle protège l'institution de la propriété dans la société et le choix 20

fondamental d'un ordre économique fondé sur la propriété (n. 27 ss). Ces trois éléments se soutiennent et se complètent mutuellement. Il est donc artificiel de supposer que tous les aspects de la garantie de la propriété doivent pouvoir être attribués exclusivement à l'une de ces trois dimensions.

1. Garantie de l'existence

21 La garantie de l'existence **protège** l'**existence de la propriété** d'un sujet de droit, c'est-à-dire l'existence de la somme des droits patrimoniaux d'une personne (cf. à ce sujet ci-dessous, n. 48 ss) contre des atteintes injustifiées. Cette protection n'est pas absolue. Les atteintes sont admissibles aux conditions prévues à l'art. 36 Cst. et, en outre, aux conditions de la garantie de la valeur énoncées à l'art. 26, al. 2, Cst. L'effet protecteur de la garantie de la durée du droit consiste donc à relever le seuil des atteintes et à les subordonner à certains mécanismes de justification.

22 Il convient de distinguer la garantie de la durée du droit de la **garantie des droits acquis**. La garantie des droits acquis joue un rôle important dans le droit de la construction et de l'aménagement du territoire et garantit la possibilité de continuer à utiliser des constructions existantes ou de les transformer ou de les démolir malgré une modification de la situation juridique. Son effet protecteur s'adresse en premier lieu au législateur, qui doit introduire les nouvelles dispositions de manière « douce » et prévoir des délais transitoires et des exceptions. Initialement développée dans la jurisprudence, la garantie des droits acquis a également été intégrée dans la loi (cf. art. 24c et art. 37a LAT). Contrairement à la garantie des droits en existence, elle ne protège pas l'existence de droits patrimoniaux, mais le maintien, pendant un certain temps ou dans certaines circonstances, de droits qui, selon la nouvelle situation juridique, n'existent plus. Son rapport avec la garantie de la propriété n'est pas tout à fait clair. En tout état de cause, elle ne découle pas exclusivement de la garantie de la propriété, mais aussi de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.). Toutefois, comme la garantie des droits acquis protège des droits patrimoniaux, à savoir la possibilité d'exercer des activités économiquement intéressantes qui ne seraient plus possibles en vertu du nouveau droit, elle fait également partie intégrante de la garantie de la propriété (cf. ci-dessous, n. 47 ss).

2. Garantie de la valeur

Si l'on peut légalement porter atteinte à l'existence de la propriété et que les conditions d'une expropriation formelle ou matérielle sont en outre réunies (pour ces notions, voir ci-après, n. 77), **« la garantie de l'existence se transforme »** (« se transforme ») **en garantie de la valeur**, ou « se fond » en une garantie de la valeur. 23

Contrairement à l'impression que donne la formulation de l'art. 26, al. 2, Cst., la garantie de valeur ne s'applique **qu'à une fraction des atteintes** à la propriété protégée par les droits fondamentaux. La condition préalable est soit une expropriation formelle, soit une restriction de la propriété d'une intensité telle qu'elle équivaut à une expropriation formelle (voir ci-dessous, n. 126). La plupart des restrictions à la propriété, qu'elles résultent de la législation ou de l'application du droit, doivent être acceptées sans indemnisation. La garantie de l'état actuel et les conditions d'intervention qui en découlent sont donc d'autant plus importantes. 24

Outre l'art. 26, al. 2, Cst., la garantie de la valeur est **également inscrite** dans diverses lois fédérales et cantonales, notamment à l'art. 16 Ldét et à l'art. 5, al. 2, de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT). 25

La garantie de la valeur renforce-t-elle ou affaiblit-elle la garantie de la propriété ? On pourrait faire valoir que la garantie de la valeur affaiblit la protection offerte par d'autres libertés fondamentales, car l'État peut porter atteinte au droit fondamental s'il est prêt à payer pour cette atteinte, ce qui n'est pas le cas pour les autres libertés fondamentales. Cet argument néglige toutefois le fait que la garantie de valeur ne s'applique que lorsqu'il est légalement possible d'intervenir dans l'existence d'un droit de propriété protégé par les droits fondamentaux, c'est-à-dire lorsque les conditions qui doivent également être remplies pour intervenir dans d'autres libertés fondamentales sont déjà réunies. La garantie de valeur s'applique donc en plus et non à la place des conditions habituellement requises pour les libertés fondamentales (cf. art. 36 Cst.) et confère ainsi à la propriété une protection particulière par rapport aux autres biens protégés par les droits fondamentaux. Il serait toutefois erroné d'en conclure que le constituant accorde à la propriété une valeur normative supérieure à celle des autres biens protégés par les droits fondamentaux. Cette protection accrue s'explique par la fonction de la garantie de la propriété, en particulier par une 26

fonction d'internalisation (cf. n. 111). Cette position particulière est pertinente dans la pratique pour délimiter les domaines protégés par les droits fondamentaux : si un bien relève du domaine protégé par la garantie de la propriété (et non d'un autre droit fondamental), il bénéficie également, dans certaines circonstances, de la protection accrue offerte par la garantie de valeur.

3. Garantie institutionnelle

27 La garantie institutionnelle ne protège pas en premier lieu les titulaires individuels de droits fondamentaux. Son bien protégé est une **décision fondamentale de la société en faveur d'un ordre fondé sur la propriété**. Comme d'autres droits fondamentaux, la garantie de la propriété va, dans son aspect institutionnel, au-delà de la simple protection des droits subjectifs. La garantie institutionnelle ne repose pas sur une décision fondamentale de la société en faveur d'un État discret ou d'une faible compensation sociale. Elle repose sur une décision fondamentale en faveur d'une décentralisation des facteurs de production dans la société ou, en d'autres termes, sur une décision fondamentale visant à empêcher la concentration des facteurs de production entre quelques mains. C'est là que réside la « fonction d'ordre public » la plus centrale de la garantie de la propriété ; la décentralisation garantit que les mauvaises allocations de ressources dans la société restent gérables et peuvent être corrigées. La garantie institutionnelle offre une protection contre les mesures politiques qui centraliseraient progressivement ou immédiatement le contrôle des facteurs de production. Le candidat le plus plausible pour une telle centralisation est l'État, qui, dans son désir d'instaurer une économie planifiée, cherche à contrôler de plus en plus de facteurs de production. Mais les pouvoirs publics ne sont pas le seul moteur envisageable d'une centralisation. Selon cette conception de la garantie des institutions, la concentration de pratiquement tous les facteurs de production entre les mains d'un monopole privé serait également contraire à la garantie des institutions. Une redistribution des facteurs de production dans la société par les pouvoirs publics peut certes porter atteinte à la garantie des droits acquis (car elle doit prendre à certains pour donner à d'autres). Elle est toutefois compatible avec la garantie des institutions tant que cette redistribution ne sape pas la propriété en tant qu'institution et qu'elle sert précisément à décentraliser et non à concentrer les facteurs de production. Pour cette fonction de décentralisation, il est essentiel que les facteurs de production

restent répartis dans la société non seulement sur le plan formel, mais aussi sur le plan substantiel, c'est-à-dire que la propriété ne devienne pas de plus en plus une coquille vide, mais qu'elle conserve une valeur économique réelle et qu'elle englobe une liberté d'action matérielle effective. Dans cette mesure, cette fonction de décentralisation comprend également l'interdiction formulée par le Tribunal fédéral de priver la propriété de sa « substance » ou de son « essence ».

28 Malgré cette grande compatibilité avec un État redistributif, la garantie des institutions est une décision de principe en faveur du **marché en tant que « principe de coordination »**, même si ce marché peut être fortement ancré dans le social. La garantie de la propriété n'est pas la seule norme constitutionnelle qui reflète cette décision de principe. Elle est également exprimée à l'art. 5a Cst. (subsidiarité), à l'art. 27 Cst. (liberté économique) et à l'art. 94 Cst. (principes de l'ordre économique). La décentralisation des facteurs de production est toutefois une condition préalable à cette décision de principe et la présuppose. La raison en est le processus décentralisé de découverte et d'information, c'est-à-dire la capacité de générer des informations et de les classer de manière pertinente, même si le système est trop complexe pour pouvoir être appréhendé d'un seul point de vue central. Seul un marché peut offrir ce processus (même s'il est fortement intégré). L'alternative serait un acteur central qui contrôlerait tous les facteurs de production, mais ne pourrait pas tous les attribuer de manière judicieuse, car il ne disposerait pas de ce processus de découverte. La décentralisation de l'attribution et de la transaction des facteurs de production et un processus de découverte et d'information relativement efficace sont donc interdépendants. Si, selon les termes du Tribunal fédéral, la liberté économique est la « gardienne d'un ordre économique privé », la garantie de la propriété en est une condition préalable.

29 La **garantie institutionnelle est régulièrement assimilée à l'essence** de la garantie de la propriété (ou à son contenu essentiel, l'équivalent allemand de l'essence) (cf. ci-après, n. 33 ss, concernant l'essence). Les deux figures juridiques présentent en effet certains parallèles. Ainsi, toutes deux existent indépendamment du poids de l'intérêt public. Quelle que soit l'importance de celui-ci, il ne saurait justifier une atteinte à la garantie des institutions ni à l'essence. Néanmoins, l'assimilation de la garantie des institutions à l'essence n'est guère pertinente et prête à confusion. L'essence d'un droit fondamental

protège la sphère la plus intime et la plus élémentaire d'un bien individuel protégé et présente un lien étroit avec la dignité de la personne concernée. Elle concrétise la dignité humaine dans un contexte spécifique. Or, la garantie des institutions ne concerne pas en premier lieu la dignité de l'individu, mais une décision fondamentale de la société. Elle n'est pas seulement le « dernier bastion » de la protection des droits de propriété des individus, mais remplit une fonction préalable à cet égard.

30 Les mesures suivantes sont considérées comme **incompatibles avec la garantie des institutions** :

- Le principal cas d'application de la garantie institutionnelle est celui de l'**imposition confiscatoire**. Une imposition est considérée comme confiscatoire lorsqu'elle atteint un niveau tel que le patrimoine serait progressivement épuisé par l'imposition seule ou que la reconstitution d'un patrimoine ou l'organisation d'une existence indépendante deviendraient illusoires en raison de la charge fiscale. La jurisprudence en matière d'imposition confiscatoire est restrictive. Il n'existe pas d'arrêt publié du Tribunal fédéral reconnaissant une imposition confiscatoire. À titre indicatif, on peut se référer à un arrêt plus ancien, non publié, dans lequel la valeur en capital d'une rente viagère a été imposée de telle manière que la bénéficiaire de la rente aurait dû s'endetter lourdement pour pouvoir payer l'impôt, ce qui aurait compromis l'objectif de la rente, à savoir assurer sa subsistance. Avec les impôts sur le revenu grevant les rentes, la charge fiscale aurait atteint 55 % de la valeur en capital de la rente viagère (pour le rapport entre cette jurisprudence et la garantie de l'essence du droit, cf. n. 34).
- Un droit de préemption illimité de la collectivité publique en vue de la mise en place progressive d'un **monopole foncier public**, ou la tentative de concentrer tous les biens fonciers entre les mains de l'État et de n'accorder aux particuliers que des droits de construction ou similaires.
- La possibilité pour les pouvoirs publics de **geler les prix fonciers et de louer de force des logements** sans que cela soit soumis à d'autres conditions que l'objectif général de garantir le droit au logement.

Sont en revanche considérés comme **compatibles avec la garantie institutionnelle** : 31

- **les impôts sur la fortune qui sont plus élevés que le revenu**. Les impôts sur la fortune portent précisément atteinte à la substance même de la fortune. Cela ne les rend pas pour autant contraires aux droits fondamentaux. Si une charge fiscale résultant principalement d'un impôt sur la fortune s'élève pendant une courte période à 200 % du revenu d'un contribuable, il ne s'agit pas encore d'une imposition confiscatoire.
- De manière générale, **un certain pourcentage** des impôts par rapport au revenu ou au patrimoine ne suffit pas à lui seul pour conclure à une imposition confiscatoire. Ce qui importe davantage, c'est la charge fiscale sur une période relativement longue. Si des circonstances particulières surviennent certaines années, il convient de les abstraire. L'effet cumulatif de différents impôts et la possibilité de répercuter les impôts sur d'autres personnes sont également déterminants.
- Situations dans lesquelles une personne imposée **renonce délibérément à un rendement** réalisable sur sa fortune (par exemple parce qu'elle détient des métaux précieux ou spécule sur le classement de terrains) et où la charge fiscale est pour cette raison plus élevée que le rendement de la fortune.
- Un **impôt sur la fortune** qui, pour les revenus très élevés, représenterait jusqu'à 46 % du revenu, mais n'empêcherait pas la constitution d'une nouvelle fortune.
- Des **ingérences relativement importantes dans le marché foncier, immobilier et locatif** sont également compatibles avec la garantie des institutions. Par exemple :
  - l'expropriation des logements laissés vacants de manière abusive (il y aurait toutefois violation de la garantie des institutions si l'utilisation ne pouvait être retirée à aucune autre condition que celle de garantir le droit au logement) ;
  - l'obligation, lors de reclassements et de nouveaux zonages, de créer au moins un tiers de logements abordables et de les louer à long terme à un loyer correspondant aux coûts ;

- la possibilité pour l'administration municipale de désigner 15 % des locataires dans les bâtiments dont elle a subventionné la construction ou la rénovation ;
- l'interdiction de démolir, de transformer ou de changer la destination d'appartements qui ne sont pas voués à la démolition ou à la rénovation (ce projet était toutefois contraire à la garantie du droit au maintien dans les lieux) ;
- une obligation d'autorisation pour la vente d'appartements pour lesquels il existe une pénurie sur le marché du logement (la conception de l'obligation d'autorisation, qui rendait impossible la prise en compte des intérêts privés, constituait toutefois dans ce cas une violation du principe de proportionnalité et de la garantie du droit acquis).

32 La garantie institutionnelle est-elle donc nécessaire ou n'a-t-elle **qu'une « valeur déclaratoire » ?** Le fait qu'il n'existe que peu d'exemples dans lesquels la garantie institutionnelle a eu un effet protecteur concret dans la jurisprudence ne doit pas conduire à conclure qu'elle ne joue aucun rôle dans la vie juridique. La décision d'opter pour un ordre fondé sur la propriété, pour une décentralisation des facteurs de production, est l'une des décisions les plus fondamentales qu'une communauté politique puisse prendre. Il est donc logique que la garantie des institutions influence davantage les décisions politiques que les décisions juridiques et qu'elle puisse et doive exercer une fonction protectrice contre les décisions politiques plutôt que contre l'action administrative. La décentralisation des facteurs de production reste d'ailleurs une tâche permanente, même lorsque les forces politiques qui souhaitent les communautariser perdent de leur énergie. Cela tient notamment au fait qu'une concentration croissante des facteurs de production ne peut pas se produire exclusivement au niveau de l'État.

4. Contenu essentiel

33 La séparation entre la garantie institutionnelle et le contenu essentiel permet de considérer comme contenu essentiel de la garantie de la propriété les aspects qui ont une pertinence directe pour la **protection de la dignité humaine**. La garantie de la propriété est moins souvent associée à la protection de la dignité que d'autres droits fondamentaux, à tort. La formulation d'Eugen Huber semble certes radicale lorsqu'il écrit dans les commentaires relatifs au projet de CC que « sans la jouissance de biens

patrimoniaux, la personnalité serait une idée vide de sens ». Néanmoins, la possibilité d'exercer la maîtrise sur des biens est une expression élémentaire de la personnalité ; empêcher durablement une personne d'exercer cette maîtrise constitue donc une atteinte à sa dignité. Lorsque la négation de la propriété prive une personne de sa « place dans le monde et l'expose à la lutte pour sa survie », ce seuil est franchi. La mise en balance des intérêts privés et publics ne peut plus aboutir à des résultats justifiables dans le cas d'atteintes aussi graves. La présomption en faveur des intérêts et de la dignité de l'individu doit être anticipée. Cette anticipation du résultat de la mise en balance est précisément l'essence même de la conception de l'essence des droits fondamentaux défendue ici.

34 L'une des raisons de l'assimilation souvent problématique entre le noyau essentiel et la garantie institutionnelle tient sans doute au fait qu'il n'existe pas de jurisprudence relative à la violation du noyau essentiel, sauf en ce qui concerne la question de l'imposition confiscatoire, qui relève éventuellement à la fois du noyau essentiel et de la garantie institutionnelle. Toutefois, il est également vrai pour d'autres droits fondamentaux qu'il n'existe pratiquement aucun cas dans lequel la violation de l'essence a été mise en cause. À titre de référence, qui heureusement ne se produit pratiquement jamais, il peut néanmoins être utile d'imaginer de tels cas. On pourrait par exemple penser à des cas dans lesquels une personne se voit délibérément dépouillée de ses derniers biens afin de l'exclure de la société.

35 Dans la doctrine, la **garantie de la valeur en tant que composante** de la garantie de la propriété est parfois considérée comme faisant partie de son **contenu essentiel**. Cela n'est guère convaincant pour plusieurs raisons. Il est vrai que la garantie de la valeur est formulée de manière absolue pour les cas dans lesquels elle s'applique (expropriations formelles et restrictions de propriété assimilables à une expropriation) et ne permet aucune dérogation de la part du législateur. Mais premièrement, ces cas ne représentent qu'une petite partie des atteintes à la propriété et, deuxièmement, la jurisprudence a développé différentes techniques pour empêcher le déclenchement de la garantie de valeur (cf. ci-après n. 126).

36 Le contenu essentiel de la garantie de la propriété est en **contradiction avec la théorie de l'immanence** (voir ci-dessous, n. 40). Si celle-ci est appliquée sans restriction, le champ d'application matériel de la garantie de la propriété est laissé à la discrétion du législateur. En théorie, le législateur pourrait donc

également disposer du domaine le plus intime, du contenu essentiel. Cela montre qu'une obligation du législateur de respecter les droits fondamentaux en ce qui concerne le champ d'application de la garantie de la propriété est nécessaire sous une forme ou une autre, et que la théorie de l'immanence ne peut donc pas être appliquée sans restriction (cf. n. 43). Même s'il est vrai que la notion de propriété ne peut précéder un ordre juridique, elle peut néanmoins précéder le législateur (du moins dans ses grandes lignes), dans la mesure où elle découle de la Constitution. La contrainte imposée au législateur par le noyau essentiel de la garantie de la propriété, qui s'oriente à la dignité de l'individu, est donc relativement facile à respecter, car la protection d'un noyau ainsi compris ne découle pas exclusivement de la garantie de la propriété elle-même, mais aussi de l'art. 36, al. 4, Cst. et de l'art. 8 Cst. Le législateur ne peut donc pas supprimer l'obligation de protéger la dignité de l'individu même lorsque des intérêts publics très importants plaident en faveur d'une redéfinition légale de la propriété.

C. Champ d'application matériel

1. Théories de la propriété

37 Compte tenu de la grande complexité de la propriété en tant que concept et construction sociale et juridique, le **champ d'application matériel** de la garantie de la propriété est également **complexe** et présente des incertitudes considérables. L'objet de la garantie de la propriété n'est « pas une activité ou une qualité humaine, mais une institution créée par l'ordre juridique ». Cette formulation anticipe toutefois ce qui est controversé dans la doctrine et peu clair dans la jurisprudence, tant en ce qui concerne la propriété de droit privé que l'objet de la garantie de la propriété : la question de savoir si la propriété existe avant la loi et si celle-ci lui impose ensuite des restrictions (**théorie des restrictions**) ou si la propriété est une institution de l'ordre juridique qui ne peut naître qu'avec celui-ci et à laquelle les limites de la propriété telles qu'elles sont fixées par la loi sont donc immanentes (**théorie de l'immanence**). Ces deux théories s'excluent mutuellement et présentent des faiblesses considérables.

a. Faiblesses des théories de la propriété

38 Une possibilité de contourner le problème posé par ces deux théories insuffisantes consiste à souligner la **pertinence pratique limitée** de ce débat

et à le reléguer dans la tour d'ivoire. Toutefois, les lacunes des deux théories ont pour conséquence que non seulement les contours du champ d'application matériel de la garantie de la propriété sont flous, mais aussi que la question de savoir si le droit protégé est à l'origine une grandeur fixe dont on déroge ou une construction sociale qui évolue avec les conditions politiques, économiques et technologiques changeantes se pose.

Examinons tout d'abord les problèmes posés par la théorie des restrictions : **la propriété ne peut précéder le droit**, elle est créée par l'ordre juridique. En effet, les droits d'action liés à un bien déterminé ne sont pas naturels ou évidents, mais résultent d'un consensus social minimal qui s'est formé d'une manière ou d'une autre. Même si l'on part du principe d'une existence pré-étatique de la propriété, il ne pourrait y avoir de portée naturelle ou originelle de la propriété (ce qui serait toutefois une condition préalable au fonctionnement de la théorie des restrictions). En effet, toute forme concevable d'utilisation de la propriété crée des interférences avec d'autres participants au droit et leur propriété. Avant qu'un cadre juridique et un mécanisme de résolution des conflits n'existent, il n'y a aucun moyen de classer une atteinte comme une composante naturellement admissible de la propriété et une autre comme une influence excessive. 39

La théorie de l'immanence présente quant à elle l'inconvénient de ne protéger la propriété que dans le cadre du droit en vigueur et donc, en principe, **pas contre la législation**. Elle protège une propriété dont la substance peut être réduite à volonté, pour autant que cela se fasse par la législation et non par l'application du droit. Pour éviter ce problème, il faudrait un critère permettant de déterminer quand les normes juridiques façonnent la propriété et quand elles la restreignent. Jusqu'à présent, il n'a pas été possible d'identifier de tels critères. Pour des raisons logiques, cela ne peut d'ailleurs pas fonctionner, car cela supposerait à nouveau une substance pré-juridique de la propriété, qui ne peut exister. Il est donc notoirement difficile de déterminer s'il y a atteinte à la propriété ou si le champ d'application de la protection de la propriété est redéfini. Cela pose problème, car le rapport entre l'atteinte au champ d'application et la licéité de l'atteinte, qui n'est pas toujours clair non plus en ce qui concerne d'autres droits fondamentaux, revêt une importance particulière dans le contexte de la garantie de la propriété. C'est de ce rapport que dépend la garantie de la valeur. 40

41 La fragilité de la propriété selon la théorie de l'immanence est illustrée par le fait que la Constitution elle-même prévoit déjà **des dérogations ponctuelles à la garantie de la propriété**. Dans ces cas, selon une appréciation générale, d'autres intérêts que ceux du propriétaire prévalent. Il n'y a donc pas de mise en balance des intérêts. On peut citer comme exemples les atteintes à l'état naturel des marais et des sites marécageux d'importance nationale (art. 78, al. 5, Cst.), la construction de minarets (art. 72, al. 3, Cst.) ou la construction de résidences secondaires dans certaines circonstances (art. 75b en relation avec l'art. 197, ch. 9, al. 2). Il est donc évident que l'étendue de la propriété peut être déterminée par l'ordre juridique et pourrait théoriquement être vidée de sa substance par le droit constitutionnel lui-même.

b. Compromis dans la pratique

42 Le **Tribunal fédéral** s'est initialement inspiré de la **théorie de l'immanence**. Sa jurisprudence en matière d'atteintes à la propriété s'est limitée aux atteintes individuelles concrètes commises par l'administration, étant entendu qu'il était en principe incontesté que le législateur pouvait redéfinir le champ d'application de la garantie de la propriété, les limites de la propriété étant donc immanentes au droit. Au cours du XXe siècle, le Tribunal fédéral s'est toutefois progressivement détourné de la théorie de l'immanence, sans pour autant se rallier entièrement à la théorie des restrictions. Un ralliement total à la théorie des restrictions impliquerait que les restrictions des pouvoirs du propriétaire par la législation soient également considérées comme des atteintes au champ de protection, ce qui n'est le cas que dans des cas tout à fait exceptionnels (cf. ci-dessous, n. 119). Il en résulte une situation peu claire et souvent contradictoire.

43 En **l'absence d'une troisième théorie** capable de surmonter les faiblesses des théories des restrictions et de l'immanence, on en revient à un compromis fragile (et finalement contradictoire) entre ces deux théories. C'est ce qui correspond à la pratique suisse. D'une part, on invoque souvent la fiction de la propriété comme quelque chose qui précède le législateur, ou du moins on insiste sur le fait que la substance de la propriété ne peut être arbitrairement fragmentée par la législation et que la propriété doit donc avoir une substance pré-juridique. D'autre part, la jurisprudence ne laisse aucun doute sur le fait que la notion de propriété peut être redéfinie par le législateur afin de la rendre compatible avec l'intérêt public et les intérêts de tiers, le législateur

restant toutefois lié dans une certaine mesure par la garantie de la propriété. Il n'est donc pas absurde de souligner que la notion de propriété découle de la Constitution et qu'elle est donc pré-étatique, mais non pré-législative. Toutefois, cela ne vaut que pour les fondements de la propriété, pour son domaine interne. De nombreux aspects importants de la propriété, qui bénéficient également d'une protection constitutionnelle, ne découlent que de la loi. La crainte que le législateur puisse vider complètement la propriété de sa substance est donc exagérée, du moins dans l'hypothèse où le législateur respecte la Constitution.

Néanmoins, le compromis ainsi obtenu est fragile et mis à rude épreuve par le fait que le Tribunal fédéral ne reconnaît les atteintes aux droits fondamentaux par 44
des modifications législatives que dans des cas exceptionnels, laissant ainsi **au législateur une grande liberté** quant à la substance de la propriété. En règle générale, il part sans autre du principe que le nouveau droit redéfinit le champ d'application de la garantie de la propriété.

c. Compréhension fonctionnelle de la propriété comme aide à la navigation

Le meilleur moyen de naviguer dans ce compromis fragile est sans doute de s'appuyer sur une **compréhension fonctionnelle de la propriété**. Celle-ci consiste à déterminer quels biens et aspects partiels des biens sont les plus importants pour les finalités pour lesquelles la propriété est protégée par les droits fondamentaux. Attribuer certaines fonctions à un droit fondamental est toujours risqué. Il s'agit d'un exercice d'interprétation qui peut également conduire à une réduction problématique des fonctions. Mais sans réduire la garantie de la propriété à ces seules fonctions, il apparaît nécessaire de lui reconnaître en particulier une fonction de décentralisation (cf. ci-dessus, n. 27) et une fonction de protection de la dignité et de l'autonomie de l'individu (cf. ci-dessus, n. 33). Selon l'avis défendu ici, ces fonctions fondamentales suffisent à elles seules à stabiliser le fragile compromis entre une propriété préexistante et une propriété susceptible d'être façonnée par le législateur, car elles limitent, indépendamment de la théorie spécifique de la propriété, la mesure dans laquelle la propriété peut être vidée de sa substance. Ces fonctions trouvent leur expression dans deux dimensions protectrices de la 45

garantie de la propriété, à savoir la garantie institutionnelle (pour la fonction de décentralisation) et la garantie du noyau dur (pour la fonction de dignité).

46 La fonction de la garantie de la propriété serait par exemple compromise si les pouvoirs publics intervenaient dans la propriété de telle manière qu'il en résulterait une concentration (progressive) des facteurs de production entre les mains des pouvoirs publics. La propriété ne peut donc être délimitée que par la législation, mais la **liberté d'action du législateur n'est pas illimitée** ; lui aussi est lié par la garantie de la propriété. Il doit exercer sa marge de manœuvre de manière à garantir la fonction de décentralisation, la fonction d'autonomie et la fonction de préservation de la dignité de la propriété.

47 Ce compromis repose toutefois sur une conception de la propriété selon laquelle celle-ci ne se distingue qualitativement d'autres formes de droit sur des biens que par le fait qu'elle est protégée par la garantie de la propriété. La propriété est donc un **ensemble de droits d'action** permettant de porter atteinte à autrui, qui se distingue des autres droits d'action par le fait qu'elle bénéficie d'une protection particulière en vertu des droits fondamentaux et qu'elle est notamment assortie d'une garantie de valeur.

2. Autonomie de la notion constitutionnelle de propriété

48 La **notion constitutionnelle de propriété** est **autonome** par rapport à celle du droit privé. Cela signifie que la propriété privée en tant que droit réel fait certes partie du champ d'application de la garantie de la propriété, mais qu'elle doit être conçue indépendamment du concept de droit privé et, en particulier, qu'elle va plus loin que celui-ci. Dans la littérature, on a tendance à considérer la propriété privée en tant que telle comme un socle relativement sûr du champ d'application de la garantie de la propriété et à construire sur celui-ci les aspects plus flous et plus complexes. Cette conception n'est toutefois pas sans poser problème, car elle suggère une prétendue clarté de la portée et du contenu de la propriété en tant que telle. Or, un cas typique dans lequel la garantie de la propriété s'applique est celui où la propriété est soumise à une réglementation de droit public ou à un acte administratif. Dans ce cas, l'étendue de la propriété résulte (entre autres) du cadre réglementaire du droit public. Elle ne découle donc pas directement du droit des biens.

Parmi les institutions du droit privé, la notion autonome de propriété de la garantie de propriété protège, au-delà de la propriété au sens du droit des biens, également la **possession**, les **droits réels limités, les droits immatériels** et **les créances obligatoires**, tels qu'ils découlent notamment des contrats de bail ou de location. 49

Une question fondamentale reste ouverte : dans quelle mesure la notion constitutionnelle de propriété peut-elle être conçue de manière autonome par rapport au droit réel sans perdre ses contours ? Cette question devrait gagner en importance à mesure que de plus en plus de biens **ne sont plus liés à une chose physique**, mais existent en tant que convention juridique et/ou innovation technique (comme par exemple les droits d'utilisation des données ; cf. à ce sujet ci-dessous, n. 71 s.). 50

3. Aspects importants pour lesquels le champ d'application de la garantie de la propriété n'est pas clair

Avant 51
d'aborder ces points en détail, il convient tout d'abord, dans un souci de **clarté**, de souligner les domaines dans lesquels les contours du champ d'application matériel de la garantie de la propriété sont particulièrement flous :

- Tout d'abord, il n'est pas clair si ce sont les droits patrimoniaux ou le patrimoine *en soi* qui font l'objet de la protection de la garantie de la propriété (n. 52 ss).
- Les droits de droit public constituent un élément particulièrement important du patrimoine dont le rapport avec le champ d'application de la garantie de la propriété n'est pas clair (n. 58 ss.).
- La notion de droits acquis et les différentes notions alternatives qui ont été développées à partir de celle-ci sont source de confusion persistante dans le contexte de la garantie de la propriété (n. 60 ss.).
- La question de l'imposition, qui n'est pas en soi considérée comme une atteinte à la garantie de la propriété, pose des difficultés. Il n'est pas clair à partir de quand elle est si intensive qu'elle doit être considérée comme confiscatoire (ce qui soulève à son tour la question de savoir si une imposition confiscatoire constitue une violation de l'essence même de la garantie, n. 66 ss).

- Il n'est pas non plus clair comment et dans quelle mesure les intérêts factuels sont protégés par la garantie de la propriété (n. 68 ss).
- Enfin, la relation entre la garantie de la propriété et les données, qui constituent un bien de plus en plus important, ou les droits d'utilisation des données, qui présentent un intérêt économique, reste largement floue (n. 71 ss).

a. La fortune en tant que telle

52 Aux fins de la présente discussion, la fortune peut être définie de manière pertinente comme la somme de tous les biens économiques qui reviennent à une personne. La question de savoir si la **fortune en tant que telle est l'objet de la garantie de la propriété** peut être considérée comme la principale incertitude quant à la portée objective de la garantie de la propriété. De nombreuses autres incertitudes, telles que celle de savoir si l'imposition constitue une atteinte aux droits fondamentaux, dans quelle mesure les intérêts factuels sont protégés, dans quelle mesure les intérêts et les droits à l'égard des pouvoirs publics relèvent du champ d'application de la protection et si les dommages purement patrimoniaux constituent une atteinte à la garantie de la propriété, dépendent de cette question. La doctrine est divisée. Biaggini estime qu'il n'est « pas souhaitable » de concevoir la garantie de la propriété comme une protection générale du patrimoine. Même selon Dubey, le patrimoine en tant que tel ne fait clairement pas partie du champ d'application. Waldmann objecte qu'au regard du sens de la garantie de la propriété, les biens qui servent à assurer l'existence doivent en tout état de cause être inclus dans le champ d'application de la garantie de la propriété. Il décrit le contenu de la garantie de la propriété comme un « ensemble de droits justiciables », une conception qui rend difficile d'en exclure la fortune, car la fortune d'une personne est l'ensemble de ses droits ayant une valeur. Tschumi et Riva placent logiquement le patrimoine ainsi défini dans le champ d'application de la garantie de la propriété (ce qui déplace le problème vers la question de savoir ce qui doit être considéré comme un droit ayant une valeur).

53 Le **Tribunal fédéral** est resté **ambigu** sur cette question. D'une part, il ne laisse aucun doute sur le fait que le gel des avoirs de personnes (dans le cadre de sanctions à l'encontre de personnes accusées de proximité avec un régime problématique) constitue une atteinte à la garantie de la propriété. Cette

sanction n'a pas pour effet de bloquer des avoirs concrets individuels, mais l'ensemble du patrimoine (y compris potentiel) dans la mesure où il se trouve actuellement ou se trouvera à l'avenir en Suisse. D'autre part, le Tribunal fédéral a constamment jugé que seuls les droits de propriété individuels étaient protégés, et non la fortune en tant que telle. Le problème de cette position est qu'elle considère qu'une atteinte à une partie de l'ensemble constitue une atteinte au droit fondamental, mais pas une atteinte à l'ensemble. Cela n'a pas beaucoup de sens, car on ne peut pas porter atteinte à l'ensemble sans porter atteinte à une partie de ses éléments constitutifs. Si l'on objecte qu'il existe une différence entre les pouvoirs concrets individuels découlant de la propriété et la fortune en tant que simple capacité générale, on peut rétorquer que la fortune se caractérise précisément par sa flexibilité d'utilisation. Certaines parties de la fortune peuvent être utilisées pour exercer des pouvoirs concrets (par exemple pour acquérir des biens). Toute atteinte à la fortune en tant que telle constitue donc une atteinte à des pouvoirs de propriété concrets, même s'il n'est pas possible de déterminer clairement lesquels. Le Tribunal fédéral part en outre du principe qu'il n'y a atteinte à la propriété que si cette atteinte entraîne également une perte patrimoniale. Cette conception (problématique) suggère que c'est finalement le patrimoine (la somme des droits patrimoniaux) qui doit constituer l'objet de la protection derrière la garantie de la propriété.

Une partie de la doctrine estime qu'il n'y a atteinte que si celle-ci porte sur 54
des droits de créance spécifiques de la personne concernée, mais pas si elle porte sur le patrimoine en tant que tel. Cette opinion peut s'appuyer sur une jurisprudence plus ancienne. Elle semble être un vestige d'une époque où la garantie de la propriété pouvait encore importer le principe de spécialité du droit des biens dans la protection des droits fondamentaux, car la propriété des titulaires de droits fondamentaux était encore essentiellement liée à des biens physiques. Cette position ne correspond toutefois plus à la réalité économique et aux besoins économiques que la garantie de la propriété est censée protéger. Cela ressort clairement du recours à la garantie institutionnelle (ci-dessus, n. 27 ss). Avec la formulation du Tribunal fédéral sur la garantie institutionnelle, selon laquelle « l'institution de la propriété privée » ne doit pas être « vidée de sa substance », la garantie institutionnelle vise précisément à dépasser une approche légaliste en y ajoutant une dose de réalisme économique. Elle prend en compte la substance économique de la propriété et ne se limite pas à son enveloppe juridique.

55 Depuis que le Tribunal fédéral attribue **certains intérêts factuels** à la garantie de la propriété (cf. ci-après, n. 68 ss), l'objection selon laquelle une certaine possibilité d'action doit correspondre à un intérêt explicite et protégé par la loi pour relever du champ d'application de la garantie de la propriété n'est plus valable.

56 Une autre source d'ambiguïté est l'interdiction de l'imposition à des fins confiscatoires. Cette interdiction signifie que la fortune ne peut être grevée au point d'être confisquée (cf. n. 30). À partir de ce seuil d'intensité, la fortune fait donc de toute façon partie du champ d'application. Cela signifie toutefois que le champ d'application de la protection évolue avec l'intensité de l'ingérence. Pour expliquer cela, une partie de la doctrine postule l'existence de **différents champs d'application** pour les différentes dimensions de la garantie de la propriété. Selon cette approche, la garantie de l'existence et la garantie de la valeur ne protègent que certains droits de propriété, tandis que la garantie institutionnelle (qui protège notamment contre l'imposition confiscatoire) protège également le patrimoine en tant que tel. Les différentes dimensions de la garantie de la propriété ne protègent toutefois pas des biens juridiques différents, mais des aspects différents d'un même bien juridique. Cette adaptation ad hoc de la doctrine à une pratique établie semble davantage motivée par des considérations pratiques et la protection des intérêts fiscaux des pouvoirs publics que par la recherche de la cohérence et de la sécurité juridique.

57 Dans l'ensemble, l'exclusion du patrimoine en tant que tel du champ d'application de la garantie de la propriété soulève donc plus de questions qu'elle n'en résout. D'un point de vue dogmatique, il est donc judicieux de considérer l'**ensemble des biens économiques** d'un sujet de droit comme sa propriété protégée par les droits fondamentaux. Toute mesure étatique qui porte atteinte à ces biens doit alors en principe satisfaire aux exigences d'une restriction des droits fondamentaux. La question décisive est alors de savoir où se situe la limite entre une restriction de la propriété acceptable sans indemnisation et une restriction équivalant à une expropriation et devant donc être intégralement indemnisée (voir ci-dessous, n. 104 et suivants). Cette question peut alors être tranchée de manière plus pertinente, plus cohérente et plus précise que la question, qui n'a aucun sens ni sur le plan économique ni sur le plan juridique, de la frontière entre propriété et fortune.

b. Prétentions de droit public

La question de savoir dans quelle mesure la fortune en tant que telle relève du champ d'application de la garantie de la propriété est également liée à la deuxième grande incertitude concernant le champ d'application matériel, à savoir la question de savoir dans quelle mesure **les droits de droit public** font partie du champ d'application. Là encore, un champ de tension s'ouvre. D'un côté, il y a l'argument téléologique, de l'autre, l'objection de la praticabilité. L'argument téléologique souligne que, dans un État moderne, les droits de droit public constituent une part importante du patrimoine réel des personnes. Si l'autonomie et la sécurité sont des objectifs centraux de la garantie de la propriété, alors ces droits devraient en principe également être pris en compte, car une part croissante de cette autonomie et de cette sécurité dépend d'eux dans la pratique. Ils sont des « équivalents fonctionnels » de la propriété privée des biens. Cela ne signifie pas pour autant que les droits publics présentent toutes les caractéristiques de la propriété privée. Il suffit qu'ils soient comparables (et non identiques) aux fonctions que la garantie de la propriété est chargée de protéger. Un droit à une rente, par exemple, remplit une fonction similaire à celle de la propriété foncière en matière d'autonomie et de sécurité. Cela vaut également lorsque la propriété foncière remplit d'autres fonctions. Dans la mesure où il s'agit d'une prévoyance obligatoire, un droit qui en découle est également un substitut obligatoire à la propriété privée traditionnelle, car il immobilise des actifs qui auraient autrement été librement disponibles. D'un autre côté, on peut objecter que ce patrimoine réel produit par les pouvoirs publics est si omniprésent et si étroitement lié, de manière complexe et indissoluble, aux biens produits ou acquis par des particuliers (chaque bien contient des composantes produites à titre privé et à titre social) que la protection de ces biens par les droits fondamentaux se heurte rapidement à une limite pratique et compromet la capacité d'action des pouvoirs publics. 58

L'approche la plus courante pour traiter ce problème consiste à rechercher un critère de concrétisation juridique des prétentions, c'est-à-dire des critères permettant de déterminer à partir de quand de simples intérêts à l'égard des pouvoirs publics **se sont « cristallisés » en prétentions juridiquement protégées**. Les critères de cette consolidation et la terminologie utilisée pour la décrire sont hétérogènes et contradictoires. Afin de clarifier cette 59

terminologie, il est notamment nécessaire de distinguer les notions de droits acquis, de droits subjectifs de droit public et de prétentions de droit public.

c. En particulier : les droits acquis

60 La catégorie des **droits acquis** n'est pas claire et la justification de ce qui en fait partie revêt régulièrement un caractère « circulaire ». La seule chose qui est claire, c'est que les droits acquis sont ceux qui revendiquent une dignité particulière, une stabilité particulièrement marquée. Selon l'interprétation qui prévaut ici, cette dignité réside dans le fait que les droits acquis **résistent aux modifications du droit**, c'est-à-dire qu'ils subsistent même si le cadre juridique pertinent change. En revanche, on parle ci-après de droits subjectifs de droit public lorsque les prétentions à l'égard des pouvoirs publics sont certes justiciables, mais ne jouissent pas pour autant d'une position particulièrement élevée. La notion de droits acquis est donc utilisée ici dans un sens restreint, tandis que celle de droits subjectifs de droit public est utilisée dans un sens large.

61 Différents groupes de droits acquis ont **différentes justifications**. Certains identifient la protection de la confiance légitime comme leur fondement, d'autres leur caractère matrimonial, c'est-à-dire leur existence depuis des temps immémoriaux, avant l'existence d'un ordre constitutionnel moderne. Ils sont parfois justifiés par le fait qu'ils sont des vestiges d'un ordre fondé sur le droit privé, mais qu'ils relèvent aujourd'hui du droit public.

62 La protection particulière des droits acquis repose-t-elle sur la garantie de la propriété ou sur la bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.) ? Selon une jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la **protection de la bonne foi est « au premier plan »**, ce qui ne contribue guère à clarifier la situation. L'avantage de la bonne foi comme fondement juridique est qu'elle offre une meilleure protection contre les modifications du droit, car la garantie de la propriété ne protège la propriété que dans le cadre du droit en vigueur. La question est toutefois d'une importance secondaire tant que les deux bases juridiques protègent en soi la même chose, à savoir la valeur des investissements déjà réalisés, même contre des modifications ultérieures du droit. En revanche, la garantie de la valeur, qui est la caractéristique distinctive de la garantie de la propriété (cf. ci-dessus, n. 23 ss), reste importante dans ces cas également, et précisément en raison de cet objectif de protection. Lorsque des droits doivent néanmoins être restreints, leur valeur doit être indemnisée. Comme il

n'est pas possible de tracer une ligne de démarcation entre les modifications législatives qui redéfinissent la propriété et celles qui restreignent la propriété (cf. ci-dessus, n. 40), la garantie de la propriété ne suffit pas à elle seule comme base juridique pour les droits résistants aux modifications législatives. Il faut d'une part la bonne foi pour garantir la stabilité des droits et, d'autre part, la garantie de la propriété pour assurer la valeur en cas de retrait.

L'utilisation de l'énergie hydraulique, qui était à l'origine un droit réel accordé aux riverains, mais qui est aujourd'hui considérée comme un bien de droit public, est un exemple de droits (prétendument) acquis qui constituent un **vestige du droit privé**. On ne voit pas clairement, dans un premier temps, pourquoi les droits qui relevaient à l'origine du droit privé ne peuvent pas être modifiés par un changement de droit. L'idée d'un tel vestige du droit privé est qu'il s'attache au bien immobilier comme une servitude et qu'il survit donc aux modifications juridiques. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé entre-temps que l'hypothèse de tels vestiges est contraire au principe de l'inaliénabilité de la souveraineté étatique, car selon la conception actuelle, il s'agit précisément de biens attribués à la sphère publique et qui relèvent donc d'un aspect de la souveraineté étatique. Ces droits matrimoniaux doivent donc désormais être remplacés par des concessions qui ne peuvent être accordées pour une durée illimitée. 63

Le remplacement de ces vestiges se fait donc en deux étapes. Premièrement, le contrôle de ces biens est considéré comme relevant de la puissance publique et son transfert est donc traité comme une concession. Deuxièmement, l'aliénabilité de cette puissance est limitée dans le temps. Une fois encore, le Tribunal fédéral adopte une **approche fortement économique** en faisant abstraction des différences juridiques formelles (s'agit-il d'une servitude personnelle ou d'une concession d'utilisation spéciale ?) et en identifiant comme ratio (économique) dans les deux cas la nécessité économique d'une protection adéquate des investissements, qu'il traite donc comme comparables sur le fond. Selon le Tribunal fédéral, seule la protection de ces investissements justifie une stabilité particulière de ces droits. Cette double suppression – les droits matrimoniaux deviennent des concessions, qui sont limitées dans le temps – s'effectue en principe sans indemnisation. 64

La catégorie restreinte des **droits acquis** ne peut toutefois **être la seule forme de prétentions à l'égard des pouvoirs publics** qui relève de la 65

garantie de la propriété. Il semble donc judicieux d'assimiler la sous-catégorie relativement marginale des droits résistants aux modifications législatives au champ d'application de la garantie de la propriété, de les qualifier de droits acquis et de les distinguer ainsi clairement sur le plan terminologique, puis de rechercher la « densité » nécessaire que doivent présenter les intérêts patrimoniaux à l'égard des pouvoirs publics pour bénéficier de la protection des droits fondamentaux.

d. En particulier : les intérêts patrimoniaux à l'égard de l'État

66 La question de savoir dans quelle mesure **les intérêts patrimoniaux à l'égard de l'État** doivent être protégés contre les ingérences de celui-ci doit être tranchée de la même manière que celle de savoir dans quelle mesure les intérêts patrimoniaux *en tant que tels* doivent être protégés. Lorsque ceux-ci relèvent du champ d'application de la protection (cf. à ce sujet, n. 57 ci-dessus), cela doit également s'appliquer aux droits patrimoniaux à l'égard des pouvoirs publics. L'État est omniprésent dans notre vie et les prétentions patrimoniales que nous avons à son égard sont essentielles pour les fonctions d'autonomie, de prévoyance et de dignité de la propriété. La praticabilité du champ de protection matériel très large qui en résulte peut être garantie en ne posant pas d'exigences excessives en matière de restriction. On trouve un exemple de cette approche dans l'ATF 140 I 176, où l'introduction d'une taxe communale sur les résidences secondaires a entraîné une certaine pression de fait pour les exploiter à des fins touristiques. Le Tribunal fédéral a sans autre admis que la garantie de la propriété était touchée, mais a protégé la mesure de la commune comme une ingérence légitime visant à réduire la demande de résidences secondaires et à augmenter le taux d'occupation des logements existants.

67 Valeurs patrimoniales Les prétentions à l'égard de l'État, une fois qu'elles existent, relèvent donc en soi du champ de protection de la garantie de la propriété. Inversement, la garantie de la propriété ne confère **en principe aucun droit à des prestations positives de la part de l'État**, contrairement au droit à l'aide d'urgence (art. 12 Cst.). En revanche, la garantie de la propriété confère, comme tous les droits à la liberté, une obligation indirecte de protection, c'est-à-dire une obligation d'intervenir lorsque la propriété est menacée par des particuliers. La jurisprudence en matière d'intervention – par exemple en cas d'occupation illégale d'un immeuble – montre toutefois

qu'une telle obligation de protection n'est admise qu'à titre subsidiaire et avec une grande retenue.

e. Intérêts factuels

La dernière ambiguïté examinée en détail ici, qui renvoie toutefois également à 68
la question de savoir si la fortune en tant que telle est protégée, concerne les **intérêts factuels**, par exemple l'intérêt à ce que la route sur laquelle se trouve une station-service puisse être empruntée. De tels intérêts font partie de la fortune, car lorsqu'ils sont diminués, la personne concernée s'appauvrit de fait. Les intérêts factuels ne sont toutefois pas protégés par un titre juridique concret, par un droit de propriété concret. Ils sont tout au plus protégés juridiquement par leur attribution au champ d'application de la garantie de la propriété. À cet égard, le débat sur la protection des intérêts factuels revêt un aspect circulaire, car leur attribution à la garantie de la propriété les transforme précisément en intérêts qui ne sont pas seulement factuels, mais également garantis par des droits fondamentaux – et donc aussi en droits. À l'inverse, un intérêt ne peut pas faire partie du champ d'application d'un droit fondamental tant qu'il n'est pas protégé juridiquement, mais seulement de manière factuelle. Cette question a longtemps fait l'objet d'un conflit entre la jurisprudence et une grande partie de la doctrine. Cette dernière estimait qu'il importait peu qu'un intérêt soit protégé juridiquement ou qu'il existe simplement de fait ; la question de l'importance de la « liberté » pour les personnes concernées par l'atteinte était plus importante. Le Tribunal fédéral a finalement admis que, dans certaines circonstances, les intérêts de fait relèvent également du champ d'application de la garantie de la propriété. Une fois de plus, il a renoncé à tracer une frontière juridique au profit d'une approche économique. Il se demande donc si les propriétaires sont « en fin de compte » aussi affectés que s'il s'agissait d'une restriction de leurs droits juridiques. Si tel est le cas, l'intérêt factuel, qui n'est autrement que factuel, fait également partie de la propriété protégée par les droits fondamentaux. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, cela ne s'applique qu'à « certains » intérêts factuels, à savoir ceux dont la restriction a pour effet de priver de droits juridiques. Le Tribunal fédéral reprend ainsi la doctrine selon laquelle l'importance pratique d'une liberté est déterminante. Le problème reste toutefois le mélange entre la portée de la protection et les conditions d'intervention. La gravité de l'atteinte devrait être évaluée en soi

dans le cadre de l'examen au regard de l'art. 36 Cst., et non dans le cadre de la question de savoir si la portée de la protection du droit fondamental est touchée.

69 La protection constitutionnelle des intérêts de fait a pour effet premier de permettre, **sur le plan procédural**, d'invoquer la garantie de la propriété dans des cas où cela n'était pas possible auparavant. Dans l'arrêt de principe qui a conduit à la reconnaissance des intérêts de fait comme partie intégrante du champ de protection, cela améliore la position procédurale des justiciables, mais pas la protection de leurs intérêts matériels. Il en va de même pour une décision ultérieure dans laquelle le Tribunal fédéral confond à nouveau la question de l'atteinte et celle de l'intensité de l'atteinte et estime que le droit fondamental n'est pas concerné, car l'intensité nécessaire fait défaut. Il n'existe actuellement aucun exemple jurisprudentiel permettant de conclure que les intérêts de fait sont également mieux protégés en droit matériel contre les ingérences de l'État.

f. Terminologie

70 La conception large du champ de protection défendue ici contribue également à simplifier considérablement la terminologie utilisée dans la littérature pour délimiter ce champ : il suffit de parler de la **somme des biens** d'une personne pour décrire le champ de protection matériel de la garantie de la propriété. Il n'est notamment pas nécessaire de distinguer entre les droits de disposition et les droits d'utilisation, ni entre les droits et les positions juridiques, ni enfin entre les intérêts juridiques et les intérêts (simplement) factuels qui relèvent du champ d'application de la garantie de la propriété. La notion de droits subjectifs perd également son importance (dans le contexte du champ d'application de la garantie de la propriété), car la qualité des biens ne peut présenter que ce qui est protégé par des droits subjectifs à l'égard de tiers ; comme ces droits ont eux-mêmes une valeur économique, c'est-à-dire qu'ils sont eux-mêmes des biens, ils relèvent également du champ d'application de la garantie de la propriété.

g. Données

71 Les données relèvent-elles du champ d'application de la garantie de la propriété ? Les données illustrent bien les limites d'une garantie de la propriété étroitement liée à la propriété matérielle. Malgré leur importance

économique, il est difficile d'établir des analogies convaincantes avec le droit des biens. Elles sont **immatérielles** et **non rivales** (leur utilisation par A ne réduit pas les possibilités d'utilisation par B). Ces deux caractéristiques font qu'il est relativement difficile d'empêcher quelqu'un d'utiliser des données. Elles font également qu'il est beaucoup plus difficile d'attribuer les données à une personne en tant que bénéficiaire économique que d'autres biens. Plusieurs personnes peuvent avoir des droits d'utilisation qui se chevauchent sur ces données. Enfin, les données sont de moins en moins liées à un support spécifique. La protection du support de données en tant que substitut des données à protéger est donc de moins en moins applicable. La proposition visant à protéger les données de la manière la plus analogue possible aux biens matériels a donc été largement critiquée dans la littérature. La proposition visant à créer pour les données un droit d'exclusion à l'égard de tous les autres ayants droit (*erga omnes*) et, partant, un droit de propriété sur les données comparable au droit de la propriété immatérielle, une sorte de propriété des données *sui generis*, n'a pas non plus abouti. La doctrine reste donc sceptique quant à l'approche consistant à inclure les données dans le champ d'application de la garantie de la propriété. Une initiative parlementaire voulait inscrire à l'art. 13 Cst. (Protection de la sphère intime) : « [...] Les données sont la propriété de la personne concernée ; celle-ci doit être protégée contre l'utilisation abusive de ses données ». L'initiative a été transmise aux commissions compétentes, mais rejetée par le Conseil national. La loi sur la protection des données, qui a été entièrement révisée et est entrée en vigueur le 1er septembre 2023, renforce certes à certains égards les droits des personnes concernées par les données. Elle renonce toutefois expressément à introduire la propriété des données, notamment parce qu'une telle réglementation s'écarterait trop de celle en vigueur dans l'UE et ses États membres, dont le cadre juridique en matière de protection des données exerce une grande influence sur le droit suisse.

L'exemple des données illustre l'intérêt d'inclure le patrimoine dans le champ d'application de la garantie de la propriété (voir ci-dessus, n. 52 ss). Il devient ainsi possible d'attribuer à la garantie de la propriété non pas les données elles-mêmes, mais bien **les droits patrimoniaux** *sur les* **données**. Lorsque ces droits d'exploitation découlent d'un contrat, ils relèvent de toute façon, comme les autres droits contractuels, de la garantie de la propriété. Il est également possible que différentes personnes aient des droits différents (mais non mutuellement exclusifs) sur les mêmes données, qui sont tous soumis à la 72

garantie de la propriété. Les données sont donc un exemple instructif de la mesure dans laquelle les biens économiques sont un produit de l'ordre juridique. Les biens qui ont une importance économique ne sont pas les données, mais les *droits* d'utiliser les données sous une forme ou une autre. Les données sont souvent qualifiées de « pétrole du XXIe siècle ». Mais contrairement au pétrole, les données ne sont pas des biens occupables qui fournissent de l'énergie indépendamment du cadre juridique dans lequel elles sont consommées ; les droits d'exploitation des données sont le produit d'un ordre juridique spécifique. Ces éléments patrimoniaux, qui ne peuvent exister qu'à travers un ordre juridique, tendent à gagner en importance dans une société postindustrielle de plus en plus numérisée. La protection garantie par la garantie de la propriété doit tenir compte de cette évolution.

4. Animaux

73 Les animaux ne sont certes plus considérés comme des choses (art. 641a CC), mais ils relèvent néanmoins de la protection garantie par la garantie de la propriété. Plus précisément, **les droits patrimoniaux relatifs aux animaux** relèvent du champ d'application matériel de la garantie de la propriété. Lorsqu'il s'agit d'animaux domestiques avec lesquels il existe un lien affectif, le droit à la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.) devrait offrir une protection plus efficace contre leur soustraction et leur placement chez un tiers que la garantie de la propriété.

IV. ATTEINTES À LA GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ (ART. 26, AL. 2, CST.)

74 La **distinction fondamentale** en matière d'atteintes à la propriété protégée par la Constitution est celle **entre les atteintes formelles et les atteintes matérielles**. L'expropriation formelle consiste en la transfert de titres de propriété ou de droits réels limités (par exemple, la soustraction d'un bien immobilier ou la constitution forcée d'une servitude sur celui-ci). En revanche, les restrictions matérielles à la propriété n'impliquent *aucune* transaction *formelle*, mais une réduction de l'ensemble des pouvoirs liés à la propriété (par exemple en limitant la constructibilité d'un terrain). Les atteintes formelles à la propriété constituent toujours une expropriation et doivent donc en principe toujours donner lieu à une indemnisation intégrale. En revanche, dans le cas d'atteintes matérielles, cela n'est le cas que dans des

conditions particulières, lorsqu'une telle atteinte équivaut à une expropriation. Les notions d'« atteinte à la propriété assimilable à une expropriation » et d'« expropriation matérielle » peuvent donc être utilisées comme synonymes. Si une atteinte reste en deçà du seuil de l'« assimilation à une expropriation », elle constitue certes une atteinte matérielle, mais pas encore une expropriation matérielle.

A. Rapport entre expropriation formelle et expropriation matérielle

La protection constitutionnelle de la propriété gagnerait à ce que l'**importance de la distinction** entre atteintes matérielles et formelles à la propriété soit fortement **relativisée** et qu'il soit reconnu que, d'un point de vue économique, les atteintes matérielles et formelles à la propriété ont des effets beaucoup plus comparables que cela ne semble être le cas sur le plan juridique. Cela suppose de constater que, dans l'un comme dans l'autre cas, les pouvoirs publics s'approprient des facteurs de production dont ils ont besoin pour atteindre leurs objectifs. 75

Le Tribunal fédéral a atténué cette distinction en développant, dans une jurisprudence créative, la notion d'**atteinte à la propriété assimilable à une expropriation** (ou **expropriation matérielle**). Cela est considéré comme l'une des réalisations les plus importantes de la jurisprudence dans le domaine de la garantie de la propriété. Cette innovation a été reprise par le constituant lors de la première inscription de la garantie de la propriété dans la Constitution fédérale. Elle figure aujourd'hui à l'art. 26, al. 2, Cst., selon lequel « (...) les restrictions à la propriété qui équivalent à une expropriation [...] donnent droit à une indemnité qui doit être intégralement garantie par la loi ». 76

1. Transfert de droits

Malgré toutes les critiques qui peuvent être formulées à son encontre, la distinction entre expropriation formelle et expropriation matérielle reste **importante dans la pratique**. Cela **en raison de la garantie de valeur** qui s'applique en principe en cas d'expropriation formelle, mais seulement à titre exceptionnel en cas d'atteinte matérielle à la propriété. Cette position particulière de l'expropriation formelle n'est pas sans susciter des critiques. Cette position particulière s'explique notamment par l'idée implicite très répandue selon laquelle, en cas d'expropriation formelle, il y a transfert de 77

droits entre un particulier et l'État, ce qui ne serait pas le cas en cas d'atteinte matérielle à la propriété. Karlen, par exemple, parle expressément de restrictions de propriété sans privation de droits en cas d'atteinte matérielle à la propriété. Selon l'avis défendu ici, il s'agit toutefois d'une conception erronée. Cette critique peut être illustrée par une conception de la propriété qui la considère comme un ensemble de droits subjectifs, qui voit la valeur de la propriété dans la somme de ces droits d'action et qui considère ces droits d'action comme des facteurs de production. Les facteurs de production sont des droits d'action en ce sens qu'ils constituent une condition nécessaire à un éventail d'activités économiquement intéressantes. Selon cette conception de la propriété, une transaction a également lieu en cas d'atteinte matérielle à la propriété. Un aspect partiel est retiré à l'ensemble des droits du particulier et ajouté à l'ensemble des droits de l'autorité publique.

78 La différence entre une atteinte formelle et une atteinte matérielle ne réside donc pas dans le fait qu'une transaction a lieu dans un cas et pas dans l'autre, mais dans le fait que la transaction est plus complexe dans le cas d'une atteinte matérielle. Dans ce cas, il ne s'agit pas simplement de transférer un droit partiel de A à B, mais **B d'acquérir la possibilité d'empêcher ce que A était auparavant autorisé à faire**. Le droit partiel se transforme donc en son corrélat lors de la transaction. Par exemple, là où il existait auparavant un droit de provoquer une certaine émission, il existe désormais, après la transaction, la compétence de l'État pour l'empêcher, etc. Les droits subjectifs et leur aspect en tant que facteurs de production ne se sont toutefois pas simplement évaporés. Ce qui était auparavant une condition préalable à un certain type d'activité économique privée (par exemple, le droit de produire une émission) est désormais une compétence des pouvoirs publics qui leur permet d'empêcher ce type d'activité et de poursuivre ainsi un intérêt public (par exemple, la protection de l'environnement). Des facteurs de production sont également nécessaires pour produire ce bien (public). Les droits nouvellement acquis par les pouvoirs publics grâce à leur intervention dans la propriété constituent ces facteurs de production. Sans le transfert de ces droits d'action, les pouvoirs publics ne disposeraient pas de cette condition préalable à la satisfaction d'un bien public.

2. Cas particulier de la responsabilité de l'État ?

79 Certains auteurs plaident pour que l'expropriation matérielle soit plutôt considérée comme un **cas particulier de la responsabilité de l'État** que comme un cas particulier de l'expropriation. Cela s'explique principalement par le fait que dans l'expropriation formelle, l'indemnisation est un élément constitutif, c'est-à-dire une condition préalable à sa légalité ; la légalité de l'expropriation matérielle est en revanche appréciée indépendamment de l'indemnisation, qui est sa conséquence et non sa condition préalable. Toutefois, cette position ne peut ignorer que les conditions constitutives d'une expropriation matérielle s'inspirent beaucoup plus de l'expropriation formelle que de la responsabilité de l'État. Elle a clairement été calquée par le Tribunal fédéral sur l'expropriation formelle et non sur la responsabilité de l'État. Il ressort en outre des considérations qui précèdent que la cause de l'expropriation matérielle (comme dans le cas de l'expropriation formelle) est l'acquisition par les pouvoirs publics de biens dont ils ont besoin pour accomplir leur tâche, et non la réparation d'un dommage (comme dans le cas de la responsabilité de l'État).

3. Le rôle de la base légale et de la légitimation démocratique

80 Les lois sur l'expropriation jouent également un rôle important dans la distinction entre les atteintes matérielles et formelles à la propriété. Au niveau fédéral, l'art. 5 LEx détermine la nature des biens qui peuvent faire l'objet du droit d'expropriation. Dans le cas de l'expropriation des droits de défense des voisins (voir ci-dessous, n. 87 ss), il est déterminant que le bien constitué par les droits de défense soit explicitement mentionné à l'art. 5 EntG. La distinction entre une restriction formelle et une restriction matérielle de la propriété peut donc également être établie par la **mention explicite** de certains aspects de la propriété (par opposition à d'autres) **dans la loi**. Le Tribunal fédéral précise à ce sujet :

« La question de savoir si une atteinte à la propriété doit être considérée et traitée comme une expropriation formelle ou matérielle dépend donc en premier lieu de l'applicabilité de la loi sur l'expropriation et de la nécessité d'acquérir les droits revendiqués pour un ouvrage d'intérêt public dans le cadre d'une procédure d'expropriation formelle (...). »

81 Cette distinction confère à la distinction entre expropriation formelle et expropriation matérielle une composante de **légitimité démocratique**. Le degré de légitimité démocratique donne lieu à l'ordre hiérarchique suivant :

- Lorsqu'une loi redéfinit la propriété, il n'y a pas présomption d'atteinte à celle-ci.
- Lorsqu'une loi ou un plan crée une base pour une atteinte concrète à la propriété, on part du principe qu'il s'agit d'une restriction matérielle de la propriété.
- Lorsque seule une loi d'expropriation sert de base à l'atteinte, seule l'expropriation formelle des droits de valeur correspondants peut être envisagée.

Moins la légitimité démocratique d'une restriction de la propriété est concrète ou directe, plus la protection des propriétaires est élevée, en ce sens qu'il y a présomption d'expropriation formelle et que la garantie de la valeur et les autres mécanismes de protection de la procédure d'expropriation s'appliquent.

82 La forte orientation de l'expropriation formelle vers les catégories de la loi sur l'expropriation a également pour conséquence que différentes situations dans lesquelles la propriété est retirée par l'État ne sont pas considérées comme des expropriations formelles. C'est le cas, par exemple, de la **réquisition** (art. 80, al. 3, loi sur l'armée, LAAM, et art. 58, loi sur la protection de la population et la protection civile, LPPCi), de la **confiscation** et du **remembrement**. Elles peuvent certes donner lieu à des droits à indemnité, mais elles ne sont alors traitées que comme des atteintes matérielles à la propriété. Dans ces cas, le versement d'une indemnité est une conséquence et non une condition préalable à l'atteinte à la propriété.

B. Expropriation formelle

83 Une expropriation formelle est **une restriction qualifiée de la propriété**. Ce n'est toutefois pas l'intensité de l'atteinte qui est déterminante, mais des éléments formels qui conduisent à des conditions constitutives supplémentaires pour l'atteinte. La doctrine cite les éléments suivants :

- privation d'un droit patrimonial ;
- par un acte unilatéral de la puissance publique ;

- dans le cadre d'une procédure spéciale ;
- en vue de l'accomplissement d'une mission publique concrète.

Il en résulte la condition supplémentaire et constitutive de l'expropriation formelle, à savoir l'indemnisation intégrale. Selon l'approche fondée sur le faisceau de droits exposée ci-dessus (n. 77 s.), la différence entre une restriction formelle et une restriction matérielle de la propriété ne réside toutefois pas dans le transfert d'un droit patrimonial des particuliers à la collectivité publique. La différence ne réside pas non plus dans la finalité de l'accomplissement d'une mission publique. Les deux cas de figure se présentent également dans le contexte d'une restriction matérielle de la propriété. Tout au plus, la mission publique à accomplir est plus concrète en cas d'atteinte formelle (il s'agit de la construction d'un tronçon précis d'une route, etc.), mais il ne s'agit là que d'une nuance. La différence réside donc principalement dans le fait que l'expropriation formelle est soumise à une **procédure spéciale** dans le cadre de laquelle les biens doivent être acquis, et que cette procédure peut se fonder sur une loi d'expropriation ou une autre **norme d'expropriation** spécifique.

L'expropriation formelle permet de retirer **non seulement** la propriété matérielle et d'autres **droits réels** (limités), mais aussi de simples positions juridiques découlant de la propriété matérielle, des droits obligatoires et des droits acquis de droit public. Il existe donc certains intérêts matériels qui sont formalisés à tel point qu'ils sont considérés comme des éléments constitutifs de la propriété protégée par la Constitution et doivent être retirés dans le cadre d'une procédure spéciale moyennant une indemnisation intégrale, tandis que d'autres peuvent être supprimés sans indemnisation jusqu'à la limite de la restriction de propriété équivalente à une expropriation (cf. n. 104 ss ci-dessous), pour autant que les conditions prévues à l'art. 36 Cst. sont respectées. La différence graduelle entre les intérêts considérés comme tellement consolidés qu'ils ne peuvent être supprimés que par une expropriation formelle et ceux dont la suppression n'est considérée que comme une atteinte matérielle montre qu'il n'existe pas de différence qualitative, mais seulement une différence graduelle entre les atteintes formelles et matérielles à la propriété. 84

Dans la mesure où il ne s'agit pas de droits, mais de choses, l'expropriation formelle sert en premier lieu à l'acquisition de terrains. Contrairement à 85

certains cantons, le droit fédéral ne connaît donc **pas l'expropriation de biens mobiliers**.

86 En cas d'expropriation formelle, l'**indemnisation** intégrale est une **condition constitutive** de l'expropriation. En cas d'expropriation matérielle, elle est en revanche la conséquence d'une atteinte.

1. Cas pratique important d'expropriation formelle I : droits de défense des voisins

87 En cas d'expropriation de droits de défense de voisinage, les voisins d'un ouvrage public causant des émissions excessives (par exemple un aéroport ou une route) sont privés de la **possibilité d'intenter une action en cessation de la perturbation en vertu du droit privé** (art. 679 et 684 CC). Elle est considérée comme une variante de l'expropriation formelle. Elle s'applique principalement au bruit de la circulation provenant d'ouvrages publics, mais peut en principe être appliquée à tous les effets, y compris immatériels. Sont considérés comme voisins tous ceux qui sont affectés par une immission, même si plusieurs kilomètres séparent les terrains concernés et l'ouvrage public. Il suffit que l'immission soit une conséquence de l'utilisation de l'ouvrage public. Une modification du cadre technologique et, partant, du cercle des personnes concernées par les nuisances implique donc également une modification du cercle des « voisins » et la mise à jour des droits de défense qui n'existaient pas auparavant, car il n'y avait pas d'interférences entre les deux terrains en question.

88 Comme c'est généralement le cas pour l'expropriation formelle, un droit à indemnisation remplace un droit de défense antérieurement existant à l'encontre de l'État. La garantie de valeur remplace la garantie de maintien. Toutefois, la suppression des droits de défense des voisins n'est indemnisée que si des exigences supplémentaires, élevées et extensibles sont remplies. Ces critères sont l'**imprévisibilité** de l'effet excessif, **sa spécificité** et **la gravité** du **dommage** qu'il cause (voir ces critères ci-dessous).

89 En cas d'immissions causées par des **travaux de construction** sur des ouvrages publics, les conditions d'indemnisation prévues par le droit civil s'appliquent par analogie. En matière de travaux de construction, le droit civil ne prévoit également qu'un droit à indemnisation et non un droit à la

cessation (cf. art. 679a CC). Cela signifie que les critères de la spécialité et de la gravité du dommage ne s'appliquent pas dans ce cas.

a. Prévisibilité, spécificité et gravité

Lorsque quelqu'un a acquis un bien immobilier à un moment où il était déjà **prévisible** que des émissions provenant d'un ouvrage public allaient, à l'avenir, porter atteinte à la valeur du bien, le Tribunal fédéral ne considère pas qu'il y ait atteinte à la propriété donnant droit à une indemnisation. Pour les voisins des aéroports nationaux, le critère de l'imprévisibilité n'est rempli que s'ils ont acquis leur bien immobilier avant 1961 (ou si le bien leur a été transféré depuis lors uniquement par succession). 90

La condition de **spécialité** de l'atteinte est remplie lorsque les immissions atteignent une intensité qui dépasse le niveau habituel et tolérable. Les « valeurs limites d'immission fixées par la législation fédérale sur la protection de l'environnement » constituent généralement des indices de cette spécialité. 91

Le critère de la **gravité du dommage** consiste à déterminer quelle atteinte effective et causale résulte de la spécificité de l'émission sur l'immeuble en question. Il n'est rempli que si le dommage porte sur une certaine partie de la valeur totale de l'immeuble. Lorsqu'un immeuble ne peut être utilisé qu'à des fins commerciales ou agricoles, une atteinte particulière ne cause en principe pas de dommage important. Le Tribunal fédéral a rejeté comme impraticable la fixation d'un pourcentage fixe du dommage par rapport à la valeur totale. 92

La question de savoir à partir de quand ces trois critères sont considérés comme remplis (et les atteintes comme une expropriation donnant droit à une indemnisation intégrale) doit nécessairement être tranchée par une **délimitation plus ou moins arbitraire**. À partir de ce point (une hauteur de survol fixe, une limite en décibels, etc.), la restriction de la propriété passe de « formelle » à « matérielle » et de « entièrement indemnisable » à « à accepter sans indemnisation ». Les autorités expropriantes ont parfois invoqué la « proximité et la parenté » entre les atteintes matérielles à la propriété et l'expropriation formelle des droits de défense des voisins afin de pouvoir fixer un seuil relativement élevé pour la gravité du préjudice. Le Tribunal fédéral a toutefois maintenu la distinction entre ces deux cas de figure et, partant, le principe de l'indemnisation intégrale en cas d'expropriation de droits de la défense. Dans le même temps, il a toutefois également maintenu le critère 93

selon lequel celles-ci ne sont déterminantes qu'à partir d'un certain degré de gravité du dommage. Il a ainsi abaissé le seuil d'indemnisation par rapport à une expropriation matérielle, tout en consolidant la proximité et la parenté avec la restriction de la propriété assimilable à une expropriation.

94 Cette solution intermédiaire, qui semble étrange à première vue, s'explique d'un point de vue économique. L'expropriation des droits de défense relevant du droit de voisinage consiste à remplacer un droit à la cessation d'un comportement par un droit à une indemnisation et, partant, à surmonter un droit de veto contre l'accomplissement de tâches publiques et à le remplacer par un droit à une indemnisation. En d'autres termes, il s'agit d'une réduction significative **des coûts de transaction** pour le transfert de facteurs de production des particuliers vers les pouvoirs publics, et donc d'une réduction des coûts liés à l'accomplissement de tâches publiques.

b. Servitude imposée ?

95 Le Tribunal fédéral estime que l'expropriation de droits de voisinage constitue la **création forcée d'une servitude**, c'est-à-dire la privation formelle d'un droit réel. Cette servitude se présente sous deux formes :

96 La première forme concerne les cas particuliers où les avions volent si bas et si près d'un terrain qu'il y a intrusion physique dans le terrain lui-même (dans la colonne d'air appartenant au terrain). C'est le cas, par exemple, lorsque les survols ne causent pas seulement du bruit, mais aussi d'autres nuisances telles que des turbulences qui arrachent les tuiles des toits, la chute de morceaux de glace, l'odeur du kérosène ou des vibrations. Dans de tels cas, la servitude consiste à tolérer l'intrusion physique dans le terrain. Par conséquent, les critères de prévisibilité, de spécialité et de gravité ne sont pas non plus requis dans cette configuration.

97 Dans la deuxième forme, le survol est moins bas ou moins direct, de sorte que le bruit est l'immission la plus importante. Dans de telles configurations, la servitude consiste en une renonciation aux droits de défense du voisinage. Pour cette deuxième forme de servitude imposée, une partie de la doctrine estime qu'il s'agit d'une **fiction problématique**. Aucun droit de défense de droit civil ne peut être invoqué à l'encontre de la collectivité publique agissant en tant que puissance publique (il en va autrement pour un ouvrage qui fait partie du patrimoine financier des pouvoirs publics). Il s'agit en soi d'une

expropriation matérielle. Cela est corroboré par le fait que ce n'est pas la valeur totale du droit exproprié qui est indemnisée, mais la différence entre la valeur avant et après la survenance de l'atteinte, et que dans ce contexte, l'indemnisation est une conséquence et non une condition préalable à la suppression des droits. Le fait que l'expropriation formelle résulte d'un acte réel et non, comme c'est habituellement le cas, d'un acte juridique est également atypique. Enfin, il n'y a pas de transfert de droits à l'expropriant, à savoir les pouvoirs publics.

98 Comme l'ont montré les considérations qui précèdent (n. 77 s.), ce dernier point n'est toutefois pas convaincant. En expropriant un droit de défense, la collectivité publique **a acquis un droit de restriction et donc un facteur de production** pour l'accomplissement d'une tâche publique. Cette conception conduit toutefois à un effacement des frontières entre les atteintes formelles et matérielles à la propriété. Le Tribunal fédéral a en tout état de cause maintenu sa construction « dogmatiquement contestable » d'une servitude obligatoire. Il peut s'appuyer à cet égard sur l'art. 5 LEx, qui mentionne explicitement les droits de défense relevant du droit de voisinage (en plus toutefois des droits réels) comme pouvant faire l'objet d'une expropriation.

c. Portée de la garantie de valeur

99 Comme dans d'autres contextes du droit de l'expropriation, on observe, en cas d'expropriation de droits de défense relevant du droit de voisinage, une tendance à renoncer à indemniser l'atteinte au motif que les pouvoirs publics **auraient sinon des difficultés à accomplir une tâche publique**. Ainsi, on a très tôt fait valoir que l'augmentation constante du nombre de véhicules à moteur rendait nécessaire la construction ou l'élargissement des routes. Si les pouvoirs publics devaient indemniser les riverains pour les dommages qui en résultent, ils seraient dans la plupart des cas financièrement incapables de fournir cette infrastructure.

100 L'argument selon lequel les pouvoirs publics ne pourraient plus remplir une tâche s'ils devaient indemniser les effets externes négatifs qui en découlent est problématique. Un aspect important de la garantie de valeur en tant qu'élément particulier de la garantie de la propriété réside précisément dans le fait d'obliger les pouvoirs publics à **intégrer dans le prix** les **effets externes** résultant de leur activité ou de leurs infrastructures (cf. n. 111). Si

l'on fait valoir que les pouvoirs publics ne pourraient plus accomplir une tâche s'ils devaient internaliser les effets externes qui en découlent, cela montre précisément que l'utilité globale de l'activité en question pour la société est discutable et qu'il s'agit donc d'une activité des pouvoirs publics qui, en cas d'internalisation efficace, devrait en soi être supprimée.

10 1 **Les prestations de remplacement** sous forme de mesures de construction (par exemple des mesures d'isolation acoustique) peuvent à la fois réduire les dommages et protéger les personnes vivant dans l'immeuble concerné. Dans la mesure du possible, ces mesures doivent être ordonnées dans le cadre de la procédure d'expropriation, même si elles n'ont pas été demandées. Récemment, le Tribunal fédéral a explicitement établi le principe selon lequel les ressources publiques limitées doivent être utilisées pour prévenir les émissions à la source ou, à titre secondaire, pour assurer une protection passive sur le lieu de l'immission (par exemple par des mesures de protection contre le bruit). Le versement d'argent à des propriétaires fonciers individuels n'est pas un moyen approprié pour faire face aux émissions à longue portée des ouvrages publics.

2. Cas pratique important de l'expropriation formelle II : les droits acquis

10 2 Les droits acquis – malgré toute l'ambiguïté qui les entoure (cf. à ce sujet, n. 60) – se caractérisent par le fait qu'ils ne peuvent en principe être **retirés que par une expropriation formelle**. Cela signifie qu'une indemnisation intégrale est due en cas d'atteinte à leur « substance ». Cette conception se reflète dans la loi, par exemple à l'art. 43, al. 2, de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH), qui prévoit que « le droit d'utilisation une fois accordé [...] ne peut être retiré ou restreint que pour des raisons d'intérêt public et moyennant une indemnisation intégrale ».

10 3 Récemment, une grande partie de la protection dont bénéficiait un groupe important de droits acquis – les **droits matrimoniaux** sur les ressources environnementales telles que l'eau – a été supprimée parce que ces droits sont traités de manière analogue aux concessions (cf. à ce sujet n. 63 s.). En fin de compte, cette jurisprudence signifie un glissement de l'expropriation formelle vers la restriction matérielle de la propriété. Ce qui était auparavant des droits acquis sont désormais des droits d'utilisation spéciale accordés

pour une durée limitée. L'effet protecteur de la garantie de valeur est ainsi réduit.

C. Expropriation matérielle

L'expropriation matérielle se distingue de l'expropriation formelle en ce que l'acquisition d'un droit de propriété n'est pas l'objectif de l'acte étatique, mais une **conséquence accessoire** d'un acte public visant un autre objectif. Selon la conception défendue ici, un droit patrimonial est néanmoins transféré à la puissance publique (cf. ci-dessus, n. 77). 10 4

Les atteintes à la propriété qui sont considérées comme matérielles sont soumises au **principe selon lequel elles doivent être acceptées sans indemnisation**. La garantie de valeur ne joue donc en principe aucun rôle dans cette configuration. Les conditions et les conséquences d'une atteinte sont comparables à celles qui s'appliquent à d'autres libertés fondamentales (voir ci-dessous, n. 127 ss.). 10 5

La jurisprudence a développé **deux exceptions** à ce principe de non-indemnisation, qui sont qualifiées d'atteintes à la propriété équivalentes à une expropriation ou d'expropriation matérielle. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, ces cas de figure se présentent 10 6

« lorsqu'un propriétaire se voit interdire ou restreindre de manière particulièrement forte l'usage actuel ou futur prévisible de son bien immobilier parce qu'il est privé d'un droit essentiel découlant de la propriété (première variante de l'expropriation matérielle). Si l'atteinte est moins grave, une restriction de la propriété peut exceptionnellement équivaloir à une expropriation si un seul ou quelques propriétaires fonciers sont touchés de telle manière que leur sacrifice semble inacceptable pour la collectivité et qu'il serait incompatible avec l'égalité de traitement si aucune indemnité n'était versée (...).»

Ce passage du texte du Tribunal fédéral correspond à la « formule Barret ». Cette formule a été développée à partir de l'arrêt Barret de 1965. Après une jurisprudence fluctuante en matière d'expropriation matérielle, cette formule n'a plus été modifiée depuis son établissement dans les années 70.

Selon Dubey, cette formule et la jurisprudence qui en découle font ressortir **deux critères positifs et deux critères négatifs** qui doivent être remplis 10 7

cumulativement pour qu'il y ait expropriation matérielle. Les critères positifs (apparentés aux critères de l'expropriation formelle des droits de voisinage, cf. ci-dessus, n. 87 ss) sont la gravité de la restriction et le préjudice effectivement subi. Les deux critères négatifs sont qu'il ne s'agit pas d'une atteinte motivée par des raisons de police (une telle atteinte doit en principe être acceptée sans indemnisation) et qu'il ne s'agit pas d'une concrétisation ou d'une redéfinition légale de la propriété. Dans ce dernier cas, le champ d'application matériel de la propriété est redéfini. Dans cette mesure, il n'y a même pas d'atteinte au champ d'application.

1. Critères positifs

10 8 La **gravité** nécessaire du préjudice peut être atteinte dans **deux cas de figure** différents, soit par la restriction particulièrement forte d'un droit de propriété, soit par le sacrifice particulier (pour cette notion, voir ci-dessous, n. 111), c'est-à-dire par la gravité de l'atteinte par rapport à d'autres propriétaires dans une situation comparable, lorsque, en d'autres termes, la restriction de la propriété s'accompagne d'une composante d'égalité juridique.

10 9 Il n'y a toutefois pas d'expropriation matérielle lorsque les propriétaires ne sont affectés que de manière théorique dans leurs droits d'utilisation futurs. Il doit s'agir d'une restriction d'une **utilisation effective actuellement exercée ou probable dans un avenir proche**. Le cas typique de cette dernière configuration est le retrait de la possibilité de construire sur un terrain déjà prêt à être bâti.

11 0 Le seuil de l'expropriation matérielle est élevé. Selon le Tribunal fédéral, il n'est atteint que lorsque les possibilités d'utilisation essentielles découlant de la propriété sont supprimées. C'est généralement le cas lorsque la constructibilité est totalement impossible. En revanche, même des atteintes graves aux possibilités d'utilisation ne sont pas considérées comme une expropriation si une **utilisation économiquement raisonnable** du bien immobilier en question reste possible. Ce qui est déterminant n'est pas l'importance de la différence entre le rendement possible sans la restriction en question et le rendement effectivement possible, mais le fait qu'une utilisation économiquement raisonnable reste possible. Les reclassements et même les déclassements ne constituent donc généralement pas une expropriation, pour autant qu'une utilisation économiquement raisonnable reste possible.

La fonction de la deuxième configuration, celle du **sacrifice particulier**, n'est pas facile à saisir. D'une part, on trouve dans la pratique très peu de cas dans lesquels l'existence d'un sacrifice particulier a été reconnue. Cette figure juridique a donc avant tout une fonction dogmatique. *Quelle* fonction dogmatique elle remplit n'est toutefois pas tout à fait claire. Le mélange entre la garantie de valeur, qui est une caractéristique distinctive de la garantie de propriété (voir ci-dessus, n. 26), et des éléments d'égalité juridique ne contribue guère à la clarté dogmatique. Certains auteurs estiment que le seuil plus bas pour l'application de la garantie de valeur remplit ici une fonction d'internalisation des effets externes causés par l'action de l'État. Contrairement aux grands groupes d'intérêt, les personnes concernées ne peuvent pas s'organiser politiquement et obtenir une internalisation par la voie politique (par exemple par des subventions qui pourraient compenser la charge), elles devraient donc être indemnisées en tant que personnes expropriées afin que les pouvoirs publics doivent intégrer le coût de leur action dans le prix. La notion de sacrifice particulier est donc avant tout un principe directeur. Elle avertit que, du moins en théorie, le seuil d'indemnisation est plus rapidement atteint lorsque les personnes concernées sont traitées de manière inégale. 11 1

L'un des rares cas où le Tribunal fédéral a effectivement reconnu une situation de sacrifice particulier est celui de la mise en place de **mesures de protection contre les inondations**, pour lesquelles le canton a acquis des terrains privés, notamment dans le but d'améliorer la possibilité d'utiliser d'autres terrains privés. Une autre situation souvent mentionnée comme pouvant constituer un sacrifice particulier est celle de la **protection des monuments**, lorsqu'un objet particulièrement digne d'être conservé est placé sous protection à titre exemplaire et que les propriétaires de cet objet doivent ainsi faire un sacrifice pour la collectivité. 11 2

2. Critères négatifs

Même lorsque ces critères positifs sont remplis, une restriction des droits de propriété **doit être acceptée sans indemnisation** a) si l'atteinte est motivée par des raisons de police et b) si elle n'est pas considérée comme une atteinte, mais comme une redéfinition de l'étendue de la propriété. 11 3

a. Absence d'indemnisation pour les atteintes de police

11 4 Le premier critère négatif pour l'existence d'une expropriation matérielle est la motivation policière d'une atteinte. La doctrine s'est exprimée à plusieurs reprises de manière critique à l'égard de ce principe, raison pour laquelle le Tribunal fédéral l'a fortement restreint dans le développement de sa jurisprudence. Ainsi, seules les restrictions qui sont **nécessaires pour écarter un danger imminent** au sens du principe de proportionnalité doivent être acceptées sans indemnisation, mais pas les mesures qui vont plus loin. Enfin, la jurisprudence

> « a réservé trois exceptions possibles au principe de l'absence d'indemnisation des restrictions de propriété de nature policière au sens strict ». Il s'agit des cas suivants : l'interdiction de construire motivée non seulement par des raisons de police, mais aussi par des raisons d'aménagement du territoire, l'interdiction d'une utilisation déjà existante, le cas où la création d'une zone protégée entraîne le déclassement de terrains constructibles ou largement viabilisés ou équivaut à un tel déclassement. »

11 5 La question de l'absence d'indemnisation des atteintes motivées par des raisons de police peut également se poser dans le contexte de la **confiscation** (cf. art. 69 ss CP ; art. 376 ss CPP ou art. 31, al. 1, loi sur les armes), qui est considérée comme une atteinte matérielle à la propriété. Cette question se pose en tout cas lorsque la confiscation n'est pas assortie d'un caractère supplémentaire de sanction. En l'espèce, le principe de proportionnalité exige de choisir la mesure la moins contraignante possible. Cela signifie que lorsque les objets confisqués peuvent en principe être vendus, ils doivent l'être et le produit de la vente doit être remis à leur propriétaire initial. Cela peut être le cas, par exemple, d'armes acquises illégalement, mais qui peuvent être vendues légalement dans certaines circonstances.

11 6 L'un des problèmes liés à la non-indemnisation des interventions motivées par des raisons policières est qu'il est souvent difficile de distinguer **les objectifs policiers des autres** et que, souvent, l'objectif policier n'est qu'un objectif parmi d'autres, par exemple dans le cas des distances à respecter par rapport aux forêts ou des prescriptions en matière de protection des eaux. Si la restriction de l'utilisation sert en premier lieu à protéger les propriétaires fonciers eux-mêmes (on pense par exemple à une interdiction de construire dans une zone avalancheuse ou dans des zones de protection des forêts), il n'y

a pas lieu de considérer qu'il s'agit d'une restriction matérielle de la propriété. Cela vaut également lorsque le danger provient de tiers. Dans ce cas, des demandes de dommages-intérêts à l'encontre de ces derniers sont possibles. En revanche, lorsque la restriction motivée par des raisons de police sert à protéger un ouvrage public (par exemple l'approvisionnement en eau d'une commune), elle doit être traitée comme une autre atteinte matérielle à la propriété, même si elle est dirigée contre le perturbateur.

Cette pratique différenciée est également critiquée dans la doctrine. Certains proposent d'abandonner la distinction entre fins policières et non policières et de se demander plutôt si l'atteinte sert à protéger les propriétaires concernés eux-mêmes ou des tiers. D'autres voix s'élèvent pour empêcher toute indemnisation lorsqu'il s'agit de protéger contre des risques naturels ou des dangers provenant du bien immobilier lui-même. Là encore, on peut se demander s'il ne serait pas plus judicieux et plus simple de considérer les mesures étatiques visant à prévenir un danger immédiat et grave comme des concrétisations et non comme des restrictions de la propriété. En effet, les mesures qui présentent un danger sérieux pour les biens protégés par la police – que ce soit pour les propriétaires ou pour des tiers – n'ont à aucun moment fait partie de l'ensemble des droits protégés par la propriété. L'action de l'État ne fait donc que clarifier ce qui était déjà le cas auparavant. On opérerait alors avec une **fiction** selon laquelle les droits d'action correspondants n'auraient, à proprement parler, jamais fait partie de l'ensemble des droits protégés par la propriété. Cette fiction serait alors comparable à celle qui a été utilisée lors de la création initiale d'un règlement de zone conforme au droit fédéral (cf. n. 121). 11 7

b. Pas de redéfinition du contenu de la propriété

Les restrictions matérielles à la propriété peuvent prendre différentes formes d'action étatique : acte d'application du droit individuel concret, acte réel, plan de zone et d'affectation, et enfin législation. Le Tribunal fédéral a une forte tendance (et suit en cela la théorie de l'immanence) à ne pas considérer les restrictions de la propriété par la législation **comme des atteintes, mais comme des redéfinitions** du contenu de la propriété. Il exprime ainsi que les restrictions des droits d'action découlant de la propriété (et a fortiori les atteintes assimilables à une expropriation) par voie législative ne sont reconnues comme des atteintes à la garantie de la propriété qu'à titre 11 8

exceptionnel. Ces exceptions concernent à nouveau les effets particulièrement inégaux des réglementations qui touchent particulièrement durement certains propriétaires.

119 Les Cas dans lesquels les pouvoirs du propriétaire sont restreints par une action générale et abstraite de l'État à un point tel qu'il faudrait en principe considérer qu'il s'agit d'une restriction assimilable à une expropriation sont généralement atténués par des **délais transitoires, des dérogations et des mesures similaires**. Le Tribunal fédéral reconnaît ces mesures comme des mesures compensatoires visant à atténuer la sévérité d'une restriction de la propriété. La protection des investissements déjà réalisés (qui peut être déduite tant de la garantie de la propriété que de la protection de la bonne foi) est également pertinente dans de tels cas et justifie, dans certaines circonstances, de privilégier ceux qui exercent déjà une activité donnée par rapport à ceux qui souhaitent seulement l'exercer. En particulier, les restrictions générales de la propriété qui peuvent se fonder sur la Constitution fédérale ou sur des lois fédérales sont généralement considérées comme une redéfinition du contenu de la propriété et doivent donc être acceptées sans indemnisation dans la mesure où elles ne constituent pas encore une atteinte au champ de protection. Il n'est toutefois pas tout à fait clair (et il est d'ailleurs impossible de le clarifier de manière logique, cf. ci-dessus, n. 40) dans quels cas une modification de la situation juridique doit être considérée comme une atteinte à la propriété et dans quels cas comme une redéfinition de celle-ci. Ainsi, le Tribunal fédéral semble considérer l'interdiction des machines à sous, la limitation du cheptel (et donc l'inutilité économique de la construction de grandes étables) et, plus récemment, l'interdiction des chauffages électriques comme des atteintes à la propriété (à accepter sans indemnisation), mais l'interdiction des résidences secondaires comme une redéfinition de la propriété.

120 La jurisprudence a récemment donné une forme particulière et importante dans la pratique à la révision de la propriété en ce qui concerne les **droits d'eau**, qui jouent un rôle important notamment dans le contexte de la production d'énergie hydroélectrique. En raison du montant imprévisible des indemnités qui auraient dû être versées aux pouvoirs publics, la particularité réside ici dans le fait que l'assainissement des centrales électriques existantes ne devait être effectué que dans la mesure où les pouvoirs publics n'avaient pas encore versé d'indemnités pour une expropriation matérielle

(assainissement jusqu'à la limite d'indemnisation selon l'art. 80, al. 1, loi sur la protection des eaux, LEaux). En outre, jusqu'à récemment, il existait la figure juridique des droits d'eau matrimoniaux et donc acquis de droit. Si ceux-ci étaient retirés, cela n'était possible qu'à titre d'expropriation formelle et donc contre une indemnisation intégrale. Dans l'ATF 145 II 140, le Tribunal fédéral a désormais largement supprimé l'effet protecteur des droits d'eau matrimoniaux (cf. ci-dessus, n. 113).

Atteinte par un plan : entre les atteintes matérielles à la propriété par la législation et celles résultant de l'application concrète du droit à un cas particulier ou d'un acte réel, il y a l'atteinte matérielle résultant d'un plan d'affectation ou d'un plan de zone. Dans la pratique, il s'agit d'une configuration importante, car la question de savoir si un terrain peut être construit détermine presque toute sa valeur. L'entrée en vigueur de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT) en 1980 a contraint les communes à réduire considérablement les zones à bâtir et, par conséquent, à retirer de nombreuses parcelles du plan de zone. Dans cette situation, on a travaillé avec la fiction selon laquelle l'élaboration d'un nouveau plan de zone conforme aux prescriptions du droit fédéral signifiait un non-classement en zone à bâtir si elle n'attribuait pas le terrain à une zone à bâtir, même si le terrain aurait pu être construit selon l'ancien plan de zone. Si, lors d'une révision ultérieure du plan de zone, un terrain n'est plus affecté à la zone à bâtir, cela est en principe considéré comme un **déclassement** et peut donc donner lieu à une indemnisation. Cela vaut également lorsque cette (nouvelle) adaptation du plan de zone est déterminée par le droit fédéral en matière d'aménagement du territoire et qu'elle rend nécessaire une nouvelle réduction des zones à bâtir, par exemple parce que la population n'a pas évolué comme prévu sur le plan démographique ou parce que la capacité à bâtir a été augmentée par la densification. Il y a également déclassement lorsqu'un terrain est situé dans une zone à bâtir conforme au nouveau droit foncier, mais qu'il est soumis à une interdiction de construire en vertu d'une mesure d'aménagement. Une restriction partielle de la possibilité de construire est appelée **déclassement**. 12 1

Non-classement : le non-classement est considéré comme une concrétisation du droit de propriété et non comme une atteinte à celui-ci. Il n'est dérogé à cette règle que dans des cas très particuliers, par exemple lorsque le propriétaire 12 2

« possède un terrain constructible ou grossièrement viabilisé qui est concerné par un [projet général d'assainissement] PGA conforme à la législation sur la protection des eaux et qu'il a déjà engagé des frais considérables pour la viabilisation et la construction de son terrain, ces conditions devant en règle générale être remplies de manière cumulative. D'autres aspects particuliers de la protection de la confiance légitime peuvent également être si importants qu'un terrain aurait dû être classé en zone à bâtir dans certaines circonstances. Une obligation de classer en zone à bâtir peut également être admise lorsque le terrain en question est situé dans une zone largement construite (art. 15 let. a LAT). De telles circonstances auraient pu justifier un classement en zone à bâtir, de sorte que le propriétaire pouvait, à la date de référence déterminante, compter avec une forte probabilité sur la possibilité de réaliser de son propre chef un projet de construction sur son terrain (...). »

Les cas dans lesquels le non-classement en zone à bâtir constitue une atteinte à la propriété concernent généralement des terrains situés dans une situation particulière, qui sont certes largement construits ou situés dans une zone construite, mais qui doivent être préservés pour un intérêt public quelconque, par exemple des espaces entre un axe routier et un cours d'eau. Le classement dans une zone où toute possibilité de construction est de facto exclue (par exemple dans la zone réservée aux constructions d'intérêt communal) peut également être considéré comme un non-classement.

12 Tant en cas de restriction des droits de propriété par la loi que par un plan, les
3 expropriations matérielles ne sont donc reconnues dans la pratique que dans les cas où elles touchent particulièrement des propriétaires individuels et où l'égalité devant la loi joue également un rôle. De par sa nature, la législation crée rarement, ou en tout cas beaucoup moins souvent qu'un plan d'affectation ou un plan de zone, de tels sacrifices particuliers, car elle est plus générale et plus abstraite (le plan d'affectation ou le plan de zone se situe entre les formes générales et abstraites et les formes individuelles et concrètes de l'action administrative) et touche donc plutôt toutes les personnes concernées de la même manière. Il est donc **difficile de trouver des cas** dans lesquels une **restriction de propriété assimilable à une expropriation par voie législative** aurait été reconnue. Un exemple déjà ancien illustre le caractère exceptionnel de telles situations : une collection archéologique privée, pratiquement unique en son genre, s'est vu imposer des restrictions de disposition par la loi cantonale sur les biens culturels. Le

Tribunal fédéral a considéré qu'il y avait expropriation matérielle (notamment en raison du sacrifice particulier). Hormis ces cas rares, les indemnités pour des restrictions de propriété assimilables à une expropriation n'ont jusqu'à présent pratiquement jamais joué de rôle en dehors du droit de l'aménagement du territoire.

Prélèvement de la plus-value : le corrélat de l'expropriation matérielle est le prélèvement de la plus-value par la collectivité publique. Il entre en ligne de compte lorsque des mesures d'aménagement ont entraîné une forte augmentation de la valeur d'un terrain. Une grande partie de la valeur d'un bien immobilier est produite socialement, c'est-à-dire qu'elle n'existerait pas si la collectivité publique n'était pas intervenue pour planifier, construire des infrastructures et établir un ordre juridique. Si cela vaut pour toutes les formes de propriété, l'effet est particulièrement marqué (et particulièrement facile à mesurer) en cas de variations de valeur résultant de l'aménagement du territoire. 12 4

C'est donc également dans ce contexte que la Confédération a mis en place un **instrument permettant de prélever** la plus-value résultant de mesures d'aménagement (art. 5, al. 1, LAT). La révision de la LAT en 2012 a concrétisé et renforcé ces prescriptions (art. 5, al. 1^{bis} à 1^{sexies}, LAT). Ainsi, la plus-value résultant d'avantages considérables en matière d'aménagement doit être prélevée à hauteur d'au moins 20 %. La taxe n'est pas due immédiatement, mais seulement lors de la construction ou de la vente du terrain (art. 5, al. 1^{bis}, LAT). Le produit de la taxation de la plus-value doit être affecté en premier lieu à l'indemnisation des expropriations matérielles résultant de l'aménagement du territoire (art. 5, al. 1^{ter}, LAT). Une réglementation cantonale qui interdit aux communes de prélever la plus-value résultant d'autres mesures d'aménagement (telles que les reclassements ou les changements d'affectation) est contraire au droit fédéral, car elle empêche les communes de prélever la plus-value de manière égale. Les franchises de 50 000 francs suisses sont également contraires au principe de l'égalité devant la loi (le Tribunal fédéral se base sur une valeur indicative de 30 000 francs suisses pour déterminer la recevabilité de telles franchises). Tant que le canton ne fait pas usage de sa compétence pour prélever la plus-value, il ne peut empêcher les communes d'exercer elles-mêmes cette compétence. 12 5

3. Résumé

12 6 Dans tous les conflits d'utilisation importants où les pouvoirs publics ont restreint les droits de propriété afin de modérer ces conflits, la **jurisprudence** a réagi en **développant des concepts** qui permettent de limiter fortement la portée de la garantie de valeur. Cela vaut en particulier pour l'utilisation du sol et de l'eau. Parmi les exemples de telles innovations jurisprudentielles, on peut citer la fiction selon laquelle un terrain n'a jamais été classé, la redéfinition de la propriété, le remplacement des droits perpétuels par des droits à durée déterminée et le principe de non-indemnisation en cas d'intervention policière. Cette élasticité d'un principe de pleine indemnisation inscrit de manière apodictique dans la Constitution n'est toutefois pas une particularité des restrictions matérielles à la propriété. Dans les conflits d'utilisation qui sont principalement résolus par des moyens d'expropriation formelle (comme la gestion du bruit routier, voir ci-dessus, n. 87), des techniques similaires ont été développées (par exemple la prévisibilité de l'atteinte à la propriété) qui limitent fortement le cercle des cas donnant lieu à indemnisation. La diversité des instruments développés pour limiter la **portée de la garantie de valeur** est frappante à cet égard.

D. Conditions de la restriction

12 7 En principe, la garantie de la propriété, en tant que droit fondamental classique, peut être restreinte conformément aux conditions générales énoncées à l'art. 36 Cst. Les explications qui suivent se limitent aux aspects dans lesquels les conditions de la restriction de la garantie de la propriété divergent des conditions générales de l'art. 36 Cst.

1. Base légale

12 8 La **différence entre une atteinte grave et une atteinte légère** à la propriété est tout d'abord pertinente, car seule la première exige une base légale au sens formel. Dans les autres cas, une base légale au sens matériel suffit, c'est-à-dire une base générale et abstraite qui peut elle-même s'appuyer sur une norme de délégation dans une loi au sens formel. Il convient de noter que les conditions d'une atteinte grave et celles d'une obligation d'indemnisation ne sont pas identiques.

La question de savoir s'il existe une base légale suffisante relève du droit fédéral et, à ce titre, est examinée par le Tribunal fédéral avec **pouvoir d'appréciation** (tout comme la question de la proportionnalité et de l'intérêt public admissible). 129

Les atteintes à la garantie de la propriété sur la base d'un **règlement de construction et de zonage** constituent une configuration typique. Elles sont alors considérées comme une base légale au sens formel lorsqu'elles ont été adoptées par les électeurs et qu'elles peuvent elles-mêmes se fonder sur une loi cantonale. 130

Le Tribunal fédéral a reconnu une **grave atteinte** à la garantie de la propriété dans les cas suivants : 131

- lorsque la propriété foncière est expropriée, ou
- lorsque l'usage antérieur est rendu impossible ou fortement restreint.
- La cession d'une petite partie du terrain (par exemple pour un chemin riverain) constitue également une atteinte grave, contrairement au dégagement d'un ruisseau qui traverse le terrain, qui entraîne certes des travaux de construction et une modification de la végétation, mais ne change rien à la constructibilité du terrain.
- L'exercice d'un droit de préemption constitue également une atteinte grave.

Ces cas ont été développés à partir de questions relatives à la propriété foncière, mais peuvent également s'appliquer par analogie à d'autres droits patrimoniaux relevant du champ d'application de la garantie de la propriété.

En règle générale, il ne s'agit que d'**atteintes légères** lorsqu'un plan, une règle de droit ou un acte d'application du droit n'interdit pas la construction d'un terrain en soi, mais définit le type de constructibilité, par exemple en interdisant la construction jusqu'à la limite du terrain, et en général également lorsqu'une ligne de construction est fixée. Si la règle de distance restreint davantage l'utilisation du terrain, par exemple en rendant impossible l'utilisation optimale de l'indice d'utilisation, il peut également s'agir d'une atteinte grave. Il y a également atteinte légère lorsque la collectivité publique peut désigner 15 % des locataires pour les immeubles qu'elle subventionne ou lorsqu'une partie déterminée d'un immeuble doit être réservée à un usage déterminé (par exemple à l'habitation). 132

13 La garantie de la propriété impose une exigence particulière à la base légale :
3 celle-ci doit également désigner **la collectivité publique compétente en matière d'expropriation**. La base légale doit par exemple préciser si seul le canton ou également les communes sont habilités à exproprier. La collectivité publique qui procède à l'expropriation peut également avoir une influence sur la gravité de l'atteinte, car cela peut par exemple déterminer si une compensation en nature ou une indemnité en espèces est possible.

2. Intérêt public

13 Le Tribunal fédéral part du principe que toute atteinte à la propriété peut en
4 principe être justifiée par **tout intérêt public**, pour autant que celui-ci ne soit pas de nature purement fiscale. Cette pratique est critiquée dans la doctrine sous deux angles différents. D'une part, elle est jugée trop généreuse, de sorte que la garantie de la propriété perd sa fonction de limitation à l'égard du législateur. D'autre part, l'exclusion de principe des intérêts fiscaux est critiquée comme n'étant plus d'actualité.

13 La question de savoir ce qui constitue un **intérêt fiscal** en cas d'atteinte à la
5 propriété ne peut être tranchée indépendamment du champ d'application de la garantie de la propriété. Si la fortune en soi ou la somme des droits patrimoniaux constituent le champ d'application de la garantie de la propriété, il s'ensuit que l'imposition constitue également une atteinte à la propriété. Dans la mesure où celle-ci est principalement motivée par des intérêts fiscaux et doit l'être, il serait contraire à la réalité de ne pas la compter parmi les intérêts publics admissibles. Cet argument est déjà valable parce que le Tribunal fédéral traite l'imposition confiscatoire comme une atteinte à la propriété. Nous avons montré ci-dessus (n. 52 ss) combien les raisons d'inclure la fortune dans le champ d'application de la garantie de la propriété sont importantes. Cela implique toutefois qu'il faille trouver une solution plus nuancée que celle consistant à considérer que les intérêts fiscaux sont en principe inadmissibles. Il serait donc plus judicieux d'exclure les intérêts fiscaux de la gestion restrictive qui sert précisément à garantir les intérêts fiscaux et qui est conforme aux principes de l'imposition. En règle générale, un intérêt fiscal ne peut être invoqué que pour des atteintes à la fortune en tant que telle, et non pour des atteintes à des biens patrimoniaux spécifiques (par exemple un bien immobilier déterminé). Les intérêts fiscaux sont donc en tout état de cause inadmissibles pour les expropriations (au sens formel).

En outre, il n'est pas clair selon quels critères **les intérêts publics admissibles pourraient être distingués des intérêts publics inadmissibles**. Cela vaut en tout cas dans la mesure où l'intérêt public ne vise pas à supprimer l'institution de la propriété et la décentralisation des facteurs de production (garantie institutionnelle, ci-dessus, n. 27 ss). Lorsque les tribunaux se substituent au législateur pour apprécier l'opportunité d'intérêts publics, ils doivent de toute façon le faire avec la plus grande retenue. Il faut donc attendre de la proportionnalité (cf. ci-dessous, n. 139 ss) qu'elle confère à la propriété une protection plus grande que celle découlant de l'intérêt public. Plus l'intérêt public d'une ingérence est douteux, plus sa proportionnalité est remise en question. Il en va de même pour la garantie des institutions (cf. ci-dessus, n. 27 ss) : plus un intérêt public conduit non seulement à une ingérence dans l'institution de la propriété privée, mais aussi à son érosion, plus la garantie des institutions s'applique. 136

Il est incontestable que l'augmentation des intérêts publics due à de nouvelles relations de rareté (par exemple en ce qui concerne les ressources servant à la protection du climat) **renforce également** les **fondements d'une atteinte** à la propriété. 137

Au **moment de** l'atteinte à la propriété, un intérêt public doit toujours exister. Il doit pouvoir continuer à être poursuivi de manière raisonnable par l'atteinte à la propriété. 138

3. Proportionnalité

Bien que le Tribunal fédéral examine librement la proportionnalité, il s'impose une certaine **retention** lorsque l'autorité intervenante dispose d'une marge d'appréciation ou que les conditions locales sont déterminantes pour l'appréciation de la proportionnalité. 139

Le Tribunal fédéral ne pose **pas d'exigences trop élevées** en matière de proportionnalité. Les cas dans lesquels il a rejeté une atteinte à la propriété pour cause de disproportion sont relativement rares. 140

La **mise en balance** des intérêts publics et privés est **limitée** dans la mesure où une loi fédérale ou la Constitution elle-même anticipe le résultat de cette mise en balance. La protection des sites marécageux d'anecdotique beauté et d'importance nationale (art. 78, al. 5, Cst.) en est un exemple. Une fois qu'une 141

parcelle est inscrite à l'inventaire de ces sites, il n'est plus possible de mettre en balance les intérêts de la protection et les intérêts privés d'utilisation.

E. Conséquences de l'atteinte à la propriété

14 2 Comme indiqué ci-dessus (n. 106 ss), dans le contexte des atteintes matérielles à la propriété, la frontière entre une atteinte sans indemnisation et une expropriation donnant droit à une indemnisation intégrale n'a été tracée que par la casuistique et ne peut sans doute être tracée que de cette manière. Le fait qu'une indemnisation « équitable » ou partielle pour les atteintes à la propriété ne soit pas admissible conduit, dans le contexte de l'expropriation matérielle, à une **« fixation »** très approximative du prix des atteintes. Le prix est de 0 % jusqu'à une certaine limite d'intensité, puis de 100 % de la valeur à exproprier. Dans le cas de l'expropriation formelle, il est toujours de 100 %, même pour des atteintes minimes. En revanche, il a été fait référence ci-dessus à différentes techniques développées par la jurisprudence (n. 126) pour réduire la portée de la garantie de valeur. La condition préalable ou la conséquence juridique de l'expropriation, à savoir le versement d'une indemnisation intégrale, doit être considérée sous cette réserve.

1. Notion d'indemnisation intégrale

14 3 **L'indemnisation intégrale** signifie que l'expropriation ne doit entraîner **ni avantage ni inconvénient** pour la personne expropriée. Elle doit être placée dans la même situation patrimoniale que si l'atteinte n'avait jamais eu lieu. Il incombe à la personne expropriée de prendre les mesures raisonnables pour réduire le préjudice causé par l'expropriation. Le Tribunal fédéral examine librement si l'indemnité versée correspond à la pleine valeur du bien exproprié. Si seule une partie d'un immeuble ou de plusieurs immeubles économiquement liés est expropriée, la **diminution de** la valeur vénale de la partie restante doit également être indemnisée (pour les procédures de droit fédéral : art. 19 let. b LEx). Les **inconvénients**, c'est-à-dire les autres désagréments résultant de l'expropriation (frais de déménagement, etc.), font également partie de l'indemnité intégrale. En cas d'expropriation d'une entreprise, se pose également la question de l'indemnisation du **bénéfice perdu** et, en particulier, celle de la durée pendant laquelle celui-ci doit être indemnisé avant qu'il soit possible d'exercer une autre activité lucrative. Le Tribunal fédéral limite donc généralement l'indemnisation du gain à une

certaine durée, à moins que l'exercice d'une nouvelle activité lucrative ne soit exceptionnellement impossible ou qu'il soit prévisible que le même gain ne pourra plus être réalisé à l'avenir.

Dans les procédures d'expropriation fondées sur la LEx, la valeur intégrale doit être indemnisée, mais pas plus que la valeur intégrale. Le droit fédéral ne prévoit pas de « **supplément pour cause de non-libéralité** » ; un tel supplément ne peut donc pas être accordé dans les procédures régies par le droit fédéral. Cela n'empêche pas les cantons d'accorder, selon leur propre droit en matière d'expropriation, un montant supérieur à celui du dommage effectif. Ces prestations supplémentaires doivent toutefois respecter les autres garanties constitutionnelles, en particulier le principe de l'égalité devant la loi, avec lequel elles peuvent entrer en conflit. Le droit fédéral n'exclut pas non plus que les cantons prévoient une indemnisation pour les atteintes matérielles à la propriété qui ne constituent pas encore une expropriation. 14 4

2. Forme et calcul de l'indemnisation

En règle générale, l'**indemnité est versée en espèces**. L'art. 26, al. 2, Cst. ne donne droit qu'à des prestations en espèces. La loi peut toutefois prévoir une restitution en nature ou des prestations en nature (cf. par exemple l'art. 18 LEx). Dans certaines circonstances, il est également possible et judicieux de compléter les prestations en espèces par des prestations en nature (par exemple dans le cas de mesures d'isolation acoustique). En cas d'expropriation formelle, la commission d'estimation décide de la forme sous laquelle l'indemnité doit être versée. 14 5

Le **montant de l'indemnité** peut en principe être déterminé selon une méthode objective ou subjective. La méthode objective se fonde sur la valeur vénale d'un bien, tandis que la méthode subjective se fonde sur la valeur (économique) que le bien exproprié présente pour la personne expropriée (valeur de rendement). Il convient de choisir la méthode la plus favorable à la personne concernée ; le mélange des deux méthodes est en principe interdit. La méthode subjective est particulièrement indiquée dans les cas où la valeur de la poursuite de l'utilisation d'un bien pour la personne expropriée (d'un point de vue objectif) est supérieure à la somme d'argent qui pourrait être obtenue par la vente du bien immobilier ou, en d'autres termes, lorsque le rendement de la poursuite de l'utilisation est supérieur à ce qui pourrait être obtenu par une vente sur le marché. C'est par exemple le cas lors de la 14 6

suppression d'entreprises non délocalisables. La notion de « préjudice subjectif » est critiquée par une partie de la doctrine comme étant ambiguë, car elle pourrait être comprise comme englobant également l'intérêt affectif des personnes concernées ou de simples attentes ou espoirs. Or, ce n'est précisément pas le cas. La méthode subjective (tout comme la méthode objective) se limite à déterminer la valeur pécuniaire d'un bien, même si celle-ci est calculée différemment, à savoir en fonction de la valeur de réutilisation plutôt que de la valeur de réalisation.

14 Il existe différentes méthodes pour **estimer la valeur** du bien exproprié.
7 L'autorité expropriante dispose d'une grande flexibilité dans l'application de ces méthodes et dans leur combinaison. La combinaison de différentes méthodes sert à vérifier la plausibilité des résultats d'évaluation. La **méthode comparative**, qui consiste à déterminer la valeur d'un bien immobilier sur la base des prix du marché d'objets comparables, est privilégiée. La méthode comparative sert à déterminer la valeur vénale qui doit être versée lors de l'indemnisation selon la méthode objective. La valeur vénale est le produit hypothétique qui aurait pu être obtenu lors de la vente du bien exproprié dans le cadre d'une transaction libre. D'autres méthodes peuvent s'imposer dans des situations particulières, notamment lorsqu'il n'est pas possible de déterminer des prix comparables. Ainsi, la **méthode de la valeur de rendement** convient principalement aux immeubles détenus pour générer un revenu, tandis que la **méthode de la valeur réelle** s'applique principalement aux immeubles à usage propre. La **méthode des classes de situation** « repose sur le constat, issu de l'évaluation systématique de nombreuses estimations, que la valeur du terrain est liée à la valeur totale d'un immeuble et au revenu locatif annuel dans un rapport bien précis, qui est le même pour tous les terrains situés dans la même situation ». Elle part du principe que « le terrain *dans son ensemble* n'a finalement que la valeur que lui confère son utilisation économique ». Plus que pour les autres méthodes, le Tribunal fédéral invite à la prudence avec la méthode des classes de situation, car les considérations de rentabilité qui la sous-tendent sont en partie dépassées et même de faibles différences dans les paramètres de base conduisent à des résultats très dispersés. En particulier dans le cas d'ouvrages complexes qui concernent un grand nombre de personnes, ont des effets très différents et génèrent non seulement une moins-value, mais aussi une plus-value, la valeur du bien exproprié peut être déterminée à l'aide d'une **méthode statistique empirique** spécialement développée pour ce problème. Le Tribunal fédéral a

ainsi protégé comme méthode d'évaluation des modèles complexes, fondés sur de grandes quantités de données, destinés à calculer la moins-value due au bruit des avions, qui ont été développés pour les environs de l'aéroport de Zurich.

Même si ces méthodes ne peuvent être transposées *telles quelles* au contexte de l'**expropriation matérielle**, elles sont également appliquées par analogie dans ce domaine. 148

En ce qui concerne le **moment de l'évaluation**, il convient de distinguer entre expropriation formelle et expropriation matérielle. Dans le premier cas, l'indemnisation est un élément constitutif de l'expropriation, dans le second, elle en est la conséquence (voir ci-dessus, n. 83). À cet égard, la jurisprudence part du principe que, pour l'expropriation formelle, le droit à une indemnisation intégrale n'est respecté que si la date de référence pour l'évaluation est proche du moment de la privation effective du droit. En cas d'expropriation matérielle, c'est en principe la date à laquelle la mesure restrictive de la propriété entre en vigueur qui est déterminante. Toutefois, des questions intertemporelles peuvent également se poser en cas d'expropriation matérielle, en particulier dans le cas de procédures longues au cours desquelles la valeur d'un bien, par exemple un terrain, peut varier considérablement. 149

V. PERSPECTIVES

La propriété est « le cadre que la société met en place pour structurer les conflits autour des choses que nous voulons tous avoir ». Dans cette optique, la propriété n'a pas nécessairement de lien avec des biens physiques, mais concerne tous les biens économiquement précieux et rares, y compris les biens immatériels et ceux mis à disposition par les pouvoirs publics. Les conflits autour de ces biens évoluent lorsque les conditions de rareté changent. Si la garantie de la propriété veut conserver sa fonction et créer une nouvelle force créatrice pour l'avenir, elle doit développer une fonction protectrice pour les biens nouveaux, qui prennent de plus en plus d'importance, même si ceux-ci ne peuvent guère être traités de manière analogue à la propriété matérielle. Elle doit également être en mesure d'apporter une **réponse** aux **nouveaux conflits liés à la rareté**. 150

15 Dans l'ensemble, la pratique de la garantie de la propriété s'est révélée
1 extrêmement flexible lorsqu'il s'agissait de restreindre les possibilités d'action liées à la propriété au profit de l'intérêt public, en particulier dans les conflits de répartition des ressources environnementales. Sur ce front, la garantie de la propriété semble donc bien armée pour faire face aux **conflits de répartition à venir**, notamment ceux liés à la protection du climat. La garantie de la propriété s'est révélée beaucoup moins flexible dans le sens inverse, c'est-à-dire lorsqu'il ne s'agit pas de prendre en compte des besoins publics nouvellement apparus, mais des besoins privés nouvellement apparus en matière de protection, en particulier de protéger des équivalents fonctionnels de la propriété matérielle et surtout de la propriété foncière. Cela concerne en premier lieu les droits de participation aux institutions publiques, qui sont souvent une condition préalable à l'autonomie matérielle et à la sécurité, et qui sont attribués et retirés par le droit des migrations ou le droit de la sécurité sociale, par exemple. C'est sur ce front que l'innovation et un nouvel élan créatif semblent nécessaires si l'on veut que la garantie de la propriété conserve sa fonction de garant de l'autonomie et de la sécurité dans un contexte technologique et économique en mutation. Un élément central de ce progrès consisterait à réévaluer avec scepticisme la distinction stricte entre les atteintes formelles et matérielles à la propriété. Cette distinction, qui trouve son origine dans la pensée du droit des biens, perd de plus en plus de sa plausibilité pratique dans une situation où les biens matériels jouent un rôle de moins en moins important par rapport à d'autres biens.

À propos de l'auteur

Stefan Schlegel, docteur en droit, est depuis 2024 directeur de l'Instance suisse des droits de l'homme (SMRI), dont le siège est à Fribourg. Auparavant, il était Ambizione Fellow du FNS à l'Université de Berne, où il travaille à une habilitation sur le champ d'application matériel de la garantie de la propriété. Il est coéditeur du commentaire en ligne de la Constitution fédérale et membre du comité directeur de l'association responsable de ce commentaire.

AUTRES LECTURES RECOMMANDÉES

Biaggini Giovanni, OFK-Handkommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 26 BV.

Dagan Hanoch, A Liberal Theory of Property, Cambridge 2021.

Davies
Margaret, Property – Meanings, histories, theories, London et.al. 2007.

Dubey Jacques, Kommentierung zu Art. 26 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II, Basel 2018, § 27.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, St.Gallen 2020.

Grey Thomas C., The Disintegration of Property, Nomos 22 (1980), S. 69-85.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, London 2021.

Johnson Denise R., Reflections on the Bundle of Rights, Vermont Law Review 32 (2007), S. 247-272.

Kempny Simon, Artikel 14 GG [Eigentum, Erbrecht, Enteignung] in: Frauke Brosius-Gersdorf, Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2023

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum, ZSR 140 (2021), S. 377-402

Müller Georg, Privateigentum heute – Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: ZSR 100 (1981), S. 4-116.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles, The New Property, The Yale Law Journal 73 (1964), S. 733-787.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 109-210 und 391-411.

Stepanians Markus, Die Angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? München 2005.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, §§ 63-65.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J., St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Waldron Jeremy, What Is Private Property?, Oxford Journal of Legal Studies 5 (1985), S. 313-349.

BIBLIOGRAPHIE

Abegg Andreas/Seferovic Goran, Die Ablösung ehehafter Wasserrechte - Zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer), Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 813–848.

Arendt Hannah, On revolution, London 1963.

Arendt Hannah, Vita activa oder Vom tätigen Leben, 19. Aufl., München et.al. 2019 [1958].

Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl., Bern 2013.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Binswanger Hans Christoph, Eigentum und Eigentumspolitik: Ein Beitrag zur Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1978.

Calabresi Guido/Melamed Douglas A., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 1972, S. 1089–1128.

Caridnaux Blaise, Art. 108 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Coase Ronald H., The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics 1960, S. 1–44.

Dagan Hanoch, A liberal theory of property, Cambridge Mass. et.al. 2021.

Donahue Charles Jr., The Future of the Concept of Property Predicted, Nomos 1980, S. 28–68.

Dubey Jacques, Espace, temps, propriété: Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Genf 2012.

Dubey Jacques, Art. 26 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques/Besson Samantha, Art. 5 BV., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubler Anne-Marie, Eigentum, Historisches Lexikon der Schweiz, https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008971/2012-08-20/, besucht am 4.4.2025.

Eckert Martin, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 245–249.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden: Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, St.Gallen 2020.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP/PJA 6 (2013), S. 837-864.

Föhse Martin, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 29. März 2019, 1C_631/2017; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 8 (2019), S. 436–447.

Gächter Thomas/Werder Gregori, Art. 12 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Girsberger Daniel/Furrer Andreas/Krummenacher Peter, Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Zürich et.al. 2015.

Häberle Peter, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1984, S. 36–76.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et.al., 2020.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, From personal space to big data, how the hidden rules of ownership control our lives, London 2021.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10, besucht am 4.4.2025.

Huber Eugen, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900: Zweiter Band Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900 / Vierter Teil. Das Sachenrecht / Erste Abteilung. Das Eigentum., in: Reber Markus/Hurni Christoph (Hrsg.), Die Erläuterungen von Eugen Huber. Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007, S. 512–536.

Hürlimann Daniel/Zech Herbert: Rechte an Daten, sui generis 2016, https://doi.org/10.21257/sg.27.

Isensee Josef, Vorwort des Herausgebers, in: Isensee Josef (Hrsg.), Eigentum. Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, 2. Aufl., Berlin 1998, S. V–XII.

Kapczynski Amy, The Law of Informational Capitalism, The Yale Law Journal 2020, S. 1460–1515.

Karlen Peter, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Genf et.al. 2018.

Karlen Peter, Alle historischen Rechte veralten – Zur Ablösungspflicht unbefristeter Wasserrechte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 799–812.

Kessler Coendet Franz, Formelle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, 1065–1114.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Koller Thomas, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffes im Privatrecht, recht 1994, S. 25–31.

Llanque Marcus, Eigentum in der kritischen Theorie, in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005, S. 205–216.

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum: Rechtsphilosophische Probleme des Eigentumsbegriffes, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2021, S. 377–402.

Marantelli Adriano, Berner Gedanken zur konfiskatorischen Besteuerung, in: Kunz Peter V./Weber Jonas/Lienhard Andreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 247–288.

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar: Sachenrecht: 1. Abteilung: Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Art. 641-654, 4. Aufl., Bern 1966.

Mösching Fabian, Kommentierung zu Art. 75b BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv75b, besucht am 4.4.2025.

Müller Georg, Privateigentum heute: Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungrechtlichen Gewährleistung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1981, S. 1–116.

Müller Georg, Der Streit um die Eigentumsordnung des Verfassungsentwurfes 1977: Bemerkungen aus staatsrechtlicher Sicht, in: Holzhey Helmut/Kohler Georg (Hrsg.), Eigentum und seine Gründe: Ein philosophischer Beitrag aus Anlaß der schweizerischen Verfassungsdiskussion = La propriété et ses fondements, Bern et.al. 1983, S. 249–266.

Müller Georg, Rechtsstellung von Anstössern an öffentlichen Strassen, recht 1996, S. 218–224.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Osterloh-Konrad Christine, Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive, Hofmann Franz/Raue Benjamin (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, Tübingen 2023, S. 9–17.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles A., The New Property, The Yale Law Journal 1964, S. 733–787.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung: Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Bern 1990.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen: Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007.

Riva Enrico/Müller-Tschumi Thomas, § 48 Eigentumsgarantie, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 765–777.

Sägesser Thomas, Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, Jusletter 2021.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970.

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.

Schmid Alain/Schmidt Johanna Kirsten/Zech Herbert: Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, S. 627–639.

Schmid Dominik, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Bern 2013.

Schreiber Markus, Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, AJP/PJA 1 (2020), S. 95–103.

Shklar Judith, The Liberalism of Fear, in: Rosenblum Nancy L. (Hrsg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge, Mass. 1989, S. 21–38.

Stepanians Markus, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.): Was ist

Eigentum?: Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005.

Strub Dominik, Wohlerworbene Rechte: Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Freiburg 2001.

Sutter Kaspar/Müller Markus, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang?, ZBl 2013, S. 471–490.

Thouvenin Florent, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, S. 21–32.

Thurnherr Daniela, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 7. September 2021, 1C_453/2019 und 1C_271/2021 (Urteilsbesprechung), ZBl 2 (2023), S. 89–102.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 37 – Eigentumsgarantie, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 528–533.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Veit Marc D., Die Ordnungsfunktion der Eigentumsgarantie: Eine ökonomische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1999.

Voigtländer Michael/Bierdel Fabian, Zur Rationalität einer neuen Eigenheimförderung: Gutachten für den ZIA Deutschland, 2017, https://www.iwkoeln.de/studien/michael-voigtlaender-zur-rationalitaet-einer-neuen-eigenheimfoerderung.html, besucht am 4.4.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: 2015a).

Waldmann Bernhard, Materielle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, S. 1115–1164 (zitiert: 2015b).

Zimmermann Konrad, Die Besitzstandsgarantie im öffentlichen Recht, Zürich 2023.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin des Ständerates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung, besucht am 5.4.2025.

Amtliches Bulletin des Nationalrates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung, besucht am 5.4.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff. online abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 5.4.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 29a Cst.

Un commentaire de Matthias Kradolfer

PROPOSITION DE CITATION

Matthias Kradolfer, Commentary of art. 29a FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Kradolfer, N. XXX zu Art. 29a BV.

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.

TABLE DES MATIÈRES

I. Caractéristiques de la garantie de l'accès au juge 437
II. Contexte de l'art. 29a Cst. 438
A. Contexte historique 438
B. Garanties internationales en matière de voies de droit, de recours et de protection juridique 441
C. Compréhensions fondamentales de la protection juridictionnelle effective 442
D. Garantie des voies de droit et État de droit 444
III. Champ d'application de la garantie des voies de droit 445
A. Champ d'application personnel : "toute personne" 445
B. Champ d'application matériel : "litige" 445
1. Éléments de définition 445
a. Définition autonome de la Constitution 445
b. Élément conceptuel (1) : position juridique 447
c. Élément conceptuel (2) : litige individuel 448
d. Élément conceptuel (3) : digne de protection 450
2. Les actes réels 451
3. Ordonnances internes à l'administration 452
IV. Contenu partiel de la garantie des voies de droit 453
A. Teneur partielle organisationnelle : protection juridique par un tribunal 453
B. Contenu partiel procédural : accès à un tribunal 455
C. Contenu partiel final : protection juridique efficace 457
V. Exceptions, restrictions et renonciation 459
A. Actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral 459
B. Exceptions légales (art. 29a 2e phrase Cst.) 461
C. Restrictions 462
D. Renonciation 464
Lectures complémentaires recommandées 464
A propos de l'auteur 465
Matériaux 465
Bibliographie 466

I. CARACTÉRISTIQUES DE LA GARANTIE DE L'ACCÈS AU JUGE

Dans son champ d'application, la garantie des voies de droit ouvre l'accès à la justice et implique le droit constitutionnel de soumettre les questions de fait et de droit liées à un "litige" à un tribunal doté d'un plein pouvoir d'examen. L'art. 29a Cst. garantit ainsi une protection juridique qualifiée à double titre. D'une part, un tribunal indépendant doit examiner l'affaire. D'autre part, le contrôle judiciaire doit porter sur tous les aspects pertinents d'un "litige". La garantie de l'accès au juge ne précise toutefois pas ce qui constitue un "litige" (cf. n. 15 ss), tout comme elle reste muette sur l'organisation concrète de la protection juridique judiciaire (cf. n. 32 ss). Il appartient au législateur (cf. n. 2), mais aussi à la jurisprudence et à la science, de clarifier ces aspects ouverts de la garantie de l'accès au juge. Le présent commentaire tente de dégager des éléments permettant d'accomplir cette tâche dans quatre contextes de l'art. 29a Cst. (contexte historique [cf. n. 5 ss], contexte des droits de l'homme [cf. n. 9 s.], contexte de droit comparé [cf. n. 11 s.], contexte de la théorie constitutionnelle [cf. n. 13]). 1

D'un point de vue systématique, la garantie des voies de droit fait partie des droits fondamentaux de procédure. Elle se distingue toutefois des autres garanties procédurales par le fait qu'elle ne garantit pas des droits dans la procédure, mais le droit à une procédure (judiciaire). Ce droit trouve sa forme concrète au niveau de la loi et de l'ordonnance, c'est-à-dire par des dispositions sur l'organisation judiciaire, le déroulement de la procédure et les conditions de recours. En ce sens, la garantie des voies de droit doit être aménagée et reste tributaire de la législation pour devenir effective dans le quotidien juridique. Certes, le législateur et l'auteur de l'ordonnance disposent d'une marge de manœuvre considérable dans l'aménagement du système de protection juridique (cf. n. 32 ss). L'art. 29a Cst. fixe toutefois un cadre constitutionnel contraignant : La protection juridique judiciaire doit être efficace. Toute concrétisation de la garantie des voies de droit par une loi ou une ordonnance doit être mesurée à l'aune de la question de savoir si et dans quelle mesure elle contribue à une protection juridique efficace. 2

En tant que droit fondamental de procédure nécessitant un aménagement, la garantie de l'accès au juge présente deux dimensions. D'une part, elle accorde 3

aux personnes jouissant de droits fondamentaux un droit justiciable à une protection juridique qualifiée et efficace (cf. n. 1 s.). D'autre part, dans une dimension de droit objectif, elle oblige tous les organes de l'Etat à œuvrer pour une protection juridique accessible, efficace et effective pour toutes les personnes. Dans cette dimension objective, elle constitue une directive pour la législation et oriente l'aménagement futur du système de protection juridique (cf. n. 11 s.). En outre, elle constitue un point de repère pour les autorités d'application du droit lorsqu'il s'agit d'interpréter des notions juridiques indéterminées et de concrétiser des clauses générales. On peut penser à la protection juridique préventive, qui doit être appliquée de manière à ne pas contourner l'art. 29a Cst. (cf. n. 43), ou au principe de la bonne foi dans le droit de procédure.

4 Selon la conception de la réforme de la justice (cf. n. 6), les instances précédentes du Tribunal fédéral mettent en œuvre la garantie des voies de droit. L'art. 29a Cst. s'insère donc dans un réseau complexe de prescriptions de droit fédéral concernant la protection juridique par les tribunaux cantonaux et les tribunaux fédéraux de première instance. Ces prescriptions sont "déterminantes" pour les autorités d'application du droit au sens de l'art. 190 Cst. La garantie de l'accès au juge, telle qu'elle est conçue par le droit fédéral, ne peut pas déployer d'effets juridiques directs, car les autorités d'application du droit sont liées par les concrétisations du législateur fédéral en vertu de l'art. 190 Cst. C'est pourquoi la doctrine la qualifie de "droit fondamental boiteux". Lorsque la garantie nationale des voies de droit se recoupe avec l'art. 6 ch. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), il convient toutefois de respecter la primauté de la CEDH sur le droit fédéral. Une violation de l'art. 6 ch. 1 CEDH peut ici être constatée et réparée par la justice, malgré l'art. 190 Cst.

II. CONTEXTE DE L'ART. 29A CST.

A. Contexte historique

5 La première Constitution fédérale de 1848 et celle de 1874 ne contenaient pas de droit fondamental comparable à l'art. 29a Cst. L'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. 1874 garantissait certes l'accès au Tribunal fédéral en cas de violation de la Constitution. Toutefois, la protection juridique n'était pas garantie de manière générale, mais uniquement pour certains litiges. La ratification de la CEDH

par la Suisse en 1974 a fondamentalement modifié cette situation de départ. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), influencée par l'idée anglo-américaine du "due process", a déduit de l'art. 6 ch. 1 CEDH de nombreuses garanties procédurales, dont le droit à une protection juridique judiciaire en cas d'accusation pénale et de litige sur des prétentions civiles. La Cour européenne des droits de l'homme donne une définition autonome et large de la notion de "droit civil". De nombreuses affaires de droit public en font partie, par exemple les affaires d'expropriation et les litiges en matière de sécurité sociale. Ce large champ d'application de l'art. 6 ch. 1 CEDH a jeté les bases d'un véritable "droit administratif procédural de la Convention". Pour l'ordre juridique suisse, cela représentait un défi. Tous les litiges qui devaient être jugés par un tribunal en vertu du droit international ne pouvaient de loin pas être soumis à un tribunal en vertu du droit national (cf. n. 7). Afin d'éliminer de telles contradictions avec le droit supérieur, le Conseil fédéral a proposé dans les années 1990 d'introduire une garantie générale des voies de droit. Il s'est inspiré de l'art. 6 ch. 1 CEDH et de la garantie des voies de droit de la loi fondamentale allemande (art. 19 al. 4 GG).

6 La proposition du Conseil fédéral faisait partie de la réforme de la justice, qui s'inscrivait elle-même dans le projet de révision totale de la Constitution fédérale. La réforme de la justice poursuivait principalement deux objectifs : l'amélioration de la protection juridique et le désengorgement du Tribunal fédéral. Ces priorités, en soi contradictoires, devaient être atteintes par le développement des instances judiciaires préalables du Tribunal fédéral – notamment par la création d'un nouveau Tribunal pénal fédéral et d'un nouveau Tribunal administratif fédéral. Les bases organisationnelles correspondantes ont fait l'objet de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. L'interdépendance entre la réforme de la justice et la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale a conduit à une situation de flottement remarquable en ce qui concerne la garantie des voies de droit. Les citoyens et les cantons ont certes clairement accepté la réforme de la justice (et avec elle la garantie de l'accès au juge) lors de la votation populaire du 12 mars 2000. Mais son entrée en vigueur a été reportée jusqu'à la fin de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. L'art. 29a Cst. n'est entré en vigueur que le 1er janvier 2007, en même temps que la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) et la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF). Au-delà de cette date, une disposition transitoire de la LTF a en outre relativisé la garantie des voies de droit. Ce n'est qu'après un délai de carence de deux ans

(art. 130 al. 3 LTF), qui devait donner aux cantons le temps d'adapter leur organisation judiciaire, que l'art. 29a Cst. est devenu un droit fondamental de procédure justiciable. Rétrospectivement, la caractérisation de la garantie des voies de droit comme "droit fondamental à tempérament" s'avère donc tout à fait pertinente.

7 En droit civil et en droit pénal, la protection juridique était déjà largement assurée avant l'entrée en vigueur de la garantie de l'accès au juge. C'est dans le droit public que l'art. 29a Cst. a eu les effets les plus importants. La mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge a clôturé un processus de développement qui a entraîné le passage du modèle d'une justice exercée en premier lieu au sein de l'administration au modèle de la juridiction administrative. On peut distinguer trois étapes dans cette évolution :

- Au début du 20e siècle, l'assistance judiciaire interne à l'administration était la "forme dominante" de la protection juridique dans les litiges de droit public. Au niveau cantonal, la voie de droit menait généralement, le cas échéant par le biais d'une procédure de réclamation ou de recours interne à l'administration, au Conseil d'Etat (exécutif). Au niveau fédéral, depuis la promulgation de la loi sur la procédure et la juridiction administratives et disciplinaires (LPJA, entrée en vigueur le 1er mars 1929), l'accès au Tribunal fédéral se limitait à quelques matières. Dans de nombreuses affaires de droit public fédéral, le Conseil fédéral restait la dernière instance de recours.

- Une partie de la doctrine germanophone du droit administratif était critique à l'égard de cet état de droit. Fritz Fleiner (1867–1937) jugeait en termes clairs : "Le citoyen qui veut se plaindre des abus et de l'arbitraire des autorités administratives (...) ne trouve à l'heure actuelle qu'une protection juridique très imparfaite". Le malaise articulé par Fleiner à l'égard d'une justice interne à l'administration s'inscrit dans la tradition d'un débat polémique mené dès le XIXe siècle sur le "bon" contrôle de l'activité administrative. Alors que l'administration judiciaire interne était soupçonnée de ne pas être indépendante, la juridiction administrative était considérée comme le "couronnement de l'État de droit" ou la "clé de voûte" de celui-ci. Après la Seconde Guerre mondiale, cette discussion s'est peu à peu objectivée et la doctrine a pris de plus en plus conscience de l'importance de l'administration judiciaire interne à l'État de droit. Lors du Congrès des juristes suisses de 1947, Max Imboden (1915–1969) et Henri

Zwahlen (1911–1974) ont notamment souligné le lien entre la structure démocratique de l'État suisse et le modèle de l'administration judiciaire interne à l'administration.

- D'abord dans les cantons, puis, à partir des années 1960, au niveau fédéral, la protection juridique par les tribunaux dans les litiges administratifs s'est progressivement imposée. La compétence des tribunaux administratifs reposait soit sur une clause générale avec une liste d'exceptions, soit sur une liste énumérative des litiges susceptibles d'être contestés. Lorsque le vaste champ d'application des garanties de la CEDH (cf. n. 5) se superposait à ces compétences, les lacunes de la protection juridique en droit suisse devenaient visibles et perceptibles. Ce n'est qu'avec la mise en œuvre de l'art. 29a Cst.

Le fait que le contrôle judiciaire de l'activité administrative se soit largement imposé avec la garantie des voies de droit peut inciter à assimiler protection juridique et protection judiciaire. Or, c'est précisément en droit administratif que la mise en œuvre pratique de la protection juridique se heurte à des limites. Dans des domaines très techniques, les instances précédentes des tribunaux administratifs disposent d'une avance en termes de connaissances, ce qui rend difficile un contrôle juridique complet (cf. n. 41 s.). La tradition de l'assistance juridique interne à l'administration en Suisse montre qu'une protection juridique comprise de manière globale doit déjà intervenir aux étapes précédant une procédure judiciaire. La procédure administrative, une éventuelle procédure de recours interne à l'administration et le contrôle juridique subséquent par la justice devraient être considérés comme un élément d'un système de protection juridique compris dans sa globalité. En conséquence, l'efficacité du contrôle judiciaire exigé par l'art. 29a Cst. doit être évaluée en tenant compte de l'ensemble des instances et non pas de manière isolée pour la procédure judiciaire (cf. n. 41 s.). 8

B. Garanties internationales en matière de voies de droit, de recours et de protection juridique

Une protection juridique efficace est une préoccupation fondamentale de la protection internationale des droits de l'homme. Plusieurs traités internationaux ratifiés par la Suisse consacrent d'ailleurs, sous une forme ou une autre, un droit correspondant. Des garanties de recours comparables à l'art. 29a Cst. se trouvent à l'art. 14 al. 1 du Pacte II de l'ONU et à l'art. 6 ch. 1 9

CEDH. Les garanties de recours de l'art. 5 ch. 4 CEDH et de l'art. 9 ch. 4 du Pacte II de l'ONU, qui garantissent à une personne arrêtée le droit de faire examiner son arrestation par un tribunal dans un bref délai, vont plus loin. En dehors du champ d'application matériel de ces garanties de droit international en matière de voies de droit et de recours, la garantie générale de protection juridique de l'art. 13 CEDH doit être respectée. Celle-ci oblige les Etats parties à la Convention à prévoir une possibilité de recours contre les atteintes aux droits garantis par la Convention. Il suffit qu'une autorité administrative assure cette protection juridique.

10 Si le champ d'application matériel de l'une de ces garanties internationales coïncide avec celui de l'art. 29a Cst., les deux droits fondamentaux de procédure sont applicables et la protection juridique doit répondre aux exigences du droit national et du droit international. Les recoupements les plus importants dans la pratique se font avec l'art. 6 ch. 1 CEDH (cf. déjà n. 4 concernant le rapport de priorité). Une accusation pénale ou un litige civil au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH devrait en règle générale également fonder un "litige" au sens de l'art. 29a Cst (cf. n. 18 ss). Le lien entre les deux garanties des voies de droit s'explique par l'histoire de leur création : D'une part, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 6 ch. 1 CEDH a été un facteur d'innovation essentiel pour le droit procédural suisse, d'autre part, la garantie nationale des voies de droit est calquée sur l'art. 6 ch. 1 CEDH (cf. n. 5). Ce lien historique suggère une interprétation harmonisante de l'art. 29a Cst. et de l'art. 6 ch. 1 CEDH. Lorsque la garantie nationale des voies de droit soulève une question d'interprétation, il convient de consulter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 6 ch. 1 CEDH.

C. Compréhensions fondamentales de la protection juridictionnelle effective

11 L'organisation de la protection juridique judiciaire se situe entre différents objectifs. En résumé, la justice doit protéger une position juridique individuelle rapidement, avec peu d'efforts et de manière équitable, et concrétiser le droit objectif. Pratiquement aucun tribunal ne peut satisfaire à toutes ces exigences dans tous les cas, d'autant plus qu'il existe des conflits entre elles. Une procédure rapide comporte par exemple le risque d'erreurs judiciaires, et un résultat équitable du point de vue des parties n'est pas

nécessairement objectivement juste. De tels conflits d'objectifs montrent que la mise en place d'un système de protection juridique doit être considérée comme un "problème d'optimisation et de répartition". Dans une perspective de droit comparé, deux orientations de base typiques sont reconnaissables : la protection juridique peut être axée sur la protection de positions juridiques individuelles ou sur l'application du droit objectif. Ainsi, le droit allemand repose sur une décision fondamentale en faveur de la protection des droits individuels. En vertu de l'article 19 paragraphe 4, de la Loi fondamentale, la voie judiciaire est ouverte contre la violation des droits subjectifs. Le droit français, en revanche, accorde une grande importance à la réalisation du droit objectif et permet également, avec le "recours pour excès de pouvoir", de contester un acte juridique pour non-respect du principe de légalité. L'ordre juridique suisse ne fait pas apparaître de choix de système déterminé pour ou contre l'un des deux types de base. Il se présente comme un "ordre mixte" qui combine une protection juridique subjective et objective. Dans ce contexte, il semble plus fructueux de comparer non pas les particularités nationales, mais les conceptions préalables ou fondamentales de la protection juridique efficace. Dans la discussion internationale, deux d'entre elles sont reconnaissables, dont la comparaison donne une idée plus précise de ce qui caractérise la protection juridique efficace en droit constitutionnel suisse.

12 Selon la conception de base de l'Europe continentale, l'efficacité de la protection juridique (judiciaire) dépend d'une série de facteurs organisationnels : Quelle autorité l'accorde ? Comment les conditions d'action et de recours sont-elles aménagées ? Quels griefs peuvent être soulevés ? Quelle est l'intensité du contrôle exercé par la formation de jugement saisie ? A cela s'ajoute le facteur temps : la protection juridique n'est efficace que si elle peut être obtenue dans un délai raisonnable. La garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. et la jurisprudence y relative reposent tacitement sur cette conception comparativement formelle, qui se dessine en outre dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. n. 32 ss.). En revanche, la conception anglo-américaine de base ne comprend pas seulement les aspects "techniques" de la protection juridique. Celle-ci doit au contraire garantir l'égalité des résultats. Le pouvoir judiciaire est appelé à compenser les inégalités de pouvoir économique, à empêcher les désavantages structurels de groupes vulnérables et à veiller à la justice sociale. Pour le droit constitutionnel suisse, cette compréhension matérielle du problème devrait être trop large dans la mesure où l'on ne peut déduire de

l'art. 29a Cst. aucun droit subjectif à l'égalité des résultats dans la procédure judiciaire. Les facettes du problème liées à la compréhension anglo-américaine doivent plutôt être attribuées à la dimension objective de la garantie des voies de droit (cf. n. 3). L'art. 29a Cst. impose au législateur d'œuvrer à une protection juridique facilement accessible, effective et efficace pour toute personne. Les obstacles matériels à l'accès, qui peuvent se manifester par des prescriptions de forme, des difficultés de compréhension linguistiques et des déficits d'information, doivent être éliminés à court et à moyen terme par des mesures législatives appropriées.

D. Garantie des voies de droit et État de droit

13 L'art. 29a Cst. marque un point de cristallisation du principe suisse de l'Etat de droit, car la protection juridique judiciaire et l'Etat de droit se conditionnent mutuellement. Dans l'État de droit, l'accès à un tribunal indépendant constitue le revers du monopole de l'État en matière de violence et d'élaboration du droit. L'accessibilité, l'indépendance et l'efficacité du contrôle juridictionnel sont donc des indicateurs importants de l'État de droit. Dans ce contexte, la garantie des voies de droit est d'abord au service de la protection juridique individuelle. En outre, dans le droit constitutionnel suisse, les tribunaux remplissent trois fonctions de l'État de droit qui vont au-delà de la résolution de litiges bilatéraux (cf. sur le "système mixte" suisse déjà n. 11). Premièrement, la justice assure la réalisation du droit objectif. Contrairement aux pouvoirs exécutif et législatif, elle doit orienter ses décisions exclusivement sur le droit en vigueur et offre donc la garantie d'une mise en œuvre neutre du droit constitutionnel, législatif et réglementaire. Deuxièmement, les tribunaux ont pour mission de développer le droit en vigueur et de l'adapter aux besoins du droit quotidien. Dans la pratique judiciaire, il en résulte un véritable "droit d'application du droit" qui rend l'ordre juridique plus flexible. Troisièmement, grâce à son indépendance garantie par la Constitution, le pouvoir judiciaire assure un "checks and balances" par rapport aux autres organes de l'État. Par ses décisions, il est en mesure de corriger, dans le cadre du droit en vigueur, des développements problématiques du point de vue de l'État de droit et de procéder à une "prise en compte de rattrapage des intérêts" là où la législation n'a pas équilibré une contradiction d'intérêts ou l'a fait de manière trop générale. Ces trois fonctions de la justice dans l'Etat de droit devraient guider l'interprétation de l'art. 29a Cst. au même titre que la protection des droits individuels. La

garantie des voies de droit doit être concrétisée de manière à ce que le pouvoir judiciaire puisse également assumer ses fonctions dans un État de droit démocratique. Une conception des droits fondamentaux qui ne prendrait en compte que la protection juridique individuelle serait par contre trop étroite (cf. n. 14, n. 16, n. 55).

III. CHAMP D'APPLICATION DE LA GARANTIE DES VOIES DE DROIT

A. Champ d'application personnel : "toute personne"

Les personnes physiques et morales de droit privé peuvent sans autre se prévaloir de l'art. 29a Cst. En outre, les titulaires de tâches étatiques bénéficient de la garantie des voies de droit lorsqu'ils n'agissent pas en tant que souverains, qu'ils se meuvent sur le terrain du droit privé et qu'ils sont touchés par l'acte contesté comme une personne privée. La question de savoir si les personnes morales de droit public, les autorités étatiques et les communes peuvent invoquer la garantie des voies de droit dans le domaine de la souveraineté n'a pas été clarifiée par la jurisprudence de la plus haute instance judiciaire et est controversée dans la doctrine. Une partie de la doctrine veut limiter le champ d'application personnel aux personnes privées et considère que les titulaires de tâches étatiques dans le domaine de la souveraineté, dans la mesure où ils ne sont pas eux-mêmes concernés comme une personne privée, ne bénéficient pas des droits fondamentaux. Au regard des fonctions de la justice dans l'État de droit (cf. n. 13), cette interprétation s'avère trop restrictive. Pour faire valoir le droit objectif, les personnes morales de droit public, les autorités étatiques et les communes devraient également pouvoir invoquer l'art. 29a Cst. dans le domaine de l'action souveraine. 14

B. Champ d'application matériel : "litige"

1. Éléments de définition

a. Définition autonome de la Constitution

Le champ d'application matériel de la garantie des voies de droit se rattache à la notion de "litige" ("cause", "controversie giuridiche"). Que faut-il entendre 15

par là ? Une intervention du rapporteur de la commission du Conseil des Etats au Parlement et un document de travail de la sous-commission de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale indiquent que cette notion constitutionnelle indéterminée doit être interprétée sur la base des lois de procédure. L'art. 29a Cst. se référerait ainsi aux actes étatiques qui peuvent également être contestés selon la loi de procédure correspondante. En d'autres termes, le "litige" devrait être concrétisé en fonction de l'objet de la contestation, ce que préconise une partie de la doctrine. La jurisprudence du Tribunal fédéral et, à sa suite, une autre partie de la doctrine comprennent toutefois la notion de "litige" de manière autonome par rapport à la Constitution. Selon la pratique de la Haute Cour, la qualification procédurale de l'objet de la contestation reste sans importance pour le champ d'application matériel de l'art. 29a Cst.

16 Cette compréhension autonome de la Constitution du "litige" est préférable à une interprétation orientée vers le droit de procédure pour trois raisons. Premièrement, l'art. 29a Cst. et l'art. 6 ch. 1 CEDH sont liés par l'histoire de leur création. En cas de doute sur la garantie des voies de droit, il est donc recommandé de consulter la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. n. 10). Celle-ci interprète l'art. 6 ch. 1 CEDH indépendamment des ordres juridiques des Etats membres (cf. n. 5), ce qui plaide en faveur d'une conception autonome de l'art. 29a Cst. dans ce sens. Deuxièmement, l'accès à la justice dans un Etat de droit démocratique crée un contrepoids important par rapport aux autres organes de l'Etat (cf. n. 13). Dans ce contexte, une conception autonome de la Constitution est également préférable pour des raisons de séparation des pouvoirs. Elle permet au pouvoir judiciaire d'influencer la portée de la garantie des voies de droit, lui permet ainsi de "penser à contre-courant" par rapport au législateur et contribue à la modération des pouvoirs dans le sens d'une vénérable sagesse de la théorie de l'Etat. Un troisième argument, basé sur la théorie des droits fondamentaux, s'y rattache. Les droits fondamentaux soustraient ponctuellement des domaines de vie particulièrement importants à l'emprise inconditionnelle des organes de l'État. C'est le cas de la garantie des voies de droit, qui définit un cadre constitutionnel pour l'accès à la justice (cf. n. 2). Ce cadre doit également être respecté par la législation. Si le législateur pouvait, par le biais de la définition de l'objet de la contestation, fixer de manière exhaustive la portée du contrôle judiciaire, l'art. 29a Cst. serait en fin de compte à sa disposition.

Une conception constitutionnellement autonome du "litige" ne signifie pas qu'un tribunal doive toujours faire pleinement usage de son pouvoir de contrôle (cf. n. 41 s.), ni que tout acte étatique soit accessible au contrôle judiciaire. Seules les affaires qui présentent certaines caractéristiques entrent dans le champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la garantie de l'accès au juge couvre tout litige en rapport avec une situation juridique individuelle digne de protection. Trois éléments conceptuels, qui doivent être remplis de manière cumulative, caractérisent donc le champ d'application matériel : (1) le justiciable doit pouvoir se prévaloir d'une position juridique qui lui revient (cf. n. 18 ss.) ; (2) cette position juridique doit faire l'objet d'un litige individuel (cf. n. 21 ss.) ; (3) la position juridique doit s'avérer digne de protection (cf. n. 25 ss.). 17

b. Élément conceptuel (1) : position juridique

La position juridique qui ouvre le champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. ne découle pas de la garantie de l'accès au juge elle-même. Au contraire, le droit constitutionnel à la protection juridique présuppose une position préexistante dans le droit en vigueur. Celle-ci peut résulter de l'ensemble de l'ordre juridique : du droit constitutionnel, du droit législatif et du droit réglementaire. Peu importe également de quel domaine juridique elle provient (p. ex. droit pénal, droit civil ou droit public). Si donc l'attribution de la position juridique à un niveau de norme ou à un domaine n'a pas d'importance du point de vue du droit constitutionnel, elle doit en contrepartie présenter une certaine nature : Elle doit être suffisamment concrète. Au niveau constitutionnel, ce sont surtout les droits fondamentaux qui garantissent des positions juridiques suffisamment concrètes, soit sous la forme d'un droit de défense contre l'action de l'État, soit sous la forme d'une obligation de garantie ou de protection de l'État. Au niveau de la loi et de l'ordonnance, il faut partir du principe qu'il existe une position juridique dans le champ d'application matériel de la garantie des voies de droit lorsqu'un droit est expressément accordé à la personne concernée ou lorsque le concept de réglementation applicable s'est condensé en une position justiciable. 18

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit à la liberté d'expression vis-à-vis de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR), l'obligation d'éliminer les déchets urbains selon l'art. 31b al. 3 de la loi sur la protection de 19

l'environnement (LPE), le droit à un enseignement (sportif) suffisant, le principe de non-discrimination en matière de droit des marchés publics selon l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) et le principe de transparence selon l'art. 3a de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEl) sont des positions juridiques relevant du champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, il n'y a toutefois pas de position juridique suffisamment concrète lorsque des particuliers veulent agir contre les effets du réchauffement climatique.

20 Les positions juridiques contractuelles en droit civil et en droit public sont également soumises à l'art. 29a Cst. Comme la pénétration théorique de la forme contractuelle en droit public est moins avancée qu'en droit privé, la protection juridique dans le contexte du contrat de droit public s'avère toutefois problématique. Il est incontestable qu'après la conclusion d'un contrat, le droit fondamental de la bonne foi (art. 9 Cst.) confère à la personne privée une position juridique dans le champ d'application de l'art. 29a Cst. Si la conclusion du contrat a déjà échoué, la partie privée déçue dans sa confiance peut en principe saisir la justice sur la base d'une responsabilité précontractuelle ("culpa in contrahendo"). Ce principe est toutefois mis à mal lorsque la collectivité ne limite pas encore les négociations contractuelles à une personne privée concrète ou qu'elle jouit d'une véritable "liberté de choix", comme dans le droit du personnel public. La candidate refusée ne peut pas contester sa non-prise en compte. Il n'est pas clair si une tierce personne peut également s'opposer à une offre illégale de l'administration en amont de la conclusion du contrat.

c. Élément conceptuel (2) : litige individuel

21 La position juridique ainsi décrite doit faire l'objet d'un litige individuel. Il convient de partir d'une conception matérielle du litige. Il y a litige au sens de l'art. 29a Cst. lorsque l'étendue ou les modalités d'une position juridique sont contestées. L'élément conceptuel du litige exclut notamment du champ d'application de l'art. 29a Cst. les procédures de clarification et d'approbation de droit administratif qui se situent en amont d'un acte d'application juridique individuel et concret. Ainsi, l'ouverture de la procédure d'examen provisoire selon l'art. 32 de la loi sur les cartels (LCart) n'est pas attaquable, et l'approbation d'un règlement de liquidation partielle par l'autorité de surveillance d'une fondation de prévoyance ne touche pas directement la

situation juridique des destinataires. Dans les deux cas, les actes d'application du droit à l'égard des personnes privées interviendront éventuellement ultérieurement et sur la base des résultats de l'enquête ou de la décision d'approbation. Il en va de même pour la procédure législative. Le fait d'être virtuellement concerné par un acte législatif ne constitue pas encore un litige (actuel). La garantie des voies de droit n'exige donc ni de la Confédération ni des cantons qu'ils prévoient un contrôle abstrait des normes.

Le caractère individuel du litige résulte de sa proximité spécifique avec la sphère juridique de la personne concernée. Certes, les litiges individuels peuvent typiquement être représentés dans des rapports juridiques préexistants. Le champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. ne présuppose toutefois pas obligatoirement un rapport juridique préexistant au moment du litige. Il suffit par exemple qu'une personne privée ne soit touchée que par hasard dans ses positions juridiques par un acte réel (concernant les actes réels, cf. n. 28 s.). 22

Jusqu'à présent, la pratique constitutionnelle s'est rapprochée du caractère individuel du litige de manière négative et en le distinguant du recours populaire. Elle utilise comme critère le fait que le justiciable soit concerné. Celle-ci doit être touchée au moins de manière minimale dans sa position juridique. Une atteinte proprement dite n'est pas nécessaire pour ouvrir le champ d'application de l'art. 29a Cst. Ainsi, les riverains d'un centre de collecte des ordures ménagères ont pu, en vertu de la garantie des voies de droit, contester sa suppression et la faire examiner par un tribunal. La protection juridique judiciaire était également ouverte aux élèves des écoles professionnelles qui contestaient la suppression de leçons de sport. Enfin, le Tribunal fédéral a estimé que l'Église catholique romaine était suffisamment concernée lorsque celle-ci s'est opposée au soutien financier de 15 000 francs accordé par l'Église catholique des Grisons à l'organisation "adebar". 23

Ce sont surtout les actes ayant une structure réglementaire générale-abstraite ou générale-concrète qui posent des problèmes de délimitation. Plus ils concernent de personnes, plus il est difficile de parler d'un litige individuel. Ce n'est que lorsque le justiciable est davantage touché dans une position juridique par l'acte en question que la collectivité en général que la garantie des voies de droit peut être invoquée. C'est le cas, par exemple, d'une campagne d'information menée par l'État. De nombreuses dispositions organisationnelles dont le cercle des destinataires est ouvert ne donnent pas 24

lieu à un litige individuel, soit parce qu'elles ne peuvent pas être classées comme litige, soit parce qu'elles n'affectent pas la position juridique d'une personne avec suffisamment d'intensité. Ainsi, la réattribution d'une adresse, la modification du tracé d'une ligne de car postal et l'établissement d'horaires de train ne donnent pas lieu à un litige individuel. La fermeture d'un office de poste fait l'objet d'une controverse.

d. Élément conceptuel (3) : digne de protection

25 Le dernier élément conceptuel du "litige" ("digne de protection") présuppose que la décision judiciaire a un impact sur la position juridique de la personne concernée. Celle-ci doit présenter un intérêt actuel et pratique à la protection juridique. La doctrine et la jurisprudence s'orientent ici sur l'intérêt actuel et pratique à la protection juridique selon l'art. 48 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA). Comme le champ d'application de l'art. 29a Cst. se définit de manière autonome par rapport à la Constitution, on ne peut toutefois pas se référer sans autre aux conditions de recours de la procédure de recours administratif. Le troisième élément de la notion de "litige" doit plutôt être interprété à la lumière de l'art. 6 ch. 1 CEDH.

26 Dans ce contexte, l'intérêt pratique ne pose guère de problèmes. Celui-ci doit toujours être admis lorsqu'une décision judiciaire a un effet juridique ou factuel sur la position juridique de la personne concernée. La définition de l'intérêt actuel est plus problématique. Selon la jurisprudence relative à l'art. 48 al. 1 PA, l'actualité de l'intérêt à la protection juridique disparaît dès que l'inconvénient ne peut plus être éliminé en cas d'admission du recours. Un droit à la protection juridique en vertu de la Constitution et de la Convention peut cependant aussi exister lorsque le préjudice est irréversible et que seule l'illégalité d'un comportement étatique peut encore être constatée. Notamment dans le cas d'actes réels, l'atteinte a en règle générale déjà pris fin au moment de la protection juridique (cf. n. 28 s.). Dans de telles constellations, il existe néanmoins, selon l'art. 29a Cst., un intérêt à la protection juridique qui vise au moins la constatation d'une violation du droit. Ainsi, une candidate à un emploi dont la candidature a été rejetée devrait avoir la possibilité de faire constater en justice la prise en compte arbitraire ou inégale en droit d'une autre personne par l'autorité de nomination, même si le poste litigieux a été pourvu entre-temps.

En se fondant sur l'exigence de l'intérêt actuel et pratique, les décisions incidentes sont exclues du champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. lorsqu'elles peuvent encore être contestées sans préjudice avec la décision finale. Au moins provisoirement, l'intérêt actuel et pratique fait défaut dans de tels cas. Cela correspond en principe à la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne soumet pas les mesures provisoires ("interim measures") à l'art. 6 ch. 1 CEDH. Avec l'arrêt Micallef, la Cour a toutefois modifié et élargi sa jurisprudence. Dans la mesure où une décision administrative porte déjà atteinte à un "droit civil" avant une décision sur le fond, les garanties de l'art. 6 ch. 1 CEDH doivent être respectées. Dans des cas exceptionnels, la Cour européenne des droits de l'homme accepte que tous les éléments de l'art. 6 ch. 1 CEDH ne puissent pas être réalisés à un stade précoce de la procédure. Selon la pratique judiciaire suisse, les décisions superprovisoires dans le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que les décisions sur la restitution ou le retrait de l'effet suspensif d'un recours tombent notamment sous cette exception. La jurisprudence Micallef ne s'applique pas non plus à la fixation provisoire d'un montant de TVA par l'Administration fédérale des contributions ; la décision correspondante ne peut pas être portée devant une instance indépendante de l'administration. 27

2. Les actes réels

Le droit de procédure publique est centré sur les décisions : Seule la décision ouvre la voie à la protection juridique. La garantie des voies de droit rompt cette règle d'airain. Le fait qu'une position juridique digne de protection soit concernée ne dépend ni de la forme de l'acte en question ni de l'intention de l'organe étatique de réglementer. Le champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. s'étend à tout acte ou omission de l'autorité qui touche des positions juridiques définies par l'ordre juridique (cf. n. 18 ss.). C'est pourquoi une action effective sous la forme d'un acte réel peut également fonder un "litige". 28

Au niveau fédéral, il faut se baser sur l'art. 25a PA pour la protection juridique contre les actes réels. Selon cet article, une personne peut demander une décision concernant un acte réel si elle est personnellement concernée par cet acte et qu'elle justifie d'un intérêt digne de protection. Le droit fédéral garantit ainsi la protection juridique des actes réels par le biais d'une décision sur demande. Cette solution est compatible avec l'art. 29a Cst., car la garantie des voies de droit n'exige pas que les actes réels soient directement 29

attaquables. Dans la mesure où le droit cantonal ne prévoit pas de protection juridique comparable, les cantons sont tenus, directement sur la base de l'art. 29a Cst., de garantir la protection juridique judiciaire là où des actes réels touchent des positions juridiques dignes de protection. L'art. 29a Cst. ne précise pas comment les cantons remplissent leur mandat de protection juridique. Ils peuvent reprendre la solution de l'art. 25a PA, ériger l'acte réel lui-même en objet de recours (ainsi le canton des Grisons) ou prévoir une obligation de décision en amont.

3. Ordonnances internes à l'administration

30 Les dispositions internes à l'administration ("actes internes") font partie des formes d'action non contestables du droit administratif général. Selon la conception traditionnelle, elles s'adressent exclusivement à l'administration, n'affectent donc pas le statut juridique des personnes extérieures à l'administration et se limitent, dans les relations internes, à des dispositions organisationnelles sans effets juridiques proprement dits. Etant donné que la notion de "litige" de l'art. 29a Cst. doit être définie de manière autonome par la Constitution (cf. n. 16), même un ordre interne à l'administration qui n'est pas contestable en soi peut constituer un "litige". En particulier, les ordres de service dans le cadre d'un rapport d'engagement de droit public sont susceptibles de toucher des positions juridiques dignes de protection. Si l'ordre de service touche aux droits fondamentaux du destinataire, la protection juridique doit être ouverte. La jurisprudence de la plus haute instance judiciaire admet l'applicabilité de l'art. 29a Cst. par exemple dans le cas de décisions de mutation ayant des répercussions importantes sur la vie privée et d'ordres concernant le port visible de symboles religieux.

31 Les ordres de service généraux et abstraits (dits ordres administratifs d'exécution) posent des problèmes de protection juridique comparables. Celles-ci résument une pratique administrative et doivent garantir une exécution uniforme et égale du droit matériel. Dans la mesure où l'ordonnance administrative touche une position juridique digne de protection d'une personne extérieure à l'administration, celle-ci doit pouvoir agir en justice. Dans le cadre des ordonnances administratives, il est souvent possible d'obtenir un acte d'application concret du droit, qui peut ensuite être contesté à son tour. La contestabilité directe de l'ordonnance administrative n'entre en ligne de compte que si la personne privée ne peut pas obtenir de

décision dès le départ. Cette restriction est compatible avec l'art. 29a Cst. La protection juridique des destinataires de l'ordonnance administrative au sein d'une autorité doit être évaluée de manière analogue. Ils doivent pouvoir se défendre en justice contre un ordre de service concret qui touche à une position juridique digne de protection. La possibilité d'une contestation abstraite de l'ordonnance administrative ne peut en revanche pas être déduite de l'art. 29a Cst. (sur le contrôle abstrait des normes, voir également n. 21).

IV. CONTENU PARTIEL DE LA GARANTIE DES VOIES DE DROIT

Les exigences découlant de l'art. 29a Cst. en matière de protection juridique peuvent être subdivisées en trois contenus partiels. Premièrement, la formation de jugement – le tribunal au sens de l'art. 29a Cst. – doit garantir une protection juridique efficace (contenu partiel organisationnel, cf. n. 33 ss). Deuxièmement, la législation ne doit pas entraver la voie vers cette instance par des obstacles de technique juridique (contenu partiel procédural, cf. n. 37 ss.). Troisièmement, une protection juridique efficace se définit par une certaine finalité : le tribunal saisi doit être en mesure d'améliorer effectivement la situation juridique du justiciable (contenu partiel final, cf. n. 40 ss.). 32

A. Teneur partielle organisationnelle : protection juridique par un tribunal

Dans le cadre de son champ d'application, l'art. 29a Cst. confère aux personnes jouissant de droits fondamentaux un droit à ce que leur "litige" soit jugé une seule fois par un tribunal. Les exigences constitutionnelles minimales en matière d'organisation judiciaire découlent en premier lieu des art. 29 Cst. à 32 Cst., des art. 191 Cst. et 191c Cst. ainsi que de l'art. 6 ch. 1 CEDH. Un tribunal au sens de l'art. 29a Cst. doit être indépendant des autres organes de l'Etat, statuer sans être influencé par les parties et fonder son jugement sur la règle de droit. La désignation de la formation de jugement n'est pas pertinente ; les autorités judiciaires spéciales (p. ex. les commissions de recours cantonales) peuvent également être des tribunaux au sens de la Constitution fédérale. La LTF, entrée en vigueur en même temps que la garantie de l'accès au juge, concrétise dans ce contexte l'art. 29a Cst. : les 33

cantons sont tenus d'instituer des tribunaux dotés d'un large pouvoir de cognition en tant qu'instances précédentes (directes) du Tribunal fédéral.

34 Ces instances cantonales préalables mettent en œuvre la garantie des voies de droit là où aucun tribunal fédéral de première instance (Tribunal pénal fédéral, Tribunal administratif fédéral, Tribunal fédéral des brevets) n'est compétent. Dans les relations intercantonales, les cantons doivent assurer les prescriptions de la garantie des voies de droit par un concordat ou la désignation d'un tribunal cantonal. La protection juridique offerte par le Tribunal fédéral ne satisfait pas en soi aux exigences de l'art. 29a Cst., car le Tribunal fédéral ne dispose pas d'un pouvoir de cognition complet sur les faits et n'examine l'application du droit cantonal que sous l'angle de l'arbitraire. Si le droit de procédure applicable ne prévoit pas d'instance judiciaire, une voie de droit conforme à la Constitution doit être ouverte à la personne concernée directement sur la base de l'art. 29a Cst.

35 L'efficacité de la protection juridique judiciaire dépend, dans sa mise en œuvre pratique, des ressources matérielles et humaines dont dispose la justice. Sans infrastructure adaptée aux besoins, un tribunal ne peut pas remplir efficacement sa mission de protection juridique. En conséquence, la dotation financière du pouvoir judiciaire doit être adaptée aux exigences constitutionnelles. Du point de vue du personnel également, il doit être doté de manière à ce qu'un "litige" soit tranché dans un délai raisonnable. Dans ce contexte, le fait que les juges non professionnels soient encore très répandus dans les cantons pose des problèmes. Même si l'implication de personnes sans formation juridique est compatible avec le droit supérieur, la protection juridique efficace ne peut pas être dissociée des qualifications des personnes qui rendent la justice. C'est pourquoi la personne qui préside un tribunal devrait au moins disposer d'une formation juridique et, le cas échéant, de qualifications supplémentaires.

36 La large marge de manœuvre dont dispose le législateur (cf. n. 2) fait qu'il est difficile de tirer de l'art. 29a Cst. des prescriptions plus précises pour l'organisation du système de protection juridique. Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait que le législateur prévoie une voie de droit civile ou publique ne joue aucun rôle pour l'efficacité de la protection juridique. Le fait que l'accès au Tribunal fédéral ne soit pas ouvert est également compatible avec la garantie de l'accès au juge, d'autant plus que, selon la conception fondamentale de l'art. 29a Cst. Enfin, la garantie des voies de droit n'exige pas

de possibilité de contestation interne à l'administration, ni d'instance déterminée, ni de contrôle abstrait des normes (cf. n. 21).

B. Contenu partiel procédural : accès à un tribunal

Même dans le champ d'application de l'art. 29a Cst. l'accès à la justice reste lié à des conditions procédurales. La garantie de l'accès à la justice ne confère pas de "passe-partout" procédural à l'ayant droit. Celle-ci doit présenter les conditions d'entrée en matière et de procédure en matière habituelles, éventuellement verser une avance de frais et mener le procès conformément au droit de procédure applicable. Dans la doctrine, la question de savoir si ces cautèles procédurales constituent des restrictions à la garantie des voies de droit ou un aménagement législatif admissible est controversée. La discussion est en grande partie de nature théorique, car il est incontesté qu'au moins les conditions d'entrée en matière et de procédure usuelles n'entraînent pas une restriction disproportionnée de l'art. 29a Cst (n. 53). Il faudrait toutefois partir du principe qu'il s'agit d'une restriction justifiable si la législation créait de nouvelles conditions formelles d'entrée en matière ou combinait des obstacles formels existants de telle sorte que l'accès au tribunal n'existe plus que sur le papier (cf. n. 2). Moins saisissables que ces conditions cadres procédurales d'accès à la justice, mais tout aussi importantes du point de vue du droit constitutionnel, sont les barrières de fait sur le chemin du tribunal. On peut penser au manque d'information des justiciables, aux difficultés de compréhension linguistique et aux frais de justice. Ces derniers peuvent entraver directement l'accès au tribunal - sous forme de frais de procédure - ou indirectement la réalisation d'un droit - sous forme de frais de partie extraprocéduraux et procéduraux. Des frais de justice tout à fait prohibitifs sont en tout cas contraires à l'art. 29a Cst. Toutefois, les conséquences financières de l'application du droit ne peuvent être que faiblement contrôlées par des principes constitutionnels. La garantie des voies de droit exige tout de même du législateur qu'il évalue soigneusement les intérêts touchés par les frais de justice (cf. n. 54 s.). En revanche, un justiciable ne peut pas déduire de l'art. 29a Cst. un droit inconditionnel à l'assistance judiciaire gratuite. 37

Dans le domaine d'application des codes de procédure pénale et civile fédéraux, pratiquement tous les actes de procédure peuvent être portés de par la loi devant un tribunal. Des lacunes isolées en matière de protection 38

juridique se rencontrent encore dans le domaine de l'exécution judiciaire, réglementé au niveau cantonal. En outre, la procédure de l'ordonnance pénale pose quelques problèmes de protection juridique liés à sa conception de base. La procédure de l'ordonnance pénale confie très largement la responsabilité de la procédure au prévenu. Contrairement à la procédure pénale ordinaire, les faits et l'application du droit sont largement à sa disposition. Le ministère public a la possibilité de lui soumettre en quelque sorte une proposition de jugement qu'elle peut accepter ou rejeter par voie d'opposition. Si le prévenu ne s'oppose pas à l'ordonnance pénale dans les 10 jours, celle-ci entre formellement en force. Cet ordre procédural est tout d'abord problématique du point de vue de l'Etat de droit lorsque la destinataire de l'ordonnance pénale n'a pas pris connaissance de la décision rendue à son encontre ou ne la comprend pas. La jurisprudence du Tribunal fédéral se montre à juste titre sévère en ce qui concerne la notification d'une ordonnance pénale. La fiction de la notification n'est en principe pas applicable dans la procédure de l'ordonnance pénale. Sinon, il pourrait y avoir un cumul de deux fictions - la fiction de la notification et la fiction de la renonciation à l'opposition - ce qui serait incompatible avec la garantie des voies de droit. En outre, on peut se demander si la procédure de l'ordonnance pénale du CPP est compatible avec la CEDH lorsque le ministère public prononce une peine d'emprisonnement. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore statué sur ce sujet, mais la situation juridique en Suisse est contraire aux recommandations du Conseil de l'Europe. La doctrine souligne en outre le transfert inquiétant de la responsabilité de la procédure à l'accusé, ce qui conduit à un vide de la garantie des voies de droit et des fonctions de l'Etat de droit qui lui sont liées.

39 Dans le domaine du droit public, les cantons sont tenus, sur la base de l'art. 29a Cst., de prévoir un contrôle judiciaire en cas de "litiges" liés à des actes administratifs non soumis à décision (cf. n. 28 s.). Il en va de même pour les dispositions internes à l'administration ayant des répercussions sur une position juridique digne de protection (cf. n. 30 s.). Si le droit de procédure et d'organisation applicable ne prévoit pas un accès à un tribunal répondant aux exigences de l'art. 29a Cst., l'ayant droit doit se voir offrir une possibilité de recours conforme aux droits fondamentaux, directement sur la base de la garantie des voies de droit. La personne ayant droit aux droits fondamentaux ne doit pas être renvoyée à une procédure de recours en matière de surveillance. Celle-ci ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles, car la

personne qui dénonce n'a pas la qualité de partie et la procédure ne vise pas à rétablir une situation conforme au droit.

C. Contenu partiel final : protection juridique efficace

L'art. 29a Cst. exige de la justice qu'elle procède à un examen complet du "litige" en fait et en droit. Si un tribunal limite sa densité d'examen à l'arbitraire sans justification objective, il viole la garantie des voies de droit. En droit pénal et en droit civil, où le tribunal statue généralement en première instance au sens de l'art. 29a Cst. La situation de départ est différente en droit public. 40

En droit public, les tribunaux jugent en principe en tant que deuxième ou troisième instance et contrôlent une décision préexistante. Lorsque les instances précédentes des tribunaux administratifs disposent d'un avantage en termes de connaissances, la question se pose de savoir jusqu'où doit s'étendre le contrôle judiciaire. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, claire à cet égard, le contrôle exigé par l'art. 29a Cst. ne s'étend pas à l'adéquation d'une décision administrative ; les marges d'appréciation restent donc exclues du contrôle judiciaire. Cette pratique a essentiellement deux conséquences. Premièrement, il est constitutionnellement admissible que la législation elle-même réduise la densité du contrôle judiciaire par une disposition. Deuxièmement, les formules de retrait répandues dans la pratique des tribunaux administratifs en relation avec différents éléments constitutifs du pouvoir d'appréciation sont en tout cas compatibles avec l'art. 29a Cst. tant qu'elles sont objectivement justifiables et ne reviennent pas à un contrôle purement arbitraire (cf. n. 41). D'une part, la justice se tient typiquement à l'écart lorsque l'instance inférieure dispose de connaissances techniques dont le tribunal ne dispose pas. Il s'agit ici de ce que l'on appelle le pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière d'expertise. Celui-ci vise à faire fructifier l'expertise spécialisée lors de la mise en œuvre du programme normatif législatif. D'autre part, les tribunaux administratifs accordent aux juridictions inférieures une marge d'appréciation dans l'évaluation des circonstances locales. Ce pouvoir discrétionnaire d'adaptation garantit que le contrôle juridique (complet) est effectué par un organe qui présente une proximité particulière avec l'objet de la réglementation. 41

Du point de vue de la protection juridique individuelle, les décisions discrétionnaires de l'administration constituent une brèche dans le niveau de 42

contrôle judiciaire exigé par la Constitution. La tradition de l'assistance judiciaire interne à l'administration en Suisse (cf. n. 6) montre toutefois que la protection juridique ne devrait pas être comprise exclusivement comme une protection judiciaire. L'exigence d'un "plus" de contrôle judiciaire risque de "judiciariser" la liberté de décision objectivement justifiable des instances inférieures. De même, l'expertise de l'administration resterait largement inutilisée si un tribunal se substituait à l'instance inférieure en matière d'expertise et de pouvoir d'adaptation. L'efficacité de la garantie des voies de recours devrait plutôt être évaluée en tenant compte de l'ensemble de la procédure (cf. n. 8). Une réduction objectivement justifiable de la densité de contrôle est donc constitutionnellement admissible, pour autant que la protection juridique soit encore efficace sur l'ensemble des voies de recours. Dans la pratique, on trouve dans ce contexte des mécanismes de compensation qui interviennent au niveau des instances précédentes des tribunaux administratifs et qui compensent la densité de contrôle réduite. En premier lieu, on trouve les possibilités de réclamation et de recours internes à l'administration. Tous deux permettent un contrôle compétent et distant de l'autorité qui a rendu la décision. Lorsqu'un tel contrôle interne à l'administration n'est pas possible, le Tribunal fédéral exige, dans certains litiges, une procédure administrative particulièrement minutieuse. Une troisième voie passe par le droit organisationnel. La protection juridique efficace peut être garantie par une spécialisation. Grâce à la spécialisation, un tribunal peut traiter d'égal à égal avec les instances inférieures et exercer un contrôle plus intensif que les tribunaux non spécialisés.

43 Une protection juridique efficace doit commencer là où une position juridique a été violée. Du point de vue des personnes concernées, il s'agit de rétablir une situation conforme au droit. Ce contenu partiel de la garantie des voies de droit peut tout d'abord être affecté par le facteur temps. Ainsi, des délais de prescription courts comportent le risque qu'un droit ne soit plus exécutable en raison de l'écoulement du temps, avant que les personnes concernées n'en aient connaissance. Cela porte atteinte à la garantie des voies de droit. Avant qu'une décision judiciaire ne soit prise, les parties doivent en outre avoir la possibilité de créer, par l'intervention des autorités, une situation qui soit encore accessible à un contrôle judiciaire efficace à une date ultérieure. Dans certaines circonstances, la garantie des voies de droit exige l'effet suspensif d'un recours ou l'adoption de mesures provisoires. Outre le facteur temps, l'efficacité de la protection juridique dépend des compétences

du tribunal saisi. Seul un tribunal qui peut annuler une décision contestée et remédier à une situation illégale satisfait aux exigences constitutionnelles. Les compétences dont dispose un tribunal sont déterminées en premier lieu par la loi de procédure et la loi matérielle applicables (par exemple, constatation d'une violation du droit, paiement d'une indemnité, rétablissement de l'état de droit antérieur). Si la justice ne dispose pas d'instruments efficaces ou si ceux-ci sont trop peu nombreux, un tribunal peut s'appuyer directement sur l'art. 29a Cst. pour rétablir efficacement l'état conforme au droit. Il convient toutefois de tenir compte du caractère "déterminant" du droit fédéral. La justice ne peut pas corriger une décision préalable du législateur fédéral sur la base de l'art. 29a Cst.

V. EXCEPTIONS, RESTRICTIONS ET RENONCIATION

La garantie des voies de droit n'est pas absolue. Tout d'abord, les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne sont en principe pas attaquables (cf. n. 45 ss.). L'art. 29a, 2e phrase Cst. permet en outre au législateur de déroger à la garantie des voies de droit. De telles exceptions spécifiques à un domaine nécessitent une justification particulière (cf. n. 48 ss.). Il convient de les distinguer des restrictions de l'art. 29a Cst. Alors que les exceptions spécifiques à un domaine concernent le contenu organisationnel de l'art. 29a Cst., les restrictions se rapportent à son contenu procédural et final (cf. n. 52 ss.). 44

A. Actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral

Selon l'art. 189 al. 4 1re phrase Cst., les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être attaqués devant le Tribunal fédéral. Cette disposition lie l'exclusion de la contestabilité à l'organe décisionnel. Elle s'appuie sur la théorie française des "actes de gouvernement", qui postule que tous les actes du gouvernement et du parlement sont politiques et ne sont donc pas justiciables. Dans ce contexte, l'art. 189 al. 4 1re phrase Cst. n'exclut pas seulement – comme son libellé le suggérerait – la contestabilité devant le Tribunal fédéral, mais par excellence devant tous les tribunaux. 45

La théorie des "actes de gouvernement" n'est guère défendable dans sa généralité, telle qu'elle est mise en œuvre à l'art. 189 al. 4 1re phrase Cst. Les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale qui ont des conséquences sur des positions juridiques individuelles peuvent tout à fait 46

faire l'objet d'un contrôle judiciaire, ne serait-ce qu'en ce qui concerne leur élaboration procédurale. En outre, la Suisse est tenue d'assurer la protection juridique contre les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale qui entrent dans le champ d'application des garanties internationales en matière de voies de droit (art. 6 ch. 1 CEDH ; art. 14 ch. 1 Pacte II de l'ONU). Il convient de tenir compte de cette circonstance, ainsi que de la teneur de l'art. 29a Cst., lors de l'aménagement de contre-exceptions à l'art. 189 al. 4 1re phrase, Cst. sur la base de la 2e phrase de cette disposition. L'examen des actes du Parlement et du gouvernement ayant des conséquences sur des situations juridiques individuelles dignes de protection (cf. n. 18 ss.) devrait être confié à la justice.

47 Les exemples d'application de l'art. 189 al. 4 1re phrase Cst. donnent un tableau hétéroclite : Ne sont pas attaquables les explications de vote du Conseil fédéral, la décision d'approbation par le Conseil fédéral d'une structure tarifaire pour les fournisseurs de prestations de l'assurance-maladie obligatoire, les décisions du Conseil fédéral dans le domaine de la sécurité intérieure et extérieure du pays, les actes de grande administration et la garantie d'une constitution cantonale par l'Assemblée fédérale. Dans le domaine des droits politiques, l'art. 189 al. 4 1re phrase Cst. exclut certes le recours direct contre les actes du Conseil fédéral ; le Tribunal fédéral accorde toutefois exceptionnellement une protection juridique judiciaire directe sur la base de l'art. 29a Cst. lorsque des irrégularités susceptibles de fausser la formation de la volonté sont découvertes après coup lors de votations ou d'élections fédérales. Le contrôle du Tribunal fédéral porte sur la "situation de l'information en amont d'une votation populaire". Etant donné que dans cette constellation spécifique, la question juridique au premier plan est de savoir si la liberté de vote et d'élection a été violée, il semble défendable, du moins dans le résultat, que le Tribunal fédéral assure la protection juridique en tant qu'instance judiciaire unique, même si la cognition du Tribunal fédéral ne satisfait pas en soi aux exigences de l'art. 29a Cst. Au regard des critères constitutionnels, cette situation juridique reste toutefois insatisfaisante et devrait être adaptée aux exigences de la garantie des voies de droit. Une solution possible consiste à ouvrir ponctuellement le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral dans les affaires de droit de vote de la Confédération.

B. Exceptions légales (art. 29a 2e phrase Cst.)

Selon l'art. 29a 2e phrase Cst., la Confédération et les cantons peuvent, dans des cas exceptionnels, exclure par la loi le recours au juge. Cette clause d'exception ne s'applique que dans le cadre du champ d'application matériel de l'art. 29a Cst. Un litige qui ne remplit pas les éléments de la notion de "litige" ne relève a priori pas de la garantie de l'accès au juge. La doctrine parle ici de fausses exceptions à l'art. 29a Cst. Une véritable exception au sens de l'art. 29a 2e phrase, Cst. exclut le jugement par un tribunal, bien que celui-ci soit en principe nécessaire. Pour être admissible, une véritable exception doit reposer sur une base légale claire. L'exclusion doit prendre la forme d'une loi au sens formel (aspect du niveau normatif) et être suffisamment claire (aspect de la détermination de la norme). Comme condition matérielle, il faut un intérêt public qualifié qui justifie l'exclusion du contrôle judiciaire. 48

La clause d'exception de l'art. 29a, 2e phrase, Cst. doit être appliquée de manière restrictive. De véritables exceptions entrent en ligne de compte principalement dans des matières à forte connotation politique. Le caractère politique d'un litige doit être clairement au premier plan et l'emporter sur les intérêts privés éventuellement en jeu. Une marge d'appréciation accordée à l'autorité de décision ne constitue pas encore un litige politique. Les limites de l'exercice du pouvoir d'appréciation (abus, dépassement ou sous-utilisation du pouvoir d'appréciation) sont au moins justiciables. C'est dans une appréciation globale des intérêts constitutionnels en jeu qu'il faut décider si la coloration politique d'une matière peut finalement justifier l'exclusion du contrôle judiciaire. La législation doit alors s'occuper spécifiquement de certains "litiges". Une exclusion générale de certaines catégories de cas sur la base de critères abstraits - par exemple de l'organe qui décide - ne serait pas compatible avec l'art. 29a Cst. 49

Au niveau fédéral, l'art. 29a 2e phrase, Cst. a une portée autonome limitée pour deux raisons. D'une part, l'art. 189 al. 4 1re phrase, Cst. soustrait les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale au contrôle judiciaire (cf. n. 45). D'autre part, les dispositions du droit fédéral sont "déterminantes" pour les tribunaux en vertu de l'art. 190 Cst. Ainsi, l'art. 32 LTAF exclut la protection juridique judiciaire dans certaines questions de fond. Bien que cette disposition soit trop restrictive selon une partie de la doctrine, elle reste contraignante en vertu de l'art. 190 Cst., à moins qu'un litige ne relève également de l'art. 6 ch. 1 CEDH (cf. n. 4). 50

51 Dans le domaine de compétence des cantons, la clause d'exception de l'art. 29a 2e phrase, Cst. est concrétisée par l'art. 86 al. 3 LTF. Les cantons peuvent prévoir des autorités non judiciaires comme instances inférieures directes du Tribunal fédéral pour les "décisions à caractère essentiellement politique". Le caractère essentiellement politique peut résulter du contenu de la décision ou de son contexte politique ; dans tous les cas, il doit être manifeste et faire passer les intérêts privés à l'arrière-plan. Font par exemple partie des décisions à caractère politique prépondérant l'élection d'un juge administratif cantonal, l'exercice de la haute surveillance parlementaire, la grâce, le refus de l'autorisation de poursuivre un magistrat, la décision de regrouper des communes et des arrondissements scolaires ; en revanche, la décision du Conseil d'Etat du canton de Genève d'exonérer une fondation de l'impôt dit d'enregistrement unique et de l'impôt sur les successions, ainsi que l'octroi d'une concession de droit d'eau, lorsque les droits et les obligations du concessionnaire sont réglés en détail, ne font pas partie de ces décisions.

C. Restrictions

52 Les droits fondamentaux procéduraux statuent des "garanties minimales" procédurales qui ne peuvent être ni restreintes, ni inférieures. Cela ne vaut toutefois pas pour toutes leurs composantes. A y regarder de plus près, la garantie de l'accès à la justice peut également être limitée, du moins partiellement. De telles restrictions doivent être distinguées des véritables exceptions au sens de l'art. 29a 2e phrase Cst. Si les conditions d'une véritable exception (cf. n. 48) sont remplies, le législateur peut soustraire entièrement un "litige" au contrôle judiciaire. C'est le contenu organisationnel de l'art. 29a Cst. qui est concerné. Les restrictions touchent en revanche le contenu procédural et final de l'art. 29a Cst. L'accès au tribunal est rendu plus difficile, mais pas exclu.

53 Les restrictions de l'art. 29a Cst. sont soumises à des exigences moins strictes que les véritables exceptions de l'art. 29a 2e phrase Cst. Elles doivent certes aussi reposer sur une base légale, mais le niveau et la précision de la norme doivent tenir compte des besoins d'assouplissement de la législation. En outre, les restrictions de la garantie des voies de droit doivent servir un intérêt public et être proportionnées. Des intérêts publics légitimes consistent notamment à assurer un déroulement efficace des procédures et à éviter les procès inutiles. Ces deux intérêts sont suffisamment importants pour justifier une restriction

du contenu procédural et final de l'art. 29a Cst. Une série d'institutions procédurales qui servent à la simplification de la procédure sont considérées comme non problématiques du point de vue du droit constitutionnel (par exemple les conditions d'entrée en matière et de procédure "habituelles" du jugement au fond, les dispositions relatives à la forme et aux délais ainsi que l'obligation d'avancer les frais). A moyen et long terme, la numérisation de la justice soulèvera la question de savoir dans quelle mesure une communication avec et par les tribunaux exclusivement basée sur l'informatique limitera l'accès à la justice. Pour les personnes ne disposant pas des capacités techniques et linguistiques correspondantes, le passage à une communication numérique peut de facto annuler la garantie de l'accès à la justice. Dans ce contexte, l'accès numérisé aux tribunaux est soumis aux mêmes critères constitutionnels que l'accès analogique. Outre l'exigence d'accessibilité générale, il convient de respecter l'interdiction du formalisme excessif.

54 Les frais de justice constituent une restriction très importante de l'art. 29a Cst. dans la pratique. Selon une étude publiée en 2021, les frais de justice pour faire valoir une créance de droit civil de 100 000 francs s'élèvent en moyenne à 8 189 francs dans toute la Suisse. S'y ajoutent d'autres frais de poursuite judiciaire (propres frais d'avocat, frais d'une procédure d'administration des preuves, éventuellement frais d'avocat de la partie adverse). Le risque de frais devrait s'élever à environ 34'330.00 francs. Ces frais de justice sont considérables, compliquent la mise en œuvre de la créance et posent problème à la lumière de l'art. 29a Cst. Dans ce contexte, les frais de justice sont le facteur de coûts sur lequel l'État peut exercer une influence directe. Leur perception est d'intérêt public pour deux raisons principales. Premièrement, les frais de justice représentent la rémunération de l'activité judiciaire et ont donc une importance fiscale. Deuxièmement, les frais de justice peuvent empêcher préventivement des procédures judiciaires inutiles, car une partie ne risque pas à la légère une procédure coûteuse. L'aspect de la protection efficace des droits individuels et les fonctions de la justice dans l'État de droit (cf. n. 13) doivent être considérés comme des critères constitutionnels pour le montant des frais de justice. En outre, le principe de couverture des frais et le principe d'équivalence doivent être pris en considération. Alors que le principe de couverture des frais n'a guère d'importance pour les émoluments judiciaires, car l'expérience montre que la justice ne peut pas couvrir ses frais par ses propres recettes, le principe

d'équivalence exige un rapport raisonnable entre la valeur de la prestation étatique fournie et la rémunération exigée pour celle-ci.

55 Dans le droit de procédure public, les fonctions de la justice dans l'Etat de droit (n. 13) jouent un rôle plus important qu'en droit civil. Dans une telle procédure, il peut s'agir par exemple de la protection des générations futures. L'intérêt public à l'issue d'une procédure plaide en faveur d'une protection juridique à bas seuil – ce qui signifie aussi : peu coûteuse. Dans ce contexte, la législation devrait faire davantage de distinction entre les différents types de procédures et déterminer les frais de justice en fonction de la mesure dans laquelle une procédure sert également à la réalisation d'intérêts publics.

D. Renonciation

56 La personne titulaire de droits fondamentaux peut renoncer à la protection juridique judiciaire et se soumettre à un tribunal arbitral privé. Le fait qu'il n'existe pas de droit à l'assistance judiciaire gratuite dans la procédure d'arbitrage est compatible avec l'art. 29a Cst. selon la jurisprudence de la plus haute instance judiciaire. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme établit une distinction supplémentaire selon que la personne concernée s'est soumise volontairement à la procédure d'arbitrage ou qu'elle y a été contrainte ("forcée[e]"). Une clause d'arbitrage forcée au sens de la jurisprudence peut être considérée comme une clause d'arbitrage non négociable dans les statuts d'une fédération sportive. La clause d'arbitrage acceptée volontairement ne pose en principe pas de problème à la lumière de l'art. 6 ch. 1 CEDH. Un arbitrage "forcé" doit respecter le standard procédural de l'art. 6 ch. 1 CEDH.

Etat du commentaire : Juillet *2023.*

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bickel Jürg/Oeschger Magnus/Stöckli Andreas, Die verfahrensfreie Verfügung, ZBl 2009, S. 593–624.

Corboz Bernard, La protection des droits ou la justice en question, ZSR 1988 II, S. 159–213.

Martin Pierre, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, S. 9–153.

Müller-Graf Thomas, Entrechtlichung durch Informalisierung?, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2001.

Pfenninger Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns: Verwaltungshandeln durch informell-konsensuale Kooperation unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Freiburg 1996.

Plattmann-Steiner Roland, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Diss. Basel, Zürich 1990.

Richli Paul, Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln, AJP 1998, S. 1426–1442.

Rhinow René, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 657–672.

Rohner Christoph, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II, S. 220–299.

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Rechte und Pflichten? Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 69–79.

Tschopp-Christen Marianne, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Art. 25a VwVG), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009.

A PROPOS DE L'AUTEUR

PD Dr. iur. Matthias Kradolfer, avocat, est juge en chef, juge fédéral à temps partiel et privat-docent en droit public à l'université de Zurich.

MATÉRIAUX

Bericht über die Totalrevision der Bundesverfassung (Motionen Obrecht und Dürrenmatt) vom 6. November 1985, BBl 1985 III 1 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1985/3_1__/de (zit. Bericht Totalrevision Bundesverfassung).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348 ff. (zit. Botschaft VwVG).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de (zit. Botschaft neue Bundesverfassung).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., verfügbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de (zit. Botschaft Totalrevision der Bundesrechtspflege).

Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Juni 1997), verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege.html (zit. Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege).

Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/archive (zit. Expertenkommission).

Reform der Bundesverfassung. Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html (zit. Erläuterungen Verfassungsentwurf [1995]).

BIBLIOGRAPHIE

Aemisegger Heinz/Haag Stephan, Kommentierung zu Art. 33 RPG, in: Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich et al. 2020 (zit. RPG-Praxiskomm.-Aemisegger/Haag).

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000.

Bachmann Gregor, Anspruch auf Verfahren und Entscheid. Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Bern 2019.

Beusch Michael, Auswirkungen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV auf den Rechtsschutz im Steuerrecht, ASA 2005, S. 709–754.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini).

Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Rechtsschutzlücken, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Zürich 2013, verfügbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/evaluation/ber-zfr-eval-bundesrechtspflege-d.pdf.

Binder Anja Martina, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Zürich et al. 2016.

Bisaz Corsin, Die direkte Anfechtbarkeit von Realakten im Verfahrensrecht des Kantons Graubünden, ZBl 2020, S. 3–20.

Boillat Philippe/O'Flaherty Michael, Handbook on European law relating to access to justice, Luxemburg 2016.

Boller Marcel, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie, Die Rekonstruktion eines materiellen Rechtsstaatsbegriffs und sein Nachweis in der US-amerikanischen Klausel des due process und der Rechtsweggarantie, Zürich et al. 2016.

Brunner Arthur, Gefährden die Verfahrenskosten die Verwirklichung des objektiven Verwaltungsrechts?, BVR 2022, S. 262–283.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux. Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018.

Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (Neudruck Aalen 1963).

Flückiger Alexandre, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Bern 1998.

Flückiger Thomas, Welchen Beitrag leisten die Gerichte zur Effektivität des Rechtsschutzes im Sozialversicherungsrecht?, in: Stephan Fuhrer/Ueli Kieser/Stephan Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich – des différentes voies menant à la réparation du dommage, Zürich et al. 2022, S. 1105–1126.

Gächter Thomas, Rechtsweg-Garantie: Ein Grundrecht auf Raten, plaidoyer 2006, S. 31–33.

Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., Basel et al. 2021.

Griffel Alain, Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 263–277 (zit. Griffel, Rechtsweggarantie).

Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II: Rechtsstaatlichkeit – Grund- und Menschenrechte, Zürich et al. 2020, S. 1073–1093 (zit. Griffel, Rechtsschutz).

Grodecki Stéphane, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. CR-Grodecki).

Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983.

Haefliger Arthur/Schürmann Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Häner Isabelle, Kommentierung zu Art. 48 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Häner).

Hangartner Ivo, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131–155.

Herzog Ruth, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995 (zit. Herzog, Verwaltungsrechtspflege).

Herzog Ruth, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen

Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006, Bern 2007, S. 43–111 (zit. Herzog, Auswirkungen).

Imboden Max, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 1947 II, S. 1a–93a.

Jordan Romain/Grodecki Stéphane, Le droit à l'accès au juge (Art. 29a Cst.) : Une voie redoutable souvent oubliée, Anwaltsrevue 2018, S. 432–439.

Jent-Sørensen Ingrid/Meier Isaak, Was dürfen Zivilgerichte kosten?, ZZZ 2021, S. 498–519, S. 605–624.

Kälin Walter, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994 (zit. Kälin, Staatsrechtliche Beschwerde).

Kälin Walter, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 1999, S. 49–63 (zit. Kälin, Rechtsweggarantie).

Kaufmann Mathias, Der öffentlichrechtliche Anspruch, Zürich et al. 2015.

Kayser Martin, § 146 Der Zugang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band IX: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Gemeineuropäische Perspektiven und supranationaler Rechtsschutz, Heidelberg 2021, S. 251–337 (zit. Kayser, Zugang).

Kayser Martin, Verwaltungsgerichte und Politik – der lange Abschied von den actes de gouvernement, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich et al. 2012, S. 443–458 (zit. Kayser, Abschied).

Keller Helen, § 225 Garantien fairer Verfahren und rechtliches Gehör, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Heidelberg et al. 2007, S. 639–667.

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001 (zit. Kiener, Unabhängigkeit).

Kiener Regina, Zugang zur Justiz, ZSR 2019 II, S. 5–99 (zit. Kiener, Zugang zur Justiz).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kiss Christina, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998, S. 288–295.

Kley Andreas, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK-Kley).

Kley Andreas, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995.

Koller Heinrich, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBl 2006, S. 57–87 (zit. Koller, Bundesrechtspflege).

Koller Heinrich, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé 34, Zürich 1998, S. 305–336 (zit. Koller, Rechtsweggarantie).

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013.

Krause José, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, Zürich et al. 2017.

Kühne Hans-Heiner, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Hürth 2021 (zit. EMRK-Komm.-Kühne).

Largey Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels, AJP 2019, S. 67–77.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

Märkli Benjamin, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, Zürich 2022.

Marti Arnold, Die aktuelle Justizreform – Abschluss einer über hundertjährigen Entwicklung hin zur umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer/Wolfgang Portmann/Andreas Thier (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentrag 2006, Zürich et al. 2006, S. 505–525.

Meyer Kilian, Perspektiven der Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, in: Kilian Meyer/Oliver Herrmann/Stefan Bilger (Hrsg.), Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, EIZ Publishing, (ohne Verlagsort) 2021, S. 25–37.

Miehsler Herbert, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Hürth 2021 (zit. EMRK-Komm.-Miehsler).

Mohler Markus, Zur Anfechtbarkeit polizeilicher intervenierender Realakte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV-Justizreform, AJP 2007, S. 461–472.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I : Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Markus, Das besondere Rechtsverhältnis, Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. Müller, Rechtsverhältnis).

Müller Markus, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, ZBJV 2004, S. 161–197 (zit. Müller, Rechtsweggarantie).

Müller Markus, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 2019, S. 295–317 (zit. Müller, Grenzsituationen).

Müller Markus, Kommentar zum Urteil 1C_517/2016, ZBl 2017, S. 437–450 (zit. Müller, Kommentar).

Müller Markus, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der

Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2006, Bern 2007, S. 313–373 (zit. Müller, Verwaltungsrealakte).

Müller Markus, Kommentierung zu Art. 5 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Müller).

Poledna Tomas, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, AJP 1998, S. 914–925.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rhode Deborah L., Access to Justice, Oxford 2004.

Schaub Lukas, Die gerichtlichen Verfahrensgarantien: verkannter Gehalt der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, AJP 2008, S. 1124–1132.

Schindler Benjamin, § 136 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VIII: Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, Heidelberg 2019, S. 601–662 (zit. Schindler, Verwaltungsgerichtsbarkeit).

Schindler Benjamin, Rechtsschutz im Polizeirecht: Eine Standortbestimmung, Sicherheit & Recht 2012, S. 215–221 (zit. Schindler, Rechtsschutz).

Schindler Benjamin, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich et al. 2011 (zit. Schindler, Verwaltungsermessen).

Schindler Benjamin, Kommentierung zur Einleitung VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Schindler).

Schmidt-Assmann Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Heidelberg 2006.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 189 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Seferovic).

Spori Marion, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, AJP 2008, S. 147–152.

Stähelin Beda, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, Zürich/Basel/Genf 2017

Stefanović Valentina, Zugang zum Recht: Der fehlende Rechtsschutz in der Schweiz, in: Jusletter 4. Oktober 2021.

Steinmann Gerold, Kommentierung zu Art. 29 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich et al. 2014 (zit. SGK-Steinmann).

Storskrubb Eva/Ziller Jacques, Access to Justice in European Comparative Law, in: Francesco Francioni (Hrsg.), Access to Justice as a Human Right, Oxford 2007, S. 177–203.

Szente Zoltán, Conceptualizing the principle of effective legal protection in administrative law, in: Zoltán Szente/Konrad Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, A European Comparison, London et al. 2017, S. 4–28.

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2. Aufl., Zürich et al. 2018.

Thurnherr Daniela, Rechtsschutz im Kontext von Soft Law – eine Auslegeordnung, LeGes 2018, S. 2–21 (zit. Thurnherr, Rechtsschutz).

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich et al. 2013 (zit. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln).

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz,

Band II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich et al. 2020, S. 1477–1498 (zit. Thurnherr, Verfahrensgrundrechte).

Tophinke Esther, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 2006, S. 88–110.

Tophinke Esther, Kommentierung zu Art. 86 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-Tophinke).

Tschannen Pierre, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999 II, S. 355–455.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 40 Verfahrensgrundrechte, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021, S. 616–631 (zit. Uhlmann, Verfahrensgrundrechte).

Uhlmann Felix, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 2017, S. 471–489 (zit. Uhlmann, Kontrolle).

Uhlmann Felix, The principle of effective legal protection in Swiss administrative law, in: Zoltán Szente/Konrad Lachmayer (Hrsg.), The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, A European Comparison, London et al. 2017, S. 304–314 (zit. Uhlmann, Principle).

Uhlmann Felix, Kommentierung zu Art. 5 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich et al. 2016 (zit. VwVG-Praxiskomm.-Uhlmann).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann).

Waldmann Bernhard, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP 2003, S. 747–760 (zit. Waldmann, Justizreform).

Waldmann Bernhard, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 2014 I, S. 489–515 (zit. Waldmann, Anordnungen).

Waldmann Bernhard/Bachmann Gregor, Zur Anfechtbarkeit verwaltungsorganisatorischer Anordnungen, sui-generis 2017, S. 91–101.

Weber Bernhard, Rechtsweggarantie und Totalrevision in der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 1998, S. 177–188.

Weber-Dürler Beatrice/Kunz-Notter Pandora, Kommentierung zu Art. 25a VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich et al. 2019 (zit. Dike-Komm.-Weber-Dürler/Kunz-Notter).

Wiederkehr René, Was sind «schützenswerte Rechtspositionen» nach Art. 29a BV?, AJP 2022, S. 1326–1335.

Wiederkehr René/Egli Philipp, Rechtsweggarantie und Rechtsverhältnislehre: Eine Analyse der neueren Rechtsprechung zu Art. 29a BV, Art. 5, Art. 25 und Art. 25a VwVG, recht 2021, S. 40–54.

Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012.

Zwahlen Henri, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 1947 II, S. 96a–170a.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 30 Cst.

Un commentaire de Reto Walther

PROPOSITION DE CITATION

Reto Walther, Commentaire de l'art. 30 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Walther, art. 30 Cst. N. XXX.

Art. 30 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.

[2] La personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. La loi peut prévoir un autre for.

[3] L'audience et le prononcé du jugement sont publics. La loi peut prévoir des exceptions.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de la loi 479
II. Contexte 479
III. Commentaire au sens strict. 481
A. Domaine de protection personnelle 481
B. Tribunal créé par la loi, compétent, indépendant et impartial (al. 1) 482
1. Champ d'application matériel 482
2. Légalité du tribunal 484
3. Compétence du tribunal 486
4. Indépendance et impartialité du tribunal 487
a. Indépendance 489
b. Impartialité 490
c. Désignation politique (de parti) des tribunaux 493
5. Absence de limitation 498
6. Conséquences juridiques 498
C. Droit au for du domicile du défendeur civil 499
D. Procédures judiciaires publiques 500
1. Champ d'application et portée 500
2. Limitabilité 503
E. Prononcé public du jugement 504
1. Champ d'application et portée 504
2. Limitation 505
Lectures complémentaires recommandées 506
Bibliographie 507

I. GENÈSE DE LA LOI

Les garanties de l'art. 30 Cst. accordent aux ayants droit aux droits fondamentaux (sur le champ de protection personnel, voir n. 10 ss), dans le cadre de procédures judiciaires (sur le champ d'application matériel, voir n. 13 ss), des droits directement invocables en justice à un procès juste, équitable et juste. L'art. 30 Cst. remonte en partie aux constitutions fédérales de 1848 et 1874 (art. 50 et 53, respectivement art. 58 et 59), en partie à des prescriptions de droit international public (art. 6, ch. 1, CEDH, art. 14, ch. 1, Pacte II de l'ONU) et en partie au droit cantonal. Les constitutions fédérales antérieures garantissaient déjà le droit à un tribunal institué par une loi ("garantie du juge constitutionnel" ; aujourd'hui art. 30 al. 1 Cst.). De même, elles garantissaient le for du domicile (aujourd'hui art. 30 al. 2 Cst.). Le principe de la publicité de la justice, en revanche, était absent des constitutions fédérales de 1848 et 1874. Avant l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999, il était garanti par le droit cantonal et par les principales conventions internationales relatives aux droits de l'homme. La révision constitutionnelle de 1999 a réuni ces contenus partiels dans l'art. 30 Cst. La jurisprudence que le Tribunal fédéral avait développée concernant l'ancien droit constitutionnel fédéral devait pouvoir conserver sa validité. 1

L'abolition de la juridiction ecclésiastique n'a pas été transférée à l'art. 30 de la Constitution fédérale de 1999. Une disposition correspondante est considérée comme obsolète. L'interdiction de la responsabilité pour dettes est aujourd'hui garantie par l'art. 7 ("Dignité humaine") et l'art. 10 al. 2 ("Liberté personnelle") Cst. 2

II. CONTEXTE

L'art. 30 Cst. constitue une expression procédurale centrale de l'État de droit libéral et démocratique. Le processus judiciaire, ou plutôt son fonctionnement particulier, doit garantir - et tire en même temps sa légitimité - que le droit démocratiquement établi soit appliqué de manière équitable et égale à des cas similaires, et ce dans le cadre d'une procédure qui soit compréhensible et acceptable tant pour les parties que pour le public en général. Cela implique un refus de la justice de cabinet, c'est-à-dire de la 3

gestion des procédures judiciaires depuis les arrière-salles ("cabinets") politiques.

4 D'un point de vue institutionnel, la Constitution fédérale exprime la préoccupation que nous venons de décrire dans les articles 143 et suivants ("Autorités fédérales") et 191c ("Indépendance des juges"). Ces dispositions prévoient une séparation fonctionnelle des autorités fédérales en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (séparation des pouvoirs), ce qui constitue un obstacle au pouvoir. Elles garantissent ainsi l'indépendance de la jurisprudence (à ce sujet, n. 25 ss.) par rapport à la législation et à l'application du droit. Dans leur activité, les tribunaux ne sont "tenus que par le droit" (art. 191c Cst.).

5 D'un point de vue matériel, l'art. 5, al. 1 Cst. et l'art. 8, al. 1 Cst. expriment le lien de toute action étatique avec le droit constitutionnel et démocratiquement établi. Les droits fondamentaux de procédure s'expliquent plus fondamentalement par une conception libérale de la dignité humaine (art. 7 Cst.). L'individu ne doit jamais être réduit à un simple objet, mais doit pouvoir participer de manière appropriée aux décisions de l'Etat qui le concernent. En statuant sur des positions juridiques individuelles d'une manière correcte et compréhensible, les conséquences juridiques de l'action personnelle sont prévisibles et la possibilité d'autodétermination personnelle est respectée.

6 Outre l'art. 30 Cst., l'Etat de droit libéral et démocratique est concrétisé par d'autres droits fondamentaux de procédure. Tout d'abord, l'art. 29 Cst. contient d'autres garanties "générales" de l'État de droit. Elles ne sont pas limitées aux procédures judiciaires, mais s'appliquent également aux procédures administratives. L'art. 29a Cst. garantit le droit à ce que tout litige soit jugé par au moins une autorité judiciaire, donc dans le cadre d'une procédure répondant aux exigences strictes de l'art. 30 Cst. L'art. 30 Cst. n'accorde pas lui-même l'accès aux tribunaux. Les personnes à l'encontre desquelles l'Etat recourt à ses moyens les plus forts, à savoir la privation de liberté et le droit pénal (art. 31 et 32 Cst.), bénéficient d'une protection supplémentaire en matière de droit fondamental de procédure.

7 En outre, l'art. 30 Cst. s'inscrit dans le contexte plus large de la protection internationale des droits de l'homme (voir n. 1). La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la jurisprudence de la Cour européenne des

droits de l'homme (CEDH) relative à la CEDH sont particulièrement importantes. Les tribunaux suisses sont tenus de prendre en compte ce droit conventionnel. Il existe toutefois une différence entre le champ d'application de l'art. 30 Cst. et de l'art. 6, ch. 1 CEDH (droit à un procès équitable). Alors que la disposition de droit national couvre toutes les procédures judiciaires, la norme de droit conventionnel ne s'applique qu'aux procédures civiles et pénales. Cela est pertinent, entre autres, pour la portée de l'art. 30 al. 3 Cst.

La mise en œuvre des garanties de l'art. 30 Cst. est d'abord l'affaire du législateur. Les droits découlant de la disposition constitutionnelle trouvent leur concrétisation avant tout dans les différentes lois d'organisation judiciaire et de procédure de la Confédération et des cantons. La pratique jurisprudentielle relative aux garanties des droits fondamentaux ne devient vraiment significative que lorsque le législateur reste en deçà des normes minimales de l'art. 30 Cst. ou ne traite pas une question relevant du domaine de l'art. 30 Cst. Au niveau fédéral, la jurisprudence ne peut de toute façon faire respecter les garanties de l'art. 30 Cst. que dans les limites de l'art. 190 Cst. L'art. 190 Cst. déclare que le droit fédéral est "déterminant" ; en d'autres termes, les tribunaux doivent appliquer les lois fédérales sans tenir compte de leur inconstitutionnalité (présumée). La protection des droits de l'homme par le droit international public, en particulier par la CEDH, permet de compenser quelque peu cette lacune dans la protection des droits fondamentaux par le droit constitutionnel fédéral. L'art. 190 Cst. déclare le droit international public "déterminant" au même titre que les lois fédérales, et selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la CEDH prime les lois fédérales contraires. 8

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

L'art. 30 Cst. est divisé en trois alinéas. L'al. 1 garantit un tribunal constitutionnel. L'al. 2 garantit le droit des défendeurs civils de faire juger leur affaire dans le canton de leur domicile. L'al. 3 traite de la publicité des audiences et des jugements. Les sections B. à E. traitent séparément de ces trois parties de l'art. 30 Cst. 9

A. Domaine de protection personnelle

Les trois parties de l'art. 30 Cst. ont en commun leur champ de protection personnel. Elle s'applique à toutes les personnes physiques et morales qui 10

participent à une procédure judiciaire en tant que partie, en tant que semblable à une partie ou en tant qu'autre partie à la procédure. Elles protègent donc une personne indépendamment de sa nationalité, de son siège, de sa forme juridique et autres. Les personnes auxquelles la qualité de partie a été refusée bénéficient également d'une protection.

11 En principe, l'État n'est pas titulaire de droits fondamentaux. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que les autorités habilitées à recourir ainsi que les communes et autres sujets de droit public peuvent se prévaloir de l'art. 30 Cst. Cela suppose qu'ils soient touchés comme des particuliers par un acte de souveraineté, qu'ils se constituent partie civile comme des particuliers, qu'ils dénoncent des violations de leur autonomie (communale) ou de leur garantie d'existence, qu'ils fassent usage de leur droit de recours des autorités ou qu'ils défendent d'une autre manière (p. ex. en tant que procureur) des intérêts publics devant les tribunaux.

12 Le domaine de protection personnelle de l'art. 30 Cst. est différencié en deux parties. L'al. 2 protège spécifiquement la partie défenderesse (voir n. 51) ; l'al. 3 peut également protéger des personnes qui ne sont pas directement impliquées dans une procédure (voir n. 64).

B. Tribunal créé par la loi, compétent, indépendant et impartial (al. 1)

1. Champ d'application matériel

13 L'art. 30 al. 1 Cst. garantit que tout jugement d'un litige doit être porté devant un tribunal établi par une loi, compétent, personnellement et institutionnellement indépendant et impartial. Le champ d'application matériel de l'art. 30 al. 1 Cst. est large à double titre. Premièrement, la notion de tribunal de cette disposition est fonctionnelle, deuxièmement, elle transcende les domaines du droit (voir n. 15). La première signifie que les garanties de l'art. 30, al. 1, Cst. s'appliquent à toutes les procédures dans lesquelles une instance impartiale, indépendante des parties au litige et d'autres autorités sur le plan du personnel et de l'organisation, tranche de manière contraignante un litige de tiers dans le cadre d'une procédure judiciaire et équitable, sur une base juridique et normative, en indiquant les motifs. Les éléments centraux de la notion de juridiction sont, d'une part, sa mission essentielle de rendre la justice et, d'autre part, son indépendance

organisationnelle et institutionnelle. Une autorité judiciaire ne doit pas nécessairement être intégrée dans la structure judiciaire de l'État ni nécessairement porter le terme "tribunal" dans sa désignation nominale. Le motif juridique d'une procédure judiciaire est également sans importance. Le libellé de l'art. 30 al. 1 Cst. est quelque peu ambigu ("Toute personne dont la cause doit être jugée dans le cadre d'une procédure judiciaire a droit..."). Il ne doit pas être compris dans le sens que l'art. 30 al. 1 Cst. ne s'applique qu'à l'une des procédures judiciaires exigées par la garantie des voies de droit (art. 29a Cst.). Les procédures judiciaires devant toutes les instances (même celles prévues par la loi simple) sont couvertes de la même manière par l'art. 30 al. 1 Cst. Enfin, il convient de lire avec prudence un autre critère parfois mentionné par le Tribunal fédéral, qui lie la notion fonctionnelle de tribunal à l'établissement autonome des faits juridiques. Le Tribunal fédéral, dont la qualification de tribunal ne fait aucun doute, ne remplit en principe pas ce critère. Ce critère, fortement développé dans le contexte du cas d'espèce, a donc été formulé de manière trop générale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

14 L'étendue de l'application institutionnelle de la notion de tribunal de l'art. 30 al. 1 Cst. est illustrée par la casuistique du Tribunal fédéral. Par exemple, les procureurs et les juges d'instruction peuvent également tomber sous le coup de l'art. 30, al. 1, Cst. En outre, les procédures de réconciliation et de médiation en matière de procédure civile doivent satisfaire aux exigences de l'art. 30, al. 1, Cst. ; il en va de même pour diverses institutions cantonales telles que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA, TG), la commission de recours en matière fiscale (VS), le conseil de district (ZH) dans certains domaines ou la commission de recours de l'Eglise nationale réformée évangélique (AG). Enfin, sont également considérés comme des tribunaux au sens de l'art. 30 al. 1 Cst. les tribunaux arbitraux privés dont les décisions ont la même force juridique et la même force exécutoire que les jugements des tribunaux étatiques, y compris ceux du Tribunal arbitral du sport (TAS). Etant donné que l'art. 30 al. 1 en relation avec l'art. Mais l'art. 29a Cst. garantit précisément un tribunal créé par la loi, l'existence d'une convention d'arbitrage qui justifie la renonciation au tribunal légal ne doit pas être admise à la légère. Le Tribunal fédéral a nié la qualité de tribunal aux commissions décisionnelles (unités administratives de la Confédération non soumises à des directives), notamment l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en

matière de radio-télévision (AIEP) et la Commission de la concurrence (COMCO), ainsi qu'à la Commission de surveillance des avocats (ZH).

15 Le champ d'application matériel de l'art. 30 al. 1 Cst. doit englober tous les domaines du droit, compte tenu de la garantie générale des voies de droit de l'art. 29a Cst. L'art. 30 al. 1 Cst. doit donc s'appliquer aux procédures judiciaires de tous les domaines juridiques, et pas seulement aux procédures civiles et/ou pénales, par exemple.

2. Légalité du tribunal

16 Sous réserve des conventions d'arbitrage valables, l'art. 30, al. 1, Cst. traite des procédures devant des tribunaux institués par une loi formelle. Il est inadmissible de régler par voie d'ordonnance "sous quelle forme le juge peut être saisi, quel juge procède à l'examen dans quelle procédure du point de vue fonctionnel et local ... comment les frais doivent être répartis" et comment les voies de recours sont organisées. L'essentiel de l'organisation judiciaire doit donc être réglé dans une loi conforme à la Constitution au sens formel, comme les compétences et les procédures d'un tribunal. Les questions de détail peuvent être réglées par l'ordonnance.

17 Le droit à une formation de jugement dûment désignée et composée selon les bases légales est important dans la pratique. Il va de soi qu'il doit être respecté tout au long de la procédure. Le droit à une formation de jugement correctement composée selon des critères généraux et abstraits doit empêcher qu'une formation de jugement soit composée de membres du tribunal qui sont favorables à un certain résultat : "La jurisprudence doit ... ne soit pas influencée par une sélection ciblée des juges dans un cas particulier". La constitution de la formation de jugement viole clairement l'art. 30 al. 1 Cst. si elle sert à "mettre en place de manière manipulatrice une formation de jugement bien déterminée pour un cas concret afin d'obtenir ainsi le résultat souhaité" et ne repose donc pas sur des critères objectifs visant à traiter les cas de manière correcte et rapide.

18 La formation de la formation de jugement ne doit pas être réglée dans la loi formelle. Il suffit qu'elle se fasse selon des critères abstraits et objectifs, fixés à l'avance et rendus transparents ; selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une pratique constante peut également le garantir. On peut par exemple envisager l'attribution des cas par ordre alphabétique ou au moyen d'une

application informatique, comme par exemple le "CompCour" du Tribunal fédéral ou le "Bandlimat" du Tribunal administratif fédéral. Les contraintes telles que la charge de travail, les connaissances linguistiques, une expertise individuelle particulièrement importante dans des affaires complexes ou, à l'inverse, des membres du tribunal particulièrement inexpérimentés exigent toutefois une certaine marge d'appréciation. La doctrine exige toutefois à juste titre que cet exercice du pouvoir d'appréciation soit déterminé par des critères fixés de manière générale et abstraite dans un acte législatif accessible au public (par exemple une ordonnance du tribunal). La disposition de la procédure pénale militaire selon laquelle le président du tribunal "désigne" - c'est-à-dire choisit à sa guise - des juges suppléants extraordinaires lorsque le tribunal ne peut pas être constitué de ses membres (suppléants) ordinaires semble incompatible avec l'art. 30 al. 1 Cst. Dans tous les cas, il faut empêcher l'influence d'autorités non judiciaires. La formation de la formation de jugement doit toujours rester un acte d'autogestion judiciaire.

Dans la casuistique du Tribunal fédéral relative à la formation de la formation de jugement, on peut distinguer en gros deux groupes de cas. Le premier groupe comprend les cas dans lesquels la formation de jugement comprenait de "fausses" personnes, c'est-à-dire des personnes qui n'étaient pas habilitées à statuer en vertu des dispositions pertinentes. L'autre groupe comprend les cas dans lesquels la formation de jugement était erronée, bien que ses membres aient été en principe habilités à prendre des décisions. 19

Dans la pratique récente du Tribunal fédéral, on trouve les exemples suivants de formations de jugement qui ont été jugées inconstitutionnelles pour une raison inhérente à la personne d'un membre : 20

- Participation d'un juge qui a été élu illégalement en raison de l'absence ou de la disparition des conditions d'éligibilité (domicile dans le canton) ;
- Participation d'un juge qui avait déjà quitté ses fonctions ;
- Prise en charge d'un exposé d'une greffière qui n'était plus en fonction au tribunal au moment du jugement.

En revanche, l'art. 30 al. 1 Cst. n'est pas violé si un membre du tribunal a acquis ses connaissances des arguments des parties et de la procédure probatoire "uniquement" par l'étude du dossier. Le droit constitutionnel autorise également les juges non professionnels ; il ne découle pas de l'art. 30

al. 1 Cst. un droit à une formation professionnelle déterminée des membres du tribunal (voir aussi N. 27).

21 Dans la pratique récente du Tribunal fédéral, on trouve les exemples suivants de formations de jugement défectueuses, dont la défectuosité n'était pas due à la personne d'un membre :

- absence de base légale pour une décision à juge unique concernant la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle (interprétation erronée de la loi par les autorités cantonales) ;
- changement de juge non motivé avant le prononcé d'un jugement, ce qui a empêché de contester de manière substantielle la matérialité du changement de la formation de jugement ;
- recours systématique et généralisé à des greffiers pour décharger les juges uniques, avec pour conséquence l'octroi aux premiers d'un pouvoir juridictionnel autonome, sans qu'il existe pour cela une base légale suffisante;
- nombre de membres d'une formation de jugement contraire à la loi (dans diverses constellations) : sous-effectif ou sur-effectif, non-respect de l'exigence de la présence d'un certain quorum de membres du tribunal, absence d'une norme légale concernant le nombre de membres de la formation de jugement, non-respect de la compétence de la cour plénière en l'absence d'une autre réglementation, absence d'un greffier avec voix consultative.

3. Compétence du tribunal

22 L'art. 30 al. 1 Cst. garantit le droit à ce qu'un litige soit tranché par le tribunal compétent ; c'est-à-dire par le tribunal qui est effectivement compétent selon l'ordre légal. Selon les termes du Tribunal fédéral : "Afin d'éviter les abus et les manipulations ou d'exclure toute apparence ou tout soupçon en ce sens, les tribunaux et leurs compétences (personnelles, temporelles, territoriales et matérielles) doivent être déterminés à l'avance par un droit de procédure général et abstrait".

23 Les tribunaux d'exception sont explicitement interdits (art. 30 al. 2 Cst.). Les tribunaux créés pour juger un cas particulier (ad hoc) ou une personne particulière (ad personam) ne posent toutefois aucun problème dans la

pratique suisse. Il n'existe pas de décisions du Tribunal fédéral en la matière. L'origine de cette disposition remonte d'ailleurs loin dans le temps, à savoir aux troubles politiques du 19e siècle. Pour assurer une justice transitoire, il fallait des garanties procédurales particulières pour les surmonter. Cette genèse confirme que cette disposition (du moins selon son sens et son objectif initiaux) devrait être devenue obsolète depuis longtemps. Malgré cela et contrairement au projet constitutionnel du Conseil fédéral, les Chambres ont maintenu cette disposition lors de la révision totale de la Constitution fédérale.

Il faut distinguer les tribunaux d'exception des tribunaux spécialisés créés par la loi, tels que les tribunaux du travail, les tribunaux des baux, les tribunaux de commerce, les tribunaux pénaux des mineurs ou les tribunaux militaires. Ils sont admissibles dans la mesure où des raisons objectives, telles que l'exigence de certaines connaissances spéciales ou l'obligation d'une composition paritaire d'un tribunal avec des représentants des groupes d'intérêts concernés, justifient leur création. Le Tribunal fédéral a jugé inadmissible l'attribution au juge de la détention d'un pouvoir d'examen de certaines mesures prévues par la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (canton de Zurich) ainsi que l'attribution aux greffiers d'une compétence juridictionnelle indépendante en matière de droit civil (Tessin). 24

4. Indépendance et impartialité du tribunal

Tous les membres d'un tribunal doivent être indépendants et impartiaux (art. 30, al. 1, première phrase, Cst.). S'ils ne le sont pas, l'art. 30 al. 1 Cst. confère le droit d'exiger la récusation du membre du tribunal concerné. Après quelques remarques préliminaires, nous expliquons en détail ce que signifient exactement l'indépendance et l'impartialité. Ces exigences ne s'appliquent pas seulement aux juges, mais aussi à tous les autres membres du tribunal et auxiliaires impliqués dans la procédure (pour ces derniers, par analogie, mais selon la doctrine dominante, sur la base de l'art. 29 Cst.) En d'autres termes, les exigences d'indépendance et d'impartialité s'appliquent à toutes les personnes participant au jugement, mais pas au personnel administratif des greffes. L'exigence d'indépendance et d'impartialité s'étend donc non seulement aux membres du tribunal, dont font partie les arbitres des parties, mais aussi aux greffiers, auditeurs et autres, aux experts qui établissent des 25

rapports d'expertise pour le tribunal et autres, ainsi qu'aux interprètes et traducteurs. Compte tenu de la grande influence que ces personnes peuvent avoir sur l'issue d'une procédure judiciaire, cela ne semble pas contestable. Ce qui n'est pas clair, en revanche, à mon avis, c'est la raison pour laquelle on défend principalement l'idée que l'indépendance et l'impartialité de ces personnes sont certes régies par analogie par l'art. 30 Cst. mais qu'elles découlent formellement de l'art. 29 Cst. Comme l'art. 30 Cst. parle de "tribunal" (et non de juges), les auxiliaires judiciaires ou les aides à la décision peuvent également être englobés dans cette notion. Pour autant qu'on puisse le voir, tant la doctrine que la jurisprudence n'apportent pas de justification concluante à la première opinion. L'application directe de l'art. 30 Cst. à tous les membres des tribunaux, y compris les auxiliaires de justice et les aides à la décision, devrait donc être privilégiée, ne serait-ce que pour des raisons de simplicité et de systématique juridique.

26 Le droit à des personnes indépendantes et impartiales devant les tribunaux présuppose la connaissance de ces personnes. Il découle donc de l'art. 30 al. 1 Cst. un droit de savoir, ou du moins de pouvoir savoir, qui participe à la décision. Lorsque l'on dit dans la pratique que cette information ne doit pas nécessairement figurer dans l'article, mais qu'il suffit qu'elle puisse être tirée de sources généralement accessibles, comme un calendrier officiel, cela pose plusieurs problèmes. D'une part, cela exige beaucoup du juriste non professionnel. D'autre part, la mention des membres d'un tribunal ne permet généralement pas de déterminer la composition d'une formation de jugement déterminée. Les autorités judiciaires sont tenues de communiquer spontanément aux parties les modifications apportées à la formation de jugement en indiquant les motifs. En outre, les membres des tribunaux doivent de toute façon respecter les motifs de récusation dont ils ont connaissance sous leur propre responsabilité.

27 La pratique des juges non professionnels en Suisse (comme ailleurs) n'est pas en soi un problème en ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité des tribunaux (voir ci-dessus n. 20). La pratique selon laquelle, par exemple, seules des personnes ayant reçu une formation juridique sont élues au Tribunal fédéral indique toutefois qu'une formation juridique des membres des tribunaux de toutes les instances serait pour le moins souhaitable en ce qui concerne le desideratum d'une justice professionnelle (qui ne se limite pas à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux). Pour des raisons

d'économie de procédure déjà, il convient d'éviter que les instances inférieures ne rendent des décisions défectueuses d'une manière telle que les parties à la procédure puissent revendiquer, au titre des droits fondamentaux, le droit de soumettre leur cas à une autre instance. Il faut donc en principe suivre le Tribunal fédéral lorsqu'il souligne que les membres des tribunaux sans diplôme de droit doivent essentiellement être "en mesure de comprendre l'affaire dans ses détails, de se faire une opinion à son sujet et d'appliquer le droit". Le fait que les juges non professionnels comptent probablement davantage sur l'aide de personnes ayant une formation juridique ne pose pas de problème, car ces dernières doivent également satisfaire aux exigences d'indépendance et d'impartialité du tribunal (voir n. 25). Le fait que les juges non professionnels exercent éventuellement d'autres activités (éventuellement à titre principal) en plus de leur mandat de juge peut poser des problèmes, bien plus que le fait d'être un juge non professionnel en soi. Ce problème existe toutefois aussi pour les membres des tribunaux ayant une formation juridique et qui exercent une activité judiciaire à titre accessoire (voir n. 34). Selon Kiener, il en va de même pour la question de savoir si les membres des tribunaux non professionnels sont plus influençables par la pression publique que les juges ayant une formation juridique. Ce qui compte en premier lieu, c'est l'expérience et la routine, c'est-à-dire l'activité régulière (si possible à plein temps) en tant que membre du tribunal. C'est ce qui manque surtout aux jurys nommés au cas par cas, qu'il convient toutefois de distinguer des juges non professionnels suisses.

a. Indépendance

Le droit à un tribunal indépendant comprend le droit à un tribunal qui soit 28
indépendant du point de vue institutionnel et organisationnel au sens de l'art. 191c Cst. Selon l'art. 191c Cst., les tribunaux "ne sont tenus que par le droit". Ils ne peuvent pas accepter d'instructions ou d'ordres de personnes ou d'institutions étrangères au tribunal. Il s'agit notamment des autres organes de l'État, mais aussi des parties au procès elles-mêmes et des pouvoirs intermédiaires tels que les partis, les associations, les médias, etc. dont les campagnes et les comptes rendus peuvent être susceptibles de nuire aux procédures judiciaires. De même, une formation de jugement doit rester indépendante des autres autorités judiciaires et de leurs membres, y compris ceux du même tribunal. L'art. 30 al. 1 Cst. garantit un droit fondamental individuel au respect de l'indépendance judiciaire, comme le prévoit l'art. 191c

Cst. d'un point de vue institutionnel. Ce droit n'est évidemment pas violé par la modification ou l'annulation d'un jugement par une instance de recours. Un recours sert précisément à faire examiner la décision de l'instance inférieure et, le cas échéant, à la faire corriger.

29 Dans le cas des tribunaux arbitraux privés, un problème particulier d'indépendance peut parfois se poser. Lorsqu'un tribunal arbitral privé est soutenu par une ou plusieurs associations, le tribunal arbitral peut manquer d'indépendance vis-à-vis d'une partie dans une procédure, si cette dernière n'est pas membre de l'association ou ne se trouve pas du côté de l'association (et a dû malgré tout accepter une clause d'arbitrage en raison du pouvoir de marché de l'association).

b. Impartialité

30 La jurisprudence du Tribunal fédéral ne traite pas principalement de l'indépendance, mais de l'impartialité des tribunaux. L'exigence d'impartialité judiciaire est tout d'abord un critère subjectif, concernant l'état intérieur d'une personne, qui ne peut pas être constaté objectivement ou établi au moyen de preuves. Selon les termes du Tribunal fédéral, cette exigence confère à toute personne impliquée dans une procédure judiciaire le droit à ce que sa cause soit tranchée par des membres du tribunal "impartiaux, sans préjugés ni parti pris", "sans l'intervention de circonstances étrangères à la cause". Jusqu'à présent, la doctrine n'a pas pu identifier de délimitation claire dans l'utilisation de ces trois adjectifs par le Tribunal fédéral. Certes, l'impartialité devrait jouer le rôle de terme générique (global), mais rien de significatif en pratique juridique ne semble s'attacher à ces différentes notions.

31 Comme la partialité ne se manifeste pas (nécessairement) d'une manière objectivement constatable, il suffit, pour que ce droit soit violé, qu'il existe des circonstances extérieures qui donnent l'impression d'un manque d'impartialité. Selon les termes de la CEDH : "dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus". Ce qui est déterminant, c'est un critère objectivé, c'est-à-dire non pas le point de vue subjectif de la personne concernée, mais l'effet des circonstances sur un tiers moyen ; en d'autres termes, il faut rechercher les raisons objectives qui font apparaître de manière

justifiée l'impartialité insuffisante d'une personne du tribunal comme douteuse.

En principe, l'impartialité d'une personne est présumée. L'absence exceptionnelle d'impartialité subjective ou son apparence objective peuvent alors résulter de raisons inhérentes à la personne et à son comportement et/ou de raisons de nature institutionnelle et fonctionnelle inhérentes à l'organisation judiciaire. 32

Le Tribunal fédéral a résumé sa pratique jurisprudentielle relative à l'exigence d'impartialité selon l'art. 30 al. 1 Cst. dans le récent ATF 147 I 173. En règle générale, il n'y a pas d'apparence inadmissible de partialité lorsque la relation en question n'est qu'une relation de collégialité professionnelle. La situation se présente différemment lorsqu'il existe des rapports de proximité ou de dépendance privés ou professionnels qui vont au-delà de ce qui est socialement usuel. C'est par exemple le cas de la juge suppléante qui a jugé des demandes de dommages-intérêts et de réparation du tort moral contre l'université où elle était simultanément professeur titulaire ; de la juge en chef dont le mari et le beau-frère entretenaient une relation de proximité avec une personne étroitement liée à l'une des parties à la procédure ; et du juge qui contrôlait les décisions des autorités que sa femme, occupant un poste de direction, avait initiées. 33

Le Tribunal fédéral a également jugé inadmissibles différentes constellations dans lesquelles des avocats officient en tant que membres du tribunal. Ce cumul des rôles, qui menace l'impartialité des juges, résulte de la pratique répandue dans notre pays de membres de tribunaux exerçant une fonction accessoire. Par exemple, une avocate qui exerce la fonction de juge et qui a un mandat en cours ou permanent avec une partie à la procédure ne peut pas être considérée comme impartiale. Pour qu'il y ait apparence de partialité, il suffit que la relation de mandat en question n'existe qu'avec une personne étroitement liée à la partie à la procédure. Après une pesée d'intérêts convaincante tenant compte de divers cas de figure, Kiener/Medici parviennent à la conclusion qu'une séparation entre les rôles d'avocat et de juge est indiquée. Le droit fédéral va dans le même sens : le législateur fédéral a désormais interdit aux (presque) membres des tribunaux fédéraux de représenter des tiers à titre professionnel (devant la plupart des tribunaux). 34

35 Les travaux journalistiques au sens large, qui sont eux-mêmes protégés par les droits fondamentaux, peuvent également entrer en conflit avec l'activité de membre de tribunal. Néanmoins, les membres des tribunaux sont généralement autorisés à s'exprimer publiquement en tant que personne privée sur des questions juridiques et sociopolitiques. Des articles dans la presse (spécialisée), des expertises, des discussions sur des jugements qui ne sont pas rendus en dernière instance (y compris dans des amphithéâtres) et autres risquent de porter atteinte à l'impartialité de l'auteur si celui-ci s'exprime de manière détaillée et claire sur des questions qui restent ouvertes dans le cadre d'une procédure. Il est également possible que des publications et des exposés plus généraux suscitent des doutes quant au fait qu'un membre du tribunal n'ait pas déjà décidé d'un jugement avant la fin de la procédure. Cela serait par exemple envisageable lorsqu'un membre du tribunal exprime son opinion tranchée et apparemment irréversible sur un jugement directeur (potentiel), alors que des jugements juridiquement similaires sont en suspens au tribunal. Pour répondre à la question de savoir quand les activités journalistiques des membres des tribunaux portent atteinte à leur impartialité de manière contraire aux droits fondamentaux, deux critères sont décisifs : sur le plan temporel, une publication devient problématique notamment lorsqu'elle présente des liens avec des affaires déjà pendantes ou dont il est prévisible qu'elles seront portées devant les tribunaux. Dans ce cas, il convient de faire preuve de retenue afin de prévenir d'éventuels motifs de récusation. Toutefois, une prise de position publique plus ancienne peut également remettre en question l'impartialité d'un membre du tribunal, de sorte que la personne concernée doit se récuser. Sur le plan du contenu, une publication par un membre du tribunal est problématique lorsqu'elle peut, au moins en apparence, éveiller des doutes justifiés sur le fait que l'issue de la procédure en question est encore ouverte pour le membre du tribunal qui publie. Le juge de district zurichois a clairement ignoré ces limites en laissant entrevoir l'impunité aux activistes climatiques (voir n. 47). A l'inverse, il ne faut pas oublier la valeur des activités journalistiques des membres des tribunaux. D'une part, le public peut profiter de précieuses contributions au discours, guidées par des connaissances spécialisées et l'expérience pratique. D'autre part, les participants à la procédure peuvent en tirer des informations utiles, par exemple sur des questions juridiques centrales, des lignes d'argumentation importantes, etc. Dans l'ensemble, il ne faut donc pas appliquer des critères trop stricts. Le Tribunal fédéral va à mon avis trop loin lorsqu'il attend de ses

membres (ne serait-ce que) qu'ils "ne s'expriment en principe pas sur des questions politiques" et qu'ils "s'abstiennent de critiquer d'autres opinions".

Enfin, il existe une jurisprudence abondante sur la problématique de la pré- 36
saisine et de la saisine multiple, c'est-à-dire du cumul des rôles. Dans ce cas, le problème de la partialité (présumée) réside dans le fait que le membre du tribunal en question s'est déjà occupé de l'affaire litigieuse avant le stade actuel de la procédure, éventuellement dans un autre rôle judiciaire. "Dans un tel cas ... la question se pose de savoir si un membre du tribunal, par sa participation à des décisions antérieures, s'est déjà engagé sur certains points dans une mesure qui ne le fait plus apparaître comme impartial et, en conséquence, qui ne fait plus apparaître la procédure comme ouverte". Comme l'indique clairement l'accentuation ajoutée dans la description du problème par le Tribunal fédéral, il ne découle pas automatiquement d'une saisine préalable un manque d'impartialité. Il n'y a de place pour une appréciation judiciaire de l'impartialité litigieuse que dans la mesure où des règles codifiées font défaut. Lorsqu'un tribunal doit évaluer l'admissibilité d'une pré-saisine ou d'une saisine multiple, trois considérations sont au premier plan : premièrement, quelles sont les questions que le membre du tribunal litigieux doit trancher dans ses deux rôles et à quel point ces questions sont étroitement liées, en particulier si elles sont éventuellement très similaires, voire identiques ; deuxièmement, quelle est la marge de décision dont dispose le membre du tribunal lors de l'évaluation de ces questions ; troisièmement, à quel point le membre du tribunal s'est déjà exprimé de manière décidée sur les questions auxquelles il doit à nouveau répondre lors de sa première saisine.

c. Désignation politique (de parti) des tribunaux

Les procédures traditionnelles d'élection et surtout de réélection des 37
membres des tribunaux par des organes politiques d'élection (parlement, corps électoral) représentent sans doute en Suisse le plus grand défi systémique à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux. Par exemple, les juges fédéraux sont élus par l'Assemblée fédérale réunie (Conseil national et Conseil des États) pour un mandat de six ans. Leur réélection est ensuite possible sans restriction jusqu'à l'âge de la retraite. Cette combinaison d'une durée de mandat relativement courte et de la possibilité d'une réélection politique est très répandue en Suisse. Son problème réside dans le fait qu'elle

comporte le risque d'inciter les membres des tribunaux, qui craignent d'être réélus, à rendre des jugements "politiquement favorables". Le Tribunal fédéral reconnaît également ce problème. En effet, les élections passées au Tribunal fédéral ont montré qu'il pouvait y avoir au moins des tentatives d'influence politique dans ce sens.

38 Une évolution récente de la jurisprudence du Tribunal fédéral pourrait atténuer le problème, bien qu'elle ne concerne pas directement l'indépendance des juges. Le Tribunal fédéral a indiqué qu'il considérait qu'il y avait un besoin de protection juridique en cas de non-réélection de membres de tribunaux. Il fonde ce besoin de protection juridique sur les droits fondamentaux du membre du tribunal non réélu, et non sur le droit des parties à la procédure à un tribunal indépendant. Néanmoins, le Tribunal fédéral limite ainsi la liberté des organes compétents (en général le parlement ou le peuple des cantons) de ne pas réélire les membres des tribunaux. A l'inverse, il renforce ainsi l'indépendance institutionnelle des tribunaux. En effet, si le Tribunal fédéral limite la possibilité pour les organes électoraux de refuser la réélection de membres des tribunaux pour des raisons politiques, il limite bien entendu aussi leur possibilité d'exercer des pressions sur les membres des tribunaux qui doivent être réélus.

39 La culture constitutionnelle suisse et sa conception de la séparation des pouvoirs expliquent la volonté de notre pays d'accepter les risques liés au fait que les membres des tribunaux doivent se soumettre à des réélections périodiques par des organes politiques. Dans ce pays, il existe traditionnellement un certain scepticisme à l'égard des organes "élitaires" qui ne sont pas soumis au contrôle politique, c'est-à-dire au contrôle démocratique de la majorité, ou qui ne le sont que de manière limitée. Les pouvoirs législatifs (le Parlement ainsi que le peuple et les cantons) sont considérés comme souverains et doivent avoir le "dernier mot". En comparaison internationale, on accorde donc une grande importance à l'"accountability" politique (le potentiel de devoir rendre des comptes) et à la légitimité démocratique des tribunaux, tandis que l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir législatif est relativement peu pondérée. En tant que contrepartie de l'État de droit à la démocratie majoritaire et à ses acteurs politiques, les tribunaux suisses sont donc dans une position relativement faible.

La possibilité pour les organes électoraux politiques d'influencer les tribunaux via leur compétence de réélection présuppose une connaissance du comportement décisionnel individuel des membres des tribunaux. C'est pourquoi le comportement décisionnel individuel des juges, comparativement peu transparent en Suisse, désamorce le problème. Premièrement, le comportement de vote individuel au sein d'une formation de jugement n'est généralement pas clairement visible. Deuxièmement, la plupart des tribunaux suisses ne publient pas de "votes spéciaux" dans lesquels les membres du tribunal exposent leur opinion juridique individuelle de manière motivée. Ainsi, les autorités politiques chargées des élections ne disposent pas des connaissances nécessaires pour rendre la réélection de certains juges indésirables plus difficile, voire pour la leur refuser. 40

A l'inverse, on fait valoir que le problème en question s'aggrave en raison de l'appartenance de fait nécessaire des membres des tribunaux à un parti et du paiement d'une "obole" (c'est-à-dire d'une taxe de mandat en pourcentage du salaire, qui n'est pas versée tout à fait volontairement au propre parti). Etant donné qu'en Suisse, les postes de juges dans les plus hautes juridictions en particulier sont attribués selon la proportionnalité des partis parlementaires, l'affiliation à un parti liée à une taxe de mandat constitue de facto une condition d'éligibilité. 41

L'appartenance contributive des membres des tribunaux à un parti politique pose principalement un problème d'apparence de manque d'ouverture dans le processus de jugement plutôt qu'un problème d'indépendance des juges. Le soutien financier et l'appartenance à un parti donnent l'impression d'un certain parti pris idéologique et politique. Le système est justifié par le fait qu'il garantit une représentation équilibrée des différentes visions du monde (le pluralisme social) au sein des tribunaux. Cette justification perd toutefois de sa plausibilité dans la mesure où les sections internes des tribunaux, qui forment les formations de jugement, manquent d'hétérogénéité partisane. 42

Le préjugé politique et idéologique des membres des tribunaux dont il est question ici est un phénomène subjectif, inhérent à la personne du membre du tribunal. Indépendamment du système électoral et de l'appartenance (ou non) à un parti, les membres des tribunaux ont des convictions et des visions du monde personnelles. C'est pourquoi il convient, à mon avis, d'essayer de représenter le plus largement possible ces différents états d'esprit (également) au sein du pouvoir judiciaire. Le système en vigueur ne garantit pas que cela 43

soit possible, mais il manque manifestement des alternatives supérieures à l'appartenance à un parti pour représenter dans le pouvoir judiciaire les différentes visions du monde politico-idéologiques représentées dans la communauté politique.

44 La pluralité idéologique des tribunaux pourrait cependant aussi être ignorée ou laissée au hasard. Ainsi, l'"initiative sur la justice" voulait désigner les membres du Tribunal fédéral par tirage au sort après une présélection par une commission d'experts (rejetée en votation populaire). Comme l'explique Ammann, le tirage au sort "arationnel", c'est-à-dire soustrait à toute influence humaine, serait de nature à renforcer l'indépendance des juges. Toutefois, des arguments de poids s'opposent également à la désignation des tribunaux par tirage au sort. Premièrement, un tirage au sort comporte le risque d'une sélection unilatérale des candidats, sans tenir compte des probabilités statistiques. Le comité d'initiative en était bien conscient. Le texte de l'initiative indiquait que le tirage au sort devait être organisé de manière à ce que "les langues officielles [mais uniquement les langues officielles et non d'autres critères tels que le sexe, les régions du pays, les positions politiques, etc.] soient représentés de manière adéquate au sein du Tribunal fédéral". Deuxièmement, la tentative de garantir à la fois le hasard et la diversité pose le problème suivant : si une présélection était effectuée sur la base de diverses caractéristiques personnelles telles que la langue, le sexe, l'origine, etc. pour une fonction au sein de la plus haute juridiction suisse, pour laquelle il n'y a a priori que peu de candidats qualifiés, ce serait moins le tirage au sort que la présélection de la commission spécialisée qui déciderait, faute de noms restants. Cela entraînerait, outre de nouveaux risques concernant l'indépendance des juges, une diminution de la légitimité démocratique de l'organe de présélection. Il pourrait être souhaitable de trouver une voie médiane entre le système actuel et la compétence d'un comité d'experts. Une idée de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats allait dans ce sens. Un "conseil d'experts" devait conseiller la Commission judiciaire des Chambres fédérales lors de la préparation des élections au Tribunal fédéral. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a toutefois classé l'affaire, tout en admettant que la procédure électorale actuelle pouvait être améliorée.

45 Dans le présent contexte, il faut enfin tenir compte du problème des structures d'organisation et de pouvoir internes aux tribunaux. Dans la mesure

où les positions idéologiques de certains membres du tribunal sont connues, il existe un risque que les membres dirigeants du tribunal tentent de composer des formations de jugement "adaptées" ou de procéder à des promotions et des nominations dans leur sens. On peut se demander si le législateur pourrait prévenir ce problème. Il pourrait garantir la proportionnalité des partis (peut-être la meilleure des options insuffisantes pour garantir des tribunaux politiquement pluriels) non seulement lors de la nomination des juges, mais aussi dans le cadre de l'organisation judiciaire légale. Cela présenterait toutefois d'autres inconvénients importants, notamment en ce qui concerne la composition adéquate des formations de jugement sur le plan technique et linguistique et l'auto-organisation de la justice en tant que conséquence de son indépendance vis-à-vis de la politique.

46 En résumé, il est complexe d'évaluer l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, qui sont difficiles à séparer. Garantir l'indépendance et l'impartialité des juges est tout aussi exigeant que leur évaluation est difficile et potentiellement controversée. Comme l'écrit Kiener, il serait "naïf" de croire "qu'il existe des organes électoraux "politiques" et "apolitiques"" ou qu'il existe des organes et des procédures électorales exempts de problèmes. Une évaluation définitive ne peut se faire qu'au cas par cas et dépend de divers critères, parmi lesquels, outre la procédure d'élection, la durée du mandat et la révocabilité (ou non) des membres du tribunal, les mesures de protection contre les tentatives d'influence extérieure du tribunal ainsi que l'apparence d'indépendance de celui-ci. Il serait donc erroné de conclure globalement que les tribunaux suisses ne satisfont pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité politiques en raison de leur nomination politique (partisane). L'État de droit suisse, y compris le fonctionnement de ses tribunaux, se porte bien dans la pratique. C'est ce que montre également l'évaluation (apparemment) paradoxale du Groupe d'États contre la corruption (GRECO) qui, bien que les procédures électorales suisses ne correspondent guère aux normes internationales, constate que "les juges des tribunaux fédéraux ne semblent pas être soumis à une pression politique directe dans l'exercice de leurs fonctions".

47 Néanmoins, le problème systémique de l'apparence indiscutable de la couleur politique des membres des tribunaux locaux ne doit pas être nié. Pour l'atténuer, quelques modifications du système d'élection des tribunaux suisses seraient les bienvenues. Comme le recommande le GRECO, il faudrait mettre

fin à la pratique de tous les partis de prélever des frais de mandat et introduire des durées de mandat longues et fixes (idéalement en conservant un âge de retraite). Certes, le reproche de partialité idéologique ou politique pourrait ainsi continuer à être formulé, mais ce type de partialité semble à lui seul trop abstrait pour pouvoir remettre en question l'impartialité judiciaire dans un cas particulier ; du moins tant qu'aucune autre circonstance ne vient s'y ajouter. Ce dernier cas s'est manifestement produit récemment avec un juge de district zurichois qui non seulement sympathisait ouvertement avec les activistes climatiques dans la salle d'audience, mais qui a également fait savoir qu'il les acquitterait systématiquement à l'avenir, à condition qu'ils ne deviennent pas violents. Ces changements relativement modestes mettraient en revanche fin à l'existence (apparente) de rapports de quasi-mandat et d'influence politique via l'exigence de réélection. Cela permettrait de renforcer la confiance dans la justice tout en conservant sa grande légitimité démocratique.

48 Enfin, il convient de rappeler ce qui suit : Le système actuellement en vigueur ne fonctionne - et ne peut donc être maintenu - que tant que l'ordre politique suisse repose sur un système multipartite concordant, dans lequel le risque de monopolisation politique des postes de juge reste théorique.

5. Absence de limitation

49 En tant que droit fondamental de procédure, l'art. 30 al. 1 Cst. assure une garantie minimale. Les droits découlant de l'art. 30 al. 1 Cst. ne peuvent pas être limités. L'art. 36 Cst. n'est donc pas applicable à cette disposition. Ils sont "résistants aux atteintes" en ce sens que toute restriction constitue une violation inadmissible de l'art. 30 al. 1 Cst. Cela ne signifie toutefois pas que ces droits s'appliquent sans condition, ni que leur contenu de protection ne laisse aucune marge de manœuvre dans leur mise en œuvre, ni que les intérêts contradictoires sont insignifiants lors de leur concrétisation. Une convention d'arbitrage valable et l'acceptation de la procédure d'arbitrage sont considérées comme une renonciation admissible à la procédure garantie par la Constitution devant le tribunal légalement compétent (cf. n. 16).

6. Conséquences juridiques

50 L'art. 30 al. 1 Cst. confère un droit de nature formelle. Sa violation entraîne "l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée,

indépendamment du bien-fondé matériel du recours". Pour que ce droit ne soit pas perdu, les vices de procédure doivent être invoqués le plus tôt possible, que ce soit avant, pendant ou après la procédure, c'est-à-dire sans attendre, dans une optique de tactique procédurale, qu'ils soient connus ou qu'ils devraient l'être (principe de la bonne foi, art. 5 al. 3 Cst.). Il ne faut toutefois pas supposer à la légère qu'une partie à la procédure a eu connaissance d'un vice de procédure et a renoncé à le dénoncer ou l'a motivé de manière insuffisante. En cas de vices de procédure graves, il ne doit pas y avoir de péremption des droits découlant de l'art. 30 al. 1 Cst. même s'ils n'ont pas été invoqués en temps utile. Dans des cas particulièrement graves, la décision concernée est nulle, par exemple lorsqu'un membre du tribunal a poursuivi des intérêts personnels.

C. Droit au for du domicile du défendeur civil

L'art. 30 al. 2 Cst. garantit en principe à un défendeur civil qu'il sera attrait devant le tribunal territorialement et matériellement compétent pour son domicile (cf. n. 22 ss.). Toutefois, la législation a réglé en détail la compétence territoriale de la juridiction civile (art. 30, al. 2, 2e phrase : "La loi peut prévoir un autre for."). Le principe de l'art. 30, al. 2, première phrase, Cst. n'a donc qu'une importance limitée (voir n. 54). 51

L'art. 30 al. 2 Cst. a un large champ d'application. Personnellement, il englobe toutes les personnes physiques et morales ayant leur siège (domicile) en Suisse selon le droit national. Matériellement, il englobe toutes les actions dont l'objet relève matériellement du droit civil, et pas seulement les créances obligatoires, par exemple. 52

L'art. 30 al. 2 phrase 1 Cst. confère au défendeur de droit civil le droit justiciable d'être attrait dans son canton de domicile devant le tribunal compétent selon l'organisation judiciaire cantonale. Ce droit peut avoir des effets internationaux, intercantonaux et intracantonaux. 53

L'art. 30, al. 2, 2e phrase, Cst. prévoit une réserve de grande portée à ce principe. Il laisse au législateur le soin de prévoir des exceptions à la garantie du juge du domicile (y compris par le biais de traités internationaux), sans préciser les conditions dans lesquelles de telles exceptions sont autorisées. En raison de la codification étendue de la procédure civile, y compris des 54

procédures internationales, il ne reste que peu de place pour le principe du juge du domicile selon l'art. 30, al. 2, première phrase, Cst.

55 Si le défendeur renonce à son droit au juge du domicile, l'art. 30, al. 2, première phrase, Cst. perd naturellement sa signification. C'est le cas en cas de comparution (omission de l'exception d'incompétence) ainsi qu'en présence d'une convention d'élection de for ou d'arbitrage valable.

56 L'art. 30 al. 2 phrase 1 Cst. n'est donc aujourd'hui qu'un droit fondamental supplétif et une aide à l'interprétation. La disposition joue le rôle d'une garantie subsidiaire en l'absence d'une réglementation légale ou d'une convention internationale. L'art. 30, al. 2, 1re phrase, Cst. remplit la fonction d'aide à l'interprétation lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions de lois, de traités internationaux ou de conventions d'élection de for (interprétation législative conforme à la Constitution).

D. Procédures judiciaires publiques

57 L'art. 30 al. 3 Cst. garantit la publicité de la justice, concrètement des débats judiciaires et du prononcé des jugements. La transparence est ainsi assurée, ce qui permet au "public en général" de contrôler le pouvoir judiciaire dans le respect de la séparation des pouvoirs. La présente section traite de la publicité des procédures, la suivante s'intéresse au prononcé public des décisions de justice (infra E.).

1. Champ d'application et portée

58 Selon le libellé du titre de l'art. 30 Cst. ("Procédures judiciaires") et de son al. 3 (première phrase : "Les débats judiciaires et le prononcé des jugements sont publics."), le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique à tous les domaines du droit. Malgré cela, le Tribunal fédéral part du principe que le champ d'application de ce principe est limité aux procédures civiles et pénales, à savoir en conformité avec l'article 6, chiffre 1 CEDH. Cette conception juridique doit être rejetée. Il n'est pas possible de déduire du message relatif à la Constitution fédérale de 1999 un rétrécissement correspondant du champ d'application de l'art. 30 al. 3 Cst. et l'on ne voit pas non plus de raisons objectives pour lesquelles l'exigence de transparence et la possibilité de contrôle du pouvoir judiciaire seraient moins pertinentes dans le domaine du droit public que dans le domaine du droit civil et pénal. Le fait

que le législateur ait légiféré dans le sens du Tribunal fédéral (mais, à mon avis, de manière anticonstitutionnelle) en prévoyant le principe de la forme écrite pour la procédure devant le Tribunal administratif fédéral n'y change rien.

Selon la pratique et la littérature du Tribunal fédéral, le principe de la publicité des débats ne s'applique pas aux procédures d'arbitrage. La raison invoquée est que la publicité des débats serait contraire au sens et au but des clauses d'arbitrage. Schefer/Schaub montrent cependant que de bonnes raisons s'opposent à ce qu'une différence de principe soit faite dans ce domaine entre les procédures d'arbitrage et les procédures devant les tribunaux étatiques. La sentence arbitrale est un acte de souveraineté qui devrait par conséquent être transparent au même titre et pour les mêmes raisons que les décisions des tribunaux étatiques. C'est précisément dans les litiges économiques de grande envergure que les consommateurs, les salariés, les assurés, etc. peuvent avoir un intérêt public élevé à l'arbitrage. 59

Le champ d'application du droit à une procédure publique doit ensuite être déterminé d'un point de vue horizontal (étapes de la procédure) et vertical (voies de recours). D'un point de vue horizontal, seules les audiences au cours desquelles les parties sont confrontées l'une à l'autre et au tribunal sont couvertes. Sont exclues la procédure préliminaire, la délibération judiciaire et le vote au sein du tribunal collégial. Sont réservées les lois de procédure contraires, qui imposent par exemple au Tribunal fédéral de tenir des délibérations publiques lorsqu'il n'y a pas unanimité dans une affaire. 60

La publicité des débats judiciaires revêt une grande importance, surtout devant les instances judiciaires inférieures. C'est là, où se trouve la compétence pour l'établissement des faits et les questions de fait, que se déroulent habituellement les processus cognitifs centraux et les plaidoiries des parties. Si au moins une audience publique a eu lieu, le droit à des débats publics (oraux) devant les instances de recours n'est plus que conditionnel. Il suppose qu'une audience orale se justifie dans un cas particulier, compte tenu d'intérêts contraires, par exemple le jugement rapide de l'affaire. 61

En ce qui concerne l'effet protecteur, le Tribunal fédéral a fortement réduit la portée de la publicité des débats judiciaires par sa jurisprudence selon laquelle il n'existe pas de droit à une audience publique, mais seulement un droit à la publicité des débats prévus par la loi de procédure. Comme 62

Steinmann le constate à juste titre, la protection de l'art. 30 al. 3 Cst. est ainsi entièrement laissée à l'appréciation du législateur procédural. Cela ne peut pas être la tâche d'un droit fondamental constitutionnel. C'est pourquoi il faut exiger, avec Steinmann, un "droit à la tenue de débats publics ... qui sont nécessairement oraux". Le droit international public garantit un tel droit dans les procédures civiles et pénales, où l'art. 6 ch. 1 CEDH exige de manière générale des débats publics. Les affaires de droit public restent en principe exclues de ce droit conventionnel, de sorte qu'elles ne doivent être traitées publiquement (oralement) que si le droit de procédure le prévoit. Cette lacune dans la protection juridique des droits fondamentaux s'est toutefois réduite : L'art. 6 ch. 1 CEDH couvre de nombreuses affaires considérées comme des litiges administratifs par le droit national, soit parce qu'elles relèvent du domaine des "droits et obligations de caractère civil", interprété de manière large par la CEDH, soit (plus rarement et principalement dans le domaine des mesures disciplinaires) parce qu'elles sont considérées comme "pénales" par le droit conventionnel.

63 Par publicité des débats, on entend le public et les médias. Cela n'inclut toutefois pas le droit d'enregistrer des sons et des images.

64 La qualité de titulaire de droits fondamentaux doit être expliquée dans ce contexte. Les parties à la procédure sont elles-mêmes titulaires de droits fondamentaux dans la mesure où l'art. 30 al. 3 Cst. protège leurs intérêts. A titre d'exemple, l'accusé peut souhaiter pouvoir se défendre lors d'une audience publique, alors qu'à l'inverse, il est également concevable que la personne accusée ne souhaite justement pas la publicité. Les titulaires de droits fondamentaux sont également le public (tiers non concernés) et les médias (cf. aussi art. 16 al. 3 Cst., "Liberté d'information"). Ils ont le droit d'exiger l'accès à une audience, mais pas d'exiger une audience. Comme les parties à la procédure ne sont pas les seules à être titulaires de droits fondamentaux au sens de l'art. 30 al. 3 Cst. et que cette disposition protège également les intérêts de tiers, les parties à la procédure ne peuvent pas renoncer à la publicité des débats ("pas de droit au huis clos") ; en d'autres termes, les tribunaux ne sont pas tenus d'accéder à la demande des parties d'exclure ou de limiter la publicité.

2. Limitabilité

Contrairement au principe selon lequel les droits fondamentaux procéduraux sont des normes minimales non susceptibles de restrictions, le droit à la publicité des débats judiciaires est susceptible de restrictions, pour autant que celles-ci servent un intérêt public prépondérant et soient proportionnées. Comme toutes les restrictions des droits fondamentaux, les limitations de la publicité des débats judiciaires doivent être examinées séparément pour chaque cas particulier quant à leur proportionnalité et leur admissibilité. Les règles générales telles que celles de l'art. 54 al. 4 CPC, selon lesquelles les procédures en matière de droit de la famille ne sont pas publiques, ne résistent pas à ce critère. Sont considérés comme intérêts publics admissibles l'ordre et la sécurité publics, les mœurs, les intérêts nationaux, la protection des intérêts de la sphère privée ainsi que des enfants et des jeunes et l'administration de la justice elle-même. La proportionnalité exige une pesée des intérêts opposés au cas par cas, en tenant particulièrement compte de l'importance de la couverture médiatique des tribunaux ("fonction de gardien" des médias, médias en tant que "public watchdogs"). 65

De manière générale, les procédures de droit public sont largement marquées par la forme écrite en raison de considérations d'économie de procédure, de sorte qu'aucune audience publique n'a régulièrement lieu. Cela n'est pas contraire aux garanties internationales de procédure, qui ne s'appliquent qu'aux procédures civiles et pénales, mais n'est pas compatible, à mon avis, avec l'art. 30 al. 3 Cst. en vigueur (voir N. 7, N. 58). En supposant que le droit de procédure administrative en vigueur accorde une importance appropriée à l'économie de procédure, il faudrait préciser le libellé de l'art. 30 al. 3 Cst. dans ce sens ; autrement dit, les procédures administratives devraient être exclues, du moins en principe, du champ d'application de la publicité des débats judiciaires. 66

Si le droit à une audience publique est restreint de manière illicite (c'est-à-dire violé), cela entraîne comme conséquence juridique l'annulation du jugement, à moins que le vice ne puisse être réparé dans la procédure de recours, en faisant en sorte que l'audience publique soit tenue devant cette instance. Cela présuppose que l'instance de recours dispose du même (plein) pouvoir de cognition que l'autorité judiciaire inférieure. Dans la procédure devant le Tribunal fédéral notamment, il ne devrait donc normalement pas être possible de remédier à une violation du principe de transparence. De 67

toute façon, la réparation de vices de procédure d'instances inférieures dans la procédure de recours est problématique. Elle raccourcit en particulier les voies de recours, car dans cette constellation, l'instance de recours statue pour la première fois dans une procédure correcte.

E. Prononcé public du jugement

68 Le public doit avoir connaissance non seulement du procès, mais aussi du résultat d'une procédure judiciaire, afin de pouvoir exercer une fonction de contrôle vis-à-vis du pouvoir judiciaire (cf. n. 3, n. 57). C'est pourquoi l'art. 30 al. 3 Cst. prévoit que les décisions judiciaires doivent être prononcées ou publiées publiquement. Dans la pratique, il y a encore actuellement, surtout au niveau cantonal, un énorme obstacle à la publication en ligne sans problème, à laquelle on pourrait s'attendre aujourd'hui, de tous les jugements judiciaires entrant dans le champ d'application (voir n. 69) de cette disposition.

1. Champ d'application et portée

69 La publicité de la justice et de ses jugements a un large champ d'application à deux égards. Premièrement, elle s'applique à toutes les procédures judiciaires de toutes les branches du droit, même celles devant des instances inférieures et/ou d'une importance objectivement moindre (y compris les ordonnances pénales, les ordonnances de non-lieu et de classement sans suite) ; là aussi, il convient de respecter pleinement les principes du contrôle démocratique, de la légalité et de l'équité procédurale. Il n'est pas non plus indiqué de limiter la publicité des jugements aux jugements qui ne sont pas encore entrés en force ou qui ont été annulés par une instance de recours. Les explications données au n. 59 s'appliquent par analogie aux sentences arbitrales. Deuxièmement, l'obligation de publication selon l'art. 30 al. 3 Cst. est complète dans la mesure où elle englobe les jugements dans leur intégralité ; c'est-à-dire que doivent être publiés, outre les considérants, les constatations de fait, le dispositif avec la décision du tribunal, y compris les conséquences financières, et le rubrum avec le numéro de dossier et la date de la décision, les indications sur l'objet du litige, la formation de jugement et sa composition ainsi que sur les parties et leurs représentants légaux.

70 La publicité des jugements exige traditionnellement "qu'à l'issue d'une procédure judiciaire, le jugement soit prononcé en présence des parties ainsi

que du public et des représentants des médias", mais le sens et le but de la publicité des jugements judiciaires exigée par la Constitution peuvent également être garantis au moyen d'autres formes de publicité, par exemple la mise à disposition du public, la publication officielle ou la publication en ligne d'un jugement. Ces dernières formes de publication sont des alternatives équivalentes et non pas subsidiaires à la lecture orale du jugement. L'obligation de prononcer le jugement publiquement revêt une importance particulière dans les (nombreuses) procédures dans lesquelles il n'y a pas d'audience publique ni de délibération orale du jugement. En revanche, un droit à la notification d'une copie d'un jugement ne découle pas de l'art. 30 al. 3 Cst.

Compte tenu du but de la publicité des jugements, qui est de permettre la confiance dans la justice et le contrôle de celle-ci, le cercle des titulaires de droits fondamentaux est également large. Les parties à la procédure ont généralement le droit de connaître leur jugement en raison de leur implication directe. Le droit fondamental spécifique à la publication des décisions de justice protège en outre en particulier les intérêts légitimes du grand public et surtout de la couverture médiatique des tribunaux, qui ne doivent en principe pas être justifiés davantage. En conséquence, les parties ne peuvent ni renoncer à la publicité du jugement, ni exiger la non-publication de leur jugement (anonymisé). 71

2. Limitation

Comme la publicité des procédures judiciaires, la publicité des jugements n'est pas absolue (voir n. 65). Elle peut être limitée au cas par cas dans le cadre d'une pesée des intérêts (contrôle de la proportionnalité), si des intérêts publics ou privés contraires l'emportent et si la loi elle-même prévoit une exception correspondante. En particulier, les jugements des tribunaux ne sont régulièrement rendus accessibles au public que sous forme anonymisée en raison de la protection de la personnalité des parties à la procédure. La possibilité que des personnes anonymisées restent identifiables ne doit pas être exclue. L'intelligibilité du jugement impose notamment des limites à son anonymisation. Dans ces limites, la publication de jugements simplement abrégés est également autorisée. Il est difficilement concevable que des circonstances puissent justifier la renonciation totale à la publication d'une version même abrégée et anonymisée d'un jugement. Dans les procédures 72

civiles et pénales au sens de l'art. 6 CEDH, cela ne serait de toute façon pas compatible avec le ch. 1 de cette disposition.

73 Une violation du droit à la publicité d'un jugement peut être réparée de manière relativement simple, à savoir que l'instance de recours oblige l'instance inférieure à publier le jugement a posteriori.

A propos de l'auteur

Reto Walther, docteur en droit, juriste, Office fédéral de la justice, a publié et enseigné le droit public, le droit administratif et le droit international. Il travaille actuellement, sur la base de sa thèse de doctorat, au projet de livre "Subsidiarity, Legitimacy, and the European Court of Human Rights" pour Oxford University Press.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bühler Alfred, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, SJZ 105 (2009), S. 329 ff.

Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.

Fonjallaz Jean, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile, AJP 2011, S. 49 ff.

Gass Stephan/Kiener Regina/Stadelmann Thomas (Hrsg.), Standards on Judicial Independence, Bern 2012 (Textsammlung).

Haesler Frey Mirjam, Aufsicht über die Justiz, Basel 2017.

Hottelier Michel, Les garanties de procédure, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 809 ff.

Hürlimann Daniel, Publikation von Urteilen durch Gerichte, sui-generis 2014, S. 82 ff.

Reiter Catherine, Gerichtsinterne Organisation: Best Practices, Zürich 2015.

Santschi Kallay Mascha, Externe Kommunikation der Gerichte: Rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative, Bern 2018.

Saxer Urs, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation: Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 125 (2006), S. 459 ff.

Schindler Benjamin, Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates? Das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit, AJP 2013, S. 1017 ff.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1477 ff.

Uhlmann Felix, Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 616 ff.

Valois Martine, L'indépendance judiciaire: La justice entre droit et gouvernement, Zürich 2012.

BIBLIOGRAPHIE

Ammann Odile, Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden? Überlegungen zur richterlichen Unabhängigkeit unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen «Justiz-Initiative», in: Urbanik Jakub/Bodnar Adam (Hrsg.), Law in a Time of Constitutional Crisis, Warschau 2021, S. 7 ff.

Auer Andreas, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016.

Baldegger Mirjam, Der wiederkehrende Ruf nach dissenting opinions am Bundesgericht: Wünschbarkeit, Auswirkungen und Ausgestaltung richterlicher Sondervoten in der Schweiz, ZBl 118 (2017), S. 131 ff.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bohnet François, Kommentar zu Art. 30, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Borghi Marco, Etat et autorités – La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Bern 2015, S. 175 ff.

Brunner Arthur, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBl 122 (2021), S. 307 ff.

Burgener Martin, Die Richterwahlen im Kanton Zürich unter den Aspekten der richterlichen Unabhängigkeit und der Gewaltenteilung, Zürich 2022.

Diggelmann Oliver/Pangrazzi Sara, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in «alten» Demokratien, in: Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hrsg.), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention, Wien 2020, S. 107 ff.

Dunoff Jeffrey L./Pollack Mark A., The Judicial Trilemma, American Journal of International Law 111 (2017), S. 225 ff.

Engi Lorenz, Was heisst Menschenwürde? Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, ZBl 109 (2008), S. 659 ff.

Epiney Astrid, Kommentar zu Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Epiney Astrid, Kommentar zu Art. 190, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Fellmann Walter, Kommentar zu Art. 12, in: Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011.

Fischbacher Alain, Richterwahlen durch das Parlament, Chance oder Risiko?, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 8 (2005), S. 4 ff.

Garoupa Nuno/Ginsburg Tom, Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence, American Journal of Comparative Law 57 (2009), S. 103 ff.

Gass Stephan, Professionalisierung des Richteramts, AJP 2010, S. 1143 ff. (zit. Professionalisierung).

Gass Stephan, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden?, AJP 2007, S. 593 ff. (zit. Wahl).

Gertsch Gabriel, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBl 122 (2021), S. 34 ff.

Glaser Andreas, Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?, AJP 2018, S. 1251 ff.

Habegger Philipp/Landbrecht Johannes, Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit, in: Portmann Wolfang et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020, S. 123 ff.

Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hangartner Yvo, Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung, 15.11.2007, 5A. 369/2007, AJP 2008, S. 368 ff.

Hangartner Yvo/Looser Martin E., Kommentar zu Art. 190, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Heermann Peter W., «Beipackzettel» für Schiedsklauseln zum Court of Arbitration for Sport, CaS 15 (2022), S. 15 ff.

Huber Roland, Mit der Organisation der Justizverwaltung verbundene Risiken für die richterliche Unabhängigkeit, Justice - Justiz - Giustizia 2023.

Jahn Jannika, Die Dritte Gewalt in der Medienöffentlichkeit, in: Mülder Marje et al. (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht: 58. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2018.

Keller Helen, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 935 ff.

Keller Helen/Walther Reto, 20 Jahre «neue» Bundesverfassung: Plus ça change, plus c'est la même chose?, ZSR 140 (2021), S. 259 ff.

Keller Helen/Zimmermann Laura, Dissenting Opinions am Bundesgericht – Individuelle Transparenz oder Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit?, ZSR 138 (2019), S. 137 ff.

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001 (zit. Richterliche Unabhängigkeit).

Kiener Regina, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 17.12.2012, 5C_2/2012, ZBl 114 (2013), S. 265 ff. (zit. Urteilsbesprechung 5C_2/2012).

Kiener Regina, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 16.7.2020, 1C_295/2019, 1C_357/2019, ZBl 122 (2021), S. 161 ff. (zit. Urteilsbesprechung 1C_295/2019).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, Bern 2018.

Kiener Regina/Krüsi Melanie, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, ZSR 125 (2006), S. 487 ff.

Kiener Regina/Medici Gabriela, Anwälte und andere Richter: Zur Befangenheit von Richtern aufgrund anderer Erwerbstätigkeiten, SJZ 107 (2011), S. 373 ff.

Killias Martin, Gastbeitrag zur Justiz-Initiative: Interne Druckversuche waren unangenehmer, in: Solothurner Zeitung vom 29.10.2021, S. 2.

Kley Andreas, Kommentar zu Art. 29a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kneubühler Lorenz, Gehörsverletzung und Heilung – Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenanten «Heilung», ZBl 99 (1998), S. 97 ff.

Kosař David, Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe, German Law Journal 19 (2018), S. 1567 ff.

Kradolfer Matthias, Kommentar zu Art. 29a, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung.

Langer Lorenz, Reform der Richterwahl und die Unabhängigkeit, in: NZZ vom 29. November 2023, S. 19.

Leuenberger Christoph, Kommentar zu Art. 30, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, St. Gallen 2011.

Luminati Michele/Contarini Filippo, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, ZSR-II 138 (2019), S. 201 ff.

Mahlmann Matthias, Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, S. 1307 ff.

Mahon Pascal, Kommentar zu Art. 30, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Malinverni Giorgio et al., Droit constitutionnel suisse – Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2021.

Martenet Vincent, Kommentar zu Art. 190, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Marti Arnold, Offenlegen von Minderheitsmeinungen («dissenting opinion») – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, Justice - Justiz - Giustizia 2012.

Marti Katrin, Entstehung und Entwicklung des Verfahrens der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 8 (2005), S. 16 ff. (zit. Entstehung).

Marti Katrin, Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Justice - Justiz - Giustizia (2010) (zit. Gerichtskommission).

Mastronardi Philippe/Schindler Benjamin, Vorb. zu Art. 143–191c, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Meyer Frank, Kommentar zu Art. 6, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (Hrsg.), EMRK Kommentar, 3. Aufl., München 2022.

Müller Georg, Gerichtliche Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450 ZGB im Kanton Zürich, ZBl 114 (2013), S. 59 ff.

Müller Jörg Paul/Biaggini Giovanni, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl 116 (2015), S. 235 ff.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Nabold André, Chancen und Risiken richterlicher wissenschaftlicher Publizistik, Justice - Justiz - Giustizia 2013.

Neuenschwander Anouk, Kommentar zu Art. 191c, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Pflüger Michael, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, Zürich/St. Gallen 2013.

Poltier Etienne, L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux, AJP 2011, S. 1018 ff.

Racioppi Giuliano, Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, Justice - Justiz - Giustizia 2017.

Reich Johannes, Kommentar zu Art. 191c, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Reich Johannes, Kommentar zu Art. 30, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Reiter Catherine/Stadelmann Thomas, Das Referentensystem, Justice - Justiz - Giustizia 2021 (zit. Referentensystem).

Reiter Catherine/Stadelmann Thomas, Informelle Hierarchien in der Justiz, Justice - Justiz - Giustizia 2021 (zit. Hierarchien).

Russo Alfio, Des juges tirés au sort: réalité ou illusion démocratique?, Justice - Justiz - Giustizia 2019 (zit. Tirés au sort).

Russo Alfio, Les modes de désignation des juges: Etude droit constitutionnel suisse et comparé, Basel 2021 (zit. Désignation).

Schabas William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford 2015.

Schefer Markus/Schaub Lukas, Nichtöffentlichkeit privater Schiedsverfahren? – Zur Garantie der Gerichtsöffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung: Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 537 ff.

Schindler Benjamin, 16 Jahre Bundesverwaltungsgericht – Zeit zur Beseitigung der Kinderkrankheiten, ZBl 124 (2023), S. 1 f.

Schmid Hans, Parteisteuern zivilrechtlich betrachtet, SJZ 103 (2007), S. 555 ff.

Schweizer Rainer J., Kommentar zu Art. 10, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizer Rainer J., Vorb. zur Justizverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, Richteramt und politische Äusserungen in der Öffentlichkeit, Stellungnahme der Ethik-Kommission, 29. September 2021.

Sendler Horst, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW 1984, S. 689 ff.

Spielmann Dean, La liberté d'expression du juge: règle ou exception?, Revue trimestrielle des droits de l'homme 34 (2023), S. 307 ff.

Steinmann Gerold, Kommentar zu Art. 191c, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Steinmann Gerold, Kommentar zu Art. 30, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Steinmann Gerold, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, ZBl 116 (2015), S. 1 f. (zit. Denk-würdige Wiederwahl).

Steinmann Gerold, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 21.6.2016, 1C_123/2016, ZBl 117 (2016), S. 601 ff. (zit. Urteilsbesprechung 1C_123/2016).

Sutter Patrick, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin – Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, AJP 2006, S. 30 ff.

Vatter Adrian/Ackermann Maya, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, ZSR 133 (2014), S. 517 ff.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich 2020.

von Bogdandy Armin/Venzke Ingo, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin 2014.

Walder Beatrice, Erstinstanzliche Urteile noch kaum zugänglich, Plädoyer 4/2023, S. 20 f.

Walter Hans Peter, Interne richterliche Unabhängigkeit, Justice - Justiz - Giustizia 2005.

Walther Reto, Banana Republic Switzerland? On recent attempts to further politicise elections to the Federal Supreme Court, Verfassungsblog, 3.9.2020, <https://verfassungsblog.de/banana-republic-switzerland>, besucht am 17.1.2024 (zit. Banana Republic).

Walther Reto, Courts, in: Grote Rainer/Lachenmann Frauke/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (November 2020) <https://oxcon.ouplaw.com/home/mpeccol>, besucht am 17.1.2024 (zit. Courts).

Wiprächtiger Stefan, Vom Sprachrohr zum Kommunikator: Gedanken zu einem modernen Richterbild, Justice - Justiz - Giustizia 2023.

Wüthrich Daniela, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen, Justice - Justiz - Giustizia 2015.

Wyss Damian/Schuler Ruben, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Dritte Sektion, 13.6.2023, Urteil Nr. 22060/20, Sperisen g. Schweiz, ZBl 124 (2023), S. 659 ff.

COMMENTAIRE

Art. 31 Cst.

Un commentaire de Ahmed Ajil / David Mühlemann

PROPOSITION DE CITATION

Ahmed Ajil/David Mühlemann, Commentaire de l'art. 31 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Ajil/Mühlemann, art. 31 Cst. N. XXX.

Art. 31 Privation de liberté

[1] Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit.

[2] Toute personne qui se voit privée de sa liberté a le droit d'être aussitôt informée, dans une langue qu'elle comprend, des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens. Elle doit être mise en état de faire valoir ses droits. Elle a notamment le droit de faire informer ses proches.

[3] Toute personne qui est mise en détention préventive a le droit d'être aussitôt traduite devant un ou une juge, qui prononce le maintien de la détention ou la libération. Elle a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable.

[4] Toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu'un tribunal l'ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir le tribunal. Celui-ci statue dans les plus brefs délais sur la légalité de cette privation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de la norme 517
II. Contexte: la privation de liberté en Suisse en pratique 518
A. Statistiques relatives à la privation de liberté en Suisse 518
B. Groupes particulièrement concernés 520
C. Effets néfastes de la privation de liberté 522
D. Suicide et assistance au suicide 525
III. Champ d'application de l'art. 31 Cst. 526
A. Champ d'application personnel 526
B. Champ d'application matériel 527
IV. Art. 31 al. 1 Cst. : légalité et légitimité de la privation de liberté 531
A. Motifs justifiant une privation de liberté selon l'art. 5 § 1 CEDH 534
1. Détention post-sentencielle 534
2. Détention préventive non-pénale 535
3. Détention préventive pénale 537
4. Détention de personnes mineures 538
5. Détention de personnes particulièrement vulnérables 539
6. Détention administrative dans le domaine de la migration 542
B. Obligations positives 545
C. Absence d'arbitraire 546
V. Gatanties procédurales de l'art. 31 Cst. 547
A. Importance des garanties procédurales 547
B. Art. 31 al. 2 Cst. : Droit à l'information et à faire valoir ses droits 548
1. Raisons de la privation de liberté 548
2. Droits à faire valoir 549
C. Art. 31 al. 3 Cst. : Détention provisoire 552
1. Contrôle de la légalité 553
2. Les Tribunaux des mesures de contrainte : un véritable contrepoids ?cf. aussi CourEDH [GC], Aquilina c. Malte, no 25642/94, 29.4.1999, N 50. 554
3. Durée maximale de la détention provisoire 555
D. Art. 31 al. 4 Cst. : Habeas corpus 557
1. Périodicité du contrôle 557
2. Exigence de célérité 558
3. Droit à la réparation 559
VI. Perspectives 560
Lectures complémentaires recommandées 561
Bibliographie 562
Matériaux 570

I. GENÈSE DE LA NORME

« La privation de liberté doit toujours être une mesure de dernier recours, strictement nécessaire et proportionnée. Toute autre approche constitue une violation des droits de l'homme. » Voici les paroles de l'ancienne commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović, qui nous rappellent que les garanties en matière de privation de liberté jouissent d'une **protection particulière**. 1

En ce qui concerne les **conventions internationales**, l'art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH, ratifiée par la Suisse en 1974), qui protège le droit à la liberté et à la sûreté, ainsi que l'art. 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après : Pacte ONU II, ratifié par la Suisse en 1992) sont juridiquement contraignants pour les instances suisses. Pour toute question relative à la privation de liberté, il est donc indispensable de se référer aux obligations internationales, en particulier l'art. 5 CEDH. 2

Au niveau constitutionnel, l'art. 31 Cst. reflète essentiellement ces garanties conventionnelles. Il convient de préciser qu'à l'origine, la Constitution fédérale ne prévoyait pas de garanties en matière de privation de liberté, puisqu'il s'agissait d'un domaine relevant de l'autorité des cantons. De fait, le droit à la liberté personnelle, dont découle l'art. 31 Cst., était considéré comme un droit « inaliénable et imprescriptible »[98], mais **non écrit** jusqu'à la révision totale de la Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1er janvier 2000. 3

Les garanties en matière de privation de liberté doivent êtres mises dans un contexte plus large, à savoir celui de la **liberté de mouvement**. Le droit à la liberté de mouvement – dont la privation de liberté représente la restriction la plus extrême – est un droit fondamental essentiel dont dépend de fait l'exercice de la majorité des droits fondamentaux, tels que la liberté de circulation ou de communication, la protection de la sphère privée, la liberté de religion ou la liberté économique[99]. La concrétisation et la codification du droit à la liberté de mouvement ont évolué au travers de ses inscriptions 4

98. Message 1997, p. 150.
99. Pour un commentaire de l'art. 10 Cst., voir Heri.

notamment dans la *Magna Carta* de 1215 (interdiction de privation de liberté sans jugement par les pairs), la Charte des Nations Unies de 1945 (dignité humaine et libertés fondamentales) ou la CEDH de 1950 (not. l'art. 5 CEDH, cf. ci-après). La Constitution fédérale suisse s'y réfère à son art. 10 (art. 10 al. 2, protégeant le droit à la liberté de mouvement, cf. N. 25) et, bien évidemment, à l'art. 31 Cst. dont il est question dans ce commentaire.

5 L'art. 31 Cst. comporte quatre alinéas. Le premier alinéa a pour seul modèle l'article 5 § 1 CEDH, tandis que les alinéas 2 à 4 s'inspirent également de dispositions contenues dans différents avant- projets précédant la révision totale de la Constitution fédérale entrée en vigueur en 2000[100]. Le troisième alinéa est le seul qui concerne spécifiquement la détention avant jugement, tandis que les trois autres alinéas s'appliquent à toute forme de privation de liberté. La lettre de cette disposition n'a pas subi de modifications depuis son entrée en vigueur. Il convient de noter que le premier alinéa concerne les exigences relatives à la privation de liberté, tandis que les alinéas 2 à 4 garantissent certains droits aux personnes **déjà privées** de leur liberté.

II. CONTEXTE: LA PRIVATION DE LIBERTÉ EN SUISSE EN PRATIQUE

A. Statistiques relatives à la privation de liberté en Suisse

6 Au 31 janvier 2025, 6'994 personnes étaient privées de liberté en Suisse.[101] Parmi ces personnes, 4'362 étaient détenues dans le cadre de l'exécution (y.c. anticipée) de peines et de mesures (art. 75 ss CP), 2'211 se trouvaient en détention provisoire ou pour des motifs de sûreté (art. 220 ss Code de procédure pénale, ci-après : CPP[102]), et 220 se trouvaient en détention administrative en matière de droit des étrangers (art. 75-78 LEI)[103]. En ce qui concerne l'« effectif » à une date de référence, la Suisse se trouve ainsi parmi les pays ayant un taux de détention particulièrement bas[104]. Or, le nombre

100. Art. 22 du modèle de 1985 (garanties accordées en cas de privation de liberté) et art. 15 du projet Kölz/Müller (garanties pour les détenus et les internés), lui-même inspiré du projet de 1977 (art. 21), cf. FF 1997 I 1, 187.

101. OFS, Privation de liberté, effectif de détenus au jour du relevé, 1988-2025, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.34948241.html, consulté le 23.5.2025.

102. Code de procédure pénale (CPP) du 5 octobre 2007, RS 312.0

total de personnes concernées par une privation de liberté sur l'année (le « flux ») est « très élevé » en comparaison européenne[105] : ainsi, en 2022, 37'127 personnes sont entrées en prison en Suisse, ce qui représente **un taux d'incarcération trois fois supérieur** au taux d'incarcération médian européen[106]. Ceci explique en partie la surpopulation carcérale dont souffrent plusieurs établissements, notamment en Suisse romande, depuis des années[107].

Un autre facteur expliquant le taux d'incarcération élevé réside dans la fréquence des courtes peines privatives de liberté, c'est-à-dire inférieures à 6 mois, prononcées sans sursis. En 2024, sur un total de 4'997 peines privatives de liberté (PPL) sans sursis, 56,8 % (2'837) concernaient des PPL de moins de six mois. Ce chiffre était de 4'267 en 2023 – les courtes PPL ayant donc diminué de manière spectaculaire de 48%[108]. Cette chute pourrait être liée à la révision du CPP, notamment à l'introduction de l'art. 352a CPP, qui prévoit désormais l'audition de la personne poursuivie par l'autorité de poursuite pénale s'il est probable que l'ordonnance pénale débouchera sur une PPL à exécuter. 7

Une part importante des courtes PPL exécutées concerne cependant des peines privatives de liberté de substitution (PPLS), prononcées en 8

103. Voir communiqué de l'OFS, Statistique des condamnations pénales des adultes – Communiqué de presse du 21.5.2024, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/communiques-presse.assetdetail.35348237.html, consulté le 27.5.2025 ; et le tableau OFS, Adultes : Condamnations de personnes adultes pour un délit ou un crime du code pénal (CP), selon le type et la durée de la peine principale, Suisse et cantons [dès 2007], https://dam-api.bfs.admin.ch/hub/api/dam/assets/35348248/master, consulté le 28.5.2025.
104. Cf. Conseil de l'Europe, SPACE I 2023, p. 6.
105. Cf. Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, p. 99.
106. Le taux d'incarcération médian dans l'UE pour 100'000 habitants était de 137.7, alors qu'il atteignait 421,3 en Suisse, Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, p. 3, p. 99, p. 119.
107. CPT/Inf (2025), p. 4. Voir aussi le communiqué de presse du Canton de Vaud du 10.02.2025 à cet égard : Etat de Vaud, Détention et criminalité vaudoises : les mesures pour endiguer durablement la surpopulation carcérale, https://www.vd.ch/actualites/communiques-de-presse-de-letat-de-vaud/detail/communique/le-canton-presente-ses-mesures-pour-endiguer-durablement-la-surpopulation-carcerale, consulté le 2.6.2025.

remplacement d'une peine pécuniaire (art. 36 CP) ou d'une amende (art. 106 CP). La Suisse se distingue sur le plan international par une fréquence particulièrement élevée d'imposition des PPLS[109], celles-ci représentant environ la moitié (4'964) des 9'297 incarcérations en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure en 2023[110].

9 La courte durée de détention soulève des questions fondamentales au regard de l'objectif de réinsertion inscrit à l'art. 75 CP, car quelques jours ou semaines de privation de liberté ne permettent généralement ni la mise en œuvre de mesures d'accompagnement durables, ni une influence significative sur le parcours de vie de la personne condamnée. La peine privative de liberté de substitution est également critiquée sous l'angle des droits humains[111] et leur abolition est de plus en plus fréquemment réclamée[112]. Concernant la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a analysé la PPLS sous l'angle de l'art. 8 CEDH relatif à la protection de la vie privée. Elle a jugé qu'une PPLS de cinq jours pour une amende de 500 CHF imposée à une personne en situation de mendicité constituait une violation de cet article[113].

B. Groupes particulièrement concernés

10 En Suisse, **les personnes étrangères** sont particulièrement concernées par la privation de liberté[114]. Cela s'explique notamment par l'existence d'infractions

108. Voir communiqué de l'OFS, Statistique des condamnations pénales des adultes – Communiqué de presse du 21.5.2024, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/communiques-presse.assetdetail.35348237.html, consulté le 27.5.2025 ; et le tableau OFS, Adultes : Condamndations de personnes adultes pour un délit ou un crime du code pénal (CP), selon le type et la durée de la peine principale, Suisse et cantons [dès 2007], https://dam-api.bfs.admin.ch/hub/api/dam/assets/ 35348248/master, consulté le 28.5.2025.
109. Dünkel, p. 255
110. Ce taux augmente continuellement depuis 2007, atteignant un niveau supérieur à 50% pour la première fois en 2017, OFS, Exécution des peines et des mesures : incarcérations selon la décision principale, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/recidive.assetdetail.32809093.html, consulté le 28.11.2024.
111. Galbraith et al., p. 427 ss.
112. Voir not. Bögelein, 270; Dünkel, 266; Löbbert, 355; Pollähne, 736.
113. CourEDH, Lacatus v. Suisse, no 14065/15, 19.04.2021, N 115.
114. Cf. Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2022, p. 4.; OFS, Effectif de détenus et taux de personnes incarcérées selon la nationalité, le sexe et le statut de séjour, 2023, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.32809043.html.

spécifiques au droit des migrations, telles que le séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la Loi sur les étrangers et l'intégration, ci-après : LEI), la violation d'une interdiction d'entrée (art. 119 al. 1 LEI), ou la non-coopération lors de procédures de renvoi (art. 115 al. 1 let. a LEI). À cela s'ajoutent des formes de privation de liberté qui relèvent du droit administratif, telles que la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 ss LEI) ou la détention préparatoire (art. 75 LEI), qui peuvent s'ajouter à la détention pénale ou en prolonger les effets de manière cumulative. Un rapport publié en 2025 par l'Observatoire Suisse du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse) met en lumière des carences structurelles dans la détention administrative en Suisse[115].

S'y ajoute le fait que les ressortissant·e·s étranger·ères sont, dans certains cas, d'emblée exclu·e·s des formes d'exécution alternatives telles que le travail d'intérêt général, la semi-détention ou le surveillance électronique[116]. De plus, la libération conditionnelle est également refusée aux personnes étrangères de manière anticipée ou appliquée avec une plus grande retenue, souvent en raison de considérations liées au statut de séjour plutôt qu'à la conduite ou à la réinsertion de la personne concernée. Ce traitement, fondé sur des critères migratoires plutôt que sur le pronostic individuel, est considéré par certains auteurs comme contraire au principe d'égalité (art. 8 Cst.) et à l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)[117]. En résumé, les pratiques décrites ci-dessus contribuent à la surreprésentation des personnes étrangères dans la population carcérale et sont interprétées dans la littérature comme une forme de criminalisation de la migration[118]. 11

Également fortement touchées par la privation de liberté, cette fois au nom d'impératifs de sécurité, sont des **personnes souffrant de troubles psychiques**. Cette dynamique se reflète en partie dans l'augmentation significative du nombre moyen de personnes placées en internement ou dans une mesure institutionnelle selon l'art. 59 CP (cf. aussi N. 42) en raison d'un risque de récidive jugé élevé : ce chiffre a augmenté d'environ 70 % depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des sanctions en 2007[119]. Parallèlement, 12

115. Observatoire du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse), Enfermé·e. La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse, Berne 2025, https://asile.ch/2025/07/15/odae-suisse-rapport-sur-la-detention-administrative-des-etranger·eres/, consulté le 10.9.2025.
116. Cette pratique a été discutée dans la doctrine comme une violation du droit international, vgl. Urwyler Thierry, p. 110.
117. Urwyler Christoph, p. 332.
118. Fink, p. 118 ; Gnaedinger, N 33.

la durée moyenne de séjour dans l'exécution des peines s'est fortement accrue depuis 2007 : alors qu'elle s'élevait à 595 jours en 2007, elle atteignait 1'605 jours en 2023, soit une hausse d'environ 170 %. Ces données témoignent d'une évolution du droit pénal qui s'éloigne progressivement d'un modèle centré sur la sanction d'un acte passé (logique de la peine limitée dans le temps) pour se rapprocher d'un droit de la prévention, dont l'objectif prioritaire est **la neutralisation du danger** supposé que représenterait la personne (voir également N. 55). Ce tournant qu'Oberholzer décrit comme un passage « de la répression à la prévention »[120] soulève des questions fondamentales quant aux principes de proportionnalité, de prévisibilité et de légalité des mesures pénales dans un État de droit. En plus, l'utilité de telles mesures reste discutable[121].

C. Effets néfastes de la privation de liberté

13 Toute privation de liberté représente une expérience psychique et sociale extrêmement incisive pour les personnes concernées. La rupture de contacts sociaux, la perte d'autonomie corporelle et financière, l'impossibilité d'organiser sa vie librement, les dégâts émotionnels et sociaux pour la famille et l'entourage ainsi que les violences psychologiques ou physiques en détention constituent de multiples facteurs de stress[122]. La CourEDH reconnaît même que l'incarcération, par sa nature même, implique un certain degré d'humiliation pour les personnes détenues[123].

14 La **détention provisoire** (cf. N. 39 et N. 63 ss) constitue une atteinte particulièrement brutale à la liberté personnelle, notamment en raison de l'absence de délai permettant à la personne concernée de se préparer à la privation de liberté – délai qui peut parfois exister après une condamnation définitive ou une décision administrative entrée en force. L'enfermement intervient de manière soudaine, sans transition, ce qui ne laisse ni le temps de se préparer psychiquement, ni d'anticiper les répercussions concrètes telles

119. OFS, Exécution des peines et des mesures : population carcérale moyenne selon la décision principale, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal.assetdetail.32809049.html.
120. Oberholzer, p. 15.
121. Cf. Mazzucchelli, p. 1343.
122. Crewe, p. 511; De Viggiani, p. 115 ss.; Freeman/Seymour, p. 126 ss.; Huey/McNulty, p. 490 ss; Johns, p. 27.
123. Van Zyl/Snacken, p. 355.

que la perte d'un emploi, la séparation des proches ou la désorganisation complète du quotidien. Ce bouleversement abrupt – souvent qualifié de « choc carcéral » – est associé à un risque de suicide accru, notamment durant les premiers jours de détention[124]. Ce risque est d'autant plus élevé que le régime de la détention provisoire est normalement plus strict que celui de l'exécution des peines, l'isolement complet y étant largement pratiqué, du moins au début de l'incarcération[125].

Selon un rapport du Centre suisse de compétence pour les droits humains (ci- 15
après : CSDH), les praticien·ne·s de l'exécution des sanctions pénales en Suisse considèrent « unanimement la détention provisoire comme la forme de privation de liberté la plus dure »[126]. Ainsi, bien que la détention provisoire ne revête *de iure* qu'un caractère préventif, force est de constater qu'elle a *de facto* inévitablement aussi un caractère punitif[127]. C'est entre autres la raison pour laquelle le troisième alinéa de l'art. 31 Cst. (cf. N. 63 ss.) est spécifiquement dédié à la détention provisoire, dont la mise en œuvre en Suisse fait l'objet de nombreuses critiques de la part du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)[128] et de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT)[129]. Plusieurs initiatives visant à améliorer les conditions de détention de ce régime sont actuellement en cours[130]. Fin 2023, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) a adopté une « orientation concernant la détention

124. Crewe, p. 511; May/Applegate/Ruddell/Wood, p. 251.
125. CPT, 2012. Il faut noter qu'en raison de l'organisation fédéraliste en Suisse, les modalités concrètes de la privation de liberté varient souvent d'un canton et d'un établissement à l'autre. La mise à jour de l'étude du CSDH sur la détention provisoire montre certaines améliorations dans quelques cantons qui arrivent à respecter le principe de proportionnalité dans la détention provisoire, voir Künzli/Ostendarp/Stucki, p. 69.
126. Künzli/Frei/Schultheiss, p. 3.
127. Cf. Noll, p. 57 ss.
128. CPT/Inf (2025), p. 30–47.
129. Cf. notamment son rapport d'activité 2014 qui porte sur la détention provisoire : https://backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files/files/2024/09/06/67b5925b-717e-4833-b113-f76b4a6f18d1.pdf, consulté le 23.5.2025.
130. Cf. notamment: Direktion der Justiz und des Innern, Kanton Zürich, Untersuchungshaft, https://www.zh.ch/de/direktionder-justiz-und-des-innern/schwerpunkt-u-haft.html, consulté le 28.11.2024 ; Kanton Bern, Modellversuch Untersuchungshaft, https://www.ajv.sid.be.ch/de/start/themen/haft/modellversuch-u-haft.html, consulté le 28.11.2024; SRF, In Bern und Zürich soll U-Haft erträglicher werden, https://www.srf.ch/news/schweiz/pilotprojekt-im-justizvollzug-inbern-und-zuerich-soll-u-haft-ertraeglicher-werden, 8.9.2023, consulté le 11.10.2023.

provisoire et la détention pour des motifs de sûreté », allant dans le sens d'un meilleur respect du principe de proportionnalité dans les aménagements de la détention pré-sentencielle[131].

16 La **pratique de l'isolement**, c'est-à-dire la détention individuelle d'une personne pendant au moins 22 heures par jour sans possibilité réelle d'entretenir des contacts avec d'autres personnes, est particulièrement nocive[132]. Selon un rapport de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), les répercussions médicales de l'isolement incluent des attaques de panique, la dépression, la colère, la rage, des troubles de la perception, voire une confusion totale, des troubles sensoriels, des hallucinations, la paranoïa, des psychoses, l'automutilation ainsi que le suicide[133]. En Suisse, les graves dommages causés à la santé par l'isolement sont connus depuis longtemps. Une revue de littérature du psychiatre zurichois Reto Volkart datant de 1983 offre à ce sujet un aperçu accablant[134]. La pratique de « l'isolement prolongé », c'est-à-dire pendant plus de 15 jours consécutifs, est considérée comme un traitement cruel, inhumain et dégradant ; elle est absolument interdite par les Règles Nelson Mandela[135]. Néanmoins, l'isolement prolongé continue d'être pratiqué en Suisse, notamment dans le cadre de l'exécution des peines sous la forme d'une mesure de sécurité au sens de l'art. 78 let. b CP, qui prévoit la possibilité d'une telle mesure de sécurité pour la protection de la personne détenue ou de tiers[136]. Certaines législations cantonales autorisent d'ailleurs

131. Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), Orientation concernant la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté, Berne, 2023, https://www.kkjpd.ch/?action=get_file&id=63&resource_link_id=db, consulté le 22.11.2024.
132. Dellazizzo/Luigi/Giguère/Goulet/Dumais, p. 6-7; Haney 286.
133. World Health Organization (WHO), Prisons and Health, 2014, https://www.who.int/europe/publications/i/item/9789289050593, consulté le 22.11.2024.
134. Cf. Volkart, 1983, p. 6–16.
135. Règles Nelson Mandela, Règle numéro 43, let. d, en relation avec la Règle numéro 44, qui interdisent de manière absolue l'isolement prolongé, défini comme tout isolement cellulaire de plus de 22 heures par jour sans contact humain significatif, lorsqu'il dépasse 15 jours. Concernant la signification du *soft law* en général, voir plus bas (N. 30).
136. Künzli/Frei/Spring, p. 40; Dans son arrêt ATF 1B_52/2021, c. 3.8. le Tribunal fédéral a reconnu la légalité d'un isolement prolongé – d'une durée de deux ans et demi – en le considérant encore comme justifiable au vu des circonstances particulières du cas d'espèce et du risque que représentait la personne concernée, s'écartant de manière significative des 15 jours définis par les Règles Nelson Mandela.

des arrêts cellulaires en tant que sanction disciplinaire (en lien avec art. 78 let. c CP) d'une durée supérieure à 14 jours[137].

L'isolement est particulièrement problématique quand il est appliqué aux personnes souffrant d'un handicap (y compris de troubles psychiques)[138] : le Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées (CRPD) souligne que l'isolement appliqué aux personnes handicapées peut être considéré comme une forme de torture[139]. 17

D. Suicide et assistance au suicide

En Suisse, en moyenne, 8 personnes par année se sont suicidées en détention entre 2003 et 2023[140]. **La Suisse se classe défavorablement, au niveau international, en ce qui concerne le taux de suicide en détention**. Selon les enquêtes annuelles du Conseil de l'Europe, elle figure régulièrement parmi les pays dont le taux est « **très élevé** », c'est-à-dire supérieur de plus de 25% à la médiane européenne[141]. Cette surmortalité par suicide constitue un 18

137. Il s'agit notamment des cantons de Fribourg (20 jours); cf. art. 46 al. 1, let. e de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures (LEPM), RSF 340.1; Neuchâtel (30 jours), art. 97 al. 1, let. e de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA), RSN 351.0; Schaffhouse (20 jours); § 64 lit. g. de la Justizvollzugsverordnung (JVV) des Kantons Schaffhausen, SHR 341.101; Thurgovie (20 jours), § 89 de la Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung, JVV) des Kantons Thurgau, RB 340.31, conjointement avec chiffre 3 lit. g des Richtlinien der Ostschweizerischen Strafvollzugskommission für das Disziplinarrecht in den Konkordatsanstalten vom 7. avril 2006; Vaud (30 jours), art. 44 al. 4 du Règlement sur le droit disciplinaire applicable aux personnes détenues avant jugement et condamnées (RDD), BLV 340.07.1, Valais (20 jours), art. 55 al. 2 de l'Ordonnance sur les droits et les devoirs de la personne détenue (ODDD), RS/VS 340.100.
138. Le Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées (CRPD) conçoit la notion d'handicap de manière large : « Les personnes handicapées comprennent celles qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » (Article premier de la Convention relative aux droits des personnes handicapées).
139. Cf. le rapport du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées (CRPD) du 13 mai 2015, N 33.
140. Office fédéral de la statistique (OFS), Privation de liberté, décès et suicides, 2003-2023, 29.04.2024, https://www.bfs.admin.ch/asset/fr/je-f-19.04.02.81, consulté le 21.10.2025
141. Cf. Space I 2023, p. 3, 6, 112–113; 2022, p. 5, 6, p. 112–113; 2021, p. 3, 6, 117–118; 2020, p. 3, 6, 112–113; 2019, p. 3, 5, 108–109.

indicateur préoccupant des conditions de détention et de la vulnérabilité des personnes incarcérées en Suisse[142].

19 La question de l'**assistance au suicide** est étroitement liée à celle du suicide. L'aide au suicide connaît un régime juridique relativement libéral en Suisse, l'art. 115 CP punissant uniquement l'incitation et l'assistance au suicide pour un mobile égoïste. L'art. 10 al. 2 Cst. et l'art. 8 al. 1 CEDH protègent le droit à l'autodétermination de la personne, ce qui inclut son droit de décider quand et comment mettre fin à sa vie[143]. Ce droit est également protégé par la garantie constitutionnelle de la dignité humaine (art. 7 Cst.)[144]. Il n'en découle pas, cependant, un droit à l'assistance au suicide de la part de personnes tierces ni de la part des autorités étatiques[145]. Le Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions (CSCSP) a élaboré un guide à l'intention des établissements pénitentiaires, qui prévoit plusieurs conditions pour le traitement d'une demande d'assistance au suicide[146].

III. CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. 31 CST.

A. Champ d'application personnel

20 En raison des conséquences importantes d'une privation de liberté sur la vie et la santé d'une personne, l'art. 31 Cst. couvre un champ d'application personnel large, indiquant que « **nul ne peut être privé de sa liberté** ». La garantie constitutionnelle couvre tant les citoyen·ne·s ordinaires (y compris les mineur·e·s) que les personnes étrangères résidant sur le sol suisse, légalement ou non. La privation de liberté étant conçue de manière large, il n'y a pas besoin pour une personne d'être impliquée dans une procédure pénale pour bénéficier de la protection prévue par l'art. 31 Cst. De plus, toute forme de privation de liberté par l'État, qu'il s'agisse d'une peine ou d'une mesure pénale, d'une mesure administrative (domaines de l'asile, de la migration, de la sécurité intérieure) ou d'une mesure civile ou encore d'une

142. Mühlemann
143. ATF 133 I 58, c. 6.1 ; Tag, p. 73.
144. Tag, p. 73.
145. ATF 133 I 58, c. 6.2.2.
146. Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales (CSCSP), Le suicide assisté en exécution des peines et mesures, Fribourg 2019, https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Document_cadre_suicide_assiste.pdf, consulté le 17.9.2025.

sanction relevant du droit militaire, tombe sous le coup de la protection constitutionnelle et conventionnelle. Cette considération est particulièrement importante au regard de l'importance grandissante des mesures extra-pénales qui portent atteinte à la liberté personnelle[147].

Sur le plan subjectif, conformément à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, une privation de liberté suppose **l'absence d'un consentement libre et éclairé** de la personne concernée[148]. Concernant la question du consentement dans le cadre de mesures civiles privatives de liberté, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé – notamment dans l'arrêt *Stanev c. Bulgarie* – que la présence d'un tuteur ou d'une tutrice ou l'absence d'opposition expresse ne suffit pas à considérer qu'un placement est volontaire. Elle exige un consentement libre, éclairé et juridiquement valable de la part de la personne concernée[149]. Lorsqu'une personne accepte de rester dans un établissement dans lequel elle a été initialement transférée sans son consentement, la CourEDH considère qu'il n'y a plus lieu de constater une privation de liberté[150]. Cependant, le seul consentement ne saurait suffire pour mettre à mal le bénéfice de la protection prévue par les conventions internationales[151]. 21

B. Champ d'application matériel

Pour déterminer si un individu se trouve privé de sa liberté et peut ainsi bénéficier des garanties conventionnelles et constitutionnelles y relatives, il sied de considérer sa situation concrète et de tenir compte d'un **ensemble de critères**, comme du type, de la durée et du contexte de détention, de ses 22

147. Ashworth/Zedner, p. 430 ss.; cf. humanrights.ch (2018).
148. Voir notamment CourEDH, Storck c. Allemagne, 16 juin 2005, n° 61603/00, §§ 74–75 ; H.L. c. Royaume-Uni, 5 octobre 2004, n° 45508/99, § 90 ; De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971, série A n° 12, §§ 64–65.
149. CourEDH [GC], Stanev c. Bulgarie, no 36760/06, 17.1.2012, N 130-132 : le requérant n'avait ni demandé à être placé dans le foyer, ni exprimé un consentement libre et éclairé, et n'avait aucun moyen de contester son maintien. La Cour a conclu qu'ils s'agissait bel et bien d'une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention.
150. CourEDH, H.M. c. Suisse, no 39187/98, 26.2.2002, N 40 ss.
151. CourEDH, H.L. c. Royaume-Uni, no 45508/99, § 90 ; CourEDH, Stanev c. Bulgarie [GC], 17.1.2012, no 36760/06, 2012, N. 119 ; voir aussi l'affaire CourEDH, N. c. Roumanie, no 59152/08, 18.11.2017, N 165–167, où la Cour a considéré contraire à la Convention le maintien en détention du requérant alors qu'il avait consenti à rester détenu jusqu'à ce que les services sociaux trouvent une solution adéquate.

effets ou encore des modalités d'exécution. Les effets des mesures doivent être examinés de manière « accumulée et combinée »[152].

23 Un aspect central de cette évaluation de fond concerne la démarcation entre la privation de liberté et la « simple » **restriction de mouvement**, à laquelle s'appliquent les garanties relatives à la liberté personnelle prévues à l'art. 10 al. 2 Cst.[153] et à l'art. 12 al. 1 du Pacte ONU II[154]. La différence entre une privation et une restriction de liberté est une différence d'intensité et de degré, non de nature ni de substance[155]. Il faut que les mesures soient extraordinairement incisives, empêchant une personne d'aller et de vivre là où elle le souhaite[156]. La privation de liberté implique cependant des garanties plus larges que la restriction de la liberté de mouvement. Si cette restriction doit certes respecter les principes de la légalité et de la proportionnalité, le recours à un examen de la légalité de la mesure par un tribunal, tel qu'il est prévu pour une privation de liberté, n'est pas requis. Contrairement à l'art. 5 CEDH, qui énumère de manière exhaustive les situations dans lesquelles une privation de liberté est admissible au regard des droits humains (cf. N. 36 ss), aucune liste comparable ne régit les restrictions de liberté. De plus, la Suisse n'ayant pas ratifié le 4ème protocole additionnel à la CEDH, une mesure seulement restrictive (et non privative) de la liberté personnelle ne jouit pas de la protection de conventionnalité spécifique de la CEDH.[157]

24 Quant au critère temporel, **huit minutes** peuvent déjà suffire pour qu'il y ait privation de liberté[158]. En principe, plus la restriction spatiale est importante, moins la durée de la privation entre en ligne de compte. Un enfermement dans une cellule pendant seulement quelques minutes constitue une privation de liberté. Une assignation à résidence (cf. ci-dessous, N. 26) doit quant à elle

152. CourEDH, Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], nos 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.3.2012, N 57, 59 ; [GC], no 43395/09, N 80-81, 23.2.2017.
153. Cf. à cet égard : Heri.
154. ATF 137 I 31 c. 6.2, p. 45; ATF 1C_176/2013; 1C_684/2013, c. 11.
155. CourEDH, Austin et autres c. Royaume-Uni [GC], nos 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.3.2012, N. 57 ; Stanev c. Bulgarie [GC], 17.1.2012, no 36760/06, 2012, N 115 ; Medvedyev et autres c. France, no 3394/03, 29.03.2010, N. 73; Guzzardi c. Italie, no 7367/76, 6.11.1980, N 92-93.
156. ATF 113 IV 118 c. 2d ; cf. aussi ATF 120 IV 176 c. 2 ; Heri, N 47 ss.
157. Heri, N 64.
158. CourEDH, Brega et autres c. Moldovie, no 61485/08, 24.1.2012, N 19, N 44.

durer plus longtemps pour atteindre le seuil nécessaire pour être considérée comme une privation de liberté[159].

En ce qui concerne les conditions concrètes de mise en œuvre, les **mesures de coercition** ne constituent pas une condition nécessaire à la qualification d'une privation de liberté. La personne concernée ne doit pas nécessairement être maîtrisée physiquement pendant sa détention[160]. Selon certains auteurs, les placements en unités fermées de foyers ou d'établissements médico-sociaux pour personnes âgées ou atteintes de démence doivent également être qualifiés de privation de liberté au sens de l'art. 31 Cst. et de l'art. 5 CEDH[161]. 25

Les juges jouissent également d'une large marge d'appréciation pour ce qui est du critère de **l'espace**. Selon le TF et la CourEDH, une interdiction de quitter l'aéroport pendant plusieurs jours constitue une privation de liberté. Une assignation à résidence constitue aussi une privation de liberté, même si certaines exceptions, notamment les visites médicales ou les services religieux, sont accordées[162]. Un confinement général qui s'applique à toute la population, notamment lors d'une pandémie, ne constitue pas une privation de liberté[163]. Un exil forcé sur une île peut constituer une privation de liberté si la surveillance policière est telle que la personne ne peut sortir de sa résidence sans autorisation préalable, si l'espace effectivement utilisable est limité (en l'espèce, 90 % de la surface de l'île était occupé par une prison), et si les possibilités de nouer des contacts sociaux sont quasi inexistantes[164]. Toutefois, l'impossibilité factuelle de quitter une enclave de 1.6 km^2, provoquée par une interdiction d'entrée du pays limitrophe, ne constitue pas une privation de liberté au sens de l'art. 5 CEDH, tant que la personne bénéficie théoriquement de la possibilité de déménager dans une autre partie du pays pour se soustraire *de facto* à la restriction géographique[165]. 26

159. Hottelier, N 26.
160. CourEDH, M.A. c. Chypre, no 41872/10, 23.7.2013, N 193.
161. Künzli/Bertoni/Stucki, N 55-64.
162. ATF 134 I 140 c. 3.2, JdT 2009 I 303; ATF 123 II 193 c. 3c.; CourEDH, Amuur c. France, no 19776/92, 25.6.1996, N 43-49. Cf.
163. CourEDH, Terheş c. Roumanie, no 49933/20, 13.4.2021, N 45.
164. CourEDH, Guzzardi c. Italie, no 7367/76, 6.11.1980, N 90. A noter que la décision n'était pas unanime (11:7).
165. CourEDH, S.F. c. Suisse, no 16360/90, 2.3.1994, N 2 ; Nada c. Suisse, no 10593/08, 12.9.2012, N 229–34 ; cf. aussi ATF 133 II

27 A noter ensuite que les art. 31 Cst. et 5 CEDH ne s'appliquent en principe pas aux **conditions de détention** en soi. Celles-ci sont traitées sous l'angle d'autres normes, notamment l'art. 3 CEDH (traitement dégradant)[166] ou l'art. 7 Cst. (dignité humaine), l'art. 8 CEDH (droit à la vie privée)[167] respectivement l'art. 13 Cst. (protection de la sphère privée), ou encore l'art. 14 CEDH (discrimination)[168], respectivement l'art. 8 Cst. (égalité). Les modalités et les conditions de détention doivent en tout cas respecter la dignité humaine (art. 7 Cst.)[169] et éviter de soumettre les personnes détenues à « une à une détresse ou à une rigueur d'une intensité dépassant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention »[170]. Ce principe est également inscrit dans l'art. 75 CP qui statue que la peine privative de liberté « doit correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires, assurer au détenu l'assistance nécessaire, combattre les effets nocifs de la privation de liberté et tenir compte de manière adéquate du besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus. »

28 Ces conditions comprennent notamment l'hygiène[171], l'air et la lumière[172], l'alimentation[173], les rapports sociaux, les droits de procédure ou l'exercice des droits politiques[174]. L'**isolement carcéral**, notamment lorsqu'il est prolongé ou appliqué à des personnes vulnérables, peut **constituer une violation de l'art. 3 CEDH[175].** Le placement d'un patient toxicodépendant en chambre sécurisée dans le cadre de l'exécution d'un placement à des fins d'assistance (PAFA)[176] a été jugé par le TF comme constituant « une restriction supplémentaire de la liberté personnelle » au sens de l'art. 10 al. 2 Cst. et par-là nécessitant une base légale[177] Au niveau du *soft law*, les conditions de

166. ATF 140 I 125 (1B_369/2013) du 26 février 2014.
167. CourEDH, Piechowicz et Horych c. Pologne, nos 20071/07 et 13621/08, 17.4.2012, N 1 ss.
168. CourEDH, X. c. Turquie, no 24626/09, 9.10.2012, N 1 ss.
169. Concernant dignité humaine dans la privation de liberté en tant que principe de la CEDH, cf. Ronc, 193 ff.
170. CourEDH, Dzieziak vs. Pologne, no 77766/01, 9.3.2009, N 91.
171. CourEDH, Podeschi c. San Marino, 66357/14, N. 111; Ananyev c. Russie, 42525/07, N. 156.
172. Rec(2006)2, Règles pénitentiaires européennes, § 18.1; CourEDH, Kalashnikov v. Russie, 47095/99, N. 97; Vlasov c. Russie, 78146, N. 84.
173. Rec(2006)2, Règles pénitentiaires européennes, § 22.1 ss.
174. Message Cst. 1997, p. 142.
175. CourEDH [GC], Ilascu et autres c. Moldova et Russie, no 48787/99, 8.7.2004 ; mais pas dans le cas de Ramirez Sanchez (« le Chacal »), CourEDH [GC], Ramirez Sanchez c. France, 59450/00, 4.7.2006.
176. Art. 426 ss Code civil suisse (CC) du 1er janvier 1912, RS 210.

détention font l'objet des Règles pénitentiaires européennes (RPE)[178] et des Règles Nelson Mandela[179] ainsi que d'autres directives sur la privation de liberté[180].

IV. ART. 31 AL. 1 CST. : LÉGALITÉ ET LÉGITIMITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

29 Le premier alinéa de l'art. 31 Cst. consacre le principe de la légalité, en écho à l'art. 5 § 1 CEDH[181]. Il dispose que « nul ne peut être privé de liberté si ce n'est dans les *cas prévus* par la loi et *selon les formes* qu'elle prescrit ». Cette formule renvoie, d'une part, à l'exigence d'une **base légale** explicite en droit interne pour toute mesure privative de liberté (*cas prévus par la loi*), et d'autre part, au respect des **procédures formelles prévues par cette même législation** (*formes qu'elle prescrit*)[182]. Autrement dit, une privation de liberté doit non seulement être fondée sur une base légale, mais également être appliquée dans le respect des garanties procédurales établies par cette norme, ces exigences constituant des garde-fous essentiels contre l'arbitraire[183].

30 Dans le cas où une affaire est soumise au contrôle de conventionnalité, la CourEDH se retient en principe de remettre en question la loi interne[184]. Toutefois, et puisqu'il s'agit d'une grave restriction d'un droit fondamental, la Cour exige que la loi soit « de qualité », c'est-à-dire **accessible, prévisible et précise**, autrement dit caractérisée par une densité normative élevée[185]. Elle

177. ATF 134 I 209 c. 2.3.1, ATF 134 I 221.
178. Conseil de l'Europe, Règles pénitentiaires européennes, Rec(2006)2.
179. Assemblée Générale des Nations Unies, Règles Nelson Mandela, A/RES/70/175.
180. En tant que soft law, elles ne sont pas directement contraignantes sur le plan juridique (cf. N. 11). Elles tirent cependant leur force normative du principe de la confiance, cf. Kälin/Epiney/Caroni/Pirker, p. 81–82. Les autorités sont tenues d'examiner les principes énoncés dans les principes et directives internationales constituant du « soft law » et de ne s'en écarter qu'avec une justification appropriée, cf. ATF 141 I 141 c. 6.3.3; ATF 118 Ia 64 c. 2, p. 70. Un aperçu d'autres directives de soft law en rapport avec la privation de liberté se trouve sous https://www.skjv.ch/fr/execution-des-sanctions-penales/vue-densemble-de-la-soft-law-en-matiere-penitentiaire, consulté 23.5.2025.
181. Voir aussi l'analyse du champ d'application de l'art. 5 CEDH dans un sens large, y compris sous l'angle de la légalité et des exigences procédurales : CourEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, 6301/73, N. 39.
182. CourEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, 6301/73, N. 39 : « Au sujet de la conformité au droit interne, la Cour souligne que l'adjectif « régulier » englobe à la fois la procédure et le fond. »
183. BK-Schürmann, Art. 31, N 16a.

doit en outre être conforme au but de l'art. 5 CEDH, qui est de protéger tout individu contre l'arbitraire[186]. Comme la privation de liberté est appréhendée dans sa définition la plus large par l'art. 31 Cst., toutes les bases légales applicables – y compris celles issues du droit administratif (asile, migration, PAFA, etc.) ou du droit civil (placement à des fins d'assistance, protection de l'adulte, etc.), et non uniquement celles issues du droit pénal et de procédure pénale, doivent être prises en considération et sont soumises aux garanties prévues par la norme.

31 Pour qu'une privation de liberté soit régulière, il faut qu'elle ne soit pas en contradiction avec les motifs énumérés de manière exhaustive dans l'art. 5 § 1 CEDH. Ceux-ci permettent de concrétiser, comme l'indique la jurisprudence du Tribunal fédéral[187], les garanties prévues par l'art. 31 Cst. par rapport aux motifs de détention permissibles. Trois grands principes découlent de la jurisprudence de la CourEDH quant à l'art. 5 § 1 CEDH : l'interprétation étroite des exceptions, qui sont listées de manière **exhaustive**, la régularité de la privation de liberté sur laquelle l'accent est mis tant du point de vue de la procédure que du fond, et l'importance de la célérité des contrôles juridictionnels requis[188]. En parallèle, les principes de proportionnalité et l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux évoqués par l'art. 36 al. 2 à 4 Cst. doivent également être respectés.

32 Le principe de proportionnalité et la protection de l'art. 5 CEDH impliquent que la liberté soit la norme et que toute mesure y portant atteinte doive rester l'**ultima ratio**. Au moins dans le discours offlciel, il existe un consensus au niveau international selon lequel la privation de liberté ne devrait être utilisée

184. CourEDH, Wloch c. Pologne, no 33475/08, 10.05.2011, N 114–116 ; CourEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, no 6301/73, 24.10.1979, N 48-50. Cela dit, en principe, la Cour fait preuve de retenue lorsqu'il s'agit de remettre en question les lois internes, pour éviter 4. de se substituer aux autorités nationales (CourEDH, El Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine, no 39630/09, 13.12.2012, N 155).

185. CourEDH, J.N. c. Royaume-Uni, no 37289/12, N 77 ; CourEDH, Medvedyev et autres c. France, no 3394/03, 29.3.2010, N 80 ; CourEDH, Del Río Prada c. Espagne, no 42750/09, 10.7.2012, N 125; CourEDH, Amuur c. France, no 19776/92, 25.6.1996, N 50.

186. Cf. parmi d'autres, l'arrêt CourEDH, Kemmache c. France (no 3), no 17621/91, 24.11.1994, N 42.

187. Dans sa jurisprudence, le TF procède habituellement à un examen de la compatibilité de la privation de liberté avec l'art. 5

188. CourEDH, S., V. et A. c. Danemark, no 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22.10.2018, N 73 ; CourEDH [GC] Buzadji c.

qu'en dernier recours[189]. Les normes du CPT ainsi que de nombreuses recommandations récentes du Conseil de l'Europe afflrment explicitement que l'incarcération ne devrait être envisagée qu'en dernier recours, et soutiennent une politique pénale orientée vers la réduction du recours à la détention[190]. Ce principe ne se répercute pas de manière explicite dans la jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 5 CEDH, mais les arguments de la Cour dans des cas portant sur des violations des art. 8 à 11 CEDH[191] fournissent des analogies pertinentes[192]. Dans l'affaire *Hatton et autres c. le Royaume-Uni*, la Cour a jugé que les États sont tenus de minimiser autant que possible l'ingérence dans l'exercice des droits humains en recherchant des alternatives moins incisives et en s'efforçant « d'atteindre leurs buts de la manière la plus respectueuse de ces droits »[193]. Elle a en outre retenu, en se référant à l'arrêt *Dudgeon v. United Kingdom*, que « lorsqu'une politique du gouvernement se traduisant par des lois pénales porte atteinte à un aspect des plus intimes de la vie privée d'une personne, l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État est réduite »[194]. L'État doit notamment démontrer de manière scientifique que l'ingérence dans les droits fondamentaux est nécessaire[195].

---

189. Van Zyl/Snacken, p. 363 ; cf. la Position commune des Nations Unies sur l'incarcération, disponible sous https:// www.unodc.org/res/justice-and-prison-reform/nelsonmandelarules/UN_System_Common_Position_on_Incarceration_09-06-2021.pdf, consulté le 2.6.2025.
190. Cf. Conseil de l'Europe, Règles pénitentiaires européennes, Rec(2006)2, préambule et commentaire introductif, où il est afflrmé que l'incarcération doit constituer une mesure de dernier recours, aussi brève que possible; voir également CPT, Rapport sur la visite périodique en Italie en 2022, publié le 10 mars 2023, § 12, appelant à une stratégie cohérente visant à garantir que la détention soit véritablement une mesure de dernier ressort ; enfin, cf. Recommandation n° R(99)22 du Comité des Ministres sur la surpopulation carcérale, soulignant que « la peine privative de liberté ne devrait être appliquée qu'en dernier ressort et seulement lorsque la gravité de l'infraction le justifie ».
191. Cf. p. ex. CourEDH Handyside c. Royaume-Uni, No 5493/72, 7.12.1976, N 49, où la Cour a noté, relativement à la liberté d'expression (art. 10 CEDH), qu'il doit être prêté une attention particulière non seulement à la légalité d'une restriction ou d'une sanction, mais aussi à leur « nécessité ». Une société ne serait pas démocratique sans ces garanties.
192. Pour une élaboration de cet argument, cf. van Zyl/Sonja Snacken, p. 362 ss. Les auteurs soutiennent que la raison pour laquelle la protection par la CourEDH des garanties prévues aux art. 8 à 11 paraît plus importante que celle de l'art. 5 CEDH semble être l'idée reçue selon laquelle la privation de liberté constitue une manière reconnue et acceptable de punir des auteur·e·s d'infractions. Cette idée est remise en question par le principe proposé par la Cour selon lequel la privation de liberté constitue l'*ultima ratio*.
193. CourEDH, Hatton et autres c. Royaume-Uni, 8.7.2003, 36022/97, N 86.
194. CourEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22.10.1981, série A no 45, N 52.

33 Transposées à la liberté personnelle, les déclarations susmentionnées de la CourEDH impliquent une obligation pour les autorités nationales de **prouver l'efficacité** des mesures imposées pour atteindre leur objectif et de trouver des solutions alternatives. Concrètement, les autorités (notamment le législateur et les juges) doivent examiner de manière systématique, voire au cas par cas, si des mesures alternatives ou, à défaut, des privations de liberté plus courtes permettent de **réaliser les finalités poursuivies**, telles que la réinsertion sociale (art. 75 CP) ou le rétablissement de la paix sociale[196]. Les résultats de recherches sur les impacts de différentes mesures – notamment sur les enfants et les proches des personnes détenues[197] – doivent ainsi être pris en considération[198].

A. Motifs justifiant une privation de liberté selon l'art. 5 § 1 CEDH

34 Une privation de liberté est admissible uniquement si un ou plusieurs des motifs énumérés à l'art. 5 § 1 CEDH s'appliquent. Comme statué dans le texte de la disposition, « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, *sauf dans les cas suivants* et *selon les voies légales* » (nous mettons en évidence). La CEDH revêt une **importance primordiale** pour toute atteinte aux droits fondamentaux entraînée par une privation de liberté : dans sa pratique, le Tribunal fédéral prend en considération la jurisprudence de la CourEDH et tant les jugements impliquant la Suisse que ceux portant sur des griefs formulés envers d'autres États[199].

1. Détention post-sentencielle

35 L'art. 5 § 1 let. a) CEDH se réfère à la détention régulière après une condamnation (« détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent »), typiquement une peine privative de liberté ordonnée par un

195. Van Zyl/Snacken, p. 363.
196. Pour une discussion des théories pénales, des objectifs de la condamnation et du principe de l'ultima ratio dans le contexte de la privation de liberté, cf. De Castro Rodrigues/Sacau/Quintas de Oliveira/Abrunhosa Gonçalves, p. 172 ss.
197. Pour la mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale en droit international et suisse, voir Hauptmann, § 1412 ss.
198. Van Zyl/Snacken, p. 363.
199. Hottelier, Comm. Cst., N 9.

tribunal comme prévu aux art. 40 CP, 36 CP (peine privative de liberté de substitution) ou 41 CP (peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire). Il convient de noter que les juges doivent expressément motiver le choix d'une peine privative de liberté (art. 41 al. 2 CP), qui doit sembler **être le seul moyen** pour empêcher un·e auteur·e de commettre de nouvelles infractions. En outre, les garanties prévues à l'art. 6 CEDH s'appliquent quant au procès équitable. Dans le contexte suisse, l'internement (art. 64 CP), qui constitue une mesure purement sécuritaire, rentre également dans le champ d'application de l'art. 5 § 1 let. a) CEDH. Enfin, la notion d'« après » implique non seulement une succession temporelle, mais également un lien de causalité entre les motifs évoqués dans la condamnation et le prononcé de la détention. Ce lien s'estompe toutefois au fur et à mesure que le temps passe[200].

2. Détention préventive non-pénale

L'art. 5 § 1 let. b) CEDH[201] prévoit la possibilité d'une détention pour insoumission à un ordre émanant d'un tribunal ou pour garantir l'exécution d'une obligation légale, par exemple en cas de non-paiement d'une amende ou de violation des conditions d'une libération conditionnelle[202]. Les mesures en question ne doivent pas revêtir de caractère punitif[203]. Il faut que la personne concernée ait reçu un **ordre contraignant**, qu'elle ait eu la possibilité de s'y soumettre et qu'elle ne l'ait pas fait[204]. Il faut également que la privation de liberté serve exclusivement à garantir l'exécution de l'obligation qui ne pourrait pas l'être avec des mesures moins sévères. Cette obligation doit être spécifique et concrète[205]. 36

Concernant la nature de l'obligation légale, il peut s'agir d'une obligation négative, notamment celle de s'abstenir de commettre des infractions, ce qui 37

200. CourEDH, M. c. Allemagne, no 19359/04, 17.12.2009, N 89 (et réf. y cit.).
201. Texte de l'art. 5 § 1 let. b) CEDH: « s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ».
202. Andriantsimbazovina, p. 33.
203. CourEDH [GC], S., V. et A. c. Danemark, no 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22.10.2018, N 80 (et références citées). Si l'on pouvait englober dans l'alinéa b) de véritables peines, celles-ci se trouveraient soustraites aux garanties fondamentales de l'alinéa a) (CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.6.1976, N 69).
204. CourEDH, Beiere c. Lettonie, no 30954/05, 29.11.2011, N 49–50.
205. CourEDH, Ciulla c. Italie, no 11152/84, 22.2.1989, N 36.

ouvre la porte à la **détention préventive extra- pénale**, qui a été traitée par la CourEDH tant sous l'angle de l'art. 5 § 1 let. b) CEDH que sous celui de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH[206]. Il faut cependant que l'auteur·e « potentiel·le » sache quel acte précis il ou elle aurait dû ou devrait s'abstenir de commettre et qu'il y ait eu des indices concrets laissant présumer qu'il ou elle n'avait pas la volonté de s'en abstenir[207]. Pour que l'obligation soit suffisamment concrète et spécifique, le lieu et la date de l'infraction ainsi que les victimes potentielles doivent être précisés[208]. Une détention préventive qui ne remplit pas cette exigence de précision ne saurait donc entrer en ligne de compte. C'est une des raisons pour lesquelles le projet d'une détention préventive pour des « terroristes potentiels » a dû être abandonné dans le cadre de l'adoption de la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (LMPT) en Suisse en 2020[209]. L'assignation à résidence a quant à elle été maintenue et fait désormais partie de l'arsenal préventif de la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)[210]. Cela malgré le fait qu'une application conforme à l'art. 5 CEDH semble impossible, notamment parce que les motifs énoncés à l'art. 23*o* LMSI et dans le Message relatif aux MPT[211] ne sont pas suffisamment précis pour justifier une détention préventive au sens ni de l'art. 5 § 1 let. b) CEDH, ni de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH (cf. ci- dessous, N. 39 ss)[212].

206. La CourEDH a eu à traiter la détention préventive dans le contexte de l'hooliganisme, mais l'a fait dans un premier temps en vérifiant la compatibilité avec la let. b) de l'art. 5 § 1 CEDH, écartant d'emblée la let. c) car la jurisprudence de la Cour se serait développée de façon telle que la let. c) requière un acte criminel déjà commis (not. Ciulla c. Italie, no 11152/84, 22.2.1989, N 38 ; Epple c. Allemagne, no 77909/01, 24.03.2005, N 35. Dans l'affaire S., V. et A. c. Danemark, no 35553/12, 17.01.2018, N 137, la Grande Chambre a choisi de corriger la jurisprudence de la Cour relative à la let. c) et d'admettre que le second volet de celle-ci peut être considéré comme un motif distinct de privation de liberté.
207. CourEDH, Kurt c. Autriche [GC], 62903/15, 15.6.2021, N 185 ; Ostendorf c. Allemagne.
208. S., V. et A. c. Danemark, N 83, N 91-92; CourEDH, M. c. Allemagne, no 19359/04, 17.12.2009, N 89, 102; Ostendorf c. Allemagne, no 15598/08, N 66; ATF 137 I 31 c. 7.4; ATF 142 I 121 c. 3.6.4.
209. Cf. documentation sur les débats en lien avec l'objet 19.032 (Mesures policières de lutte contre le terrorisme), à l'occasion du vote populaire du 13.06.2021, p. IV : https://www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-19-032-2021-06-13.pdf#search=gesicherte%20unterbringung%20für%20gefährder, consulté le 21.11.2024.
210. Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) du 16.07.2012 (RS 120).
211. Message MPT ; cf. aussi Coninx, p. 204.

La CourEDH considère que l'art. 5 § 1 CEDH n'est pas violé tant que la détention respecte le principe de proportionnalité et que la privation de liberté est levée **dès que le risque concret disparaît**. Ceci requiert une évaluation continue de la situation et ne saurait en principe justifier une détention excédant quelques heures[213]. En accord avec cette jurisprudence, le TF considère quant à lui que le maintien de manifestants dans un cordon policier (« kettling ») pendant 2.5 heures, suivi d'une rétention à des fins de contrôles sécuritaires de 3.5 heures, constitue une privation de liberté admissible, et cela tant sous l'angle de la lettre b) – pour empêcher les personnes concernées de commettre une infraction, en l'occurrence des actes violents lors d'une manifestation prohibée – que de la lettre c) (cf. ci-après) – pour endiguer des soupçons relatifs à la commission de nouvelles infractions[214]. 38

3. Détention préventive pénale

L'art. 5 § 1 let. c) CEDH[215] fait référence aux formes de privation de liberté qui s'appliquent aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale. Cette lettre couvre les arrestations provisoires par la police pour amener une personne au poste (art. 217 CPP)[216] ainsi que la garde à vue[217]. Une simple appréhension par la police (art. 215 CPP) peut également entrer en ligne de compte, l'existence d'un **élément de coercition** dans l'exercice de pouvoirs policiers d'interpellation et de fouille indiquant une privation de liberté, nonobstant la brièveté de ces mesures[218]. La durée de l'appréhension 39

212. Cf. Müller, p. 245.
213. S., V. et A. c. Danemark, N 80-81, 170–171 ; CourEDH, Vasileva c. Danemark, no 52792/99, 25.9.2003, N 36.
214. ATF 142 I 121 c. 3.1, 3.6, JdT 2016 I 103. La justification de la rétention, voire détention préventive sur la base de la let. c) de l'art. 5 § 1 CEDH reflète l'approche de la CourEDH dans l'affaire S., V. et A. c. Danemark (op. cit.).
215. Le texte de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH dit: « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci »
216. Cf. aussi ATF 126 I 153 c. 2.a, p. 156.
217. ATF 136 I 87 c. 6.5.3., p. 108 ss.; cf. aussi Mohler, N 1516, 1518 ss.
218. CourEDH, Krupko et autres c. Russie, no 26587/07, 26.06.2014, N 36 ; Foka c. Turquie, no 28940/95, 14.6.2008, N 78 ; Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, no 4158/05, 12.1.2010, N 57 ; Shimovolos c. Russie, no 30194/09, 21.6.2011, N 50 ; Brega et autres c. Moldovie, no 61485/08, 24.1.2012, N 43.

précédant une arrestation par la police est déduite du délai de 24 heures durant lequel la personne doit être libérée ou amenée devant le Ministère public (cf. art. 219 al. 4 CPP).

40 La matérialisation la plus typique de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH est la **détention avant jugement** telle que prévue par l'art. 220 CPP, comprenant la détention provisoire jusqu'au dépôt de l'acte d'accusation devant le tribunal et la détention pour motifs de sûreté entre ce moment et l'entrée en force du jugement[219]. Pour ordonner la mise en détention provisoire, il faut un soupçon « fort » et, cumulativement, la présence d'au moins un des quatre motifs de détention spécifiques, à savoir le risque de collusion, le risque de fuite, le risque de passage à l'acte et le risque de récidive (art. 221 CPP)[220]. Ce faisant, le CPP va plus loin que la CEDH, laquelle ne mentionne qu'un soupçon « suffisant »[221]. L'existence d'un des quatre motifs doit être fondée sur des indices concrets, l'unique présomption ne suffisant pas[222]. La détention provisoire doit en principe être une mesure de dernier recours[223], pour respecter le principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.)[224]. Force est de constater que cela n'est souvent pas le cas en pratique, la vaste palette de mesures de substitution envisageables (art. 237 CPP) restant sous-exploitée[225]. Du point de vue de l'État de droit, cela est problématique, vu le caractère contraignant du principe de proportionnalité[226].

4. Détention de personnes mineures

41 L'art. 5 § 1 let. d) CEDH[227] fait référence à la détention d'une **personne mineure**, telle que la prévoit le Droit pénal des mineurs (DPmin, 311.1) via le

219. La jurisprudence de la CourEDH est quasi univoque sur le fait que la légalité de la détention au titre de l'art. 5 § 1 let. c de la Convention prend fin avec l'acquittement de l'intéressé, même par un tribunal de première instance.
220. Ces motifs s'appliquent également à la détention pour des motifs de sûreté.
221. Cf. Grabenwarter/Pabel, § 21, N 30 ss.; Meyer-Ladewig, Art. 5, N 38; Müller/Schefer, N 104.
222. ATF 132 I 21 c. 3.2, 23; ATF 107 Ia 3 c. 5, 6.
223. CourEDH, Rezmiveș et autres c. Roumanie, et trois autres, nos. 61467/12, 25.4.2017, N 86–87: les États doivent utiliser la détention avant jugement en dernier recours.
224. StPO-Frei/Zuberbühler Elsässer, Art. 221, N 7; BSK-Härri, Art. 237 StPO, N 1.
225. Cf. ATF 137 IV 122 c. 6, 131 ss.; ATF 133 I 27 c. 3.2 s., 28 ss.; SGK-Vest, N 16; Manfrin, p. 65 ff.
226. Künzli/Kälin, p. 14.
227. Le texte de l'art. 5 § 1 let. d) CEDH dit : « s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ».

placement (art. 15 DPmin) et, dépendamment des modalités d'exécution, l'interdiction géographique (art. 16a DPmin). Entre également en ligne de compte la procédure pénale applicable aux mineurs, telle que prévue à l'art. 27 de la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPmin, 312.1) (détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté). Il découle des principes en matière de droit pénal des mineurs évoqués à l'art. 2 DPmin et à l'art. 4 PPmin que les mesures de contrainte impliquant une privation de liberté restent une *ultima ratio* et sont soumises à des délais de prolongation plus stricts (cf. art. 26 ss. DPmin)[228]. L'art. 5 § 1 let. d) CEDH inclut également les mesures de placement à des fins d'assistance dans le cas de personnes mineures (art. 314*b* CC)[229]. La Suisse fait régulièrement l'objet de critiques de la part d'instances tant nationales qu'internationales à cause de la privation de liberté de personnes mineures, notamment dans le domaine de la migration[230].

5. Détention de personnes particulièrement vulnérables

42 L'art. 5 § 1 let. e) CEDH[231] concerne la privation de liberté des personnes souffrant de troubles psychiques ou de toxicodépendance, ou des personnes qualifiées de « vagabonds »[232]. La privation de liberté prononcée à des fins d'endiguement d'une maladie contagieuse relève aussi de l'art. 5 § 1 let. e) CEDH. Dans le Code pénal suisse, cela correspond à des formes de privation de liberté qui sont **stricto sensu non-punitives**, à savoir les mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 59 CP pour le traitement des troubles

228. Cf. aussi ATF 142 IV 389 c. 4.

229. Grabenwarter/Pabel, § 21, N 36 ss.

230. Par exemple: CPT/Inf (2022) 9, II.C.; Organisation des Nations Unies, CCPR/C/CHE/CO/4, N 34-35; cf. aussi Tagesanzeiger (23.02.2017), Die Elfjährigen im Erwachsenengefängnis, https://www.tagesanzeiger.ch/die-elfjaehrigen-im-erwachsenen-gefaengnis-699348494202, consulté le 2.6.2025; Netzwerk Kinderrechte Schweiz (10.08.2020), Nationale Kommission zur Verhütung von Folter beanstandet die administrative Inhaftierung von Minderjährigen im Migrationsbereich, https://www.netzwerk-kinderrechte.ch/aktuell/2020/nationale-kommission-zur-verhuetung-von-folter-beanstandet-die-administrative-inhaftierung-von-minderjaehrigen-im-migrationsbereich, consulté le 2.6.2025; Vuillemier Marie pour Swissinfo (06.11.2019), Critiqué, la Suisse continue d'emprisonner des enfants, https://www.swissinfo.ch/fre/societe/la-suisse-continue-d-emprisonner-des-enfants-prison-détention-renvoi-asile/45320110, consulté le 2.6.2025.

231. Le texte de l'art. 5 § 1 let. e) CEDH dit : « s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ».

mentaux, art. 60 CP pour le traitement des addictions et art. 61 CP pour les infractions commises par des jeunes adultes)[233]. Dans le cas des mineurs, le DPmin prévoit le placement en vue du traitement de troubles psychiques (art. 15, al. 2, let. a DPmin). En ce qui concerne l'astreinte de personnes atteintes de troubles mentaux à des mesures institutionnelles au sens de l'art. 59 CP, la Suisse a été réprimandée au niveau tant national qu'international.

43 Selon le CSDH, les établissements d'exécution des mesures et les divisions de psychiatrie médico-légale des établissements pénitentiaires existants « ne peuvent être qualifiés que partiellement d'institutions soustraites à l'exécution des peines et rattachées au secteur de la santé, même dans le cadre d'une interprétation généreuse »[234]. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a également critiqué le traitement inadéquat qui résulte d'un placement inapproprié. Il indique que la détention des personnes atteintes de troubles mentaux ne doit être utilisée qu'en dernier recours et que des alternatives à la privation de liberté en institution doivent être trouvées et appliquées. En outre, il juge que l'art. 59 CP n'est pas compatible avec le Pacte ONU II. Le Comité recommande à la Suisse d'adapter ses dispositions légales afin de se conformer à ses obligations internationales[235]. La situation des personnes atteintes de graves troubles mentaux a fait aussi l'objet d'un dialogue de longue date entre le CPT et les autorités suisses[236]. Dans son rapport sur la visite de 2021, le CPT recommande aux autorités suisses d'abroger les sanctions disciplinaires pour les personnes soumises à une mesure de traitement institutionnel et souffrant de troubles mentaux[237]. Au vu de ces critiques, l'augmentation constante du nombre de personnes souffrant de

232. Le terme « vagabond » figure littéralement dans la version originale de l'article 5 § 1 let. e) CEDH. Il renvoie à une catégorie juridique historiquement utilisée dans certains États membres pour désigner des personnes sans domicile fixe ou perçues comme « oisives ». Cette notion est aujourd'hui largement désuète et n'est plus mobilisée activement dans la jurisprudence de la CourEDH. Voir toutefois CourEDH, De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, numéros 2832/66, 2835/66, 2899/66, où la Cour examine les conditions de légalité de la détention de personnes qualifiées de « vagabonds » au titre d'une législation nationale datant de 1891.

233. Cf. Besse, p. 1 ss.

234. Künzli/Bertoni/Stucki, N 4.

235. ONU, CCPR/C/CHE/CO/4, N. 38, 39.

236. CPT/Inf (2025), N 125 s; CPT/Inf (2022) 9, N 165 ss.; CPT/Inf (2016) 18, N 91 ss.

237. CPT/Inf (2022) 9, N 229 ; Voir aussi CourEDH, I.L. c. Suisse, n° 72939/16, 21.3.2023, N 88, N 99 : La Cour s'y réfère à la

troubles mentaux soumises à la privation de liberté dans le cadre du droit des mesures est source de préoccupation[238].

Le Code civil (CC, 210) prévoit le placement à des fins d'assistance (art. 426 et 427 CC). L'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) doit statuer sans délai sur une demande de remise en liberté (art. 385 CC, art. 426 al. 4 CC) et procéder à un examen de la légalité du placement après six mois au plus tard (art. 431 al. 1 CC). Comme pour l'art. 5 § 1 let. a) CEDH, la détention pénale d'une personne qualifiée d'« aliénée »[239] doit s'inscrire dans un lien causal avec les motifs de la condamnation. Dans le cas où la personne ne réside pas dans un établissement approprié, la mesure doit être levée (art. 62c CP)[240]. Le 30 avril 2019, la CourEDH a condamné la Suisse pour avoir placé à des fins d'assistance une personne atteinte de maladie psychique. Dans son arrêt, la Cour a précisé qu'une privation de liberté à des fins d'assistance pour le seul motif de **mise en danger d'autres personnes** n'était pas prévue par l'art. 426 CC. La privation de liberté du requérant n'avait donc pas de base légale selon la législation nationale et violait l'article 5 § 1 let. e) CEDH (droit à la liberté et à la sécurité).[241] En d'autres termes, l'utilisation des mesures issues du droit civil à des fins exclusivement sécuritaires préventives, tendances que l'on constate en Suisse également[242], est inadmissible du point de vue des exigences constitutionnelles et conventionnelles. La pratique de l'internement à des fins d'assistance continue à soulever d'importantes préoccupations au regard des obligations découlant de l'art. 5 CEDH et de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)[243]. A cet égard, la problématique particulière des personnes placées dans des établissements fermés sans véritable contrôle judiciaire, souvent uniquement sur la base de contrats conclus avec des proches, est à souligner également[244]. 44

238. Cf. Oberholzer, 17 ff.; Bernard, 141 ss.
239. Le terme « aliéné » est issu du texte original de l'article 5 § 1 let. e) CEDH. Il s'agit d'une notion historique, aujourd'hui désuète et perçue comme stigmatisante. La jurisprudence récente de la CourEDH lui préfère des formulations telles que « personne souffrant de troubles mentaux » ou « troubles psychiatriques ». Voir, par exemple, CourEDH [GC], Stanev c. Bulgarie, no 36760/06, 17.1.2012, N 145 ss.
240. Cf. CourEDH, Kadusic c. Suisse, no 43977/13, 9.1.2018, N 57-58.
241. Cf. CourEDH, T.B. c. Suisse, no 1760/15, 30.4.2019.
242. Cf. Droz-Sauthier/Zermatten, p. 441; Ajil/Jendly, p. 645.
243. Künzli/Bertoni/Stucki, N 130.
244. *ibid*, N 4.

6. Détention administrative dans le domaine de la migration

45 Comme dernière exception, l'art. 5 § 1 let. f) CEDH[245] prévoit des modes de privation de liberté légitimes dans le contexte de l'interdiction d'entrée, de la gestion de la présence et de l'éloignement de personnes étrangères sur le territoire d'un État membre. L'existence de cette exception peut surprendre de prime abord, mais au vu du statocentrisme[246] inhérent au droit international, il n'existe pas de droit fondamental garantissant **l'accès à ou le séjour dans le territoire d'un État membre** de la CEDH sans en être citoyen ou résident légal[247]. En principe, un État membre ne viole pas la Convention lorsqu'il empêche par le biais d'une détention temporaire l'entrée non-autorisée d'une personne sur son territoire. En Suisse, ces formes de détention existent notamment dans les aéroports de Zurich-Kloten et de Genève-Cointrin. Il s'agit des « zones de transit » dans lesquelles les personnes sans autorisation d'entrée peuvent se retrouver arrêtées. Ces zones ont été qualifiées de privation de liberté par le TF, le Conseil fédéral et la CPT[248].

46 S'agissant des requérants d'asile qui, aussitôt arrivés sur le territoire, déposent une demande d'asile, leur rétention dans les zones de transit ne doit pas excéder 60 jours, selon l'art. 22 al. 5 de la Loi sur l'asile (LAsi)[249]. Si le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) ne statue pas sur l'admissibilité de la **demande d'asile** dans les 20 jours, la personne doit être transférée dans un canton ou dans un centre de la Confédération (art. 23 LAsi). En principe, une fois que la personne passe la frontière, elle se trouve sur le territoire et ne peut factuellement plus être empêchée d'y *accéder*. La détention au titre de l'art. 5 § 1 let. f.) devient par-là inadmissible.[250] Enfin, l'art. 73 LEI[251] prévoit la rétention de personnes dépourvues d'autorisation de courte durée, de séjour

245. Le texte de l'art. 5 § 1 let. f) CEDH dit : « s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

246. Le statocentrisme (ou « nationalisme méthodologique », selon Dumitru, p. 9) dénote une idéologie prônant la prééminence ontologique de l'État-Nation dans l'analyse des relations sociales, cf. De Brabandere, p. 197.

247. CourEDH, Nada c. Suisse, no 10593/08, 12.9.2012, N 164; CourEDH [GC], Maslov c. Austria [GC], no 1638/03, 6.2.2008, N 68; Üner v. the Netherlands [GC], no 46410/99, 18.10.2006, N 54.

248. ATF 129 I 139 c. 4.4, ATF 123 II 193 c. 3.b), 3.c) et 4.c); CPT/Inf (2008) 33, N 93; CPT/Inf (2004) 38, N 32 ss.; cf. aussi Künzli/

249. Loi sur l'asile (LAsi) du 26 juin 1998, RS 142.31.

ou d'établissement afin de leur notifier une décision relative à leur statut de séjour (art. 73 al. 1 let. a LEI) ou pour établir leur identité et leur nationalité (art. 73 al. 1 let. b LEI). Cette rétention ne saurait excéder trois jours (art. 73 al. 2 LEI).

47 Une fois que le ou la ressortissant•e étranger•e sans titre de séjour se trouve *sur* le territoire et qu'il ou elle **menace l'ordre public** ou risque de se soustraire à une décision de renvoi ou d'expulsion, il ou elle peut être assigné•e à résidence ou interdit•e de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEI). Cependant, si les modalités d'exécution sont telles qu'une privation de liberté semble avoir lieu, ce n'est pas l'art. 5 § 1 let. f) CEDH, mais l'art. 5 § 1 let. b) CEDH qui s'applique[252]. Dans ce cas-là, la privation de liberté ne peut pas avoir de caractère punitif et doit être levée dès que l'obligation en question (notamment celle de ne pas menacer l'ordre public) est respectée.

48 Le droit concernant les personnes étrangères prévoit différentes **mesures de contrainte** qui impliquent une privation de liberté (art. 75-78 LEI). L'art. 81 LEI impose certaines garanties, soit le droit de contact avec la défense, les membres de la famille et les autorités consulaires (art. 81 al. 1 LEI), l'obligation de détenir les personnes concernées dans des établissements spécifiquement prévus à cet effet ou, à défaut, de les séparer des personnes placées en détention préventive ou exécutant une peine pénale (art. 81 al. 2 LEI), et le respect des besoins spécifiques des personnes vulnérables, des personnes mineures non accompagnées et des familles accompagnées d'enfants (art. 81 al. 3 LEI). À l'heure actuelle, seuls quelques cantons disposent d'établissements spécifiquement conçus pour l'exécution de la détention administrative.[253] Mis à part l'établissement de Frambois (GE), les régimes de détention administrative ont été, pour la plupart, aménagés dans d'anciens établissements pénitentiaires. Or, ces bâtiments se révèlent souvent inadaptés à la nature non pénale de la détention administrative.[254] Parallèlement, il existe en Suisse de nombreuses structures de plus petite taille, qui accueillent des personnes en détention administrative aux côtés de détenus placés en

250. Künzli/Frei/Krummen, p. 21 ; sachant qu'une partie de la doctrine et le TAF (cf. jugement D-6502/2010 du 16.9.2010) sont d'avis que la notion d'empêchement peut être étendue temporellement et spatialement au-delà du passage du contrôle douanier.
251. Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI) du 1 janvier 2008, RS 142.20.
252. Künzli/Frei/Krummen, p. 22.
253. Künzli/Kelly, p. 7.
254. Künzli/Kelly, p. 4.

détention provisoire, en détention pour des motifs de sûreté, ou encore en exécution de peines ou de mesures[255]. En conséquence, les personnes étrangères concernées sont très souvent placées dans des établissements pénitentiaires ou dans des structures à caractère carcéral, peu adaptées à l'accueil et aux besoins spécifiques de cette population[256]. Cette situation perdure malgré l'exigence du Tribunal fédéral selon laquelle la privation de liberté ne peut être justifiée que dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution du renvoi, et que les conditions d'exécution doivent refléter la nature administrative – et strictement non punitive – de la détention.[257]

49 Enfin, une personne étrangère peut se voir mise en détention dans le cas d'une expulsion, d'un renvoi, d'une expulsion exécutoire de première instance (art. 76 LEI) ou alors dans l'attente d'une décision sur le renvoi ou l'expulsion, et ce pour une durée maximale de six mois (art. 75 LEI). Pour qu'une détention soit compatible avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles, il faut que l'exécution de l'expulsion ou du renvoi soit **prévisible[258]** et que les autorités respectent le principe de célérité, notamment dans la procuration des papiers d'identité[259]. La CourEDH a en outre précisé qu'une privation de liberté cesse d'être conforme à l'art. 5 CEDH lorsque la procédure de renvoi n'est pas conduite avec la diligence requise[260]. Un récent rapport souligne qu'en Suisse, ces exigences ne sont pas toujours respectées, en particulier s'agissant du respect du principe de proportionnalité, des garanties procédurales et des conditions de détention[261]. En 2016, le TF a ordonné la libération d'un ressortissant irakien, condamné pour des infractions en lien avec le terrorisme, de la détention en vue de l'expulsion[262], parce que la décision d'expulsion de première instance, ordonnée par fedpol, n'avait pas examiné le principe de non-refoulement qui s'applique aux réfugiés (art. 25 al. 2 Cst., art. 5 LAsi) ni le non-refoulement en cas de risque de torture (art. 25 al. 3 Cst., art. 3 CEDH)[263]. L'expulsion n'était donc factuellement pas possible. Ce cas de figure constitue une des raisons

255. Künzli/Kelly, p. 7.
256. Künzli/Kelly, p. 21–22; CAT/C/CHE/CO/8, para. 27.
257. ATF 149 II 6, c. 4.2.3., p. 11–12.
258. ATF 130 II 56 c. 1, p. 58: « noch nicht möglich, jedoch absehbar ».
259. ATF 124 II 49 c. 3, p. 51 ss.
260. CourEDH, Chahal c. Royaume-Uni, no 22414/93, N 112 ss.
261. Observatoire du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse), op. cit.
262. TF 2C_712/2016 du 6.9.2016, c. 1.2 et 1.3.
263. ATF 139 II 65, c. 5 et 6, p. 71 ss. et 74 ss.

pour lesquelles la LMPT (cf. N. 39) a introduit le motif de « menace pour la sécurité intérieure ou extérieure », tant pour la détention en phase préparatoire que pour la détention visant à assurer l'exécution du renvoi ou de l'expulsion (art. 75 al. 1 let. i LEI), ainsi que pour la possibilité de l'isolement d'une personne étrangère détenue (art. 81 al. 6 LEI), renforçant ainsi l'approche sécuritaire dans le domaine de l'asile.

B. Obligations positives

La jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 5 CEDH **ne se limite pas à des obligations négatives**, c'est-à-dire à l'exigence de s'abstenir de traitements contraires aux principes de la Convention. Dans la jurisprudence, des obligations positives ont également été mises en avant: les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour protéger l'ensemble des personnes tombant sous leur juridiction. Cela concerne les cas d'extradition pénale, lorsqu'il est à craindre que l'État, vers lequel l'extradition est planifiée, ne respecte pas les garanties prévues à l'art. 5 CEDH. 50

Par exemple, la **détention « incommunicado »** (c'est-à-dire sans aucune possibilité de contact avec le monde extérieur) constitue une violation fondamentale des garanties de base en matière de privation de liberté. Un État membre doit enregistrer des données quant à la date, l'heure, l'endroit de la détention, le nom de la personne détenue, les motifs de détention et l'autorité responsable de la détention[264]. Si une personne risque de se retrouver dans un régime de détention « incommunicado » (pratique étasunienne courante dans le contexte de la lutte contre le terrorisme[265]) aux mains d'un autre État, l'État membre viole la Convention sur le fond s'il transfère cette personne aux autorités étrangères en vue d'une détention, et sous son volet procédural s'il omet d'examiner la légalité de la détention à l'étranger[266]. En l'occurrence, l'ex-République yougoslave de Macédoine était responsable non seulement de la détention du plaignant dans un hôtel pendant 23 jours, mais également de son transfert en Afghanistan et de sa détention pendant quatre mois dans 51

264. CourEDH, Kurt c. Turquie, no 15/1997/799/1002, 25.5.1998, N 125.
265. Ces pratiques étasuniennes ont occupé la CourEDH à plusieurs reprises, cf. arrêt de la CourEDH, Al-Hawsawi v. Lithouanie, no 6383/17, 16 janvier 2024, N (y.c. arrêts et références cités).
266. CourEDH, El-Masri c. l'« ex-République yougoslave de Macédoine», no 39630/09, 13.12.2012, N 230 ss.

un centre de détention extrajudiciaire opéré par la CIA. Dans un tel cas de figure, lorsque l'État membre a placé une personne sous son autorité, ne serait-ce que pour une brève période, il peut être exigé de ce dernier qu'il apporte des preuves de sa méconnaissance des violations des droits humains par un autre État (selon le principe *affirmanti incumbit probatio*)[267].

52 Enfin, le statocentrisme qui continue à prévaloir quant à l'applicabilité et l'application des droits humains[268] tend à occulter le fait que les États ne sont pas les seuls acteurs à porter atteinte auxdits droits et libertés. Les obligations positives doivent être respectées également lorsque des agents étatiques ont connaissance de privations de liberté diligentées par des acteurs privés, qu'ils s'en accommodent, voire coopèrent avec eux[269]. Dans ce contexte, le rôle des entreprises de sécurité privées, qui exécutent des tâches régaliennes et font usage de la force, comme c'est le cas des agents de sécurité dans les Centres fédéraux d'asile (CFA)[270], reste à examiner.

C. Absence d'arbitraire

53 En amont des garanties procédurales plus concrètes décrites aux alinéas 2, 3 et 4 de l'art. 31 Cst., la deuxième partie de l'alinéa 1 (« selon les formes que la loi prescrit ») évoque une garantie de procédure générale. Celle-ci sert à mitiger les risques d'abus découlant de lois domestiques utilisées à mauvais escient, pour protéger toute personne contre l'arbitraire. Une privation de liberté peut ainsi être considérée comme arbitraire en présence d'un élément de **mauvaise foi, de ruse ou de tromperie** de la part des autorités[271]. Elle peut également le devenir lorsqu'il n'existe pas de cohérence entre le motif invoqué, le lieu et les modalités concrètes de la détention, par exemple lorsque des personnes sont détenues dans un régime pénitentiaire strict sans

267. CourEDH, El-Masri c. l'« ex-République yougoslave de Macédoine», no 39630/09, 13.12.2012, N 152–153 (y.c. références citées).
268. De Brabandere, p. 192.
269. CourEDH, Riera Blume et autres c. Espagne, no 37680/97, 14. 10. 1999, N 29 ; Storck c. Allemagne, 61603/00, 16. 6. 2005, N 91 ; Rantsev c. Chypre et Russie, no 25965/04, 7.1.2010, N 319 ss.
270. Cf. CPT/Inf (2022) 9 ainsi que le rapport d'Amnesty International, « Je demande que les requérants d'asile soient traités comme des êtres humains ». Mai 2021, https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/docs/2021/violationsdes-droits-humains-dans-les-centres-federaux-d-asile, consulté 27.5.2025.
271. CourEDH, Conka c. Belgique, no 51564/99, 5.2.2002, N 39 ss.

justification liée à leur situation. De même, la détention peut être jugée arbitraire en l'absence de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens de contrainte choisis, ou encore lorsque le délai entre l'annulation d'une mesure de détention et l'adoption d'une nouvelle décision juridiquement valide est excessif[272].

Selon certains auteurs, ce mécanisme de protection contre l'arbitraire serait 54
de plus en plus mis à l'épreuve dans la pratique[273]. Sous prétexte de prévenir diverses formes de violences, **le recours à la notion de dangerosité** tend à devenir un instrument d'arbitraire[274]. L'approche « préventionniste »[275] se concentre sur des mesures qui ne visent pas des infractions commises, mais une « dangerosité » pronostiquée. Cela concerne aussi bien le domaine de la sécurité intérieure[276], notamment dans le domaine du contre-terrorisme, par exemple à travers les pouvoirs d'investigation préventive des services de renseignement[277], que le système pénitentiaire, où de plus en plus de personnes sont incarcérées à titre provisoire dans le cadre de mesures institutionelles et d'internement[278].

V. GATANTIES PROCÉDURALES DE L'ART. 31 CST.

A. Importance des garanties procédurales

Une privation de liberté représente une ingérence particulièrement incisive 55
dans les droits fondamentaux d'une personne. Il en découle ainsi une importance primordiale à ce que la personne puisse bénéficier d'une procédure équitable lorsqu'elle voit son droit à la liberté de mouvement atteint (voir ci-dessus, N. 4). Le droit de bénéficier d'une position de sujet de procédure (Prozesssubjektstellung) est étroitement lié à la dignité humaine :

272. CourEDH, James, Wells et Lee c. Royaume-Uni, no 25119/09, 5775/09 et 57877/09, 18.9.2012, N 191-195 ; CourEDH [GC], Saadi c. Royaume-Uni, no 37201/06, 29. 1. 2008, N 68-74; sur l'aspect temporel : Mooren c. Allemagne [GC], no 11364/03, 9.7.2009, N 80 ; Khoudoïorov c. Russie, no 6847/02, 8.11.2005, N 136–137 ; Minjat c. Suisse, no 38223/97, 28.10.2003, N 46 et 48.
273. Kuhn, p. 143.
274. Kuhn, p. 143.
275. Schmid/Lubishtani/Boillet/Ajil/Capus, p. 602 ; Ajil/Fischmeister/Venezia/Jendly/Scalia, N 2.
276. Kuhn, p. 143.
277. Bielmann/Caneppele, p. 198 ; Constantin, p. 60.
278. Voir N. 12 ci-dessus.

pour une privation de liberté respectueuse des droits humains, les personnes concernées doivent être prises en compte en tant que sujets de droit aptes à participer à et à influer sur la procédure (et non réduites à des objets de droit)[279]. A cette fin, l'art. 31 Cst. prévoit des garanties procédurales concrètes allant au-delà des garanties générales de procédure (art. 29 Cst.) et de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.), en les concrétisant pour la privation de liberté. L'art. 31 Cst. garantit le droit à l'information et le droit de faire valoir ses droits de manière effective (art. 31 al. 2 Cst.), le contrôle de la légalité de la détention provisoire (art. 31 al. 3 Cst.) et la possibilité pour des personnes détenues de faire appel à un tribunal à tout moment pour contrôler la légalité de la détention (art. 31 al. 4 Cst.).

B. Art. 31 al. 2 Cst. : Droit à l'information et à faire valoir ses droits

56 L'art. 31 al. 2 Cst. renvoie au droit à l'information, droit couvert par l'art. 5 § 2 CEDH également. L'information est indispensable pour que la personne privée de sa liberté puisse faire valoir l'ensemble de ses droits garantis par la norme constitutionnelle (voir not. art. 31 al. 3 et 4 Cst.)[280]. Cette garantie reflète le droit constitutionnel **d'être entendu** (art. 29 al. 2 Cst.)[281]. Le droit à l'information ne s'applique qu'à partir du moment où la privation de liberté devient effective, c'est-à-dire lorsque la personne est arrêtée ou placée en détention. La seule existence d'un mandat d'arrêt ne suffit pas à faire naître cette obligation d'information : ce droit prend effet dès que la personne est privée de sa liberté de manière concrète[282]. Il s'agit d'une garantie procédurale applicable à tous les types de détention.

1. Raisons de la privation de liberté

57 L'art. 31 al. 2 Cst. contient plusieurs garanties quant aux modalités et aux objets de la notification. Les deux objets concernent les raisons de la privation de liberté, d'un côté, et les droits de la personne concernée, de l'autre. En ce qui concerne les raisons, le texte de l'art. 5 § 2 CEDH va légèrement plus loin que l'art. 31 al. 2 Cst. en ajoutant que la personne doit également être

279. Cf. Ronc, 272.
280. CourEDH, Van der Leer c. Pays-Bas, no 11509/85, 21.2.1990, N 27 ss.
281. Hottelier, N 44.
282. CourEDH, Keus c. Pays-Bas, no 12228/86, 25.10.1990, N 22.

informée de « **toute accusation portée contre elle** ». En matière de procédure pénale, les art. 158 al. 1 let. a CPP et 219 CPP exigent que la personne prévenue soit informée des infractions qui lui sont reprochées. Pour davantage de précisions sur les critères relatifs à la communication des motifs de détention, il sied de se référer au CPP et à la jurisprudence de la CourEDH et du TF.

La qualité de l'information doit être évaluée à la lumière des circonstances concrètes[283]. Les motifs de détention doivent être **suffisamment explicites**, juridiquement et factuellement parlant, pour que la personne puisse demander un examen de la légalité de sa détention selon l'art. 31 al. 4 Cst.[284]. Il ne suffit pas de mentionner uniquement la ou les dispositions légales présumément violées[285]. En revanche, les autorités ne sont pas tenues de présenter les accusations et les preuves de manière exhaustive[286], ni d'octroyer l'accès au dossier d'enquête tant que la première audition n'a pas eu lieu (cf. art. 101 CPP)[287]. 58

2. Droits à faire valoir

Parmi les droits de la personne détenue figure le droit de **ne pas s'auto-incriminer** (*nemo tenetur*, cf. art. 158 al. 1 let. b CPP pour les procédures pénales). Ce principe peut être déduit de l'art. 6 § 1 CEDH et il est explicitement garanti par l'art. 14 ch. 3 let. g du Pacte ONU II[288]. Il sied de noter que ce droit constitutionnel est mis à mal par les obligations d'auteurs présumés d'infractions à la Loi fédérale sur la circulation routière (LCR)[289], notamment l'obligation de participer à la constatation de l'incapacité à conduire (art. 91a LCR en lien avec l'art. 51 LCR)[290]. Enfin, il est important de 59

283. CourEDH, Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, no 12244/86 ; 12245/86; 12383/86, 30.8.1990, N 40.
284. CourEDH, Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, no 36378/02, 12.4.2004, N 427 ; Conka c. Belgique, no 51564/99, 5.2.2002, N 50 ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 1P.97/2004 du 3.6.2004 c. 3.2.1., arrêt du TF 1P.182/2004 du 8.4.2004 c. 2; cf. SGK-Vest, N 21 : l'information doit porter sur le lieu, l'heure et les circonstances de l'acte en question, ainsi que sur la qualité de participation (complice, auteur, etc.).
285. CourEDH [GC], Murray c. Royaume-Uni, no 14310/88, 28.10.1994, N 76.
286. CourEDH, Bordovskiy c. Russie, no 49491/99, 8.2.2005, N 56.
287. CourEDH, Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, no 36378/02, 12.4.2004, N 427.
288. cf. ATF 130 I 126 c. 2.1.
289. RS 741.01.
290. ATF 131 IV 36 c. 3.5, p. 45–46.

relever que l'obligation d'informer la personne de son droit de refuser de déposer est un acquis de la nouvelle Constitution fédérale de 1999. En effet, tant l'art. 31 al. 2 Cst. que l'art. 32 al. 2 Cst. (pour la procédure pénale), érigent ce droit de refuser de déposer au rang de droit fondamental directement applicable[291]. La personne concernée doit également être informée de son droit à une défense juridique gratuite (cf. art. 29 al. 3 Cst.)[292] et de son droit à demander l'examen de sa liberté en tout temps (art. 226 al. 3 CPP). L'assistance juridique en détention est aussi reconnue par les Règles pénitentiaires européennes (paragraphe 23.1)[293] et les Règles Nelson Mandela (Règle 61)[294].

60 Au-delà de l'obligation d'informer la personne de ses droits, obligation sans laquelle les preuves deviennent inexploitables (art. 158 al. 2 CPP en lien avec l'art. 141 al. 1 CPP pour les auditions)[295], il est indispensable que la personne soit **mise en état de les faire valoir[296]**. Quand une personne demande une défense juridique, les autorités sont ainsi tenues de réagir de manière rapide et effective[297]. Selon une partie de la doctrine, la défense obligatoire prévue pour la détention provisoire (art. 130 let. a CPP) devrait s'appliquer de manière analogue à l'exécution de peines et de mesures[298]. En effet, l'exécution d'une sanction est caractérisée par une récurrence de décisions dont chacune mériterait une défense adéquate, en particulier parce que la détention implique des vulnérabilités et un besoin de soutien accrus[299]. Au-delà de sa fonction purement défensive, le droit de faire valoir ses droits comporte également une dimension positive – à savoir la capacité et la possibilité effective de présenter des demandes ou des requêtes aux

291. SGK-Vest, N 24, « selbstständig anrufbares Grundrecht » ; Flachsmann/Wehrenberg, Informationspflicht, N 316 ss. ; Seiler, Schweigerecht, N 11 ; Wyss, p. 138 ss. ; Zimmerlin, p. 318 s.

292. ATF 131 I 350 c. 3.2, 356 ss., c. 4.1, 360 ss. ; Zimmerlin, 318 ss.

293. Cf. N. 26.

294. Voir aussi : United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems, New York 2013, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidlines_on_access_to_legal_aid.pdf.

295. ATF 130 I 126 c. 2.1; Message CPP, p. 1172 ss.

296. Schlegel, p. 36 ss.

297. CourEDH [GC], Salduz c. Turquie, 36391/08, 27.11.2008, N 51, 56, avec commentaires de Wohlers/Schlegel, FP 2009, 75 ;

298. 4. Cf. Robert, p. 339 ss. ; Biro (2019), p. 343 ss. contra l'opinion du TF et une partie de la doctrine (ATF 128 I 222, 228 c. 2.4.2 s. ; Arn, p. 217 ; Haefelin, p. 108 ; Palumbo, p. 100 ss.).

299. Biro (2019), p. 343 ss.

autorités[300]. Ainsi, une personne se trouvant en exécution d'une peine ou d'une mesure doit pouvoir invoquer le principe de réinsertion consacré à l'art. 75 CP.

Sur le plan des modalités de la notification, l'art. 31 al. 2 Cst. prévoit deux critères. Le premier est de nature temporelle (« aussitôt »). La formulation de l'art. 5 § 2 CEDH (« dans le plus court délai ») équivaut à ce que prévoit le texte constitutionnel. *In concreto*, ce critère temporel n'implique pas de délai fixe quelconque, mais signifie que l'information doit parvenir à la personne **suffisamment tôt** pour que celle-ci puisse faire valoir ses droits de manière effective[301]. L'information doit dans tous les cas parvenir à la personne avant une première audition et avant qu'elle ne fasse de dépositions potentiellement auto-incriminantes[302]. Un délai de plusieurs jours est inadmissible dans tous les cas[303]. 61

Le deuxième critère concerne la langue de communication. La personne détenue doit être en mesure de comprendre la langue utilisée, sans que celle-ci soit nécessairement sa langue maternelle[304]. Cela requiert potentiellement une traduction[305]. En ce qui concerne la procédure pénale, l'art. 219 al. 1 CPP prévoit l'information « dans une langue que [la personne arrêtée] comprend ». Les informations doivent parvenir à la personne dans un **langage accessible et non-technique[306]**. Une attention particulière doit être portée aux personnes dont la capacité de compréhension est limitée – que ce soit en raison de troubles psychiques, de déficience intellectuelle, d'un état de confusion temporaire (par exemple en cas d'alcoolisation massive) ou pour toute autre raison. Dans de tels cas, il convient de s'assurer que les informations soient délivrées de manière adaptée, notamment à l'aide de personnel formé ou spécialisé[307]. Il incombe en tout cas aux autorités de s'assurer que la personne comprenne pleinement les motifs de sa détention ainsi que ses droits[308]. Il est possible d'informer un·e représentant·e juridique 62

300. Cité dans van Zyl/Snacken, p. 72.
301. Biaggini, Komm. BV, Art. 31, N 6.
302. Cf. Wyss, p. 141 ss. ; Zimmerlin, p. 321 ss.
303. CourEDH, Khlaifia et autres c. Italie, no 16483/12, 15.12.2016, N 115 ss.
304. CourEDH, Parlanti c. Allemagne, no 45097/04, 26.5.2005, N 2.
305. CourEDH, Conka c. Belgique, no 51564/99, 5.2.2002, N 52.
306. CourEDH, Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, nos 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.8.1990 N 40 ; CourEDH, H. B. c. Suisse, no 26899/95, 5.4.2001, N 47.
307. CourEDH, X. c. Royaume-Uni, no 6998/75, 16.7.1980, N 107.

s'il peut être raisonnablement présumé que l'information parviendra ensuite directement à la personne concernée[309]. Enfin, l'information ne doit pas forcément être transmise sous forme écrite ; elle peut être transmise oralement[310]. Il est toutefois raisonnable de garder une trace écrite, par exemple sous forme de procès-verbal établi ultérieurement[311].

63 Enfin, l'art. 31 al. 2 Cst. garantit également le droit de **faire informer ses proches**. La formulation implique la participation d'un•e intermédiaire : ni la Constitution, ni la CEDH ne garantissent un droit d'informer *soi-même* ses proches ou des représentants juridiques[312]. La notion de personne proche ne se limite pas au cercle familial, mais s'étend à « [t]oute personne liée par une forme d'intérêt de nature privée, professionnelle, associative ou autre à celle qui se trouve privée de sa liberté »[313]. Dans le cadre de la procédure pénale, l'art. 214 al. 1 CPP reflète ce droit constitutionnel, obligeant l'autorité pénale compétente à informer « immédiatement » les proches de la personne arrêtée et, sur demande de cette dernière, son employeur ou, cas échéant, l'ambassade de son pays. Toutefois, l'exception prévue à l'art. 214 al. 2 CPP introduit une restriction procédurale à ce droit fondamental, en permettant à l'autorité de différer l'information afin de préserver l'efflcacité de l'instruction. Cette faculté d'ajournement soulève des questions quant à la compatibilité des exigences de l'enquête avec les garanties constitutionnelles[314].

C. Art. 31 al. 3 Cst. : Détention provisoire

64 Le troisième alinéa de l'art. 31 Cst. se distingue des autres en ce qu'il vise exclusivement une forme particulière de privation de liberté : la détention provisoire (également appelée détention préventive ou détention avant jugement). En droit suisse, cette catégorie comprend la détention provisoire au sens strict (art. 220 al. 1 CPP) ainsi que la détention pour des motifs de

308. CourEDH, Z. H. c. Hongrie, no 28973/11, 8.11.2012 N 42 s. : il s'agissait d'une personne souffrant de surdité qui ne comprenait pas le langage des signes offlciel. Dans la procédure pénale, il sied de se référer à l'art. 219 al. 1 CPP.
309. Cf. CourEDH [GC], Saadi c. Royaume-Uni, no 37201/06, 29.1.2008, N 84; CourEDH, Malofeya c. Russie, no 36673/04, 30.5.2013, N 70.
310. Hottelier, Comm. Cst., N 48; SGK-Vest, N 22.
311. Wyss, p. 141 ss.; Zimmerlin, p. 321 ss.
312. CourEDH, X. c. Danemark, no 8828/79, 5.10.1982.
313. Hottelier, Comm. Cst., N 51.
314. Cf. SGK-Vest, N 28.

sûreté (art. 220 al. 2 CPP). L'art. 31 al. 3 Cst. concerne deux aspects : le contrôle initial de la détention préventive et sa durée[315]. Cette disposition doit être lue à la lumière de la **présomption d'innocence** énoncée à l'art. 32 al. 1 Cst.

1. Contrôle de la légalité

Concernant le contrôle de la légalité de la détention provisoire, il s'agit d'une garantie spécifique et **automatique**, contrairement à la garantie générale de contrôle judiciaire évoquée à l'art. 31 al. 4 Cst. (cf. N. 71 ci-dessous), qui doit faire l'objet d'une demande expresse de la part de la personne privée de liberté[316]. L'art. 31 al. 3 Cst. garantit un premier contrôle lors de la mise en détention mais n'offre pas de garanties pour des contrôles subséquents, qui eux doivent répondre aux critères précisés à l'art. 31 al. 4 Cst. En ce qui concerne le délai dans lequel ce premier contrôle doit avoir lieu, nous retrouvons ici l'adverbe « aussitôt », évoqué déjà à l'art. 31 al. 2 Cst. Selon la CourEDH, un délai maximum de 48 heures ne devrait en principe pas être dépassé[317]. La Cour considère qu'une période dépassant quatre jours pour statuer sur la légalité est prima facie trop longue[318], y compris dans un contexte de lutte contre le terrorisme[319]. Dans certaines circonstances, une durée plus courte peut également être contraire au principe de célérité, notamment dans le cas de personnes mineures et/ou en présence de délits non violents[320]. 65

En Suisse, le Ministère public doit formuler une **demande de détention** pour trois mois au plus auprès d'un Tribunal des mesures de contrainte (ci- 66

315. BK-Schürmann, Art. 31, N 29.
316. CourEDH [GC], McKay v. the United Kingdom, no 543/03, 3.10.2006, N 34 ; Varga c. Roumanie, no 73957/01, 1.4.2008, N 52 ; Viorel Burzo c. Roumanie, no 75109/01, 30.6.2009, N 107.
317. CourEDH [GC], Aquilina c. Malte, no 25642/94, 29.4.1999, N 51 ; CourEDH, Grauzinis c. Lithanie, no 37975/97, 10.10.2000, N 25.
318. CourEDH, Oral et Atabay c. Turquie, no 39686/02, 23.6.2009, N 43.
319. CourEDH, Brogan c. Rocyaume-Uni, no. 14672/89, N. 62.
320. CourEDH, Magee et autres c. Royaume-Uni, no. 26289/12, 12.05.2015, N 78; CourEDH, Kandjov c. Bulgarie, no 68294/01, 6.11.2008, N 66-67 (3 jours et 23 heures ne constituaient pas une durée suffisamment courte étant donné qu'il s'agissait d'un mineur et d'une infraction non-violente); CourEDH, İpek et autres c. Turquie, nos 17019/02 et 30070/02, 3.2.2009, N 36–37 (3 jours et 9 heures ne pouvaient être considérés comme étant en conformité avec l'obligation de célérité dans le cas de mineurs).

après : TMC ; art. 13 let. a CPP ; art. 18 al. 1 CPP). Cette demande doit être effectuée « sans retard » et dans un délai de 48 heures maximum après l'appréhension par la police (art. 224 al. 2 CPP). Le TMC statue immédiatement, mais dispose également d'un délai maximal de 48 heures (art. 226 al. 1 CPP) pour ordonner soit la détention ou une mesure de contrainte, soit la (re)mise en liberté immédiate (art. 226 al. 3-5 CPP). Le TMC entend la personne prévenue *in persona,* sauf exceptions (art. 225 CPP).

2. Les Tribunaux des mesures de contrainte : un véritable contrepoids ?[321]

67 Les TMC ont été créés avec la révision du CPP de 2007 pour constituer « un indispensable contrepoids aux pouvoirs de la police et du ministère public »[322]. Le développement des TMC visait à répondre à un **manque d'impartialité des juges d'instruction**, comme expliqué dans le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du Code de procédure pénale[323]. La jurisprudence de la CourEDH semblait imposer que, *de facto*, seul·e·s des magistrat·e·s non impliqué·e·s dans une affaire puissent non seulement statuer sur la légalité de la détention (art. 31 al. 4 Cst.) mais également ordonner la détention (art. 31 al. 3 Cst.)[324]. En effet, le texte de l'art. 5 § 3 CEDH[325] laisse une certaine marge d'interprétation en indiquant que la personne doit être traduite devant un juge « ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » (« offlcer » en anglais). La jurisprudence a clarifié qu'un magistrat ne doit pas nécessairement être un·e juge, mais doit néanmoins revêtir des attributs propres à cette fonction, notamment l'indépendance[326].

321. cf. aussi CourEDH [GC], Aquilina c. Malte, no 25642/94, 29.4.1999, N 50.
322. Message CPP, p. 1108 ss.
323. Message CPP, p. 1082.
324. 4. CourEDH, Huber c. Suisse, no 12794/87, 23.10.1990 (Procureur de district ZH) ; H. B. c. Suisse, no 26899/95, 5. 4. 2001 (Juge d'instruction SO). Cf. également arrêt I.O. c. Suisse, no 21529/93, 8.3.2001 (Juge d'instruction BE, arrangement à l'amiable).
325. Le texte de l'art. 5 § 3 CEDH: « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »
326. CourEDH, Schiesser c. Suisse, no 7710/76, 4.12.1979, N 31; Huber c. Suisse, no 12794/87, 23.10.1990, N 43; Brincat c. Italie, no 13867/88, 26.11.1992, N 20. Cf. également ATF 131 I 36 concernant l' « Amtstatthalter » lucernois.

Au contraire, selon le texte de la Constitution, la compétence *d'ordonner* la détention provisoire doit *impérativement* revenir à un·e juge[327].

Si la présence des TMC est aujourd'hui un acquis à saluer, force est de constater qu'un véritable contrepoids aux autorités de poursuite pénale fait toujours défaut. Les TMC ne refusent quasiment jamais les demandes de mise en détention provisoire formulées par les Ministères publics[328]. Cela est d'autant plus problématique dans les cas (prépondérants, depuis l'entrée en vigueur du nouveau CPP[329]) où l'affaire se solde par une **ordonnance pénale** susceptible de prononcer une peine privative de liberté allant jusqu'à six mois (art. 352 al. 1 let. d CPP).[330] Pour qu'un tribunal statue sur la validité d'une ordonnance (art. 356 al. 2 CPP), il faut qu'une opposition soit notifiée. Sans opposition, l'ordonnance est assimilée à un jugement entré en force (art. 354 al. 3 CPP). A la différence des cas dans lesquels un tribunal statue sur la sanction définitive, la détention échappe dans ces cas *in fine* au contrôle judiciaire requis tant constitutionnellement que conventionnellement. Si l'introduction de l'art. 352*a* CPP, entrée en vigueur le 1er janvier 2024 (cf. N. 7 ci-dessus), qui prévoit désormais l'audition par le Ministère public « s'il est probable que l'ordonnance pénale débouchera sur une peine privative de liberté à exécuter » est à saluer, elle ne rémédie toujours pas à l'absence de contrôle judiciaire. 68

3. Durée maximale de la détention provisoire

L'art. 31 al. 3 Cst. codifie le principe de célérité[331], la personne concernée ayant droit à « être jugée dans un délai raisonnable ». Ce principe est également inclus dans l'art. 5 § 3 CEDH et rappelle le principe de célérité 69

327. ATF 131 I 36 c. 2.4 : la Constitution exige que la personne détenue soit traduite sans délai devant un ou une juge (cf. aussi ATF 126 I 172 c. 3b, p. 173).
328. SRF, Die Dunkelkammer der Justiz, 22.8.2018: https://www.srf.ch/news/schweiz/kontrolle-von-staatsanwaelten-die-dunkelkammer-der-justiz, consulté le 27.2.2023; SRF, Aargauer Strafverfolger werden am häufigsten zurückgepfiffen, 22.8.2018: https://www.srf.ch/news/schweiz/bewilligung-von-u-haft-aargauer-strafverfolger-werden-am-haeufigsten-zurueckgepfiffen, consulté le 11.10.2023; Thommen, p. 52; Markwalder/Binswanger, p. 384 ss.
329. Wenger, p. 34–35.
330. Cette pratique, dans laquelle les TMC fonctionnent comme des chambres d'enregistrement des réquisitions du Ministère public, se retrouve dans tous les domaines où une privation de liberté est en jeu – y compris dans des affaires sensibles, comme en matière de contre-terrorisme, cf. Ajil/Lubishtani, p. 39–40.
331. ATF 128 I 149 c. 2, 151 ss. ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.88/2003 du 4.3.2003, c. 2.

dans les procédures judiciaires et administratives (art. 29 al. 1 Cst.). Cependant, il ne s'agit pas « d'une garantie au sens strict du terme »[332]. En pratique, deux critères s'avèrent déterminants pour évaluer le caractère « raisonnable » du délai : la complexité de l'affaire d'un côté[333] et la sévérité de la sanction attendue de l'autre. Ce second critère se retrouve aussi à l'art. 212 al. 3 CPP. Selon le TF, le caractère raisonnable doit tenir compte du comportement du ou de la prévenu·e et des enjeux que présente la procédure[334]. Il n'y a pas de **durée maximale prescrite**, comme dans d'autres pays[335]. Par exemple, le Code de procédure pénale autrichien prévoit six mois pour les délits et un an pour les crimes, cette durée pouvant aller jusqu'à deux ans au maximum dans les cas exceptionnellement graves. Il fixe également des délais différents en fonction du motif de la détention provisoire : le seul risque de collusion ne permet pas de retenir une personne en détention pendant plus de deux mois[336].

70 Une délimitation avec de tels délais serait souhaitable en Suisse, où la **détention provisoire peut être très longue[337]**. Le TF a jugé que la détention avant jugement ne doit pas dépasser les trois quarts de la sanction finale prononcée – ce qui est déjà plus long que les deux tiers de la peine après lesquels une libération conditionnelle est accordée en l'absence de pronostic défavorable (art. 86 CP)[338]. Quand la détention avant jugement dépasse les deux tiers de la peine attendue, une décision (ou à tout le moins une évaluation) concernant l'octroi de la libération conditionnelle s'impose[339].

71 L'absence de délai fixe peut se traduire par une moindre pression sur les autorités de poursuite quant au principe de célérité. Étant donné que la période de la détention provisoire peut être déduite de la peine prononcée selon l'art. 51 CP, les juges peuvent être tentés d'en tenir compte lors de la fixation de la peine[340]. S'ajoute à cela qu'une libération entre uniquement en

332. Message Cst. 1997, p. 188.
333. CourEDH, Vasileva c. Danemark, no 52792/99, 25.9.2003, N 41.
334. ATF 124 I 139 c. 2c, p. 142; ATF 119 Ib 311 c. 5b, p. 325; ATF 117 Ib 193 c. 1c, p. 197.
335. Gialuz/Spagnolo, p. 221.
336. § 178 Österreichische StPO.
337. Künzli/Ostendarp/Stucki, p. 1; cf. aussi CourEDH, W. C. Suisse, no 14379/88, 26.1.1993, opinion dissidente du juge Pettiti.
338. Arrêt du Tribunal Fédéral 1B_173/2007 du 28.8.2008 c. 4.5.
339. Arrêt du Tribunal Fédéral 1P.18/2005 du 31.1.2005 c. 2.
340. ATF 133 I 168 c. 4.1.

jeu quand il existe une violation « grave » du principe de célérité et que les autorités n'apparaissent ni capables, ni disposées à faire avancer et à clore l'affaire. Dans des cas moins graves, c'est au tribunal qu'il incombe de déterminer comment tenir compte d'une violation du principe de célérité, par exemple via une réduction de la quotité de la peine[341]. Comme un serpent qui se mord la queue, une potentielle violation du principe de célérité risque donc souvent d'être **absorbée par la peine finalement prononcée**, ce qui n'est pas conforme à la protection constitutionnelle et conventionnelle prévue. Une solution serait de considérer qu'un jour de détention provisoire équivaut à deux jours de détention en exécution de peine[342].

D. Art. 31 al. 4 Cst. : *Habeas corpus*

72 L'art. 31 al. 4 Cst. est modelé d'après l'art. 5 § 4 CEDH et incarne le principe d'*habeas corpus*, à savoir le droit d'introduire **« en tout temps » un recours pour faire examiner la légalité** de la privation de liberté quant au respect de ses exigences de fond et de procédure. Ce principe s'applique à toutes les formes de détention. A la différence de l'ordre de mise en détention (« Haftanordnung ») (al. 3), le contrôle de la légalité de la détention en cours doit être effectué par un tribunal. La formule «[343] sans qu'un tribunal l'ait ordonné » n'exclut pas un contrôle ultérieur[344], notamment quand les circonstances ayant justifié la détention initiale sont susceptibles de changer, par exemple le risque de collusion (pour la détention provisoire), l'administration et l'effet du traitement (pour le PAFA ou les mesures thérapeutiques) ou la dangerosité (pour l'internement).

1. Périodicité du contrôle

73 Cet examen de la légalité de la détention doit pouvoir être sollicité à intervalles raisonnables[345]. La fréquence de ces contrôles dépend de la nature et de la durée de la privation de liberté, ainsi que du stade de la procédure. Aux phases précoces de la procédure pénale – notamment en cas de détention provisoire – ou en présence d'une situation probatoire incertaine,

341. ATF 128 I 149 c. 2.2, p. 151-2.
342. Thommen, p. 55.
343. CourEDH, Derungs c. Suisse, 10.5.2016, no 52089/09, N 69.
344. X c. Royaume-Uni, 5 novembre 1981, no 7215/75, § 52, Série A no 46.
345. CourEDH, Derungs c. Suisse, 10.5.2016, no 52089/09, N 70; CourEDH, Rakevitch c. Russie, no 58973/00, 28.10.2003, N 43 ss.

des contrôles plus rapprochés s'imposent. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que le délai d'irrecevabilité d'un mois prévu à l'art. 228 al. 5 CPP pour le dépôt d'une nouvelle demande de mise en liberté n'est pas contraire à l'art. 5 § 4 CEDH, alors qu'un délai de deux mois a été considéré comme excessif[346]. Le principe de réexamen périodique s'applique également aux situations dans lesquelles la privation de liberté dure longtemps, notamment dans le cadre de mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 59 CP) ou de l'internement (art. 64 CP). Dans ces cas, le Code pénal prévoit un contrôle judiciaire annuel (art. 62*d* et 64*b* CP, respectivement). Un contrôle peut également être sollicité en dehors des intervalles annuels, sur requête de la personne concernée [347]. Le principe du réexamen périodique garanti à l'art. 5 § 4 CEDH **entre en tension manifeste avec le régime de l'internement** à vie prévu à l'art. 64 al. 1bis CP, combiné à l'art. 123a Cst., qui ne prévoit aucun mécanisme de contrôle judiciaire lorsque la personne est considérée comme « non amendable de manière irréversible ». Cette absence de contrôle soulève de sérieuses interrogations quant à la compatibilité de ce régime avec les garanties fondamentales de la CEDH. Le Tribunal fédéral a souligné, dans un cas précis, qu'une non-amendabilité durable ne saurait être démontrée de manière scientifiquement fiable[348].

74 Le contrôle de la légalité inclut un contrôle de la **conventionnalité**, notamment pour vérifier que les garanties du contrôle judiciaire de l'art. 30 Cst. et de l'art. 6 CEDH – indépendance, impartialité et traitement équitable – ainsi que le but général de la Convention (art. 1 CEDH : obligation de respecter les droits humains) soient respectés[349]. La procédure doit être contradictoire et respecter « l'égalité des armes » entre les parties[350], ce qui semble imposer un respect des garanties générales de procédure de l'art. 29 Cst.

2. Exigence de célérité

75 En ce qui concerne l'exigence de célérité, il convient de noter que la CourEDH a critiqué la Suisse à trois reprises pour violation de l'art. 5 § 4

346. ATF 123 I 31 c. 4e, p. 39 s.
347. Brägger, p. 409.
348. ATF 140 IV 1, c. 3.3, p. 10.
349. CourEDH, Derungs c. Suisse, 10.5.2016, no 52089/09, N 69.
350. CourEDH, Sanchez-Reisse c. Suisse, no 9862/82, 21.10.1986, N 51; Toth c. Autriche, no 11894/85, 12.12.1991, N 84.

CEDH, à cause de la longue durée de la procédure résultant des responsabilités administratives complexes dans le cadre de l'exécution des peines et des mesures[351] Dans l'affaire I.L. c. Suisse, plus d'une année s'était écoulée entre la demande de libération du requérant et les décisions rendues successivement par la juridiction supérieure cantonale et le Tribunal fédéral[352]. La Cour a considéré qu'un tel délai ne constituait pas un examen « dans un bref délai » au sens de l'article 5 § 4 CEDH. Comme déjà dans l'affaire Derungs c. *Suisse*[353], elle a souligné que la lenteur de la procédure ne saurait s'expliquer par la complexité particulière de l'affaire. La cause principale du retard résidait plutôt dans le fait que le recours devait d'abord être adressé à une autorité administrative, qui ne constitue pas un tribunal au sens de la Convention, avant d'accéder à une instance judiciaire[354]. Afin d'éviter de futures condamnations par la Cour de Strasbourg, la Suisse devrait envisager d'introduire **une voie de recours judiciaire directe** dans tous les cantons, au moins pour les décisions entrant dans le champ d'application matériel de l'article 5 § 4 CEDH[355].

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas suivi les **signaux univoques** 76
venant depuis Strasbourg : il considère que le principe de célérité de l'art. 5 § 4 CEDH est respecté si « les circonstances ne rendaient pas raisonnablement possible une décision plus rapide »[356].

3. Droit à la réparation

L'art. 5 § 5 CEDH prévoit un **droit à la réparation** en cas de privation de 77
liberté contraire à la Convention. Il s'agit de la seule garantie qui n'a pas été reprise dans le texte de l'art. 31 Cst. Selon la jurisprudence de la CourEDH, les États doivent traiter les demandes de réparation dans l'esprit de l'art. 5 § 5 CEDH[357]. Durant la procédure pénale, des indemnisations et des réparations

351. Dans le cas Fuchser c. Suisse, 13.7.2006, la CourEDH a considéré un délai de quatre mois comme trop long. Dans le cas Derungs c. Suisse, 10.5.2016, la CourEDH a critiqué un délai de 11 mois entre la demande de libération conditionnelle de l'internement et le jugement final du tribunal administratif ; voir aussi I.L. c. Suisse, 2002.2024, no 36609/16, N 160 – 172.
352. I.L. c. Suisse, 20.2.2024, no 36609/16, 167.
353. Derungs c. Suisse, 10.5.2016, no. 52089/09, 48-56.
354. I.L. c. Suisse, 20.02.2024, no 36609/16, 169.
355. Biro (2020), p. 221. Actuellement, ce n'est le cas que pour les quatre cantons romands disposant d'une autorité judiciaire en matière d'exécution des sanctions pénales (VD, GE, JU, TI) ; voir à ce sujet Biro (2019), p. 299 ss).
356. ATF 115 Ia 56 c. 2 ; cf. aussi Biro (2020), p. 229.

pour tort moral peuvent être versées (art. 431 al. 1 CPP), y compris en cas d'acquittement total ou partiel ou en cas de classement de l'affaire (art. 429 CPP). Il est possible d'en tenir compte lors de la fixation de la peine[358]. Enfin, le TF est d'avis qu'il revient à la juge de décider de la meilleure manière de réparer les torts subis par une personne[359].

VI. PERSPECTIVES

78 En définitive, l'art. 31 Cst. s'affirme comme une pierre angulaire de la protection des droits fondamentaux en matière de privation de liberté, garantissant un cadre légal strict et des garanties procédurales essentielles. Si la norme, étant étroitement liée à l'art. 5 CEDH, reflète fidèlement les standards internationaux, son application concrète en Suisse révèle encore des tensions, notamment s'agissant de la détention avant jugement, en raison de l'isolement qui y est pratiqué et de l'absence de durée maximale, ainsi que du contrepoids encore très faible des Tribunaux de mesures de contrainte. Le recours de plus en plus extensif aux mesures pénales, et le temps de détention de plus en plus long dans ce régime, sont également sources de préoccupation pour le respect des droits fondamentaux et humains.

79 Les évolutions récentes dans le domaine des politiques criminelles et dans le système pénal – notamment la tendance à privilégier des logiques sécuritaires et préventives – invitent à une vigilance accrue afin que la privation de liberté soit véritablement une mesure d'*ultima ratio*, proportionnée et respectueuse de la dignité humaine. Un engagement renforcé en faveur des mesures alternatives, une meilleure prise en compte des besoins des personnes vulnérables et une harmonisation des pratiques cantonales constituent, entre autres, des leviers essentiels pour améliorer l'effectivité de cette garantie constitutionnelle.

à propos des auteurs

Dr Ahmed Ajil est actuellement chercheur post-doctoral à l'Université de Lucerne et chercheur associé à la Faculté de Droit, de sciences criminelles et d'administration publique (FDCA) de l'Université de Lausanne. Ses travaux

357. CourEDH, Fernandes Pedroso c. Portugal, no 59133/11, 12.9.2018, N 137 ; Shulgin c. Ukraine, no 29912/05, 8.12.2011, N 65 ; Houtman et Meeus c. Belgique, no 22945/07, 2009, N 46.
358. ATF 141 IV 349 c. 2.1 p. 352 et les arrêts cités ; ATF 140 I 125 c. 2.1 p. 128.
359. ATF 142 IV 245 c. 4.1., p. 248.

portent sur les mobilisations politico-idéologiques, la lutte contre le terrorisme, les politiques criminelles, la migration, la police et les prisons. Jusqu'en 2022, il était collaborateur scientifique au Centre suisse de compétence en matière d'exécution des sanctions pénales, où il a rédigé le Manuel sur la sécurité dynamique dans le domaine de la privation de liberté. Il est joignable à l'adresse suivante : *ahmed.ajil@unil.ch.*

David Mühlemann, MLaw, est actuellement doctorant à l'Institut de droit pénal et de criminologie de l'Université de Berne. Ses recherches portent sur l'exécution des peines et mesures en Suisse. Entre 2014 et 2022, il a participé à la création et assumé la direction du premier centre de conseil juridique en Suisse pour les personnes privées de liberté au sein de l'ONG humanrights.ch. David Mühlemann peut être contacté à l'adresse suivante : david.muehlemann@unibe.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren des modernen Staates, Berne 2000.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018.

Bigler Olivier, Commentaire de l'art. 5 CEDH, in : Gonin Luc/Bigler Olivier (éds.), Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), diverses publications concernant la privation de liberté : https://skmr.ch/fr/th%C3%A8mes/polizei-und-justiz, dernière consultation le 2.6.2025.

Cliquennois Gaëtan, The Evolving Protection of Prisoners' Rights in Europe, London 2023.

Hohl-Chirazi Catherine, La privation de liberté en procédure pénale suisse: buts et limites, Genève, Zurich 2016.

humanrights.ch, diverses publications concernant la privation de liberté : https:// www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/, dernière consultation le 2.6.2025.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (éds.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3ème éd., Munich 2022.

Kunz, Karl-Ludwig/Singelnstein Tobias, Kriminologie, Zurich 2021.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3ème éd., Zurich 2020.

BIBLIOGRAPHIE

Ajil Ahmed/Fischmeister Julien/Venezia Marine/Jendly Manon/Scalia Damien, Résister, naviguer, perpétuer ? Analyse des logiques préventionnistes « molles » à l'œuvre en Suisse et en Belgique face aux violences politico-idéologiquement motivées, Champ Pénal/Penal field, 34 (2025), https:// journals.openedition.org/champpenal/16818.

Ajil Ahmed/Jendly Manon, Fabriquer un „dangereux ennemi terroriste": une étude de cas suisse sur les implications d'une prophétie, Déviance et Société, 44, 4 (2020), p. 633-663.

Ajil Ahmed/Lubishtani Kastriot, Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal Pénal Fédéral, Jusletter, 31 mai 2021, p. 1–41.

Andriantsimbazovina Joël, Le droit à la liberté et à la sûreté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Titre VII, numéro 7, La liberté individuelle, octobre 2021, https:// www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-droit-a-la-liberte-et-a-la-surete-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l, consulté le 15.8.2025.

Arn Raphaël, Les effets de l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal sur la pratique des tribunaux et des avocats, Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy 2006, p. 187– 218.

Ashworth Andrew/Zedner Lucia, The rise and restraint of the preventive state, Annual Review of Criminology 2 (2019), p. 429–50.

Bernard Stephan, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, in : André Kuhn/Christian Schwarzenegger/Joëlle Vuille (édit.), Groupe suisse de criminologie, Justice pénale - Individus - Opinion publique, Diversité des perceptions, Berne 2017, p. 139–165.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018, p. 1–66.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung, 2ème éd., Zurich 2017 (cit. Komm. BV).

Bielmann Florent/Caneppele Stefano, La réponse étatique au terrorisme en Suisse à partir des années 1980, in : Fink Daniel/Kuhn André/Vuille Joëlle (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Helbing Lichtenhahn, Berne 2024, p. 191–204.

Biro Noemi, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, recht 4 (2020), p. 221–234.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Bögelein Nicole, Disziplinierung von Menschen in Armut - Ein kritischer Blick auf die Reformpläne zur Ersatzfreiheitsstrafe, Kritische Justiz 2 (2023), p. 258–270.

Bombay Anne/Heynen Pieterjan, The ECtHR's Ilias and Ahmed and the CJEU's FMS-case: a difficult reconciliation?, sui generis 2021, p. 255–260.

Brägger Benjamin F., Die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Straf- und Massnahmenvollzug: Das Neue scheint nicht gut, und das Gute ist nicht wirklich neu!, Revue pénale suisse, 4 (2018), p. 391–410.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, ZStrR 2 (2021) II, p. 183–208.

Constantin Tamara, Des règles aux pratiques: L'encadrement juridique du renseignement intérieur en Suisse, Criminologie, 58(1), p. 53–74.

Crewe Ben, Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment, Punishment & Society 13 (2011) V, p. 509–529.

De Brabandere Eric, Non-state Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations, Leiden Journal of International Law 22 (2009) I, p. 191–209.

De Castro Rodrigues Andreia, Sacau Ana, Quintas de Oliveira Jorge & Abrunhosa Gonçalves Rui, Prison sentences: last resort or the default sanction?, Psychology, Crime & Law, 25 (2018) II, p. 171-194.

De Viggiani Nick (2007), Unhealthy prisons: exploring structural determinants of prison health, Sociology of health & illness 29 1 (2007), p. 115–135.

Dellazizzo Laura/Mimosa Luigi/Giguère Charles-Édouard/Goulet Marie-Hélène/Dumais Alexandre, Shedding Light on "the Hole": A Systematic Review and Meta-Analysis on Adverse Psychological Effects and Mortality Following Solitary Confinement in Correctional Settings, Frontiers in Psychiatry, 2020.

Donatsch Andreas, Dispositions légales et pratiques relatives aux personnes dangereuses, Solutions législatives possibles aux niveaux fédéral et cantonal, Avis de droit sur mandat de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et de police (CCJPD), Zurich 2019, https://www.kkjpd.ch/newsreader-fr/dispositions-légales-et-pratiques-relatives-aux-personnes-dangereuses.html, consulté le 21.11.2024).

Droz-Sauthier Gaëlle/Zermatten Aimée, Personnes malades et/ou dangereuses : interactions licites entre placements pénaux et civils ?, Revue de droit suisse, Band 143 (2024) I, Heft 4, p. 441– 453.

Dumitru Speranta, Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique?, Raisons politiques 54 (2014) II, p. 9–22.

Dünkel Frieder, Abschaffung oder Reform der Ersatzfreiheitsstrafe?, Neue Kriminalpolitik 3 (2022), p. 253–269.

Fink Daniel, La prison en Suisse : un état des lieux, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2017.

Flachsmann Stefan/Wehrenberg Stefan, Aussageverweigerung und Informationspflicht, Schweizerische Juristen-Zeitung, 97 (2001), p. 313–321.

Freeman Sinead/Seymour Mairead, Just waiting: The nature and effect of uncertainty on young people in remand custody in Ireland, Youth Justice 10 (2010) II, p. 126–142.

Frei Mirjam/Zuberbühler Elsässer Simone, Kommentar zu Art. 221 StPO, in : Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (éds.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2020 (cit. Comm. StPO).

Gialuz Mitja/Spagnolo Paola, Reasonable length of pre-trial detention: rigid or flexible time limits? A study on Italy from a European perspective, European Criminal Law Review 3 (2013) II, p. 220– 231.

Gnaedinger Luca, Le paradoxe suisse : entre mansuétude pénale et criminalisation de l'immigration, Champ pénal, 32 (2024), https://journals.openedition.org/champpenal/15692.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, Helbing Lichtenhahn Verlag, Vienne 2021.

Haefelin Walter, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Zurich 2010.

Haney Craig, Restricting the use of solitary confinement, Annual review of Criminology 1 (2018), p. 285– 310.

Härri Matthias, Kommentar zu Art. 237 StPO, in : Niggli Marcel Alexander/ Heer Marianne/ Wiprächtiger Hans (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordung, Bâle 2010 (cit. BSK-Härri).

Hauptmann Louise, La relation parent-enfant à l'épreuve de la privation de liberté, Mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale dans l'ordre juridique international, fédéral et vaudois, Bâle 2024.

Heri Corina, Commentaire de l'art. 10 Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale – Version : 16.03.2023.

Hottelier Michel, Commentaire de l' Art. 31 Cst., in : Vincent Martenet, Jacques Dubey (édit.), Constitution fédérale, 2021 (cit. Comm. Cst.),

Huey Meredith P./McNulty Thomas L., Institutional conditions and prison suicide: Conditional effects of deprivation and overcrowding, The Prison Journal 85 (2005) IV, p. 490–514.

humanrights.ch, Gewaltprävention – ein Übungsfeld für den Überwachungsstaat, 13.09.2018, https:// www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/innere-sicherheit/gewaltpraevention-ueberwachungsstaat, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch,
Le droit à la vie pour les personnes en détention, 30.05.2022, https:// www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/detention-droit-vie, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch, U-Haft: Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss Rechtswirklichkeit werden, 6.5.2020, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/u-haft-verhaeltnismaessigkeit-rechtswirklichkeit, consulté le 10.10.2023.

Johns Diana, Confronting the Disabling Effects of Imprisonment: Toward Prehabilitation. Social Justice/Global Options 45 (2021) I, p. 27– 56.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Pirker Benedikt, Völkerrecht – Eine Einführung, 5ème éd., Berne et al. 2021.

Kälin Walter/Künzli Jörg, The law of International Human Rights Protection, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Kölz Alfred/Jörg Paul Müller, Entwurf für eine neue Bundesverfassung vom 16. Mai 1984, Helbing & Lichtenhahn, 2ème éd., Bâle, 1990.

Kuhn André, 1974-2024 : Cinquante ans d'évolution de la politique criminelle en Suisse, in : Daniel Fink/André Kuhn/Joëlle Vuille (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Bâle 2024.

Kunz Karl-Ludwig/Singelnstein Tobias, Kriminologie, Zurich, 2021.

Künzli Jörg/Bishop Kelly, Ausländerrechtliche Administrativhaft in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Bern 2020. Résumé français: Künzli Jörg/Bishop Kelly, La détention administrative en application du droit des étrangers (résumé), Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne 2020.

Künzli Jörg/Büchler Alexandra/Weber Florian, Nelson-Mandela-Regeln, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2020.

Künzli Jörg/Frei Nula/Krummen David, Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei ausländischen Staatsangehörigen – Dargestellt am Beispiel der Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2017.

Künzli Jörg/Frei Nula/Schultheiss Maria, Menschenrechtliche Standards der Haftbedingungen in der Untersuchungshaft und ihre Umsetzung in der Schweiz, Jusletter du 5 octobre 2015.

Künzli Jörg/Frei Nula/Spring Alexander, Einzelhaft in Hochsicherheitsabteilungen, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Gutachten zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Berne 2014.

Künzli Jörg/Kälin Walter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?, Jusletter du 23 juin 2014.

Künzli Jörg/Ostendarp Samuel/Stucki Noel, Untersuchungshaft : Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Aktualisierung 2022, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2022.

Künzli Jörg/Bertoni Daniel/Stucki Noël, Die Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeheimen – eine freiheitsentziehende Maßnahme?, Jusletter, 18 août 2025, p. 1–43.

Löbbert Markus, Unterbleiben der Ersatzfreiheitsstrafenvollstreckung bei wohnungs- und obdachlosen Personen?, Neue Kriminalpolitik 3 (2023), p. 353–373.

Manfrin Fabio, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en matière pénale, Rechtswidrige Zustände? – Untersuchungshaft in der Kritik, Vol. 10, Berne 2018.

Markwalder Nora/Binswanger Janine, Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse, Forumpoenale 5 (2020), p. 384–391.

May David/Applegate Brandon/Ruddell Rick/Wood Peter, Going to jail sucks (and it really doesn't matter who you ask), American Journal of Criminal Justice 39 (2014), p. 250–266.

Mazzucchelli Goran, Öffentliches Sicherheitsbedürfnis, Kriminalität und die Funktion der strafrechtlichen Sanktion aus kriminologischer Sicht, PJA 2000, p. 1337–1344.

Meyer-Ladewig Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3ème ed., Baden-Baden 2011 (cit. Handkomm. EMRK).Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Bâle, 2012.

Mühlemann David, Das Recht auf Leben im Freiheitsentzug, https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/recht-leben-freiheitsentzug, consulté le 13.10.2025.

Müller Joel, Terroristische Gefährder in der Schweiz, Berne 2022.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4ème ed., Berne 2008 (cit. Grundrechte).

Noll Thomas, Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, Revue suisse de criminologie, 20 Jahre Amt für Justizvollzug – eine Festschrift 2019, p. 29–77.

Oberholzer Niklaus, Von der Repression zur Prävention – Oder von den strafrechtlichen Massnahmen zum fürsorgerischen Freiheitsentzug., in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en matière pénale, Fürsorge oder Präventivhaft? – Zum Zusammenwirken von strafrechtlichen Massnahmen und Erwachsenenschutz, Vol.11, Berne 2018.

Pollähne Helmut, Wider den (Kriminal-)Schuldturm für Arme nebst neun Thesen gegen die Ersatzfreiheitsstrafe, in : Brunhöber Beatrice et al. (édit.), Strafrecht als Risiko, Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2023.

Robert Christian-Nils, La défense continue, ZStr (4) 2007, p. 339–350. Ronc Pacal, Die Menschenwürde als Prinzip der EMRK, Berlin 2020.

Schlegel Stephan, Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung, plädoyer 2011 I, p. 36 ss.

Schlegel Stephan, Nr. 19 EGMR, First Section, Pishchalnikov v. Russia, Urteil vom 24. September 2009 – Application no. 7025/04, forumpoenale (2) 2010, p. 86–92.

Schmid Evelyne/Lubishtani Kastriot/Boillet Véronique/Ajil Ahmed/Capus Nadja, Les activités terroristes : une définition terrorisante ?, dans : Camille Perrier Depeursinge/Nathalie Dongois/ Andrew Garbarski, Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Lausanne 2022, p. 591–602.

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, p. 11–13.

Snacken Sonja/Devynck Caroline/Distelmans Willem/Gutwirth Serge/ Lemmens Christophe, Demandes d'euthanasie dans les prisons belges. Entre souffrance psychique, dignité humaine et peine de mort. Criminologie 48/1 (2015), p. 101–122.

Schürmann Thomas, Art. 31 BV, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 5ème éd., Basel 2025, p. 760-792 (cit. BK-Schürmann).

Tag Brigitte, Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid in der Schweiz. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 128/1 (2016), p. 73–88.

Thommen Marc, Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte. ContraLegem 2 (2019), p. 47–60, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/182224/1/ontralegem_2%2C_2019_-_Thommen.pdf.

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug, Berne 2020.

Urwyler Thierry, (Ir)relevanz von Aufenthaltsrecht und Landesverweis für die Zulassung zur gemeinnützigen Arbeit (Art. 79a StGB), recht 2 (2024), p. 102–111.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 31, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4ème éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Vest).

Volkart Reto, Einzelhaft: Eine Literaturübersicht, Revue Suisse de Psychologie Pure et Appliquée 42/1 (1983), p. 1–24, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/2020/200421_Einzelhaft_Dr_Volkart_Eine_Literaturu776bersicht.pdf, consulté le 15.8.2025.

Wenger Susanne, « Quand la justice ne s'encombre plus d'un procès », Horizons 124 (2020), p. 34–35, https://www.revue-horizons.ch/2020/03/05/quand-la-justice-ne-sencombre-plus-dun-proces/, consulté le 27.2.2023.

Wohlers Stephan/Schlegel Stephan, Nr. 13 EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 - Application no. 36391/02, forumpoenale 2 (2009), p. 71– 76.

Wyss Martin Philipp, Miranda Warnings im schweizerischen Verfassungsrecht? Inhalt und Tragweite von Art. 31 Abs. 2 BV, recht 2001, p. 132–147.

Zedner Lucia, Ends and Means: Why Effective Counter-Terrorism Requires Respect for Proportionality and Rights, in : Emmanouil Billis, Nandor Knust, Jon Petter Rui (édit.), Proportionality in Crime Control and Criminal Justice, Oxford 2021, p. 125–142.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Libération conditionnelle : au conditionnel selon le canton ?, in : Queloz Nicolas/Noll Thomas/von Mandach Laura/Delgrande Natalia, Surveiller et punir : nouvelles évolutions dans l'exécution des sanctions pénales, Berne 2018, p. 157–168.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 121 (2003), p. 311–335.

MATÉRIAUX

Assemblée Générale des Nations Unies, Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela), A/RES/70/175, https://documents-dds-ny.un.org/doc/ UNDOC/GEN/N15/443/42/PDF/N1544342.pdf?OpenElement.

Comité contre la torture (CAT) des Nations Unies, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, CAT/C/CHE/CO/8, 111.12.2023, par. 27, https://www.ohchr.org/fr/ documents/concluding-observations/catccheco8-concluding-observations-eighth-periodic-report.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 20. au 24.10.2003, CPT/Inf (2004) 38, https://rm.coe.int/1680697fa9.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24.9. au 5.10.2007, CPT/Inf (2008) 33, https://rm.coe.int/1680697fb3.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 10.10. au 20.10.2011, CPT/Inf (2012), 7, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/ menschenrechte/folterpraevention/ber-cpt-besuch11.pdf.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13.4. au 24.4.2015, CPT/Inf (2016) 18, 2016, https://rm.coe.int/1680697fb9.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 22.3. au 1.4.2021, CPT/Inf (2022) 9, 2022, https://rm.coe.int/1680a6d051.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse

relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 19.3. au 28.3.2024, CPT/Inf (2025) 01, 2025, https://rm.coe.int/1680b35522.

Comité national de prévention de la torture (CNPT), Rapport d'activité de la CNPT 2014, https:// backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files files/2024/09/06/67b5925b-717e-4833-b113-f76b4a6f18d1.pdf.

Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, adopté par consensus (rés. 21/11, sept. 2012), https://www.ohchr.org/sites/default/files/ Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_FR.pdf.

Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, Lausanne, https://wp.unil.ch/space/files/ 2025/04/space_i_2023_report.pdf.

Conseil de l'Europe, Principes européens relatifs à l'exécution des sanctions pénales, Recommandation Rec(2006)2, 2006, https://rm.coe.int/16806ab9b6.

Message concernant la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF 2019 4541, FF 2019 4541 - Message concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (admin.ch) (cit. Message MPT).

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, CPP, FF 2006 1057 ; https:// www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/fr, (cit. Message CPP).

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20.11.1996 (96.091), FF 1997 I 1, p. 1 ss., https:// www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr (cit. Message Cst.).

Offlce fédéral de la statistique, Réformes du Code pénal suisse : l'impact sur les courtes peines privatives de liberté, Neuchâtel 2023, https:// www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/28225348/ master, consulté le 28.5.2025.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/CO/4, 30.8.2017, https:// docs.un.org/fr/CCPR/C/CHE/CO/4.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial de l'Allemagne, 13.5.2015, CRPD/C/DEU/CO/1, https:// tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FDEU%2FCO%2F1&Lang=fr.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Convention relative aux droits des personnes handicapées, 12.12.2006, https://www.ohchr.org/fr/instruments- mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 32 Cst.

Un commentaire de Lukas Staffler

PROPOSITION DE CITATION

Lukas Staffler, Commentaire de l'art. Art. 32 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Staffler, art. 32 Cst. N. XXX.

Art. 32 Procédure pénale

[1] Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une condamnation entrée en force.

[2] Toute personne accusée a le droit d'être informée, dans les plus brefs délais et de manière détaillée, des accusations portées contre elle. Elle doit être mise en état de faire valoir les droits de la défense.

[3] Toute personne condamnée a le droit de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure. Les cas où le Tribunal fédéral statue en instance unique sont réservés.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 578
A. Historique 578
B. Importance constitutionnelle 579
1. Procédure pénale étatique et protection des droits fondamentaux 579
2. Procédure pénale équitable 580
C. Triade des sources du droit Cst., CEDH et CPP 581
D. Développements internationaux 582
II. Champ d'application 584
A. Champ d'application personnel : "toute personne". 584
B. Champ d'application matériel : "procédure pénale". 585
1. Procédure pénale au sens strict. 585
2. Les "critères Engel 586
3. Procédure pénale au sens large. 587
4. Entraide pénale 587
III. Présomption d'innocence (al. 1) 589
A. Champ matériel de la protection 589
B. Protection dans le temps 590
C. Contenu individuel de la protection 590
1. Appréciation des preuves 590
2. Répartition de la charge de la preuve 592
3. Liberté d'auto-incrimination et de coopération 593
4. Préjudice public et privé 594
IV. Droit à l'information (al. 2, première phrase) 597
A. Moment de l'information 597
B. Exigences relatives au contenu de l'information 599
C. Forme et intelligibilité linguistique 599
V. Défense effective (al. 2, 2e phrase) 600
A. Information sur les droits de la défense 601
B. Assistance juridique 602
1. L'autodéfense 602
2. Défense nécessaire 603
3. Défense de choix 604
4. Défense d'office 604
5. Assistance juridique de première ligne 606
6. Communication de la défense 607
7. Mauvaise défense 607
C. Équité globale 608
VI Contrôle juridictionnel (al. 3) 610
A. Garantie de recours 611
B. Garantie de l'accès à la justice 612

Lectures complémentaires recommandées 612
Bibliographie 613
Matériaux 627

I. GÉNÉRALITÉS

A. Historique

1 La Cst. 1874 ne contenait pas de disposition relative aux différentes garanties dans la procédure pénale comme l'actuel art. 32 Cst. Néanmoins, la jurisprudence, avec l'accord de la doctrine, les a largement déduites de l'**article 4 Cst. 1874** . C'est notamment le cas des droits de la défense, de la présomption d'innocence et du double degré de juridiction dans les procédures judiciaires pénales.

2 Lors de la **révision totale de la Constitution fédérale** en 1999, la pratique constitutionnelle des garanties minimales internationales en matière de procès équitable, en particulier celles de la CEDH et du Pacte II de l'ONU, a été intégrée dans une nouvelle norme constitutionnelle qui concrétise les garanties générales de procédure de l'art. 29 Cst. pour le domaine de la procédure pénale. Pour ce faire, l'art. 32 Cst. a été divisé en trois paragraphes aux objectifs différents, qui visent à garantir aux personnes soumises au droit une procédure pénale équitable. Néanmoins, des garanties essentielles de la procédure pénale, telles que l'interdiction de la double poursuite et de la double peine ou le droit à réparation en cas d'erreur judiciaire ou de détention illégale, n'ont pas été reprises dans l'art. 32 Cst.

3 Actuellement, l'article 32 Cst. doit être considéré comme **un lien** constitutionnel **entre différents niveaux de normes**, qui concrétise les aspects d'équité pour la procédure pénale :

- Conjointement avec l'art. 5 al. 4 en relation avec l'art. Avec l'art. 190 Cst., l'art. 32 Cst. constitue le lien avec le niveau international, en particulier avec l'art. 6 CEDH et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme.
- Au niveau du droit constitutionnel fédéral, l'art. 32 Cst. articule, par rapport à d'autres garanties de procédure (art. 29 ss. Cst.), une réglementation spéciale pour la procédure pénale.
- Enfin, l'art. 32 Cst. constitue, au niveau législatif, la prémisse constitutionnelle des droits des prévenus inscrits dans la loi.

B. Importance constitutionnelle

1. Procédure pénale étatique et protection des droits fondamentaux

L'article 32 Cst. est une **norme fondamentale de l'État de droit**. Un Etat constitutionnel démocratique peut exercer son pouvoir pénal de manière très large, mais doit, pour rester un Etat de droit, garantir effectivement des éléments juridiques de base tels que les droits civils et humains, la légalité du pouvoir exécutif, le contrôle par un pouvoir judiciaire indépendant et une action prévisible et calculable de l'Etat. 4

La souveraineté pénale doit être encadrée par l'État de droit, car parmi tous les domaines juridiques dont dispose l'État de droit, le droit pénal est l'**instrument étatique le plus invasif du point de vue des droits fondamentaux**: il légitime les atteintes de l'État à la liberté personnelle et à l'intégrité psychique, à la vie privée et familiale, à l'honneur personnel ainsi qu'à la propriété, et a donc des répercussions massives sur les aspects essentiels de l'organisation de la vie, à l'initiative de l'État. C'est pourquoi le droit pénal de l'État exige des mécanismes de légitimation et de protection qui doivent être conçus en particulier dans le droit de la procédure pénale. 5

Par conséquent, les droits fondamentaux revêtent une importance particulière dans la procédure pénale. Il ne s'agit pas en premier lieu de droits de défense classiques face au pouvoir de l'Etat ("*duty to respect*"), mais en premier lieu d'**obligations positives de protection de l'Etat** pour le libre exercice des droits fondamentaux ("*duty to protect*") et pour la garantie structurelle et systémique de leur garantie ("*duty to fulfil*"). Pour les droits fondamentaux de procédure pénale, cela signifie que l'Etat doit non seulement s'abstenir de porter atteinte à l'exercice des droits fondamentaux dans la procédure pénale, mais aussi mettre en œuvre des mesures positives afin que les personnes concernées puissent effectivement exercer leurs droits fondamentaux de procédure et être suffisamment protégées contre des restrictions étatiques inadmissibles. 6

En substance, l'article 32 Cst. protège donc la position de partie du prévenu dans la procédure pénale. Cela signifie que le prévenu n'est pas seulement l'objet du procès, mais qu'il doit avoir des possibilités concrètes de participation en tant que "**sujet du procès**". Au niveau de la loi, cette idée directrice découle de l'art. 3 al. 1, 2 let. c CPP en réitérant les maximes 7

constitutionnelles (art. 7 et 29 al. 1 Cst.). L'État de droit démocratique doit garantir effectivement les droits fondamentaux élémentaires de la procédure afin d'offrir une base suffisamment légitime pour les atteintes aux droits fondamentaux élémentaires provoquées par l'État dans le cadre de procédures pénales.

8 Les droits fondamentaux de procédure de l'article 32 Cst. sont fondés sur la **qualité de partie** des personnes impliquées dans la procédure et sur la **dignité humaine** (art. 7 Cst.). Cela est lié au champ d'application des droits fondamentaux procéduraux à l'égard des personnes physiques et morales : Les personnes morales ayant la qualité de partie à la procédure pénale (art. 112 CPP), mais pas la dignité humaine, le champ d'application de l'art. 32 Cst. ne s'étend pas à elles dans la même mesure qu'aux personnes physiques.

2. Procédure pénale équitable

9 Pour que les atteintes portées par la puissance publique aux droits fondamentaux élémentaires soient acceptables du point de vue de la théorie constitutionnelle, il faut des procédures pénales équitables ("*fair trial*", "*procès équitable*"). Le droit pénal et la procédure pénale peuvent avoir de graves conséquences pour les personnes concernées. L'équité de la procédure pénale doit limiter le potentiel intrinsèquement menaçant pour les droits fondamentaux (et susceptible d'abus) de ce *ius terrible* au profit des personnes concernées. Néanmoins, l'équité prend également en compte les intérêts légitimes de la poursuite pénale. En ce sens, le postulat d'équité est le **leitmotiv constitutionnel de la procédure pénale de l'État de droit**. Bien que la Cst. ne fasse pas explicitement référence à l'équité de la procédure pénale, celle-ci résulte pour la Suisse des art. 3 ss. CPP et des obligations internationales (en particulier art. 6 CEDH, art. 14 du Pacte II de l'ONU).

10 Plus précisément, l'équité de la procédure pénale dans l'État de droit exige, outre la mise en place et le déroulement de procédures devant des tribunaux indépendants, la garantie de la **participation effective de l'accusé à l'élaboration de la base de décision du jugement pénal**, qui est transmise par le biais du procès pénal. Ainsi, le principe de participation en matière de procédure pénale de l'art. 32 Cst. concrétise le principe du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et les droits d'information, de préparation, de représentation et de participation qui y sont liés et qui doivent en fin de

compte établir l'égalité des armes entre les autorités de poursuite pénale et le prévenu.

Les procédures pénales sont considérées comme "équitables" lorsque les conditions générales de la procédure pénale ne fixent pas d'emblée les décisions (**ouverture des résultats de la procédure pénale**) et que les personnes accusées exposent de manière exhaustive leur perspective et leurs intérêts au moyen de droits procéduraux : elles doivent pouvoir partir du principe que ceux-ci seront suffisamment (et sérieusement) pris en compte pour la formation du jugement. 11

C. Triade des sources du droit Cst., CEDH et CPP

Pendant longtemps, l'importance de l'article 32 Cst. en termes de théorie constitutionnelle s'est révélée dans la jurisprudence du TF, car de nombreuses questions d'interprétation de la procédure pénale étaient discutées en tant que questions constitutionnelles. L'unification du CPP au niveau fédéral au 1.1.2011 a certes réduit quantitativement le recours jurisprudentiel à l'art. 32 Cst. mais, en tant que **garantie minimale de procédure pénale au niveau constitutionnel**, cette norme conserve toute son importance à la lumière d'une conception judiciaire et progressiste des droits fondamentaux. Dans l'ensemble, l'article 32 Cst. précise, par des dispositions constitutionnelles minimales, les droits fondamentaux généraux de procédure dans la procédure pénale et doit être lu en relation avec les articles 29, 29a et 30 Cst. 12

En même temps, l'art. 32 Cst. doit être interprété en concordance avec les **garanties de procédure de la CEDH** (en particulier l'art. 6 CEDH) et la jurisprudence de la CEDH. Ceci résulte de la valeur constitutionnelle de la CEDH, ainsi que de son interprétation, mais aussi des obligations de l'art. 190 Cst. en relation avec l'art. art. 5 al. 4 Cst. Dans la pratique, les droits fondamentaux de l'article 6 al. 2 et 3 CEDH constituent un moteur de développement important pour le renforcement des garanties de l'Etat de droit à l'égard des autorités de poursuite pénale. 13

Cela vaut en premier lieu pour les arrêts de la CEDH à l'égard de la Suisse qui, comme tout autre Etat signataire, est tenue de respecter les arrêts de la Cour de Strasbourg en vertu de l'article 46 CEDH (**effet** "*inter-parties*"). En outre, les arrêts de la CEDH concernant d'autres Etats parties à la Convention contiennent, conformément à l'art. 1 et à l'art. 19 CEDH, un effet d'orientation 14

pour la Suisse en cas de problèmes comparables (**effet**"*erga-omnes*") : Comme les États parties à la Convention ont accepté la CEDH en tant que norme minimale d'un catalogue paneuropéen des droits de l'homme, leur obligation comprend une coopération proactive au respect de cette norme minimale afin d'éviter de futures condamnations.

15 Les garanties de l'article 32 Cst. sont précisées au **niveau législatif** dans le CPP. Alors que les dispositions minimales de la Cst. et de la CEDH concrétisent les dispositions de la loi simple du CPP, les garanties du CPP sont développées par le biais de l'interprétation conforme à la Constitution (ou à la CEDH), si leur contenu normatif devait offrir moins de protection. Ainsi, l'orientation de l'accusé vers son droit à la défense (art. 158 al. 1 let. c. Alt. 1 CPP) doit être interprétée conformément à la Constitution en ce sens que le droit à une défense de choix doit lui être rendu possible de manière pratique et effective.

D. Développements internationaux

16 Des garanties procédurales en matière de procédure pénale se trouvent dans différents accords internationaux, par exemple à l'art. 6 al. 2 et 3 CEDH ou à l'art. 2 **CEDH PA VII** et à l'art. 14 **du Pacte II de l'ONU**. La comparaison directe de ces normes avec l'art. 32 Cst. révèle que le libellé des premières est plus détaillé. Alors que l'art. 32, al. 2, 2e phrase, Cst. parle de manière générale de la possibilité pour le prévenu de faire valoir "les droits de la défense qui lui reviennent", l'art. 6, al. 3, let. b-e CEDH et l'art. 14, al. 3, let. b, d-g Pacte ONU II prévoient des garanties de défense détaillées pour la procédure pénale. Cette divergence dans le degré de détail, qui est parfois critiquée dans la littérature comme étant "incomplète", n'est pas fondamentalement critiquable. En effet, les normes de droit international définissent des garanties minimales accordées par les traités internationaux, que les Etats contractants mettent en œuvre dans leur ordre juridique au niveau constitutionnel et en particulier au niveau législatif.

17 Au-delà de la CEDH et du Pacte II de l'ONU, on trouve des droits fondamentaux en matière de procédure pénale dans les **traités et déclarations internationaux relatifs aux droits de l'homme**, notamment dans les art. 10-11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10.12.1948, l'art. 8 de la Convention américaine sur les droits de l'homme de l'Organisation des États américains du 22 décembre 1968, l'art. 8 de la

Convention européenne des droits de l'homme de l'ONU du 19 décembre 1968 et l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de l'ONU du 19 décembre 1968. 11.1969, l'art. 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul) du 27.6.1981, les art. 12-13 de la Charte arabe des droits de l'homme du 22.5.2004 et l'art. 20 de la Déclaration des droits de l'homme du 18.11.2012 du groupe d'Etats d'Asie du Sud-Est ASEAN.

En outre, les **statuts des tribunaux pénaux internationaux** contiennent 18
des droits fondamentaux de procédure pénale, comme dans les statuts des tribunaux pénaux ad hoc, à savoir le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 10, 18 al. 3, 20, 21 Statut du TPIY) et celui pour le Rwanda (art. 9, 17 al. 3, 19, 20 Statut du TPIR) ainsi que dans le statut du mécanisme résiduel pour les deux tribunaux pénaux (art. 7, 16 al. 3, 18, 19 Statut du MICT), qui met un terme à leurs activités. Des normes plus élevées concernant les droits procéduraux se trouvent dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, car l'art. 67 du Statut de Rome, en tant que norme centrale pour les droits de la défense, doit être interprété, conformément à l'art. 21 al. 3 du Statut de Rome, de manière cohérente avec les normes internationales reconnues en matière de droits de l'homme. D'autres droits de la défense se trouvent dans les articles 20 ("*ne bis in idem*"), 55, 60, 63, 66 et suivants. Statut de Rome.

Pour les **États membres de l'UE**, les droits fondamentaux dans la procédure 19
pénale sont explicitement inscrits dans le droit primaire de l'UE aux articles 47-50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDF), qui est entrée en vigueur le 1er décembre 2009 avec le Traité de Lisbonne. Ces garanties procédurales de l'UE s'ajoutent ainsi aux garanties minimales de la CEDH, mais vont au-delà d'un simple standard minimum.

Afin de mettre en œuvre les dispositions de la Convention européenne des 20
droits de l'homme et d'harmoniser les droits de procédure pénale existants (principalement ceux de la CEDH), une*feuille de route*a été lancée **pour renforcer les droits procéduraux des suspects et des personnes poursuivies** dans le cadre des procédures pénales, afin de renforcer le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements en matière pénale ainsi que la coopération policière et judiciaire pénale dans les affaires transfrontalières. Plusieurs directives fixant des règles minimales pour les codes de procédure pénale des États membres ont été

prévues pour sa mise en œuvre. En fin de compte, un nouveau standard minimum de droits fondamentaux procéduraux s'applique dans les Etats membres de l'UE, qui comble les lacunes des garanties minimales de la CEDH ou même renforce ces dernières. Entre-temps, une feuille de route élargie est en cours de discussion pour développer d'autres droits fondamentaux dans la procédure pénale.

21 Par ailleurs, **les institutions supranationales de poursuite de l'UE**, telles que les agences et les autorités de l'UE, sont tenues de respecter les droits fondamentaux et procéduraux correspondants en vertu de l'article 51 al. 1 de la CCR et en raison de leur base juridique. Cela vaut également pour le Parquet européen (EUStA), qui est entré en fonction le 1er juin 2021. Les garanties procédurales pour les prévenus et la garantie du contrôle juridictionnel sont notamment énumérées aux articles 41 et 42 de la base juridique du TUE.

II. CHAMP D'APPLICATION

A. Champ d'application personnel : "toute personne".

22 L'article 32 Cst. couvre en principe toute personne qui semble effectivement ou objectivement soupçonnée d'avoir commis une infraction. En complément de cette considération matérielle, la qualité de prévenu existe formellement au plus tard lorsqu'une communication officielle est faite sur les infractions reprochées. Sont donc titulaires des droits fondamentaux procéduraux toutes les **personnes physiques** qui sont soupçonnées, accusées ou inculpées d'une infraction au moyen d'une plainte ou d'une dénonciation pénale ou dans le cadre d'un acte de procédure officiel (art. 111 al. 1 CPP).

23 La question de savoir dans quelle mesure les droits fondamentaux de procédure selon l'article 32 Cst. sont également accordés aux personnes **morales** accusées est controversée. Selon la littérature, les entreprises bénéficient en principe des mêmes droits procéduraux que les personnes physiques en vertu de l'article 112 CPP, dans la mesure où le CP ou le CPP ne prévoient pas de dispositions divergentes. C'est pourquoi une grande partie de la garantie d'équité doit également s'appliquer aux personnes morales. Le TF accorde certes certains droits procéduraux aux personnes morales accusées en droit pénal, mais il applique le champ de protection de manière différenciée et restrictive par rapport à celui des personnes physiques. Au

niveau international, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore rendu de décision sur ce point, même si plusieurs garanties de l'article 6 CEDH ont été déclarées applicables aux entreprises. Les droits procéduraux des personnes morales comprennent la présomption d'innocence, le principe "*in dubio pro reo*", le droit de garder le silence et la liberté de coopérer, les droits d'information sur les droits de l'accusé et sur le contenu de l'accusation pénale, les garanties découlant du droit d'être entendu et le droit de faire appel. Les personnes morales doivent être exclues du droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 130 et suivants, 136 et suivants CPP).

Les droits procéduraux garantis par l'article 32 Cst. ne **s'appliquent pas** (directement) aux autres personnes impliquées dans la procédure pénale, notamment les témoins, les personnes lésées (art. 115 CPP), les victimes (art. 116 al. 1 CPP, art. 1 al. 1 LAVI) ainsi que la partie plaignante (art. 118 CPP) et leurs représentants légaux respectifs (art. 127 CPP). En outre, l'article 32 Cst. ne s'applique pas directement à la représentation juridique des personnes accusées. Les droits du défenseur découlent indirectement de son statut de conseiller juridique de la personne accusée. 24

B. Champ d'application matériel : "procédure pénale".

1. Procédure pénale au sens strict.

L'article 32 Cst. se réfère aux procédures pénales. Sont considérées comme telles les procédures judiciaires étatiques au cours desquelles il est statué sur l'application de normes prévoyant une **sanction** (notamment une peine privative de liberté, une peine pécuniaire, une amende ainsi que des mesures ambulatoires ou hospitalières). Le champ d'application matériel couvre toutes les normes qui relèvent du droit pénal. C'est ce qu'illustre la jurisprudence relative à l'article 78 LTF : la notion d'affaire pénale qui y est utilisée englobe "toutes les décisions fondées sur le droit pénal matériel ou le droit de procédure pénale". Néanmoins, la notion de procédure pénale au sens de l'article 32 Cst. doit être comprise de manière fonctionnelle ; elle englobe toutes les procédures qui, de par leur nature juridique, permettent d'infliger des sanctions préventives ou répressives. 25

2. Les "critères Engel

26 Pour définir les contours de la notion fonctionnelle, le TF estime qu'il faut tenir compte de la jurisprudence de la CEDH. Partant de la notion d'"accusation en matière pénale" au sens de l'article 6 CEDH, la Cour de Strasbourg a développé une compréhension autonome de la notion de procédure pénale. Depuis sa décision phare de 1976, la classification des types de procédures en "procédures pénales" se fait sur la base de ce que l'on appelle les "critères Engel". Ces trois critères sont en principe examinés alternativement, la Cour européenne des droits de l'homme procédant dans certains cas à un examen cumulatif. L'essentiel pour la qualification pénale des sanctions étatiques selon les critères Engel est de savoir dans quelle mesure la base juridique examinée poursuit, dans son contexte normatif, une approche **punitive et dissuasive** et non une approche civile et compensatoire ou une approche sécuritaire et préventive.

27 Selon le **premier critère d'Engel**, c'est la classification de la norme en question dans le droit national qui importe, à savoir dans quelle mesure la disposition concernée relève du droit pénal (en particulier du CP ou d'autres dispositions pénales légales).

28 Si le premier critère n'est pas pertinent, la Cour prend en compte la nature de l'infraction selon le **deuxième critère d'Engel**, qui est sans doute le plus important. Afin d'examiner la nature juridique de l'infraction pour déterminer son caractère préventif ou répressif, elle prend en compte à la fois les conséquences juridiques et les éléments constitutifs de l'infraction. On examine si la disposition juridique en question a un public général ou déterminé, si elle poursuit des objectifs punitifs ou dissuasifs, si elle protège des intérêts généraux de la société, si une détermination de la culpabilité est nécessaire pour l'application de la sanction, si la procédure a été engagée par une autorité publique prévue par la loi et habilitée à l'exécuter et comment d'autres Etats parties à la Convention classent des procédures comparables.

29 Si les critères précédents ne permettent pas d'établir une classification claire, la Cour européenne des droits de l'homme se base sur le **troisième critère Engel** relatif à la nature et à la gravité de la sanction et à l'effet de communication d'un stigmate social de la peine qui en découle. La menace abstraite de la sanction ainsi que les éventuelles mesures de substitution entrent en ligne de compte. Ainsi, une amende de faible montant a également

un caractère pénal si son non-paiement entraîne une peine d'emprisonnement de substitution ou la confiscation de biens matériels.

3. Procédure pénale au sens large.

Le champ d'application matériel de l'art. 32 Cst. comprend, outre les procédures pénales et les procédures pénales pour mineurs (art. 3 al. 1 PPMin), les procédures en matière de contraventions, les procédures pénales administratives (art. 82 DPA) et les procédures pénales fiscales (art. 188 al. 2 LIFD). En outre, les sanctions du droit des cartels (art. 49a LCart) et les procédures douanières sont également couvertes. 30

Les procédures disciplinaires (dans la mesure où elles n'infligent que des mesures disciplinaires mineures), les mesures de police préventive (par ex. les mesures visant à préserver la sécurité intérieure), les procédures fiscales ainsi que l'assistance administrative internationale en matière fiscale se situent en **dehors du champ d'application matériel** de l'art. 32 Cst. La procédure de confiscation indépendante n'est pas non plus conçue comme une procédure pénale (en ce qui concerne la présomption d'innocence inscrite à l'art. 32 al. 1 Cst.), mais comme une procédure portant sur des biens et des valeurs. 31

4. Entraide pénale

Le champ d'application matériel de l'article 32 Cst. en matière d'**entraide judiciaire internationale en matière pénale** est complexe. Selon le législateur et la jurisprudence, l'entraide pénale ne doit pas être classée comme une procédure pénale, mais comme une procédure administrative, ce qui n'ouvre pas le champ d'application de l'art. 32 Cst. Cette position, qui prévaut également dans la doctrine, peut être rattachée à la "**théorie de l'entraide judiciaire**", selon laquelle l'entraide judiciaire pénale n'est pas orientée vers un procès pénal (national), mais est simplement initiée par l'étranger afin de favoriser la procédure pénale étrangère. La prestation d'entraide judiciaire serait orientée vers l'accomplissement de tâches publiques (mise en œuvre de la coopération interétatique ; conformité avec les obligations de droit international). 32

Le point de vue opposé (appelé "**théorie de l'administration de la justice**") préconise la nature pénale de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Selon cette théorie, les mesures prises dans l'État requis contribuent fonctionnellement à la procédure pénale dans l'État requérant au même titre 33

qu'une mesure nationale, car l'État requis se substitue à l'État requérant et la mesure requise reste un acte de procédure pénale au niveau national. Par conséquent, le champ d'application de l'article 32 Cst. serait ouvert.

34 Cette dichotomie entre les théories se concentre uniquement sur deux dimensions de l'entraide judiciaire : l'État requérant et l'État requis. Entre-temps, la discussion a été relancée par la prise en compte de l'individu comme troisième dimension. Sur la base du modèle de la "procédure pénale internationale divisée", l'entraide judiciaire pénale est donc considérée comme ayant une "**double nature juridique**". Il est vrai que ni la théorie de l'entraide judiciaire ni celle de l'administration de la justice ne peuvent rendre compte de manière exhaustive de la nature juridique de l'entraide judiciaire pénale ; le caractère administratif de l'entraide judiciaire ne semble pas plus convaincant que le caractère pénal de l'entraide judiciaire, étant donné que les questions centrales du droit pénal sont résolues dans l'Etat requérant. La praticabilité de la caractérisation comme double nature *sui generis* est douteuse, car cette classification ne donne aucune orientation pour la question pratiquement décisive de l'applicabilité des droits fondamentaux en matière de procédure pénale dans la procédure d'entraide judiciaire.

35 Il semble préférable de différencier la nature juridique selon les différentes formes d'entraide. Étant donné que l'entraide en matière d'exécution selon les articles 94 et suivants. EIMP concerne une procédure pénale déjà close, les garanties de la procédure pénale ne s'appliquent pas pour cette seule raison. Il en va autrement de l'extradition aux fins de poursuites pénales et de ce que l'on appelle la petite entraide judiciaire. Dans ce cas, l'entraide judiciaire nationale remplace fonctionnellement les mesures d'enquête dans l'État étranger, ce qui plaiderait en principe pour l'ouverture du champ d'application matériel de l'art. 32 Cst. Conformément au principe directeur de la procédure pénale internationale et de la division du travail, **les garanties de procédure pénale** doivent être assurées **dans le contexte global de la procédure pénale** - et non pas dans le contexte national respectif de manière complète et exhaustive. Si, dans une perspective globale, les garanties de procédure pénale sont transférées dans la procédure pénale étrangère et doivent y être respectées, la non-applicabilité de l'art. 32 Cst. dans la procédure d'entraide judiciaire nationale n'est pas critiquable. Cette approche conciliante, avec une forte prise en compte des cas individuels, prétend s'appuyer sur la jurisprudence récente de la CEDH relative aux

obligations de coopération entre États en matière de droits fondamentaux dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale.

III. PRÉSOMPTION D'INNOCENCE (AL. 1)

La présomption d'innocence est la première garantie procédurale mentionnée à l'article 32 Cst. Le libellé de l'art. 32 al. 1 Cst. s'inspire des modèles internationaux de l'art. 6 al. 2 CEDH et de l'art. 14 al. 2 du Pacte II de l'ONU. Au niveau de la législation fédérale, la présomption d'innocence est inscrite à l'article 10 CPP. Elle présente en outre des liens avec d'autres aspects du droit procédural, comme l'information du public (art. 74 al. 3 CPP), la liberté de l'accusé de s'accuser lui-même et de coopérer (art. 113 al. 1 CPP) ainsi que les conséquences en matière de frais et d'indemnisation en cas d'acquittement ou de non-lieu (art. 426 al. 2 et art. 430 al. 1 let. a CPP). 36

Le cœur de la présomption d'innocence est la protection de l'**ouverture du résultat de la procédure pénale**, car les procédures pénales équitables commencent sans résultat déterminé à l'avance et donc avec une issue incertaine. Seules les procédures pénales régulières apportent la certitude de la responsabilité pénale et de l'application de la peine. 37

La présomption d'innocence implique l'interdiction du caractère punitif des procédures pénales : Les peines ne peuvent pas être anticipées dans la procédure pénale en cours avant l'issue du jugement. En conséquence, l'article 234 al. 1 CPP prévoit une stricte séparation entre les condamnés en exécution de peine (principalement à des fins de réinsertion sociale) et les détenus en détention pénale (principalement à des fins de garantie de la présence du prévenu et de l'administration des preuves), ainsi que des aménagements différents du régime de détention. 38

A. Champ matériel de la protection

En ce qui concerne le champ d'application matériel de la présomption d'innocence, il convient de se référer à ce qui précède. Les procédures d'entraide judiciaire peuvent relever du champ d'application de l'art. 32 Cst. au cas par cas (en particulier dans le cadre de procédures d'extradition en vue de poursuites pénales) s'il existe des indices que la présomption d'innocence n'est pas suffisamment prise en compte dans la procédure pénale étrangère ou 39

si le comportement et les documents des autorités étrangères chargées de l'entraide judiciaire révèlent des indices de condamnations antérieures.

B. Protection dans le temps

40 La protection de la présomption d'innocence est accordée à la personne concernée à partir du moment où elle devient matériellement une personne accusée (article 111 CPP). Le **début de la garantie de la présomption d'innocence** coïncide donc avec la notification formelle d'une enquête sur la personne concernée ou, implicitement, avec l'exécution de mesures dirigées contre elle en tant qu'accusée. La décision judiciaire finale (définitive) sur la culpabilité marque la **fin de la présomption d'innocence**: ce qui compte, c'est la mesure dans laquelle une procédure judiciaire est encore en cours, dans laquelle un tribunal peut encore se pencher matériellement sur la question de la culpabilité.

41 Dans certains cas, la présomption d'innocence s'étend au-delà de la fin de la procédure pénale ("**deuxième dimension de protection de la présomption d'innocence**"). Cela concerne les cas d'acquittement ou de non-lieu (par exemple en raison de la prescription), dans lesquels aucun soupçon résiduel ne peut être maintenu. Les décisions sur les frais en défaveur du prévenu acquitté ne sont autorisées que si celui-ci a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou en a entravé le déroulement (art. 426 al. 2 CPP).

C. Contenu individuel de la protection

1. Appréciation des preuves

42 Le TF a établi la présomption d'innocence en particulier comme **règle d'appréciation des preuves**. Dans une décision de référence, il a précisé que le tribunal pénal "ne peut se déclarer convaincu de l'existence de faits défavorables à l'accusé si, objectivement, il existe des doutes importants et irréductibles quant à la réalisation de ces faits". Cette décision phare se reflète aujourd'hui dans la formulation (critiquée à juste titre par la doctrine) de l'article 10 al. 3 CPP ("S'il existe des doutes insurmontables quant à la réalisation des conditions de fait de l'acte incriminé, [...]"). Un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé doit jouer en sa faveur ("*in dubio pro reo*"). Cela ne concerne que les questions de fait, pas les questions de droit.

Dans la pratique, le principe procédural est contrôlé avec beaucoup de retenue : Il y a violation de la règle de la preuve "au-delà du doute raisonnable" lorsque l'accusé est condamné "bien que, lors d'une appréciation objective du résultat de la preuve, des doutes manifestement importants, voire irréductibles, subsistent quant à [sa] culpabilité". En fin de compte, le TF examine les questions d'appréciation des preuves relatives à la présomption d'innocence dans les limites étroites de la protection contre l'arbitraire. Il y a arbitraire lorsque le tribunal "se fonde sur des faits qui sont en contradiction manifeste avec la situation de fait, qui reposent sur une erreur manifeste ou qui vont à l'encontre de l'idée de justice de manière choquante".

D'un point de vue fonctionnel, ce contenu de protection assure l'**impartialité** des personnes participant à une décision judiciaire (art. 30 al. 1 Cst.). Celles-ci ne doivent pas entamer la procédure avec une opinion préconçue et définitive. Ce n'est que si les juges entrent dans la procédure sans préjuger des résultats que les demandes de preuves peuvent être traitées de manière équitable et que les preuves présentées peuvent être appréciées de manière impartiale. 43

Ce principe procédural n'est **pas applicable** à la clôture de l'enquête pénale ; en cas de doute, il convient de choisir entre la suspension de la procédure et la mise en accusation ("*in dubio pro duriore*", art. 324 en relation avec l'art. 319 CPP). Contrairement à l'appréciation des preuves au sens propre (processus global d'établissement des faits), l'appréciation des preuves au sens figuré (collecte et examen des moyens de preuve admissibles selon les articles 139 et suivants du Code de procédure pénale) est régie par le principe de l'égalité de traitement. CPP), le principe procédural "*in dubio pro reo*" ne s'applique pas. Ce n'est qu'après la collecte et l'examen de toutes les preuves nécessaires que le principe "*in dubio pro reo*" devient applicable : Si, sur la base des preuves, il subsiste un doute raisonnable quant à la responsabilité pénale de la personne accusée, celle-ci doit être acquittée des accusations portées contre elle. En outre, le principe ne s'applique pas aux décisions de pronostic en vue de l'internement de personnes mentalement anormales, aux décisions de retrait de sécurité ou aux mesures policières préventives prises en vertu du Concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives, car il ne s'agit pas de questions de culpabilité pénale. 44

L'**appréciation anticipée des preuves** est difficilement compatible avec la présomption d'innocence. Dans ce cas, le juge décide à l'avance si une preuve 45

qui sera recueillie ultérieurement soutiendra vraisemblablement les déclarations qu'elle étaye. Contrairement à l'avis de la doctrine, le législateur a décidé de maintenir l'appréciation anticipée des preuves (à la charge de l'accusé), même s'il l'a réglementée avec retenue aux articles 139 al. 2 et 318 al. 2 CPP. Le principal problème est que cela limite le caractère ouvert des résultats des enquêtes sur les faits, garanti par la présomption d'innocence. Néanmoins, la jurisprudence et une partie de la doctrine sont favorables à l'admissibilité de l'anticipation de l'appréciation des preuves, lorsque le tribunal peut "sans arbitraire, par une appréciation anticipée des preuves, supposer que sa conviction ne serait pas modifiée par une nouvelle administration des preuves". Selon une jurisprudence constante, il est essentiel pour l'admissibilité que le tribunal parvienne à une conviction correspondante, obtenue sans arbitraire, sur la base de preuves déjà recueillies. Le contrôle du Tribunal fédéral se limite à un examen de l'arbitraire (art. 9 Cst.). En revanche, une autre partie de la littérature appelle à une application plus restrictive. L'appréciation anticipée des preuves dans la procédure pénale devrait tout au plus être possible pour des éléments de fait non contestés, afin de décharger le prévenu.

2. Répartition de la charge de la preuve

46 Dans le sens d'une règle de la charge de la preuve, la présomption d'innocence garantit que l'État qui mène la procédure assume la responsabilité **de la preuve de la culpabilité**: Les autorités de poursuite pénale doivent prouver la culpabilité de la personne accusée. Inversement, ce n'est pas à la personne accusée de prouver son innocence ; un tel renversement de la charge de la preuve serait en principe interdit. Cela implique par exemple l'interdiction de tirer des conclusions négatives de son silence. Étant donné que la charge de la preuve incombe à l'État qui mène la procédure et que le doute profite donc à l'accusé, la règle de la charge de la preuve est étroitement liée à la règle de l'appréciation des preuves.

47 Néanmoins, la présomption d'innocence n'est pas absolue : elle n'interdit pas certaines **présomptions dans le droit pénal matériel**. Ainsi, des infractions telles que les délits de mise en danger abstraite, les pré-criminalisations ou les délits de possession sont compatibles avec la présomption d'innocence. Selon la littérature, il en va de même pour la construction de renversements de la

charge de la preuve en cas de délits d'atteinte à l'honneur selon l'art. 173, ch. 2 CP.

Dans le **droit pénal procédural**, la présomption d'innocence n'est pas non plus absolue, mais laisse la place à des règles de présomption et de preuve inscrites dans la loi. Leur admissibilité dépend de leur réfutabilité au cours de la procédure ; ce qui est déterminant, c'est de savoir si une appréciation judiciaire des preuves est admise et si la personne accusée a la possibilité de fournir une preuve contraire. En outre, ces règles de présomption doivent servir un objectif légitime et être raisonnablement limitées. C'est précisément dans les cas les plus importants en pratique, à savoir la confiscation des produits d'une activité criminelle présumée (art. 70 al. 1 CP), que le TF part du principe d'un renversement du fardeau de la preuve, ce qui est critiqué à juste titre dans la doctrine. Les obligations de tolérance au sens de l'art. 113 al. 1 phrase 3 CPP (ou même des obligations de coopération minimales comme pour le test d'alcoolémie ou d'haleine) ne sont pas contraires à la présomption d'innocence. 48

En fin de compte, la présomption d'innocence de l'article 32 al. 1 Cst. s'adresse aussi bien aux autorités de poursuite pénale qu'aux **organes législatifs**: il incombe au pouvoir législatif de fixer des règles de preuve et de présomption conformes aux droits fondamentaux. 49

3. Liberté d'auto-incrimination et de coopération

Le principe "*nemo tenetur se ipsum accusare*" est étroitement lié à la présomption d'innocence et à la répartition de la charge de la preuve qui lui est inhérente, et qui est ancré en premier lieu dans la loi simple à l'article 113 al. 1 CPP. La garantie "*nemo tenetur*" contient essentiellement deux contenus de protection. D'une part, le prévenu n'est pas tenu de témoigner ou de contribuer à sa**propre** incrimination dans la procédure pénale (**liberté d'auto-incrimination**). D'autre part, le suspect est libre de coopérer avec les autorités de poursuite pénale (**liberté de coopération**). Dans cette mesure, les autorités ne peuvent pas utiliser des preuves qui ont été obtenues par la contrainte ou la pression contre la volonté de la personne accusée. La garantie "*nemo tenetur*" protège le rôle de l'accusé en tant que sujet de droit dans la procédure pénale et donc son droit à l'autonomie dans la procédure. 50

51 L'article 6 al. 2 CEDH traite de l'interdiction par l'État de contraindre l'accusé à coopérer à sa condamnation sous quelque forme que ce soit, raison pour laquelle l'auto-incrimination est centrale dans la jurisprudence de la CEDH. En revanche, la garantie nationale de l'article 113 al. 1 CPP est plus large, puisqu'elle protège l'accusé de l'obligation de coopérer, de se disculper ou de s'incriminer lui-même dans la procédure pénale. Le bien juridique est donc **la libre décision du prévenu** de s'auto-incriminer et de faire ses propres déclarations à décharge. Conformément à l'article 3 al. 2 let. d et à l'article 140 CPP, le prévenu ne peut être contraint ni directement (par ex. par la torture, la menace ou la tromperie) ni indirectement à déposer ou à coopérer. La menace de conséquences négatives pour refus de témoigner est déjà inadmissible. En outre, la personne accusée doit être informée à temps de son droit à s'auto-incriminer et à coopérer (art. 158 al. 1 let. b CPP). Dans ce contexte, Wohlers qualifie avec justesse la garantie "*nemo-tenetur*" d'interdiction des méthodes de preuve. Le non-respect de ce droit procédural peut conduire à l'interdiction d'utiliser les preuves.

52 En ce qui concerne la liberté de coopération dans le cadre de la procédure pénale, la littérature et la jurisprudence font la distinction entre la contrainte inadmissible et l'obligation de tolérance passive admissible. Les obligations actives de coopération de la part de l'accusé (comme le test d'urine, la flexion des genoux, la mesure faciale en 3D) font l'objet d'un débat critique, car elles menacent de vider de sa substance la liberté de s'incriminer soi-même. L'objectif principal de la liberté de coopération est cependant de **protéger le prévenu contre une participation volontaire à sa propre condamnation**. Dans cette mesure, les mesures de contrainte portant atteinte à la substance physique de la personne concernée sont autorisées par les articles 196 et suivants du CPP, tant que leur existence ne dépend pas de sa volonté. En conséquence, le prélèvement d'urine est autorisé, mais pas l'utilisation d'un détecteur de mensonges.

4. Préjudice public et privé

53 Les destinataires de la présomption d'innocence sont en premier lieu les autorités de poursuite pénale. Elles ne doivent pas avoir, dans le cadre de la procédure pénale en cours, un comportement qui indique une détermination de la culpabilité de la personne accusée. Cela vaut aussi bien pour les déclarations officielles (**comptes rendus judiciaires**) que pour les

déclarations informelles. L'impression du public sur l'activité judiciaire n'est garantie et l'appréciation des preuves par le tribunal pénal n'est pas biaisée que si les déclarations des autorités qui font naître des doutes sur l'innocence d'une personne acquittée ou qui reviennent à une condamnation préalable sont absentes. Il s'agit également de protéger le public contre la pression qui s'exerce sur lui pour qu'il se fasse une idée prématurée de la culpabilité de l'accusé par le comportement des autorités. Sont donc interdites les déclarations des autorités (même inconscientes) avant et pendant la procédure pénale qui présentent la culpabilité du prévenu comme avérée alors que celle-ci n'a pas encore été établie par le tribunal.

54 Dans cette mesure, la **communication publique** active **des autorités de poursuite pénale**, qui tient compte du besoin légitime d'information de la collectivité (garanti par l'art. 17 Cst. ou, en particulier dans la procédure pénale, par l'art. 74 CPP), est tout à fait délicate, précisément lorsqu'elle est effectuée au-delà des médias par une communication judiciaire complémentaire propre. Un travail actif avec les médias ne permet pas d'exclure toute influence, c'est pourquoi les autorités de poursuite pénale doivent faire preuve de beaucoup de prudence, de diligence et de retenue dans leur communication ; il convient notamment de souligner le caractère provisoire des informations en question. La communication des mesures d'enquête et des soupçons d'infraction à l'encontre d'une personne semble admissible. En revanche, il n'est pas permis d'exposer une personne de manière préjudiciable, de la qualifier de "délinquante" ou, plus généralement, de faire un reportage qui donne l'impression qu'elle est déjà convaincue d'avoir commis un délit. C'est précisément en raison de l'effet massivement stigmatisant et de la restriction d'autres droits fondamentaux (en particulier le droit à la vie privée et familiale et la protection de l'honneur contre la diffamation) qu'il convient de renoncer à la mention des noms. Les mesures de sécurité procédurales à fort pouvoir de suggestion visuelle, telles que les tenues spéciales des prisonniers, les cages métalliques ou les cabines vitrées, peuvent être justifiées, malgré les tensions avec la présomption d'innocence, au moins du point de vue de cette garantie, si leur caractère de sécurité est au premier plan et si l'acquittement reste une possibilité ouverte. Toutefois, de telles mesures peuvent violer d'autres dispositions des droits fondamentaux (comme l'interdiction des traitements inhumains).

55 Outre les autorités de poursuite, la présomption d'innocence doit également être garantie par **d'autres autorités publiques**. Les insinuations ou les affirmations de culpabilité (non encore établies) par des fonctionnaires et des agents publics amènent le public à croire que les accusations portées sont effectivement établies. Cela met à son tour le tribunal saisi sous la pression d'un jugement préalable et mine à la fois la position procédurale de la personne accusée et sa réputation. Enfin, dans les structures hiérarchiques des autorités, le risque existe que les déclarations préjudiciables de hauts fonctionnaires soient interprétées comme des instructions par des agents subalternes.

56 En revanche, il convient d'accorder une plus grande marge de manœuvre **aux acteurs politiques**, même s'ils occupent une fonction publique. Dans l'intérêt d'une démocratie libérale, les déclarations provocatrices concernant des procédures pénales en cours devraient avoir leur place dans le débat politique. Il convient toutefois d'opérer une distinction en fonction du contexte dans lequel les propos sont tenus : Si le titulaire d'un mandat politique s'exprime dans le cadre de l'exercice de ses fonctions publiques, ce qui précède s'applique. En dehors de ce contexte, le critère de la présomption d'innocence est moins important au profit du combat politique.

57 Des reportages médiatiques qui préjugent de la situation ou des campagnes diffamatoires menées par des **particuliers** peuvent porter atteinte à l'impartialité du tribunal chargé de la procédure. Dans ce cas, tant la présomption d'innocence selon l'art. 32 al. 1 Cst. que le droit à la vie privée de la personne concernée ou la protection de sa personnalité (art. 13 Cst.) sont violés. Néanmoins, la couverture médiatique privée relève de la protection de la liberté des médias au sens de l'article 17 Cst. qui, en tant que presse d'analyse critique, libre et évaluative, sert les intérêts d'information légitimes et
important de la collectivité pour la démocratie libérale (ce que l'on appelle *le public watchdog*). Il est donc nécessaire de peser soigneusement le pour et le contre dans deux directions : Les journalistes doivent faire un compte-rendu critique et analytique des faits reprochés et de la personnalité de l'accusé (**compte-rendu de soupçon**), mais ne doivent pas mener une campagne contre l'accusé qui, d'un point de vue objectif, justifierait la crainte d'une condamnation préalable. En outre, dans le cas d'un reportage visant à orienter une condamnation, l' **obligation de l'Etat** , reconnue par le TF, de prendre

des contre-mesures appropriées pour ramener le reportage dans les limites de l'objectivité requise s'applique. Dans ce contexte, l'obligation de protection des autorités de poursuite pénale responsables de la procédure peut exiger une intervention active dans les comptes rendus afin de garantir les garanties liées à la présomption d'innocence. Les appels à la responsabilité personnelle des journalistes ne suffisent généralement pas. En cas de violation grave de l'équité de la procédure et de la présomption d'innocence, il convient, dans les cas extrêmes, de clore la procédure.

IV. DROIT À L'INFORMATION (AL. 2, PREMIÈRE PHRASE)

L'art. 32 al. 2 phrase 1 Cst. exige, en s'appuyant sur l'art. 6 al. 3 let. a CEDH et l'art. 14 al. 3 let. a Pacte II de l'ONU, d'informer à un stade précoce de la procédure pénale la personne poursuivie de manière détaillée sur la nature et le motif des accusations portées contre elle, dans une langue qu'elle comprend. L'art. 32 al. 2 Cst. concrétise ainsi le droit d'être entendu prévu à l'art. 29 Cst. ou à l'art. 3 al. 2 let. c CPP et est lié à la maxime d'accusation prévue par la procédure pénale à l'art. 9 CPP. L'objectif principal du droit à l'information est de permettre à la personne concernée de **préparer** sa **défense** et d'être en mesure de **se défendre**. En ce sens, ce droit à l'information est en relation fonctionnelle avec le droit de défense effectif de l'art. 32 al. 2 phrase 2 Cst. et protège contre toute surprise. Pour l'essentiel, le droit à l'information de la personne accusée s'étend à : 58

- la nature et l'appréciation des accusations portées (art. 158 al. 1 let. a CPP ; voir aussi art. 143 al. 1 let. b CPP) ;
- les droits qui lui reviennent (art. 143 al. 1 let. c, art. 158 al. 1 let. a-d CPP ; voir aussi art. 143 al. 1 let. c CPP) ;
- le droit de consulter le dossier (art. 101, art. 107 al. 1 let. a, art. 225 al. 2 CPP).

A. Moment de l'information

Conformément à l'art. 32 al. 2, première phrase, Cst., la personne "accusée" doit être informée "le plus rapidement possible" des accusations portées contre elle. L'objectif est de permettre à la personne concernée d'**exercer des droits de défense effectifs** à un stade précoce de la procédure, lorsque les décisions relatives à la stratégie de défense sont encore effectivement 59

ouvertes. La notion d'accusé de l'article 32, al. 2, première phrase, Cst. est dissociée de la mise en accusation formelle, puisque les droits à l'information existent pendant la phase d'enquête. Ce qui est déterminant, c'est la **qualité de prévenu** au sens de l'article 111 CPP. Le début du droit à l'information est marqué par la prise de connaissance implicite (par exemple l'exécution d'une mesure) ou explicite par la personne concernée qu'elle fait l'objet d'une enquête. C'est le cas au plus tard lors du premier interrogatoire (article 158 du CPP). Si cette information n'est pas donnée, les preuves issues de l'audition sont absolument inutilisables (art. 158 al. 2 en relation avec l'art. 141 al. 1 CPP).

60 En raison d'intérêts légitimes de la poursuite pénale, par exemple lorsque le succès de l'enquête est menacé par des tentatives de déstabilisation de la part du prévenu, le droit à l'information peut être soumis à **des restrictions**. Néanmoins, l'obligation d'informer doit être mise en relation avec l'exercice des droits de la défense. Les restrictions atteignent donc leurs limites lorsqu'elles visent à affaiblir la défense ou lorsqu'elles risquent de nuire à la procédure pénale ultérieure. Si le succès de l'enquête pénale n'est menacé que par l'exercice des droits procéduraux, le droit à l'information doit être prioritaire. Alors que dans la procédure pénale ordinaire, le devoir d'information selon les art. 158 s. CPP s'effectue rapidement en raison des obligations expresses des autorités selon l'art. 219 al. 1 et 2 CPP, de graves réserves d'ordre juridique se posent à propos de la procédure pénale administrative, car le prévenu, conformément à l'art. 39 al. 3 en liaison avec l'art. L'article 55 du DPA prévoit que la personne peut être détenue pendant plus de 72 heures sans être assistée d'un avocat et sans être informée des faits qui lui sont reprochés.

61 Si l'obligation d'informer **est su**jette à **des retards**, la communication doit être rattrapée de manière à laisser suffisamment de temps pour préparer la procédure. Les exigences en matière de contenu pour l'orientation varient selon le stade de la procédure (communication des charges lors de la première audition conformément à l'article 158 CPP ; acte d'accusation conformément à l'article 325, al. 1, let. f, CPP). Il peut être indiqué de suspendre la procédure afin de donner suffisamment de temps à la préparation par la défense. Dans la perspective du droit conventionnel, les inconvénients subis par le prévenu peuvent éventuellement être réparés par les voies de recours. La Cour européenne des droits de l'homme est généreuse en ce qui concerne les possibilités de réparation par une information ultérieure.

B. Exigences relatives au contenu de l'information

En ce qui concerne le contenu, le droit à l'information s'étend à la communication des **faits reprochés** (descriptions du lieu, du moment et de l'objet de l'infraction reprochée) ainsi qu'à l'**évaluation juridique**(provisoire) **des** autorités de poursuite pénale. 62

Les faits reprochés et leur qualification pénale ne doivent pas être communiqués de manière abstraite. L'information "complète" du suspect requiert la communication d '**informations détaillées**, en fonction des circonstances de chaque cas et du stade de la procédure. Il convient d'examiner dans quelle mesure l'information permet au suspect de comprendre le contenu et la portée des accusations pénales et de préparer sa défense dans un délai raisonnable. L'énumération de moyens de preuve concrets n'est pas exigée. 63

L'état des connaissances de la procédure d'enquête sur les faits et l'appréciation juridique peut évoluer en fonction de l'**avancement** de l'établissement des faits. Si cela modifie le motif ou la nature de l'accusation, l'autorité de poursuite pénale doit informer à nouveau. Ce n'est qu'à ce moment-là que la personne accusée peut se préparer efficacement à des arguments nouveaux ou modifiés. 64

C. Forme et intelligibilité linguistique

En principe, l'orientation ne doit pas être donnée par écrit, mais peut l'être oralement. L'essentiel est que l'effectivité de l'objectif de protection ne soit pas vidée de sa substance, ce qui serait par exemple le cas si l'information était donnée oralement dans une situation complexe. Compte tenu de l'importance du droit à l'information pour l'efficacité de la défense et de la situation psychologique exceptionnelle dans laquelle se trouve le prévenu dans la procédure pénale, une orientation purement orale semble inappropriée. Il faut exiger une **information écrite** sur les faits reprochés. 65

L'**information directe et personnelle du prévenu**, qui doit lui être formellement adressée ainsi qu'à sa défense, est indispensable. La seule information du conseil juridique ne suffit pas, car le droit à l'information vise à protéger la position de sujet procédural de la personne accusée. 66

67 L'orientation doit être compréhensible afin de permettre au suspect d'organiser efficacement sa défense. Par conséquent, l'information doit être fournie dans une **langue** qu'elle **comprend**. Des défis existent lorsque le suspect a des difficultés à comprendre les allégations en raison de problèmes psychologiques. Outre la procédure prévue à l'article 155 al. 2 CPP, il semble judicieux de rédiger une communication écrite ou de permettre l'assistance d'une personne appropriée, comme c'est le cas pour les personnes malentendantes ou ayant des difficultés à s'exprimer, conformément à l'article 143 al. 7 CPP.

68 Le postulat d'une orientation compréhensible peut exiger le recours à une traduction conformément à l'art. 68 al. 2 CPP si le prévenu ne comprend manifestement pas la langue du tribunal. Il n'existe pas de droit à une traduction dans sa propre langue maternelle ; une traduction dans une langue compréhensible pour la personne concernée est suffisante. Le prévenu doit toutefois signaler son besoin de traduction pour les étapes de la procédure qui n'ont pas été traduites. Jusqu'à présent, non seulement l'article 68 al. 2 CPP mais aussi la jurisprudence de la CEDH renoncent à un **droit à la traduction de la communication ou de l'acte d'accusation**, même si la Cour met en garde contre les inconvénients qui en résulteraient pour la personne accusée. Un droit à une traduction écrite semble toutefois inévitable pour l'objectif de protection de l'art. 32 al. 2 Cst. et réalisable à bas seuil compte tenu des moyens informatiques modernes permettant une traduction automatisée.

V. DÉFENSE EFFECTIVE (AL. 2, 2E PHRASE)

69 L'art. 32 al. 2 phrase 2 Cst. garantit à l'accusé l'exercice des droits de la défense qui lui reviennent. Bien qu'aucun droit de défense particulier ne soit expressément mentionné, l'objectif essentiel d'une défense effective est d'accorder au prévenu des droits procéduraux concrets et pratiques pour sa défense, afin de garantir sa **participation effective à la procédure pénale**. Une participation effective signifie être en mesure de se défendre concrètement et efficacement contre les accusations des autorités de poursuite pénale. Pour cela, il faut des droits de défense concrets et un cadre approprié.

70 Pour les différents droits de la défense, il convient de se référer à la littérature spécialisée en matière de procédure pénale. L '**article 6 al. 3 de la CEDH** énumère les **conditions minimales** concrètes des droits de la défense dans

le cadre de la procédure pénale : Une défense effective exige en particulier suffisamment de temps et d'occasions pour préparer la procédure, l'autodéfense ou la défense par le conseil juridique par le biais de la défense élective ou de la défense d'office, la confrontation avec des témoins à charge et à décharge ainsi que, le cas échéant, l'assistance gratuite d'un ou d'une interprète. Les prescriptions minimales d'origine internationale et constitutionnelle sont concrétisées au niveau législatif dans le CPP. Selon la volonté législative, les garanties de procédure pénale doivent être étendues au-delà des prescriptions minimales.

Parmi les **conditions générales** d'une défense efficace, il faut que le prévenu soit informé de manière appropriée sur ses droits de défense, au-delà du droit à l'information sur les faits (art. 32 al. 2, 1ère phrase Cst.). Étant donné que les procédures pénales sont extrêmement complexes et qu'elles ont des conséquences graves pour les personnes concernées, le prévenu a souvent besoin de l'assistance d'un avocat tout au long de la procédure pénale afin de pouvoir se défendre de manière adéquate. Enfin, pour une défense efficace, la procédure pénale concrète doit être globalement équitable. 71

A. Information sur les droits de la défense

Pour que le prévenu puisse exercer efficacement les droits de la défense qui lui sont reconnus, il doit les connaître. D'autant plus que l'art. 32, al. 2, première phrase, Cst. parle uniquement de l'information sur les accusations portées, le droit du prévenu non arrêté (art. 31, al. 2, Cst.) à être **informé de ses droits de défense** par les autorités de poursuite pénale se fonde sur l'art. 32, al. 2, deuxième phrase, Cst. en relation avec l'art. 31, al. 2, Cst. Cette information doit avoir lieu dès le premier interrogatoire (art. 158 al. 1 CPP), de sorte qu'il convient de se référer en particulier à la qualité de prévenu au sens de l'art. 111 CPP. Tant pour des raisons de droits de l'homme que compte tenu de la situation psychologique exceptionnelle dans laquelle se trouve le prévenu, il convient de l'informer de ses droits dès son arrivée au poste de police, par exemple dans le cadre de l'interpellation par la police conformément à l'art. 215 al. 1 let. b, c CPP. 72

Selon la volonté du législateur, l'information unique du prévenu sur ses droits de défense doit suffire. Cela n'est pas convaincant, ne serait-ce qu'en raison de la divergence avec les obligations d'information entre le prévenu et les autres parties à la procédure. Au contraire, l'article 158 al. 1 CPP établit un 73

standard minimum pour l'information juridique du prévenu par les autorités de poursuite pénale lors de la première audition, alors que l'article 143 al. 1 let. c CPP exige expressément une information juridique complète. Celle-ci doit être donnée indépendamment de la connaissance qu'a le prévenu de sa position dans la procédure, de ses droits procéduraux ou de l'objet de la procédure. Une attention particulière doit être accordée à la qualité de l'information afin de ne pas vider de son sens le droit à une défense efficace.

B. Assistance juridique

74 L'objectif principal du droit à l'assistance d'un avocat est de permettre au suspect de participer à sa propre procédure pénale en toute connaissance de cause et de donner suffisamment de poids à ses positions au cours de la procédure ou de la motivation du jugement. La défense dans la procédure pénale est uniquement tenue de défendre ses intérêts (article 128 du CPP). Toute personne accusée a donc le droit de se défendre elle-même ou d'être assistée d'un défenseur. Elle peut faire appel à un défenseur qu'elle a choisi et rémunéré (art. 127 al. 5, art. 129 CPP). Cela s'applique également aux procédures pénales de faible importance, mais pas, selon le TF, aux expertises psychiatriques de la personne accusée. L'assistance juridique du prévenu doit être classée comme une **aide au sujet** du procès pour la réalisation de ses droits de participation. Les décisions essentielles concernant la stratégie de défense incombent au suspect, qui doit disposer pour cela d'une base d'informations et de connaissances appropriées.

1. L'autodéfense

75 Sous réserve des cas de défense obligatoire, le prévenu dispose, s'il le souhaite, du droit de **se défendre lui-même** (art. 129 al. 1 CPP). Si elle choisit de se défendre elle-même, elle doit assumer avec soin les obligations d'action correspondantes en vue du procès pénal. Pour ce faire, elle doit avoir des possibilités raisonnables de consulter le dossier et d'accéder à des textes juridiques et à des manuels.

76 Le prévenu informé peut décider de ne pas contester les accusations et les arguments de l'accusation et de participer à la procédure en adoptant une **stratégie procédurale de non-défense**. L'essentiel est alors qu'elle ait reconnu la portée de sa stratégie de défense et qu'elle puisse, en tant que sujet

du procès informé, participer à sa propre procédure pénale comme elle le souhaite.

Les autorités de poursuite pénale (en particulier le tribunal) peuvent examiner si, dans l'intérêt de la justice, il semble indiqué de désigner un conseil malgré le souhait de se défendre soi-même (en particulier si le prévenu ne peut pas se défendre lui-même). En cas d'incapacité de postuler (art. 130 let. c CPP), les autorités de poursuite pénale sont tenues de procéder à un examen approprié (art. 131 al. 1 CPP). La désignation d'un **conseil contre la volonté du prévenu** est une atteinte grave à sa défense, mais elle peut être autorisée si elle apparaît nécessaire dans l'intérêt de la justice et si le prévenu peut continuer à agir sur sa propre procédure pénale. La désignation d'office est légitime (ou s'impose dans le cas d'une défense nécessaire) lorsque, dans un cas concret, l'accès au dossier ne peut être accordé qu'à la défense et non à la personne accusée. Le conseil juridique désigné d'office ne doit pas influencer négativement la défense du prévenu informé. 77

2. Défense nécessaire

Dans les cas énumérés par l'article 130 CPP, l'assistance d'un:défenseur est obligatoire. La défense obligatoire limite le droit de se défendre soi-même dans le cadre du procès pénal. Sa *raison d'être* fait l'objet de nombreuses discussions et est parfois interprétée comme un devoir d'assistance de l'État (art. 132 al. 1 let. a CPP) visant à remédier au manque de connaissances juridiques et de capacités de défense procédurale, à la recherche de la vérité et à la légalité de la procédure pénale. Si la désignation d'un conseil juridique est indiquée, sa désignation forcée est autorisée même si le prévenu la refuse, car selon l'opinion dominante, il ne peut être renoncé à la défense nécessaire. Selon le TF, l'assistance nécessaire de la défense peut être perdue en cas d'abus des droits de la défense, ce qui est à juste titre critiqué dans la littérature. 78

Le **moment de la désignation** du conseil juridique est déterminant pour l'exigence d'une défense effective selon l'art. 32 al. 2 phrase 2 Cst. Celui-ci est généralement décrit comme "immédiat" par l'article 131 al. 1 CPP et, pour la procédure préliminaire, il est décrit plus en détail à l'article 131 al. 2 CPP. 79

3. Défense de choix

80 Le prévenu a en principe droit à une défense de **choix** ou privée, c'est-à-dire à l'assistance juridique d'un:avocat pénaliste de son choix (art. 129 CPP). L'essence de la défense de choix consiste à choisir et à mandater de manière indépendante le conseil de l'accusé dans la procédure pénale. Au niveau national, l'art. 127 al. 5 CPP relatif à l'assistance juridique du prévenu renvoie au droit suisse des avocats, qui réserve en principe la représentation professionnelle devant les tribunaux aux avocats, conformément à l'art. 2 al. 1 LLCA. Cela n'affecte pas l'exception prévue à l'article 127 al. 5 dernière phrase du CPP, qui se réfère à des dispositions cantonales spéciales pour la défense dans les procédures pénales en matière de contraventions.

4. Défense d'office

81 La **défense d'office** se veut le contrepoint de la défense électorale. Dans ce cas, le défenseur n'est pas désigné par le prévenu, mais par une autorité. L'indemnisation est alors prise en charge par les pouvoirs publics (art. 135 CPP). Bien que la relation juridique entre le prévenu et le défenseur soit fondée sur des bases différentes, le conseil juridique est soumis aux mêmes obligations de diligence, à la même indépendance vis-à-vis de l'État et à la même prise en compte unilatérale des intérêts du prévenu que dans le cadre de la défense de choix. La défense d'office s'étend à la procédure de première et deuxième instance cantonale. En ce qui concerne le recours pénal devant le Tribunal fédéral, le droit à la défense d'office est nié par le TF (probablement en violation de la Convention), alors que la doctrine l'affirme.

82 Bien que l'autorité qui dirige la procédure désigne le défenseur, le **droit de choisir un avocat** s'applique également, dans une certaine mesure, à la défense d'office. S'il n'existe pas de droit à un:défenseur:de libre choix (art. 133 al. 2 CPP), les préférences du prévenu doivent être suffisamment prises en compte, ce qui implique un droit de proposition pour le conseil d'office. Dans cette mesure, la direction de la procédure ne peut refuser la représentation souhaitée proposée par le prévenu que pour des raisons objectives. C'est la seule façon d'établir une relation de confiance entre le client et son conseil et de préserver le droit de participation éclairée du prévenu (art. 134 al. 2 CPP). Ce qui est critique, c'est que les compétences linguistiques du défenseur public ne constituent pas un critère de sélection essentiel. et qu'en vertu de la convention, il n'est pas nécessaire de consulter le prévenu avant de désigner

son conseil. Par ailleurs, le droit de proposition et la relation de confiance impliquent le droit fondamental - bien qu'assorti d'obstacles importants en vertu de l'article 134 al. 2 CPP - de la personne accusée de provoquer un changement de conseil ; il faut toutefois accepter de ce fait des restrictions qui doivent garantir le déroulement de la procédure.

L'article 132 al. 1 let. a CPP régit la **défense d'office nécessaire**, qui concerne 83
en principe quatre cas. Premièrement, il y a défense d'office nécessaire lorsque la personne peut désigner elle-même son défenseur, mais qu'elle omet de le faire malgré une invitation (art. 132 al. 1 let. a ch. 1 CPP). Deuxièmement, il y a défense nécessaire lorsque, dans une procédure pénale en cours, le mandat de la défense de choix est retiré ou résilié et qu'aucun nouveau conseil n'est désigné malgré la demande (art. 132 al. 1 let. a ch. 2 CPP). Troisièmement, il y a conversion en défense d'office nécessaire lorsque, dans le cadre d'une défense nécessaire, le prévenu désigne d'abord un défenseur de choix, mais qu'il ne peut pas le payer en raison de son indigence avérée. Quatrièmement, le principe de la défense effective exige qu'un défenseur d'office soit désigné malgré l'existence d'une défense de choix, lorsque celle-ci viole gravement ses obligations d'assistance.

Si le prévenu est sans ressources et que l'intérêt de la justice l'exige, l'État doit 84
lui fournir une **assistance gratuite** pour sa **défense** (art. 132 al. 1 let. b CPP). L'institution de la défense gratuite en matière pénale, inscrite dans le CPP, met en œuvre les prescriptions de l'art. 29 al. 3 Cst. spécifiquement pour les exigences d'une procédure pénale équitable selon l'art. 32 al. 2 Cst. La première condition est l'**absence de ressources ;** la raison de cette **absence** n'est pas importante. Si l'indigence n'est que partielle, l'État peut subordonner la désignation de l'avocat à une participation financière de la personne poursuivie. L'octroi de la désignation gratuite n'implique pas nécessairement l'exonération permanente des frais de défense : si la situation financière du prévenu autrefois indigent s'améliore après sa condamnation, il est permis de percevoir des frais de défense pour la personne condamnée qui n'est plus indigente. L'article 135 al. 4 CPP tient compte de ce principe par analogie, en prévoyant l'obligation de rembourser les frais de défense d'office lorsque l'indigence disparaît. La deuxième condition est la nécessité de la défense pour la **sauvegarde des intérêts** du prévenu (art. 132 al. 2 CPP, "*interests of justice*"), dont l'interprétation doit s'inspirer de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 29 al. 3 Cst. Cette exigence se fonde, dans les limites de

l'article 132 al. 2 CPP, sur les chances réalistes d'une défense efficace et, par conséquent, sur la mesure dans laquelle la personne accusée bénéficie d'une défense concrète et effective. Pour la procédure de recours, la constitution de défense semble obligatoire. Si ces deux conditions sont remplies, l'Etat est tenu d'assurer la défense du prévenu non représenté dès que cela paraît nécessaire à l'exercice des droits de la défense (conformément à l'article 131 CPP dès l'enquête préliminaire). En principe, la défense d'office reste exclue en vertu de l'art. 132 al. 2 en relation avec le CPP. al. 3 CPP pour **les cas d**its **de peu d'importance**, dont les conditions sont énumérées à titre d'exemple dans la loi. Grâce à cette formulation de la loi (al. 2 : "notamment" ; al. 3 : "en tout cas"), la défense d'office reste possible à titre exceptionnel, même si les limites des cas de peu d'importance ne sont pas atteintes.

5. Assistance juridique de première ligne

85 Le droit à l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire de police ou la première audition par le procureur (dit "**avocat de la première heure**"), qui se fonde sur l'article 159 CPP, est une pierre angulaire importante pour la réalisation de l'égalité des armes en matière de procédure pénale et donc pour l'équité de la procédure pénale. Ce droit naît au moment de l'incarcération ou au début du premier interrogatoire (art. 143 al.1 let. c, art. 158 al.1 let. c CPP). D'un point de vue fonctionnel, le droit à l'assistance d'un défenseur s'applique dès l'enquête préliminaire ; le suspect a le droit d'avoir accès à un avocat lors du premier interrogatoire de police. Comme c'est au cours de l'enquête préliminaire, et en particulier lors du premier interrogatoire, que sont posés les jalons décisifs pour la défense pénale dans un cas concret, le droit à l'assistance d'un avocat dès la première heure se traduit également par le droit à sa présence au cours de l'interrogatoire de police. Par conséquent, l'accès à la défense est crucial pour l'évaluation des aveux de la personne accusée et leur obtention en violation de la liberté d'auto-incrimination.

86 Le droit d'accès à la défense n'est toutefois pas absolu. Des circonstances impérieuses dans un cas concret (par exemple, la prévention du terrorisme) peuvent nécessiter une **restriction**, l'obligation de démontrer cette **restriction** incombant à l'État. Même si une restriction semble justifiée, l'équité globale de la procédure pénale peut être affectée si les droits de la défense de la personne concernée sont durablement et considérablement compromis. En outre, le droit à l'assistance d'un avocat lors de l'interrogatoire

de police **peut être abandonné**. Compte tenu de la situation intimidante dans laquelle se trouve une personne accusée et de la difficulté de la prouver, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les exigences pour une renonciation effective doivent être élevées : La personne accusée doit être suffisamment consciente de la portée de la renonciation.

6. Communication de la défense

Les articles 159 al. 2 et 235 al. 4, première phrase, du CPP garantissent le droit du prévenu (détenu) de communiquer avec son conseil. Pour les personnes de langue étrangère, cela nécessite l'**intervention d'un interprète** lors des entretiens de défense. Le suspect peut communiquer avec son conseil en personne ou par écrit sans contrôle ou supervision. Sur le plan du contenu, le défenseur n'est pas soumis à l'interdiction (notamment par le biais de l'obligation de secret professionnel prévue à l'article 73 al. 2 CPP) d'informer son client du contenu des documents figurant dans le dossier pénal ; cela restreindrait indûment ses règles professionnelles. 87

Cette communication ne doit être limitée qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il existe des **soupçons** fondés **d'abus**. Pour conserver à cette restriction son caractère exceptionnel, elle doit être autorisée par le tribunal des mesures de contrainte (art. 235 al. 4, 2e phrase CPP). Les intérêts impérieux de sécurité qui, dans des cas extrêmes, exigent des mesures d'accompagnement, ne doivent toutefois pas affecter la confidentialité des communications orales ou écrites entre le défenseur et son client:in. 88

7. Mauvaise défense

L'efficacité de la défense n'est pas seulement garantie par la désignation ou la présence de l'avocat ; elle exige également que le conseil exerce effectivement les droits de l'accusé. C'est pourquoi il découle de l'art. 32 al. 2 Cst. (en relation avec l'art. 29 al. 3 Cst. et l'art. 6 al. 3 let. c CEDH) que le prévenu a droit à une défense compétente, engagée et efficace de ses intérêts de partie. En ce sens, suite à la révision du CPP (art. 133 al. 2 CPP), l'aptitude de la défense d'office est prise en compte. Toutefois, la question de savoir comment traiter une **mauvaise défense** n'est pas entièrement résolue dans la pratique. S'il est vrai que le manquement grave du conseil à ses obligations professionnelles et déontologiques peut entraîner une violation des droits de la défense de l'accusé pouvant être constatée par un tribunal, toute défense 89

non optimale ne conduit pas à l'affirmation de son inefficacité. Ce qui importe, c'est de savoir dans quelle mesure le conseil juridique a permis à l'accusé d'exercer ses droits de la défense (sans commettre d'erreurs injustifiables) et si le conseil juridique (en concertation avec l'accusé) a adopté une stratégie de défense délibérément choisie.

90 Le TF et la CEDH considèrent tous deux que les manquements du conseil sont en principe imputables à la personne accusée. La seule exception reconnue par le TF concerne les erreurs grossières commises dans le cadre de la défense nécessaire. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le prévenu n'est pas techniquement en mesure de surveiller son conseil. En ce sens, une obligation d'intervention de l'État pour assurer une défense effective semble ambivalente : le besoin de protection de la personne concernée se heurte à la non-ingérence de l'État dans ses affaires de défense, cette dernière découlant à la fois de l'autonomie de la personne concernée et de la profession d'avocat, et de la partialité des autorités de poursuite. Du point de vue du droit de la Convention, il est difficile de concevoir un devoir de protection de l'Etat visant à éliminer ou à empêcher les erreurs de la défense facultative ou obligatoire ; l'indépendance de la profession d'avocat plaide précisément contre une surveillance de l'Etat avec des pouvoirs d'intervention. Néanmoins, il convient de soutenir, avec le TF et la doctrine, l'**obligation des autorités de poursuite pénale de surveiller l'efficacité fondamentale de la défense**. En tant que contrôle excessif, il n'intervient qu'en cas de faute manifestement grave et dépend du contexte de la procédure, car selon la phase du procès, les manquements à la défense peuvent être réparés. Selon le TF, les manquements graves aux obligations de la défense sont le non-respect flagrant des délais et des dates, l'absence d'auditions importantes de témoins, le manque de soin dans la préparation des auditions et d'autres actes de procédure ainsi que le manque de prévoyance pour les remplacements. Selon la CEDH, l'inaction de la défense pénale, le fait de ne pas être présent lors de l'interrogatoire préliminaire ou le fait de ne pas faire appel (malgré le souhait de l'accusé) doivent être considérés comme une négligence grave des tâches de défense.

C. Équité globale

91 Une participation efficace à la procédure pénale n'est possible que si l'ensemble de la procédure pénale est équitable. Pour ce faire, il est

nécessaire de trouver un équilibre entre **les différents intérêts légitimes**, notamment ceux de la poursuite, du prévenu et des autres personnes impliquées dans la procédure, tout en tenant compte des **spécificités de la procédure pénale**. Dans certains cas, cet équilibre des intérêts peut conduire à ce que le prévenu subisse de graves inconvénients dans la procédure pénale, par exemple en limitant les droits de la défense. La question se pose alors de savoir si la procédure pénale a été globalement équitable. Comme il s'agit d'une question centrale de la procédure pénale du point de vue de la théorie de la légitimation, il n'est pas étonnant que l'équité de la procédure pénale concrète soit garantie par le droit de la Convention et puisse être soumise au contrôle de la CEDH.

92 D'un point de vue méthodologique, la Cour européenne des droits de l'homme se penche d'abord sur les garanties individuelles de la procédure pénale, avant d'examiner, dans une dernière étape, l'équilibre de tous les intérêts en jeu dans le cadre de ce que l'on appelle l **'équité globale de la procédure pénale**. Dans cette mesure, la CEDH soumet les atteintes potentiellement préjudiciables à l'équité à une évaluation globale de l'équité de l'ensemble de la procédure pénale (y compris la procédure d'enquête et de recours) et prend en compte les tentatives de réparation et de dédommagement au niveau national. L'équité globale est en outre contrôlée dans le cadre de procédures pénales menées rapidement (par ex. *plea bargaining* ou procédures pénales abrégées) après l'arbitraire de réductions de garanties d'équité - par exemple concernant le droit à la preuve. C'est pourquoi une éventuelle renonciation aux avantages ou aux droits de la garantie d'équité - qui doit être déclarée librement de manière expresse ou tacite - doit être accompagnée d'un minimum de garanties correspondant à la gravité de la renonciation. En outre, aucun intérêt public important ne doit s'opposer à la renonciation. Outre les intérêts de l'État en matière de poursuite, la Cour européenne des droits de l'homme prend également en compte la perspective de la personne accusée dans son examen global de l'équité. Cela doit permettre de la protéger contre une application abusive des règles de procédure. Il en va de même lorsqu'un besoin de protection particulier résulte de sa vulnérabilité spécifique (par exemple dans le cadre de poursuites pénales contre des victimes potentielles de la traite des êtres humains).

VI CONTRÔLE JURIDICTIONNEL (AL. 3)

93 L'article 32 al. 3 Cst. garantit à toute personne condamnée le droit à un réexamen de son jugement par une juridiction supérieure. Cette norme s'inspire de l'art. 2 CEDH PA VII ainsi que de l'art. 14 al. 5 du Pacte II de l'ONU. La désignation de la **garantie judiciaire de recours** par l'art. 32 al. 3 Cst. semble significative, car son objectif va au-delà de la garantie d'équité de la CEDH. En effet, l'article 6 CEDH ne garantit qu'un contrôle de l'accusation pénale et non de la condamnation judiciaire. L'article 13 CEDH (droit de recours) ne couvre pas non plus ce point, car cette garantie n'assure qu'une instance de révision et pas nécessairement un contrôle judiciaire. Même la garantie des voies de recours de l'article 29a Cst. n'implique pas un droit à une instance judiciaire. En ce sens, l'art. 32 al. 3 Cst. est lié à la garantie des voies de droit (art. 29a Cst.) et aux garanties de procédure judiciaire (art. 30 Cst.). En revanche, l'exception prévue à l'art. 32, al. 3, 2e phrase, Cst. n'a plus de signification pour la jurisprudence pénale.

94 Du point de vue de la théorie constitutionnelle, l'importance du contrôle judiciaire des procédures pénales de l'État de droit résulte du caractère invasif des atteintes aux droits fondamentaux en droit pénal et de la perspective institutionnelle qui s'y rattache concernant l'**indépendance des juges** (art. 191c Cst.). Dans un État de droit, les tribunaux (pénaux) sont indépendants des autres organes de l'État. Leur légitimité dépend de leur capacité à rendre des décisions concrètes dans des cas individuels, sans influence extérieure, dans le cadre d'une procédure équitable (juste) et selon des critères juridiques. Kiener a placé de manière pertinente la protection juridique dans le contexte d'une garantie institutionnelle des droits fondamentaux : Le droit de contrôle judiciaire est essentiel non seulement pour le respect de la séparation des pouvoirs (art. 30 Cst.), mais aussi comme "expression d'une organisation des autorités respectueuse de l'homme" (art. 191c Cst.).

95 La concentration de la compétence en matière de justice pénale entre les mains de juridictions indépendantes semble être d'une grande importance compte tenu des intérêts et des droits fondamentaux différents de toutes les parties à la procédure. Pour la personne condamnée en première instance en particulier, un contrôle judiciaire de la décision est essentiel, d'autant plus que la justice pénale, avec ses fonctions de poursuite, d'enquête et d'accusation (ministère public) et ses fonctions d'instruction, de protection juridique et de décision (tribunaux pénaux), "reste une entreprise risquée" malgré les

garanties de l'État de droit. Le contrôle judiciaire peut (seulement) limiter les risques qui concernent aussi bien les droits de participation et de défense de la personne accusée que la garantie selon laquelle la poursuite et la punition par l'État doivent se faire uniquement dans le respect de la loi. La **garantie d'un mécanisme de contrôle juridictionnel** implique l'interdiction de la correction des jugements par des autorités non judiciaires.

La garantie d'une instance pénale n'est pas en contradiction avec le principe d'indépendance (institutionnelle) des instances judiciaires précédentes. Au contraire, l'art. 32 al. 3 Cst. garantit l'indépendance judiciaire au sein de l'organisation de l'État. Les juges apportent inévitablement des opinions et des jugements subjectifs dans les processus de décision judiciaire. C'est pourquoi des mesures institutionnelles et organisationnelles sont nécessaires pour limiter les influences subjectives dans les décisions judiciaires. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut parler d'une justice conforme à l'État de droit dans les décisions judiciaires. Cet encadrement passe par le droit de participation des parties à la procédure (**renforcement du caractère discursif de la procédure concrète**) et par l'implication de plusieurs personnes en tant que décideurs dans la procédure concrète (**pluralisation de la subjectivité judiciaire**). Outre la publicité de la procédure et la prise de décision collégiale, l'instance judiciaire offre une protection de la garantie judiciaire des droits fondamentaux au niveau de l'organisation de l'Etat. 96

A. Garantie de recours

L'art. 32 al. 3 Cst. présuppose la condamnation de la personne concernée ; les explications relatives au champ d'application matériel s'appliquent par analogie. Selon le TF, seules les personnes condamnées bénéficient du droit à un double degré de juridiction en matière pénale. L'étendue de son contrôle n'est prescrite ni par la Constitution ni par la Convention. Il appartient au législateur 97

- s'il crée une deuxième instance de droit et de fait (appel) ou un seul recours limité au contrôle du droit (révision),
- si l'introduction de l'appel est subordonnée à un examen préalable de la recevabilité, ou
- s'il prévoit un seuil de minimis.

98 La déchéance d'un recours ne peut survenir qu'en cas de "manquement total" non excusé, tant de la part du conseil que (!) de la personne accusée. Si le prévenu est condamné dans une procédure par défaut malgré l'assistance d'un avocat, il doit avoir la possibilité de faire réexaminer sa condamnation, conformément à l'article 368 du CPP.

B. Garantie de l'accès à la justice

99 Comme le souligne pertinemment Vest, l'art. 32 al. 3 Cst. contient en outre une garantie des voies de droit, que l'art. 29a Cst. préfigure. Il ressort des art. 29a, 32 al. 3 et 191b Cst. en relation avec l'art. Il résulte de l'art. 80 al. 2 LTF l'obligation pour les cantons de prévoir une voie de droit judiciaire pour les procédures pénales (**obligation de double instance**). Sur le plan du contenu, le droit au contrôle juridictionnel garantit le droit à une **voie de recours avec effet dévolutif**, c'est-à-dire à une décision sur le fond par une instance judiciaire supérieure dans l'ordre des instances.

100 Cette garantie de recours **peut être abandonnée**, le saut d'une instance judiciaire est autorisé avec l'accord de la personne concernée. Même en cas d'accords dans le cadre d'une procédure pénale, la renonciation à l'appel est autorisée, à condition que la personne accusée prenne sa décision sur la base d'une décision informée et volontaire concernant son droit fondamental à la révision du jugement et que des intérêts publics essentiels ne s'y opposent pas.

A propos de l'auteur

Lukas Staffler, docteur en droit, LL.M. (Londres), est maître-assistant en droit pénal et en procédure pénale à l'Université de Zurich, maître de conférences à MCI | The Entrepreneurial School (Autriche), avocat|avocat agréé (RAK Bolzano|Bozen, Italie) Counsel|avocat chez AWZ Rechtsanwälte à Innsbruck, Autriche. Ses domaines de prédilection en matière d'enseignement et de recherche sont l'internationalisation et l'européanisation du droit pénal.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007.

Grodecki Stéphane, Portée pratique de principe de l'accusation, forumpoenale 2015, S. 20–26.

Jeanneret Yvan, Le défenseur et l'autorité pénale: confiance ou méfiance?, forumpoenale 2015, S. 333–337.

Thurnherr, Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler, Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, 1477–1498.

Wohlers, Wolfgang, Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 2019, 207–214.

BIBLIOGRAPHIE

Albrecht Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 3. Aufl., Berlin 2011.

Ambos Kai, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, ZStW 2003, S. 583–637.

Ashworth Andrew, Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, London 2002.

Asselineau Vincent, Agenda 2020: A new Roadmap on minimum standards of certain procedural safeguards, New Journal of European Criminal Law 2018, S. 184–190.

Aubert Jean-François/Cagianut Francis/Höhn Ernst/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Mai 1874, Basel-Zürich-Bern 1987-1996 (zit.: Aubert/Cagianut/Höhn/Schweizer/Vallender- Bearbeiter:in).

Baade Björnstjern, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter, Heidelberg 2017.

Baldegger Mirjam, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017.

Barth Tano, La maîtrise des faits par l'avocat, Bern 2022.

Bernhard Stephan, Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, forumpoenale 2015, S. 231–236.

Bernhard Stephan/Homberger Benedikt, Amtliche Verteidigung vor Bundesgericht – Zugleich eine Besprechung von BGE 149 IV 364, forumpoenale 2021, S. 220–226.

Biaggini, Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bläsi Linda, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, Zürich 2019.

Boll Damian, „Verteidigung der ersten Stunde" gemäss schweizerischer StPO, Zürich 2020.

Bommer Felix, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebung in der Untersuchung, recht 2010, S. 196–220.

Bonnard Yves/Grisel Guillaume, L'Accord UBS: spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme, RDAF 2010, S. 361–400.

Böse Martin (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 11: Europäisches Strafrecht, 2. Aufl, Baden-Baden 2021 (zit.: EnzEuR-Bearbeiter:in).

Böse Martin, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung. Die verfahrensübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, Tübingen 2005.

Breitenmoser Stephan, Neuere Rechtsentwicklungen in den Bereichen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 9–40.

Brüning Janique, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017.

Brunner Andreas, Die verlorene Ehre der Medien!?, forumpoenale 2013, S. 90–96.

Callewaert Johan, Die EMRK und die Verfahrensgarantien / Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, S. 366–369.

Capus Nadja, Strafrecht und Souveränität: Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Bern / Baden-Baden 2010.

Chen Zhuoli, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, Zürich 2014 (zit.: Chen, Verzicht).

Chen Zhuoli, Die verspätete Rüge von Beweisverwertungsverboten im Strafprozess, forumpoenale 2012, S. 163–166 (zit.: Chen, Rüge).

Christoph Stefan, Gedanken zum Einsatz künstlicher Intelligenz „auf der Richterbank" in Strafverfahren - Vielversprechender Effektivitätsbooster oder problematischer Subsumtionsautomat, in: Giannini Alessandro/Ibold Victoria/Köpferl Georg/Neßeler Karin/Neumann Laura/Niedernhuber Tanja/Peters Kristina/Steenbreker Thomas (Hrsg.), Strafrecht im Angesicht der Digitalisierung, Baden-Baden 2022, S. 59–78.

Cras Steven/De Matteis Luca, The Directive on Interpretation and Translation in Criminal Proceedings, eucrim 2010, S. 153–162.

Dannecker Christoph, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 2015, S. 991–1017 (zit.: Dannecker, Konturierung).

Dannecker Christoph, Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen, ZStW 2015, S. 370–409 (zit.: Dannecker, Grundsatz).

Donatsch Andreas/Arnold Irene, Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 91–113.

Donatsch Andreas/Cavegn Claudine, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, S. 158–173.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe in Steuerrecht, 3. Aufl. Zürich 2014.

Donatsch Andreas/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014.

Donatsch Andreas/Smokvina Jasmina, Der "Nemo-tenetur-Grundsatz im Strafverfahren gegen Unternehmen: insbesondere unter Berücksichtigung der

Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: Weber Rolf H./Stoffel Walter A./Chenaux Jean-Luc/Sethe Rolf (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 863–878.

Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit.: SK- Bearbeiter:in).

Ehrenzeller, Benhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen/Genf 2023 (zit.: SGK-Bearbeiter:in).

Eicker Andreas, Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung, Staatsanwaltliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, AJP 2003, S. 13–22.

Eicker Andreas/Achermann Jonas/Lehner Julia, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2013, S. 1450–1466.

Elster Jon, Tyranny and Brutality of the Majority, in: Novak Stéphanie/Elster Jon (Hrsg.), Majority Decisions, Cambridge 2014, S. S. 159–176.

Engler Marc, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zürich 2008.

Erni Lorenz, Unabhängigkeit der Strafverteidigung, forumpoenale 2018, S. 280–285 (zit.: Erni, Unabhängigkeit).

Erni Lorenz, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum „Anwalt der ersten Stunde, ZStrR 2007, S. 229–241 (zit.: Erni, Verteidigungsrechte).

Esser Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002.

Fassbender Benjamin, Verfassung als plurales Gefüge, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 187–205.

Fawcette James Edmund Sandford, The application of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., Oxford 1987.

Fiolka Gerhard, Das „Vertrauensprinzip" in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortlichkeit, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andras Donatsch, Zürich 2017, S. 605–617.

Gaede Karsten, Sanktion durch Verfahren, ZStW 2017, S. 911–960 (zit.: Gaede, Sanktion).

Gaede Karsten, Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung? Argumentationspotentiale und Verteidigungschancen des Art. 6 EMRK, in: Gaede Karsten/Meyer Frank/Schlegel Stephan (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer, Hamburg 2008, S. 21–51 (zit.: Gaede, Schätze)

Gaede Karsten, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007 (zit.: Gaede, Fairness).

Gärditz Klaus F., Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker Matthias/Burchard Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 15–51.

Garland Lorenz, Waffengleichheit im Vorverfahren, Berlin / Bern 2019.

Geth Christopher, Strafe auf Verdacht, ZStrR 2022, S. 383–402.

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., Basel 2021.

Grabenwarter Christoph, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, S. 857–869.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021.

Graf Damian K., Schweigen ist Blei: Aussageverweigerung als Schuldindiz im Strafprozessrecht?, SJZ 2015, S. 189–193 (zit.: Graf, Schweigen).

Graf Titus, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Zürich 2000 (zit.: Graf, Verteidigung).

Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1073–1093.

Grodecki Stéphane, Portée pratique de principe de l'accusation, forumpoenale 2015, S. 20–26.

Harding Nicolas, Staatliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken, Tübingen 2023.

Heimgartner Stefan, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 2016, S. 3–13 (zit.: Heimgartner, Rechtsfindungsmethodik).

Heimgartner Stefan, Auslieferungsrecht, Zürich 2002 (zit.: Heimgartner, Auslieferungsrecht).

Heneghan Sean, Das Bundesgericht und die verdeckte Ermittlung, AJP 2022, S. 969–983.

Hettich Peter/Schelker Mark, Medien im digitalen Zeitalter, Zürich 2016.

Hottelier Michel, Verfahrensgarantien, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 809–822.

Hürlimann Brigitte, « Die verlorene Ehre der Medien!? Interessen der Strafverfolgung und der Parteien „contra" Anspruch der Medien auf Information, forumpoenale 2013, S. 97–103.

Jeanneret Yvan, Le défenseur et l'autorité pénale: confiance ou méfiance?, forumpoenale 2015, S. 333–337 (Jeanneret, Le défenseur).

Jeanneret Yvan, L'avocat de la première heure dans le CPP: une innovation déjà dépassée?, forumpoenale 2011, S. 44–49 (zit. : Jeanneret, L'avocat).

Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Commentaire Romand Code de procédure pénale suisse, 2e édition, Basel 2019 (zit.: CR-Bearbeiter:in)

Jositsch Daniel: Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR 2004, S. 115–139.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit.: Karpenstein/Mayer-Bearbeiter:in).

Keller Helen/Kühne Daniela, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 2016, S. 245–307.

Kiener Regina, «Erst die Gerichte, der Rest folgt nach». Erosionen der Rechtsstaatlichkeit in Staaten des Europarates, ZSR 141 I (2022), S. 515–533 (zit.: Kiener, Erosionen).

Kiener Regina, Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 53–89 (zit.: Kiener, Der Einfluss).

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit: verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001 (zit.: Kiener, Unabhängigkeit).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

Kley Andreas/Sigrist Martin: Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.): 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 17–52.

Knauer Christoph (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2, München 2018 (zit.: MüKo-Bearbeiter:in).

Koch Sonja (Hrsg.), Onlinekommentar zur Strafprozessordnung (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Kotzur Markus, Rechtsstaat als Sammelbegriff, in: Rosenau Hennig/Kunig Philip/Yildiz Ali Kemal (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, Tübingen 2021, S. 9–21.

Lammasch Heinrich, Das Recht der Auslieferung wegen politischer Verbrechen, Wien 1884.

Ludwiczak Glassey Maria, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, Bâle 2018.

Mahlmann Matthias, Strafrecht und Demokratie, in: Staffler Lukas/Ege Gian/Jany Oliver u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, Baden-Baden 2023, 9–42 (zit.: Mahlmann, Strafrecht).

Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand – Constitution fédérale, 1. Aufl., Bâle 2021 (zit.: CR-Bearbeiter:in).

Mattmann Jascha/Eschle David/Rader Franziska/Walser Simone/Thommen Marc, Heimliche Verurteilungen. Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen, ZStrR 2021, S. 253–278.

McDermott Yvonne, Fairness in International Criminal Trials, Oxford 2016.

Meyer Frank, Verfassungsfragen der Einziehung, in: Bäcker Matthias/Burchard Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 359–393 (zit.: Meyer, Verfassungsfragen).

Meyer Frank, Unternehmenssanktionsverfahren und nemo tenetur-Schutz nach der EU-Grundrechtecharta, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht 2022, S. 99–106 (zit.: Meyer, Unternehmenssanktionsverfahren).

Meyer Frank, Nemo tenetur Geltung und Ausübung in einem künftigen Unternehmensstrafverfahren. Zur (Un)Vereinbarkeit des Verbandsstrafrechts mit Grundprinzipien des tradierten Individualstrafrechts, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht. Materielle und prozessuale Aspekte, Basel / Baden-Baden 2020, S. 331–359 (zit.: Meyer, Nemo tenetur).

Meyer Frank, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band X: EMRK, 5. Aufl., Köln 2019 (zit.: Meyer, Kommentar)

Meyer Frank, Plea Bargaining und EMRK, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 427–442 (zit: Meyer, Plea Bargaining).

Meyer Frank, Neues zu den Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation, forumpoenale 2015, S. 176–178 (Meyer, Tatprovokation).

Meyer Jürgen/Hölscheidt Sven (Hrsg.), Charta der Grundrecht der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: Meyer/Hölscheidt-Bearbeiter:in).

Michlig Matthias, Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB), Zürich 2013.

Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Entraide internationale en matière pénale, Basel / Genf / München 2004 (zit.: CR-Bearbeiter:in)

Moeckli Daniel, Das populistische Verständnis von (direkter) Demokratie als Herausforderung für den Rechtsstaat, ZSR 141 I (2022), S. 593–610 (zit.: Moeckli, Verständnis).

Moeckli Daniel, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?, ZBl 2018, S. 74–82 (zit.: Moeckli, Gerichte).

Müller Jörg Paul, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV – Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit.: Müller, Verwirklichung).

Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit: Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit.: Müller, Gerechtigkeit).

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz. Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021.

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK- Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Heimgartner Stefan (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Strafrecht (IRSG, GwÜ), Basel 2015 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Packer Herbert, Two models of the criminal process, University of Pennsylvania Law Review 113 (1964), S. 1–68.

Pieth Mark, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit: Pieth, Strafprozessrecht).

Pieth Mark, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel / Frankfurt a.M. 1984 (zit.: Pieth, Beweisantrag).

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel / Genf/ München 2001.

Riklin Franz, Strafprozessrechtsreform in Österreich und der Schweiz. Eine vergleichende Betrachtung, ZStrR 2001, S. 371–409 (zit.: Riklin, Strafprozessrechtsreform).

Riklin Franz, Vorverurteilung durch die Medien, Anmerkungen zu zwei Urteilen des Bundesgerichts, recht 1991, S. 65–76 (zit.: Riklin, Vorverurteilung).

Robles Planas, Ricardo, Das Wesen der Strafrechtsdogmatik, ZIS 2010, S. 357–365.

Roos Eveline/Fingerhuth Thomas, Fairness im Haftverfahren aus der Sicht der Verteidigung, forumpoenale 2019, S. 458–462.

Roxin Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017.

Rusca Michele, Le misure provvisionali nell'assistenza internationale in materia penale, ZSR 116 II (1997), S. 135–154.

Schär, Caroline, Die Beschränkung von Teilnahmerechten und deren strafprozessuale Folgen, ZStrR 2019, S. 141–166.

Schlegel Stefan, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 2010.

Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2017.

Schomburg Wolfgang/Lagodny Otto/Gless Sabine/Hackner Thomas/Trautmann Sebastian (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., München 2020 (zit.: Schomburg/Lagodny-Bearbeiter:in).

Schorkopf Frank, Menschenrechte und Mehrheiten, ZaöRV 2022, S. 19–46.

Schubarth Martin, Verfassungsgerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend – historisch – politologisch – soziologisch – rechtspolitisch unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit).

Schubarth Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht – schweizerisches Strafgesetzbuch. Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Bern 1984 (zit.: Schubarth, Kommentar).

Schünemann Bernd, Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft, in: Hilgendorf Eric/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 2021, S. 259–279 (zit.: Schünemann, Strafrechtswissenschaft).

Schünemann Bernd, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter?, StV 2000, S. 159–165 (zit.: Schünemann, Richter).

Schweizer Rainer, Zulassung sog. Gruppenanfragen ohne zurechenbare Verdachtsgründe in der Steuerstrafrechtshilfe gegenüber den USA, Jusletter vom 27.2.2012.

Seiler Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265–368 (zit.: Seiler, Einfluss).

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11–20 (zit.: Seiler, Schweigerecht).

Seitz Florian, Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung, Zürich 2021.

Staffler Lukas, Hoffnung auf Freiheit. Überlegungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe und ihrer menschenrechtlichen Grenze, ZStrR 2022, S. 428–450 (zit.: Staffler, Hoffnung).

Staffler Lukas, Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, ZStrR 2020, S. 21–48 (zit.: Staffler, Sprachunterstützung).

Staffler Lukas, Opferschutz und Verjährung im Spiegel der EGMR-Judikatur: Überlegungen zu den opferbezogenen Schutzpflichten im staatlichen Strafrechtssystem, in: Abraham Markus/Bublitz Jan Christoph/Geneuss Julia/

Krell Paul/Wegner Kilian (Hrsg.), Verletzte im Strafrecht, Baden-Baden 2020, S. 53–73 (zit.: Staffler, Opferschutz).

Staffler Lukas, Controlimiti als Integrationsfaktor für die Europäisierung von Strafrecht, in: Wiedemann Maria Giovanna Cubeddu/Kindler Peter/Berlingieri Giorgio/Rudek Robert (Hrsg.), Jahrbuch für Italienisches Recht, Bd. 31, Tübingen 2018, S. 167–200 (zit.: Staffler, Controlimiti).

Staffler Lukas/Jany Oliver, Der nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht – für natürliche und juristische Personen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft 2023, S. 169–175 (zit.: Staffler/Jany, Grundsatz).

Staffler Lukas/Jany Oliver, Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2020, S. 164–177 (zit.: Staffler/Jany, Künstliche Intelligenz).

Staffler Lukas/Ludwiczak Glassey Maria (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (zit.: OK-Bearbeiter:in).

Stelzer-Wieckowska Marta, Die kleine Rechtshilfe in Strafsachen: grundrechtliche Stellung der betroffenen Person, Zürich/Basel/Genf 2022.

Stratenwerth Günter, Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen, SJZ 1978, S. 217–219.

Stuckenberg Carl-Friedrich, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin 1998.

Summers Sarah, Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 141 II (2022), S. 275–354 (zit.: Summers, Influence).

Summers Sarah, Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Oxford 2007 (zit: Summers, Fair trials).

Summers Sarah/Brun Delphine/Studer David, La place de l'accusé dans le procès: présence, interprétation et communication, ZStrR 2016, S. 464–495.

Summers Sarah/Garland Lorenz/Studer David, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR 2016, S. 133–170.

Thommen Marc, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, recht 2014, S. 264–276 (zit.: Thommen, Gerechtigkeit).

Thommen Marc, Kurzer Prozess – Fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013 (zit.: Thommen, Kurzer Prozess).

Thommen Marc/Seelmann Martin, Unschuldsvermutung und Amtsgeheimnis, sui generis 2018, S. 334–349.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1477–1498.

Tophinke Esther, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung. Aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 2000.

Trechsel Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005 (zit.: Trechsel, Human Rights).

Trechsel, Stefan, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 1979, S. 337–392 (zit.: Trechsel, Verteidigungsrechte).

Trechsel Stefan, Der Einfluß der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, ZStW 1988, S. 667–711 (zit.: Trechsel, EMRK).

Trentmann Christian, Die Grundlagen des Rechtsstaatsbegriffs, JuS 2017, S. 979–983.

Tschentscher Axel, Schutzpflichten, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1317–1343.

Uffer Matthias, Die Grundrechtskollision. Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Baden-Baden 2021.

Urwyler, Thierry, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK, ex ante 2019, S. 49–54 (zit.: Urwyler, Teilnahmerecht).

Vest Hans, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: Donatsch Andreas u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 781–800.

Viganò, Francesco, L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in: Studi in onore di Mario Romano, Band IV, Napoli 2011, S. 2645–2704.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit.: Villiger, Handbuch).

Villiger Mark E., „Strassburg" und die schweizerische Strafrechtspflege, ZStrR 1995, S. 279–293 (zit: Villiger, Strassburg).

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK-Bearbeiter:in).

Welp Jürgen, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 1978, S. 101–131.

Welte Eliane, Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Strafjustiz, Zürich 2016.

Wohlers Wolfgang, Informelle Urteilsabsprachen, in: Stuckenberg Carl-Friedrich/Gärditz Klaus Ferdinand (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin 2015, S. 621–635 (zit.: Wohlers, Urteilsabsprachen).

Wohlers, Wolfgang Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 2019, S. 207–214 (zit.: Wohlers, Fair Trial).

Wohlers Wolfgang, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, S. 55–75 (zit.: Wohlers, Pflicht).

Wohlers Wolfgang, Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, forumpoenale 2010, S. 366–371 (zit.: Wohlers, Rechtsfolgen).

Wohlers Wolfgang, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren – die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. c) EMRK als Maßstab für die Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO, in: Rogall Klaus u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 713–731 (zit.: Wohlers, Verteidigung).

Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild: Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung, AJP 2005, S. 1045–1061.

Zeller Franz: Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik: verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Bern 1998.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2 BV, ZStrR 2003, S. 311–335 (zit.: Zimmerlin, Miranda-Warning).

Zimmerlin Sven, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess. Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürich 2008 (zit.: Zimmerlin, Verzicht).

Zimmermann, Robert, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl., Bern 2019.

Zünd Andreas, Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZSR 142 I (2023), S. 3–20 (zit.: Zünd, Begründungselemente).

Zünd Andreas, Rechtsstaat und Menschenrechte, ZSR 141 I (2022), S. 497–514 (zit.: Zünd, Rechtsstaat).

MATÉRIAUX

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1–642.

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085–1388.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 42 Cst.

Un commentaire de Christina Neier

PROPOSITION DE CITATION

Christina Neier, Commentaire de l'art. Art. 42 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Neier, art. 42 Cst. N. XXX.

Titre 3 Confédération, cantons et communes

Chapitre 1 Rapports entre la Confédération et les cantons

Section 1 Tâches de la Confédération et des cantons

Art. 42 Tâches de la Confédération

[1] La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution.

[2] ...

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 631
II. Contexte 633
A. Contextualisation de la théorie du fédéralisme 633
B. Contextualisation en droit comparé 633
III. Commentaire au sens strict. 635
A. Notions fondamentales de droit des compétences 635
B. Tâches et compétences fédérales 637
C. Attribution des tâches par la Constitution fédérale 638
D. Aperçu des tâches de la Confédération 640
Lectures complémentaires recommandées 641
Bibliograpie 642
Matériaux 647

I. HISTORIQUE

Depuis la révision totale de 1999, la Constitution fédérale règle, sous le titre 3 "Confédération, cantons et communes", les tâches de la Confédération (art. 42 Cst.) et les tâches des cantons (art. 43 Cst.) dans la section 1 du chapitre 1 consacré aux "Relations entre la Confédération et les cantons". En outre, cette section comprend depuis 2008 des principes relatifs à l'attribution et à l'accomplissement des tâches (art. 43a Cst.). On ne trouve pas de dispositions antérieures correspondantes dans les versions précédentes de la Constitution fédérale. 1

Le projet de Constitution de 1995 mettait encore les cantons au centre et stipulait à l'art. 32 al. 1 : "Les cantons sont compétents pour toutes les tâches qui ne sont pas attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale". Selon les explications, cette répartition des tâches - en relation avec l'art. 3 de l'AP 1995 - permet de fixer "la décision fondamentale qui façonne l'État en faveur du fédéralisme en tant que principe politique concret dans une configuration moderne". Contrairement à l'art. 42 Cst. en vigueur, le projet ne prenait pas expressément position sur les tâches de la Confédération ; celles-ci découleraient de l'interprétation de la Constitution fédérale. On ne peut que souscrire à ce point de vue, raison pour laquelle la signification autonome de l'art. 42 Cst. reste ouverte à ce jour (cf. n. 19 s.). 2

Lors de la procédure de consultation, on a critiqué le fait que le rapport entre l'art. 32, al. 1, AP 1995 et l'art. 3 AP 1995 n'était pas "clair". En effet, cette dernière disposition établissait également la compétence générale subsidiaire des cantons. Le Conseil fédéral a voulu tenir compte de cette critique et a reformulé les dispositions relatives au fédéralisme dans le projet de constitution de 1996. Le libellé de la disposition sur le statut des cantons (art. 32, al. 1, AP 1995) a été modifié en ce sens que les cantons disposent, dans le cadre de la constitution fédérale, de tous les droits de souveraineté nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches (art. 35 AP 1996). Ainsi, cette disposition ne régissait plus la répartition fédérale des compétences, mais l'exercice des tâches par les cantons. Les tâches de la Confédération étaient désormais décrites à l'art. 3, al. 2, AP 1996 : "La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution fédérale". Cette formulation a été conservée et se trouve aujourd'hui à l'art. 42 Cst. La modification de la systématique - de l'art. 3, al. 2, AP 1996 à l'art. 42 Cst. - est due au Conseil des 3

Etats qui, lors des débats parlementaires, a estimé qu'il s'agissait simplement d'une concrétisation du principe du fédéralisme.

4 Le projet de constitution de 1996 a en outre introduit le principe de subsidiarité dans la discussion. Selon l'art. 34, al. 3, AP 1996, la Confédération devrait désormais être tenue de respecter le principe de subsidiarité. La proposition du Conseil fédéral d'ancrer la notion de subsidiarité à l'art. 34, al. 3, AP 1996 a toutefois semblé peu claire et ambiguë au Conseil des Etats. Il a préféré décrire la subsidiarité comme suit : "Elle [la Confédération] n'assume que les tâches qui nécessitent une réglementation uniforme". Une minorité de la commission aurait préconisé la suppression du mot "seulement" afin d'exprimer le principe de subsidiarité de manière positive. Au Conseil national, l'ancrage explicite du principe de subsidiarité dans le sens du projet du Conseil fédéral s'est d'abord imposé. Ce n'est qu'au cours de la conférence de conciliation que le Conseil des États et le Conseil national se sont finalement mis d'accord sur la formulation "interprétée", le mot "seulement" ayant été supprimé de la version initiale du Conseil des États. Cette nouvelle formulation du principe de subsidiarité a été placée à l'art. 42 al. 2 Cst.

5 La description du principe de subsidiarité n'a toutefois pas permis de lever les ambiguïtés de cette réglementation. La suppression du mot "seulement" a certes permis d'éviter de donner l'impression que la Confédération ne pouvait se voir attribuer que les tâches qui nécessitent une réglementation uniforme. Mais avec ce deuxième alinéa, l'art. 42 Cst. pouvait désormais être compris comme signifiant que la Confédération accomplit aussi bien les tâches qui lui sont attribuées par la Constitution fédérale (al. 1) que celles qui exigent une uniformisation (al. 2). Selon l'opinion majoritaire, l'al. 2 n'avait pas pour but de créer une base de compétence supplémentaire autonome pour les tâches de la Confédération. La réforme du fédéralisme, entrée en vigueur le 1er janvier 2008 et portant sur la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, a finalement abrogé cet alinéa. Depuis lors, le principe de subsidiarité est ancré expressis verbis à l'art. 5a Cst. et concrétisé à l'art. 43a al. 1 Cst.

II. CONTEXTE

A. Contextualisation de la théorie du fédéralisme

Il existe plusieurs types de répartition fédérale des compétences. La technique de répartition la plus courante (voir n. 7-11) suit la dichotomie des compétences titrées (nommées) ou énumérées et des compétences résiduelles : Pour l'un des niveaux, les compétences sont explicitement désignées, tandis que l'autre niveau se voit attribuer toutes les compétences restantes. Ce type de répartition des compétences s'explique parfois par des raisons historiques. Les États fédéraux issus d'anciens États souverains préfèrent généralement énoncer clairement les compétences fédérales et garder les autres compétences en leur sein. Les compétences résiduelles ne doivent toutefois pas nécessairement être attribuées au niveau inférieur (cf. n. 9). L'établissement d'une compétence résiduelle pour l'un ou l'autre niveau a en tout cas l'avantage d'éviter des lacunes de compétences. Le schéma règle-exception est considéré comme un autre type de technique de répartition des compétences (cf. n. 10). Certes, une soustraction a également lieu ici, mais il est établi positivement comme règle qu'un niveau est compétent pour toutes les tâches, à moins qu'une tâche concrète ne soit attribuée à l'autre niveau par une disposition d'exception. Il n'est pas évident qu'une telle technique de réglementation vise un autre sens matériel que la systématique des compétences titrées et résiduelles. On ne peut notamment pas partir du principe que les compétences d'un niveau en tant qu'"exceptions" doivent être interprétées différemment - de manière plus étroite - que celles de l'autre niveau. 6

B. Contextualisation en droit comparé

La répartition des compétences de la Constitution fédérale suisse se fonde en premier lieu sur l'art. 3 Cst. en tant que "norme fondamentale de l'État fédéral". Comme d'autres constitutions fédérales, cette disposition s'inscrit dans la dichotomie entre compétences titrées (nommées ou énumérées) et compétences résiduelles (cf. n. 6). Dans ce sens, les cantons restent compétents pour tous les domaines qui ne sont pas attribués à la Confédération par la Constitution. La compétence résiduelle cantonale découle déjà de l'art. 3 Cst. et est simplement soulignée par l'art. 42 Cst. du point de vue de la Confédération. En raison de la clause générale subsidiaire 7

de l'art. 3 Cst., la Constitution fédérale offre un "système sans faille de répartition des compétences". Les conflits de compétences entre la Confédération et les cantons sont tranchés par le Tribunal fédéral, conformément à l'art. 189 al. 2 Cst. en relation avec l'art. art. 120 al. 1 let. a LTF. D'autres dispositions centrales de la répartition fédérale des compétences sont l'art. 5a Cst. (principe de subsidiarité), l'art. 43 Cst. (tâches des cantons), l'art. 43a Cst. (principes d'attribution et d'exécution des tâches), l'art. 44 Cst. (principes de collaboration entre la Confédération et les cantons) et l'art. 47 Cst.

8 La loi constitutionnelle fédérale autrichienne (B-VG) connaît, tout comme la Constitution fédérale, la dichotomie de répartition des compétences entre les compétences titrées et les compétences résiduelles, en ce sens que les compétences de la Confédération sont désignées dans la Constitution et que tous les autres domaines matériels relèvent de la compétence des Länder. En ce sens, selon la clause générale de l'article 15 al. 1 de la Constitution fédérale, les Länder autrichiens sont compétents dans la mesure où la Constitution fédérale n'attribue pas expressément une matière à la Fédération. Les domaines de compétence de la Fédération sont notamment énumérés dans les articles 10 à 12 de la Constitution fédérale.

9 L'article 35 de la Constitution belge exigerait également une attribution de compétence explicite pour la compétence du niveau supérieur fédéral ("autorité fédérale") et accorderait une compétence résiduelle aux communautés et aux régions. En raison d'une disposition transitoire, cette réglementation n'est toutefois pas (encore) d'application. Actuellement, la compétence résiduelle en Belgique - comme d'ailleurs au Canada - est donc détenue par le niveau fédéral.

10 Dans sa norme de base relative à la répartition des compétences entre la Fédération et les Länder, la Loi fondamentale allemande (GG) déclare à l'article 30 que l'exercice des compétences étatiques et l'exécution des tâches étatiques relèvent de la compétence des Länder, dans la mesure où la Loi fondamentale n'en dispose pas autrement ou ne l'autorise pas. En ce qui concerne la législation, l'article 70 de la Loi fondamentale stipule de la même manière que les Länder ont le droit de légiférer, dans la mesure où la Loi fondamentale n'attribue pas ce pouvoir à la Fédération. La technique de réglementation de la loi fondamentale allemande est qualifiée de schéma règle-exception (voir n. 6). Les différentes techniques de réglementation ne

changent cependant rien au fait que, dans de nombreux États fédéraux, c'est le niveau supérieur, c'est-à-dire la Fédération, qui est majoritairement compétent en raison de l'attribution constitutionnelle de nombreuses et importantes compétences. Cela vaut pour l'Allemagne comme pour l'Autriche, et non moins pour la Suisse, où le domaine de compétence de la Confédération ne cesse de croître, notamment en raison de la multiplication des normes conventionnelles.

De même, l'Union européenne, en tant que système fédéral, exige une répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Contrairement à ce qui se passe dans les États fédéraux, la répartition des compétences s'effectue ici de manière unidimensionnelle, les traités de l'UE ne fondant que les compétences de l'Union et non celles des États membres. Certes, l'art. 5 al. 2 TUE stipule que l'Union ne dispose, en vertu du principe d'attribution, que des compétences qui lui ont été conférées par les traités européens, tous les autres domaines restant du ressort des États membres de l'UE. Ce dernier aspect n'a toutefois qu'un effet descriptif, étant donné que le pouvoir souverain dans les États membres est constitué par leur constitution et n'est pas transféré par le droit de l'Union. Une autre différence avec les États fédéraux réside dans le fait que l'Union ne peut pas s'attribuer de nouvelles compétences. Il appartient aux États membres de l'habiliter à réglementer de nouveaux domaines en modifiant le traité - ce qui requiert l'unanimité et la ratification (cf. art. 48 TUE). 11

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Notions fondamentales de droit des compétences

L'art. 42 Cst. parle de "tâches" qui sont attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale. En revanche, d'autres dispositions constitutionnelles ayant trait à la compétence utilisent l'expression de "compétence" (p. ex. art. 43, 57, 61a, 67a et 76 Cst.). Dans l'ancienne Constitution fédérale de 1874, le terme de "compétence", qui est généralement utilisé comme synonyme de "compétence", figurait encore à plusieurs endroits (p. ex. art. 16, art. 24bis et art. 84 Cst. 1874). Alors qu'au début, la Constitution fédérale de 1999 ne parlait alors plus que de "tâches" et de "compétences", la notion de "compétence" a fait son retour dans la Constitution avec l'introduction de l'art. 117b Cst. suite à l'acceptation de l'initiative sur les soins de longue durée de 2021. Dans le 12

contexte fédéral, il convient de distinguer les notions fondamentales du droit des compétences que sont la "tâche" d'une part et la "compétence" ou la "compétence" d'autre part. C'est dans ce sens que l'art. 43 Cst. établit une distinction, selon laquelle les cantons déterminent quelles "tâches" ils accomplissent dans le cadre de leur "compétence" (cf. art. 43 N. 8-11).

13 Les "tâches" constituent l'interface entre l'État et la société. La Constitution définit les tâches que l'Etat doit assumer et reflète ainsi les "attentes à l'égard de l'Etat". Elle constitue ainsi en quelque sorte l'Etat : l'Etat est tenu d'accomplir ces tâches ; la frontière avec la société est ainsi tracée. La Cst. parle d'ailleurs concrètement de tâches étatiques lorsqu'il s'agit de délimiter l'Etat et la société. En outre, dans la doctrine, la tâche est généralement qualifiée d'obligation de l'État d'adopter une réglementation ou de prendre une mesure. Par conséquent, une tâche englobe un domaine d'activité dans lequel l'État est en principe tenu d'agir. L'obligation de l'État d'assumer une tâche ne dit toutefois pas encore quel est le niveau étatique compétent pour cette tâche. Une tâche ne permet pas nécessairement de déduire la collectivité publique compétente ; à l'inverse, l'attribution d'une compétence permet régulièrement de déduire une tâche (étatique).

14 Seule la compétence détermine qui est habilité à assumer une tâche (étatique). Elle associe la tâche étatique à une unité organisationnelle. Ainsi, la Cst. parle de "tâches de la Confédération" et de "tâches des cantons" dans les normes de compétence de l'art. 42 Cst. et de l'art. 43 Cst. Par cette attribution, les tâches étatiques deviennent des tâches fédérales d'une part et des tâches cantonales d'autre part. Dans le contexte de l'Etat fédéral, les normes de compétence se concentrent précisément sur cette répartition verticale des tâches entre les deux niveaux de l'organisation étatique, à savoir la Confédération et les Etats membres (l'attribution des compétences aux communes incombe régulièrement à ces derniers). Il s'agit là de ce que l'on appelle la "compétence d'association". Dans la mesure où une disposition constitutionnelle autorise une collectivité à accomplir des tâches, elle en prive l'autre. Seul le destinataire de la compétence est habilité à prendre une réglementation ou une mesure déterminée. La compétence ou l'habilitation signifie que la personne compétente n'est pas obligatoirement obligée de prendre une mesure. Une compétence peut comporter aussi bien une autorisation qu'une obligation d'accomplir des tâches.

L'ordre des tâches et l'ordre des compétences adoptent par conséquent des perspectives différentes : Alors que le règlement des tâches d'une constitution oblige l'Etat à exercer une activité concrète et la soustrait ainsi à la sphère purement sociale, le règlement des compétences se focalise sur la délimitation des espaces d'action entre la Confédération d'une part et les Etats membres d'autre part. 15

B. Tâches et compétences fédérales

Il ressort de l'art. 42 Cst. que la Confédération doit accomplir toutes les tâches qui lui sont attribuées par la Constitution fédérale. D'après le libellé de la norme, l'accent est mis sur les tâches de la Confédération plutôt que sur ses compétences, qui sont réglées dans les différentes normes de compétence de la Constitution fédérale (cf. n. 20). Alors que la délimitation des tâches et des compétences est importante pour l'art. 43 Cst. (cf. art. 43 Cst., n. 8-11), c'est aussi pour cette raison qu'elle ne joue qu'un rôle secondaire pour la Confédération. Ce qui est déterminant pour le pouvoir d'action de la Confédération, c'est l'existence d'une norme de compétence correspondante. Dans ce contexte, la Constitution fédérale ne distingue pas clairement et sans équivoque ces deux catégories. 16

Le rapport entre compétence et tâche dans la Constitution fédérale est donc complexe. En vertu de l'art. 42 Cst., la Confédération accomplit les tâches qui lui sont attribuées par la Constitution fédérale. Mais la compétence de la Confédération n'est pas pour autant épuisée. Elle n'est pas seulement compétente pour les tâches qui lui sont attribuées au sens d'une obligation d'agir (peuvent être considérés comme des tâches de la Confédération au sens d'une obligation d'agir p. ex. l'art. 38, al. 1, et l'art. 62, al. 5, Cst. : "La Confédération règle...", mais aussi l'art. 40, al. 1, et l'art. 64, al. 1, Cst.) Il y a également compétence fédérale lorsque la Constitution fédérale déclare la Confédération compétente sans lui imposer simultanément une tâche, c'est-à-dire une obligation d'agir. Il n'y a pas d'obligation (directe) d'agir, mais une compétence de la Confédération dans les dispositions d'habilitation, les dispositions "potestatives" (p. ex. art. 71 Cst. : "La Confédération peut encourager la production cinématographique suisse et la culture cinématographique"). 17

En outre, la Constitution fédérale confie à certains endroits une tâche à la Confédération, mais limite l'obligation d'agir qui en découle au "cadre de sa 18

compétence" (p. ex. art. 76, al. 1, Cst. sur l'approvisionnement en eau et art. 118, al. 1, Cst. sur la protection de la santé). Dans ces cas, le législateur fédéral a besoin d'une habilitation constitutionnelle supplémentaire. Une telle limitation de l'exécution des tâches par la compétence se trouve surtout dans les dispositions qui habilitent simultanément la Confédération et les cantons (p. ex. art. 57, al. 1, Cst. concernant la sécurité du pays et la protection de la population, art. 61a, al. 1, Cst. concernant l'espace suisse de formation, art. 67a, al. 2, Cst. concernant la formation musicale et art. 89, al. 1, Cst. concernant la politique énergétique).

19 Il est vrai que l'attribution d'une tâche à la Confédération implique généralement la compétence de cette dernière. Toutefois, en raison de l'interaction complexe entre les tâches et les compétences, les compétences de la Confédération ne peuvent être déduites que de manière limitée de l'art. 42 Cst. Par conséquent, son importance (pratique et juridique) est limitée.

20 Une autre raison - encore plus importante - pour laquelle le contenu autonome de l'art. 42 Cst. est limité réside dans le fait que, pour la question de la compétence concrète de la Confédération, il faut se référer à la norme de compétence spécifique, en particulier au chapitre 2 du titre 3 de la Constitution fédérale. Les différentes normes matérielles déterminent en même temps l'étendue de la compétence fédérale ainsi que les effets juridiques sur les compétences cantonales. En effet, bien que l'on puisse déduire de l'utilisation du verbe "accompli" ("accomplit", "adempie") à l'art. 42 Cst. que la Confédération est tenue dans tous les cas d'accomplir des tâches, la nécessité d'agir ne résulte que de la disposition individuelle pertinente (éventuellement en relation avec d'autres prescriptions constitutionnelles) - sachant que même les normes d'habilitation pures (cf. n. 17) exigent que la Confédération examine régulièrement si une action est nécessaire. C'est pourquoi le Tribunal fédéral ne contrôle pas non plus la compétence de la Confédération directement sur la base de l'art. 42 Cst. mais sur la base d'une norme matérielle concrète (p. ex. art. 78 al. 2 Cst.), par exemple en jugeant de la portée d'une "tâche de la Confédération".

C. Attribution des tâches par la Constitution fédérale

21 Malgré sa faible importance (n. 19 s.), l'art. 42 Cst. met en évidence le fait que la Confédération est responsable de l'accomplissement des tâches, et plus précisément de celles qui lui sont attribuées par la Constitution. La

Constitution fédérale tient ainsi compte du fait fondamental qu'elle constitue l'État et lui attribue des tâches, c'est-à-dire des responsabilités. L'art. 42 Cst. illustre le système d'habilitation individuelle (également appelé principe d'énumération) implicite dans l'art. 3 Cst : L'attribution de "tâches" à la Confédération doit être effectuée - en principe de manière explicite et exhaustive - par la Constitution fédérale. Il ressort toutefois de la combinaison de ces deux dispositions que ce ne sont pas les tâches, mais les compétences de la Confédération qui doivent être fixées en premier lieu dans la Constitution. Si la Confédération est compétente dans un domaine et qu'elle peut - mais ne doit pas - édicter une réglementation, elle peut aussi n'assumer une tâche au sens d'une obligation d'agir qu'au niveau de la loi.

En tout état de cause, les exigences de l'art. 42 Cst. sont satisfaites lorsque la tâche ou la compétence de la Confédération est expressément inscrite dans la Constitution. Il est également reconnu que la Confédération est exceptionnellement habilitée tacitement à assumer une tâche déterminée. Les compétences implicites de la Confédération peuvent résulter du lien matériel (pouvoirs implicites, implied powers) ou de la structure fédérale de l'État (pouvoirs inhérents, inherent powers). Une compétence en vertu de la connexité découle de la nécessité de pouvoir exercer une compétence explicite. De telles compétences n'existent pratiquement plus dans la Constitution fédérale actuelle. La Confédération est compétente en vertu de la structure fédérale de l'État, lorsque sa compétence doit découler raisonnablement du principe de l'État fédéral. Une telle compétence s'applique par exemple à la protection de l'État et à la définition des armoiries ou des drapeaux. Depuis la révision totale de la Constitution fédérale de 1999 et l'intention qui en découle d'ancrer également le droit constitutionnel non écrit dans l'acte constitutionnel, il y a en outre peu de place pour les compétences tacites ; elles nécessitent une justification particulière. 22

En raison de la "réserve de constitutionnalité" de l'art. 42 Cst. en relation avec l'art. Art. 3 Cst., de nouvelles compétences fédérales ne sont possibles qu'avec une modification correspondante de la Constitution. La Confédération peut se voir confier de nouvelles tâches ou compétences ou se voir retirer des compétences existantes par le biais d'une révision totale selon l'art. 193 Cst. ou d'une révision partielle selon l'art. 194 Cst. La modification de l'organisation fédérale des tâches et des compétences est donc du ressort du constituant fédéral ; la compétence lui revient. Une attribution (volontaire) de 23

compétences par les cantons, par exemple par le biais d'un traité, est exclue. La création de nouvelles compétences par le comblement de lacunes ou par le droit coutumier est tout aussi inadmissible.

D. Aperçu des tâches de la Confédération

24 La plupart des tâches de la Confédération figurent au chapitre 2 (Compétences) du titre 3 (art. 54 à 125 Cst.). A la lumière de ces dispositions, la Confédération assume - en partie conjointement avec les cantons - l'essentiel des tâches dans les domaines suivants :

- affaires étrangères ;
- sécurité du pays et protection de la population ;
- formation et recherche ;
- sport et culture ;
- protection de l'environnement et aménagement du territoire ;
- les transports publics ;
- énergie et communication ;
- politique économique ;
- logement, sécurité sociale et protection de la santé ;
- la migration ;
- droit civil et droit pénal.

25 Selon le texte de l'art. 42 Cst., la Confédération est tenue d'accomplir les tâches qui lui sont attribuées. Selon l'opinion générale, il lui est toutefois également permis de confier l'exécution de ses tâches à des tiers, tels que les cantons ou des particuliers ou organisations extérieures à l'administration fédérale, dans le respect des prescriptions de la norme matérielle spécifique. Cela ne le libère toutefois pas de son obligation générale d'exécution.

A propos de l'auteur

Christina Neier, docteur en droit et titulaire d'une licence, est post-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Zurich. Elle a étudié le droit ainsi que les sciences économiques et sociales à Vienne et a obtenu son doctorat à l'Université de Zurich. Dans sa thèse, elle s'est penchée sur la citoyenneté

européenne. Elle travaille actuellement à sa thèse d'habilitation sur le thème de la solidarité dans l'Union européenne et dans les États fédéraux européens, y compris la Suisse. Elle est soutenue financièrement par l'UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Stiftung Fellowship) et par l'UZH Postdoc Grant (y compris Suslowa-Postdoc-Fellowship). Elle est également chargée de cours en droit européen et en droit public dans diverses universités suisses. Depuis 2020, elle dirige la revue Swiss Review of International and European Law (SRIEL) en tant que Managing Editor. Elle est joignable à l'adresse christina.neier@ius.uzh.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Iensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.

Jestaedt Matthias, Theorie der Kompetenzverteilung, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2021), S. 163–181.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Schindler Benjamin, Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht, Beiträge zur Rechgtsgeschichte Österreich (2021), 238–255.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

BIBLIOGRAPIE

Aubert Jean-François, Vorbemerkungen zu Art. 42 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Berka Walter, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristiche Studium, 8. Aufl., Wien 2021.

Biaggini Giovanni, Kommentierng zu Art. 42 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Brühl-Moser Denise, § 97 Der Föderalismus Kanadas: interstaatlich, exekutiv und asymmetrisch, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 627–669.

Edenharter Andrea, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, Tübingen 2018.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Eichenberger Kurt, Strukturen von heute für Aufgaben von morgen (1980), in: Müller Georg/Rhinow René/Schmid Gerhard (Hrsg.), Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger. Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Basel/Genf/München 2002, S. 11–20.

Fehling Michael, Mechanismen der Kompetenzabgrenzung in föderativen Systemen im Vergleich, in: Aulehner Josef et al. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, Stuttgart et al. 1997, S. 31–55.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.

Glaser Andreas, Staatsaufgaben, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 23–32.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Hangartner Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974.

Hanschel Dirk, Konfliktlösung im Bundesstaat: die Lösung föderaler Kompetenz-, Finanz- und Territorialkonflikte in Deutschland, den USA und der Schweiz, Tübingen 2012.

Heintzen Markus, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Kahl Wolfgang/Waldhoff Christan/Walther Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt (Stand November 2022).

Isensee Josef, § 73 Staatsaufgaben, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bunesrepublik Deutschland, Band IV Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zit. Isensee, Staatsaufgaben).

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Iensee Josef/ Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008 (zit. Isensee, Kompetenz).

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490 (zit. Jaag, Rechtsstellung).

Jaag Tobias, Rechtsschutz bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen, in: Mahon Pascal/Ngyuen Minh Son (Hrsg.), L'activité et l'espace: droit du sport et aménagement du territoire: Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Basel 2011, S. 521–533 (zit. Jaag, Rechtsschutz).

Jestaedt Matthias, Theorie der Kompetenzverteilung, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (2021), S. 163–181.

Kment Martin, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Jarass Hans D./Pieroth Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., München 2022.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014.

Müller Lucien, Vorbemerkungen zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J.(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J.(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Nettesheim Martin, Kompetenzen, in: von Bogdandy Armin/Bast Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, Heidelberg 2009, S. 389–439.

Palermo Francesco/Kössler Karl, Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law, Portland, 2017.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Saladin Peter, Bund und Kantone – Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 103 (1984) II, S. 431–590.

Schindler Benjamin, Die föderale Kompetenzverteilung in der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus historischer Sicht, Beiträge zur Rechgtsgeschichte Österreich (2021), 238–255.

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713.

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 56–117 (zit. Thalmann, Kantone).

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (Hrsg.), Die neue schweizerische Bundesverfassung, Basel/Genf/München 2000, S. 149–170 (zit. Thalmann, Kompetenzverteilung)

Tiefenthal Jürg Marcel, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021.

Tschannen Pierre, Bundesstaatliche Aufgabenteilung und politisches System – Grenzen der Verfassungsästhetik, ZSR 114 (1995) I, S. 143–169 (zit. Tschannen, Aufgabenteilung).

Tschannen Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich 2013, S. 7–33 (zit. Tschannen, Grundlagen).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.4.2024.

Vogel Stefan, Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht. Zugleich eine Würdigung des Wirkens von Kurt Eichenberg, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Rechtsetzung und Verfassungsgebung. Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Zürich/St. Gallen 2013, S. 11–43.

von Bogdandy Armin, § 81 Prinzipien des föderalen Verhältnisses in der Europäischen Union: ein Anwendungsdiskurs zum supranationalen

Föderalismus, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 37–61.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Woydt Malte, § 100 Dissoziativer Föderalismus (1): Belgo-Föderalismus, in: Härtel Ines (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Band IV: Föderalismus in Europa und der Welt, Berlin/Heidelberg 2012, S. 745–795.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Nationalrat (zit. AB 1998 NR).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat (zit. AB 1998 SR).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 1996 (zit. Vernehmlassungsverfahren).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 19.6.1995 (zit. VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996).

alle abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 15.2.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 43 Cst.

Un commentaire de Christina Neier

PROPOSITION DE CITATION

Christina Neier, Commentaire de l'art. Art. 43 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Neier, art. 43 Cst. N. XXX.

Art. 43 Tâches des cantons

Les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 651
II. Contexte 652
III. Commentaire au sens strict. 653
A. Compétences cantonales et tâches cantonales 653
B. Portée et limites de l'autonomie cantonale en matière de tâches 654
C. Aperçu des tâches dans certaines constitutions cantonales 657
Lectures complémentaires recommandées 659
Bibliographie 661
Matériaux 663

I. HISTORIQUE

Depuis la révision totale de 1999, la Constitution fédérale comprend, sous le titre 3 "Confédération, cantons et communes", dans la section 1 du chapitre 1 consacrée aux "Relations entre la Confédération et les cantons", outre les tâches de la Confédération (art. 42 Cst.), une disposition de principe sur les tâches des cantons (art. 43 Cst.). En outre, depuis 2008, l'art. 43a Cst. énonce des principes relatifs à l'attribution et à l'exécution des tâches. Les versions précédentes de la Constitution fédérale ne contenaient aucune disposition directe. 1

Le projet de Constitution de 1995 prévoyait à deux endroits des règles générales sur les compétences cantonales. D'une part, l'art. 3 de l'AP 1995 stipulait, dans le prolongement de l'ancienne Constitution fédérale, que les cantons "exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération". D'autre part, un nouvel article 32, al. 1, AP 1995 a été proposé, dont la teneur était la suivante : "Les cantons sont compétents pour toutes les tâches qui ne sont pas attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale". Cette dernière disposition devait, selon les explications, consacrer la "compétence subsidiaire" ou "l'exécution subsidiaire des tâches" des cantons et poursuivre ainsi les éléments du programme normatif de l'art. 3 qui concernent la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. 2

Alors que l'art. 3 AP 1995 parlait de "droits" cantonaux - comme le faisait déjà l'art. 3 Cst. 1874 -, l'art. 32 al. 1 AP 1995 parle désormais de "tâches" des cantons. Lors de la procédure de consultation, on a donc critiqué le fait que cette dernière formulation pourrait donner une autre signification à la notion de souveraineté de l'art. 3 AP 1995, dans le sens d'un affaiblissement de la présomption de compétence au profit d'une répartition des tâches. Le Conseil fédéral a voulu tenir compte de cette critique dans le projet de constitution de 1996. Il a supprimé de l'art. 3 Cst. les explications relatives aux "droits" cantonaux et les a transférées dans le nouvel art. 35 AP 1995, en renonçant sciemment au mot "droits". La disposition de l'article 35 de l'AP 1996 était alors libellée comme suit : "Les cantons disposent, dans le cadre de la Constitution fédérale, de tous les droits de souveraineté dont ils ont besoin pour assumer leurs tâches". Cette disposition relative au statut des cantons était systématiquement placée après la disposition relative aux principes de la collaboration entre la Confédération et les cantons. 3

4 Lors des débats parlementaires, le Conseil des Etats a suggéré une autre systématique : La "règle classique de la répartition des compétences entre les deux niveaux" devrait être placée avant les principes de la collaboration entre la Confédération et les cantons. De plus, il fallait éviter de nouvelles notions peu claires, comme celle de "souveraineté". Le Conseil des Etats a donc présenté une nouvelle formulation pour les dispositions relatives au statut des cantons, qui s'est finalement imposée et qui correspond à celle de l'actuel art. 43 Cst. sous la marginale "Tâches des cantons". En effet, le Conseil national s'est rallié à la proposition du Conseil des Etats, tant dans le choix des termes que dans la systématique, car elle était claire et concise et donc préférable à celle du Conseil fédéral.

II. CONTEXTE

5 Une répartition claire et sans équivoque des compétences (en général synonyme de compétences) entre la Confédération et les Etats membres est un élément central et indispensable d'une constitution fédérale. Une répartition fédérale des compétences se compose le plus souvent de règles de principe abstraites et de normes de compétence concrètes. Dans la Constitution fédérale, les premières comprennent la norme clé de l'art. 3 Cst. (principe de la compétence résiduelle des cantons et principe de l'habilitation individuelle de la Confédération), l'art. 5a Cst. (principe de subsidiarité), les art. 42-43a Cst. (principes régissant les tâches de la Confédération et des cantons) ainsi que l'art. 47 Cst. Les compétences (fédérales) concrètes dans les différents domaines sont principalement réglées au chapitre 2 (compétence) ainsi qu'au chapitre 3 (régime financier) du titre 3 de la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral statue sur les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons conformément à l'art. 189 al. 2 Cst. en relation avec l'art. art. 120 al. 1 let. a LTF. Comme la Confédération, les cantons doivent recourir à cette action de droit public ; la LTF ne connaît pas de "recours en matière d'autonomie" général comme celui dont disposent les communes (cf. art. 89 al. 2 let. c LTF).

6 D'après les marges, l'art. 42 Cst. prend en considération les tâches de la Confédération, tandis que l'art. 43 Cst. a pour objet celles des cantons. Les nombreux déplacements systématiques et reformulations linguistiques de ces deux normes constitutionnelles dans le cadre de leur genèse révèlent le manque de clarté quant à leur contenu réglementaire. Au final, elles

réaffirment l'obligation de la Confédération et des cantons d'accomplir leurs tâches. Mais au-delà, la portée juridique et pratique de ces deux dispositions est faible. Leur contenu découle déjà pour l'essentiel de l'art. 3 Cst. Ainsi, les art. 42 et 43 Cst. contribuent sans aucun doute à la "multiplication quasi inflationniste des déclarations de principe fédéralistes".

Par ailleurs, l'art. 43 Cst. doit être lu en relation avec les dispositions qui établissent les principes de l'attribution et de l'exécution des tâches. L'art. 5a Cst. ("Subsidiarité") et l'art. 43a Cst. ("Principes régissant l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques") traitent spécifiquement de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques. En outre, l'art. 44 al. 1 et al. 2 Cst. oblige la Confédération et les cantons à se soutenir et à se respecter mutuellement. Selon l'art. 48 al. 1 Cst., les cantons peuvent collaborer dans le cadre de "tâches d'intérêt régional" et conclure à cet effet des conventions intercantonales. Enfin, la Confédération est tenue de respecter l'art. 47 Cst. qui stipule qu'elle doit préserver l'autonomie des cantons et leur laisser suffisamment de tâches et de sources de financement. 7

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Compétences cantonales et tâches cantonales

Parmi les notions fondamentales du droit des compétences figurent les "tâches" ainsi que les "compétences" ou, de manière synonyme, les "compétences". La différence de sens entre "tâche" et "compétence" apparaît clairement à l'art. 43 Cst. lorsqu'il stipule que les cantons déterminent quelles "tâches" ils accomplissent "dans le cadre de leurs compétences". La notion de tâche comprend l'obligation d'édicter une mesure ou une réglementation et est centrée sur la délimitation entre la sphère étatique et la sphère sociale. Par contre, la notion de compétence est une autorisation d'agir ; dans les constitutions fédérales, elle sert en premier lieu à délimiter les domaines d'action de la Confédération et des Etats membres. Selon cette conception, l'art. 43 Cst. accorde aux cantons la liberté de décider à quelle action ils s'engagent, dans la mesure où ils y sont autorisés par la Constitution fédérale. 8

La compétence cantonale, c'est-à-dire la question de l'habilitation des cantons, découle de l'art. 3 Cst. dont le principe est repris à l'art. 42 Cst. Par ces dispositions, la Constitution déclare les cantons compétents pour tous les domaines qui ne sont pas délégués à la Confédération. Les cantons disposent 9

d'une compétence générale subsidiaire. Cela n'implique toutefois pas une présomption de compétence en faveur des cantons. Il convient plutôt de déterminer, à l'aide des canons d'interprétation habituels, les compétences attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale ; les cantons sont compétents pour tous les autres domaines d'activité étatique.

10 Dans certains cas, la Constitution fédérale déclare expressément les cantons compétents. En règle générale, cette déclaration de compétence n'a qu'une portée déclaratoire, en ce sens qu'elle confirme ce qui est de toute façon valable en vertu de l'art. 3 Cst. On peut citer à titre d'exemple l'ancrage explicite des compétences cantonales en matière d'instruction publique (art. 62, al. 1, Cst.), de culture (art. 69, al. 1, Cst.), de relations entre l'Eglise et l'Etat (art. 72, al. 1, Cst.) ainsi que de protection de la nature et du patrimoine (art. 78, al. 1, Cst.). La compétence cantonale est parfois expressément mentionnée dans la Constitution fédérale afin d'autoriser les cantons à restreindre des libertés garanties par le droit fédéral (p. ex. art. 29a Cst. et art. 94, al. 4, Cst.) ou de prévoir une exception à une compétence fédérale (p. ex. 54 al. 1 en relation avec l'art. 56 al. 1 Cst. pour la conclusion de traités internationaux), pour imposer aux cantons l'exécution d'une mesure fédérale (p. ex. art. 74 al. 3 Cst. pour la protection de l'environnement) ou pour préciser la compétence cantonale en la délimitant de la compétence fédérale (p. ex. art. 78 al. 1 Cst. pour la protection de la nature et du paysage).

11 La compétence résiduelle des cantons était au centre de la version initiale de la disposition en question (cf. art. 32, al. 1, AP 1995, voir N. 2). Or, l'art. 43 Cst. souligne en premier lieu l'autonomie des cantons en matière de tâches. Si les cantons sont compétents dans un domaine, c'est-à-dire s'ils sont habilités à agir dans un champ d'activité concret, ils déterminent eux-mêmes les tâches qu'ils accomplissent. L'autonomie des cantons en matière de tâches se manifeste de deux manières : d'une part, par la liberté de choisir leurs propres tâches (n. 12), d'autre part, par la liberté d'organiser les modalités d'exécution des tâches (n. 13).

B. Portée et limites de l'autonomie cantonale en matière de tâches

12 L'art. 43 Cst. garantit le libre choix des tâches. Les cantons peuvent décider librement des tâches qu'ils accomplissent effectivement dans le cadre de leurs compétences. Ils ne sont en principe pas tenus d'exercer leurs compétences.

Ils décident de manière autonome si et dans quelle mesure ils agissent. Ce libre choix des tâches est certes également conféré par l'art. 3 Cst. ainsi que par l'autonomie des cantons protégée par l'art. 47 Cst. Cette dernière disposition exige en outre que la Confédération laisse aux cantons suffisamment de tâches propres. La compétence du constituant fédéral est ainsi limitée et l'autonomie des cantons en matière de tâches est protégée d'une érosion totale.

Selon l'art. 43 Cst., non seulement le "si", mais aussi le "comment", c'est-à-dire les modalités d'exécution des tâches, sont laissés à l'appréciation des cantons. Ceux-ci peuvent décider librement des mesures qu'ils prennent pour l'exécution des tâches et de l'effet juridique qu'ils leur confèrent. De même, ils peuvent décider librement s'ils agissent eux-mêmes ou si, au contraire, ils confient la tâche - dans la constitution cantonale ou par une loi - aux communes ou à un tiers public ou privé. Mais l'autonomie en ce qui concerne les modalités d'exécution découle déjà de l'art. 3 en relation avec l'art. 47 de la Constitution fédérale. Art. 47 Cst. L'art. 43 Cst. n'a donc pas de contenu réglementaire allant au-delà de ces dispositions constitutionnelles. Placé systématiquement avant le chapitre sur les compétences, l'art. 43 Cst. rappelle tout de même résolument l'autonomie des cantons. 13

Le libellé de l'art. 43 Cst. donne en outre l'impression que l'autonomie cantonale en matière de tâches n'est soumise à aucune limite. Or, de telles limites ne découlent pas seulement du droit intercantonal (cf. art. 48, al. 5, Cst.), mais aussi et surtout du droit fédéral (cf. art. 49, al. 1, Cst.). De nombreuses limites de droit constitutionnel fédéral spécifiques aux tâches dictent si et comment les cantons doivent agir. Ainsi, ils sont expressément tenus d'accomplir des tâches lorsqu'il est dit dans la Constitution que les cantons "pourvoient" (p. ex. art. 57 Cst. pour la sécurité, art. 61a Cst. pour la formation, art. 81a Cst. pour les transports publics, art. 117a Cst. sur les soins médicaux de base), les cantons doivent "encourager" (p. ex. art. 67a Cst. sur la formation musicale, art. 112b al. 2 Cst. sur l'intégration des invalides, art. 117b Cst. sur les soins) ou les cantons doivent "s'engager" (p. ex. art. 89 al. 1 Cst. sur la politique énergétique). Parfois, ces dispositions définissent en même temps les modalités d'exécution des tâches. Par exemple, elles exigent une "qualité élevée" de la formation (art. 61a Cst.), des soins médicaux de base (art. 117a Cst.) et des soins infirmiers (art. 117b Cst.). Pour toutes les tâches, l'art. 43a al. 5 Cst. stipule qu'elles doivent être fournies par les cantons de manière 14

économique et en fonction des besoins. La Constitution fédérale règle également de manière ponctuelle le cas où les cantons n'assument pas suffisamment leurs compétences. Ainsi, dans le domaine de l'éducation, la Confédération est habilitée à édicter les prescriptions nécessaires lorsque les cantons ne prennent pas de mesures d'harmonisation ou n'atteignent pas les objectifs communs (art. 62, al. 4, art. 63a, al. 5, art. 67a, al. 2, Cst.). En outre, la Confédération peut, à la demande des cantons, déclarer de force obligatoire générale des conventions intercantonales dans certains domaines de tâches ou obliger les cantons à y participer (art. 48a Cst.). Dans ces cas de compétence fédérale conditionnelle, il existe une pression de fait sur les cantons pour qu'ils exercent leurs compétences.

15 Les principes de l'Etat de droit de l'art. 5 Cst. constituent une limite constitutionnelle générale à l'accomplissement des tâches par les cantons. Les dispositions relatives aux buts de l'Etat, comme l'art. 41 Cst. sur les buts sociaux ou l'art. 73 Cst. sur le développement durable, fixent également un cadre restrictif. En outre, les cantons sont tenus de respecter les droits fondamentaux (art. 7-34 Cst.) dans le cadre de l'accomplissement de leurs tâches (art. 35 al. 2 Cst.). Ils ne peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux des individus que s'il existe une base légale à cet effet, si un intérêt public justifie l'intervention, si l'intervention est proportionnée et si l'essence est préservée (art. 36 Cst.). Enfin, l'art. 94 Cst. limite le cadre d'action des cantons "en tant que principe d'organisation fondamental d'un ordre économique fondé sur les principes de l'économie de marché". Dans l'accomplissement de leurs tâches, ils sont tenus de respecter la liberté économique de l'individu (al. 1), de sauvegarder l'intérêt économique général et la prospérité (al. 2) et de veiller à ce que les conditions économiques générales soient favorables aux particuliers (al. 3).

16 Les limites de l'autonomie cantonale en matière de tâches découlent en outre de prescriptions de droit international public. Selon l'art. 7 de la loi fédérale sur la participation des cantons à la politique étrangère, les cantons ne disposent pas seulement d'une compétence, c'est-à-dire d'une autorisation, mais ils sont tenus de la mettre en œuvre (en temps utile) au sens d'une tâche. Les conventions internationales sur les droits de l'homme, que les cantons doivent mettre en œuvre de manière autonome, jouent un rôle important dans la pratique.

C. Aperçu des tâches dans certaines constitutions cantonales

En raison de la compétence générale subsidiaire et de l'autonomie des cantons en matière de tâches découlant des art. 3, 42, 43 et 47 Cst., il n'est pas possible de proposer un aperçu complet des tâches cantonales (cf. toutefois l'énumération des tâches cantonales classiques à l'art. 48a al. 1 Cst.) En lieu et place, nous allons jeter un coup d'œil sur les tâches inscrites dans certaines constitutions cantonales, en raison de leur ampleur ou de leur contenu. L'art. 51 al. 1 Cst. exige certes que les cantons se dotent d'une constitution. La Constitution fédérale ne leur prescrit toutefois pas si et comment ils doivent y inscrire leurs tâches. Cependant, la grande majorité des constitutions cantonales contiennent aujourd'hui un catalogue explicite des tâches. De tels catalogues de tâches ont une fonction informative, normative et légitimante. Leur énumération n'est toutefois pas exhaustive en raison de la compétence générale cantonale de l'art. 3 Cst. 17

Dans certains cas, les constitutions cantonales prévoient une réserve constitutionnelle. Par conséquent, toute nouvelle tâche cantonale doit être expressément inscrite dans l'acte constitutionnel. Dans ce sens, le § 90, 1ère phrase de la Constitution du canton de Bâle-Campagne, par exemple, exige que la prise en charge de nouvelles tâches cantonales, dans la mesure où elles ne sont pas imposées par le droit fédéral, nécessite une modification de la Constitution. D'autres exemples se trouvent au § 26 al. 1 de la Constitution cantonale d'Argovie ainsi qu'au § 63 al. 1 de la Constitution cantonale de Thurgovie. 18

Les articles 100 à 121 de la Constitution cantonale zurichoise du 27 février 2005 citent les tâches cantonales suivantes comme exemple d'un vaste catalogue de tâches : 19

- ordre et sécurité publics ;
- aménagement du territoire, protection de l'environnement, du climat, de la nature et du patrimoine ;
- transports, approvisionnement en eau et en énergie ;
- économie (en particulier les PME et le partenariat social) et travail (conciliation, offre d'emplois et de places d'apprentissage) ;
- agriculture et sylviculture ;

- banque cantonale ;
- la construction de logements d'utilité publique et l'accession à la propriété, ainsi que l'aide sociale ;
- famille, jeunesse et vieillesse ;
- soins de santé ;
- intégration (cohabitation de la population et intégration des étrangers) ;
- education, écoles publiques et privées, hautes écoles, formation professionnelle et continue ;
- culture et sport.

20 De nombreuses autres constitutions cantonales mentionnent des tâches similaires. Certaines d'entre elles se distinguent par leur contenu. Ainsi, la Constitution cantonale de Berne se consacre au repos dominical (art. 47) ainsi qu'à la coopération internationale et à l'aide humanitaire (art. 54, voir ici également la participation à la "Coopération des régions d'Europe"). La Constitution du canton de Fribourg place la sécurité matérielle, en particulier la prévention de la pauvreté (art. 55), en tête de son catalogue de tâches. Le reste du texte constitutionnel place également l'être humain au centre en ordonnant la protection et le soutien de la famille (art. 59-60), la promotion de la jeunesse et des relations entre les générations ainsi que l'engagement en faveur des personnes vulnérables et dépendantes (art. 63). Dans le canton de Bâle-Campagne, l'encouragement de la construction de logements (d'utilité publique) a reçu un ancrage constitutionnel détaillé (§ 106a). La Constitution du canton du Jura s'engage en faveur de la paix sociale (art. 21), de la promotion des femmes (art. 44) et de la protection des consommateurs (art. 52), celle du canton de Vaud en faveur de l'intégration des personnes handicapées (art. 61) et de la protection contre le tabagisme passif (art. 65a), celle du canton d'Argovie en faveur de lieux appropriés pour les minorités ethniques non sédentaires (§ 48) et, entre autres, celles des cantons de Schaffhouse et des Grisons en faveur d'une "organisation judicieuse des loisirs" (art. 92 et art. 91).

21 Le large éventail des tâches cantonales ancrées dans la loi est l'expression de l'autonomie des cantons en matière de tâches. Certes, les constitutions cantonales mentionnent parfois des tâches qui répondent à des demandes concrètes de la population cantonale. En principe, les catalogues de tâches

des différentes constitutions cantonales présentent toutefois une grande concordance, sans que l'on puisse identifier des différences régulières qui seraient dues à des caractéristiques cantonales telles que la topographie ou la structure démographique. Un regard comparatif sur les constitutions cantonales montre également que celles-ci sont ouvertes à de nouvelles tâches répondant aux défis de notre époque. Ainsi, au cours de la dernière décennie, la protection du climat et la promotion des énergies renouvelables ont fait leur entrée dans de nombreuses constitutions cantonales. Les tâches ancrées dans les constitutions cantonales reflètent donc les attentes actuelles de la société envers la collectivité.

A propos de l'auteur

Christina Neier, docteur en droit et titulaire d'une licence, est post-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Zurich. Elle a étudié le droit ainsi que les sciences économiques et sociales à Vienne et a obtenu son doctorat à l'Université de Zurich. Dans sa thèse, elle s'est penchée sur la citoyenneté européenne. Elle travaille actuellement à sa thèse d'habilitation sur le thème de la solidarité dans l'Union européenne et dans les États fédéraux européens, y compris la Suisse. Elle est soutenue financièrement par l'UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Stiftung Fellowship) et par l'UZH Postdoc Grant (y compris Suslowa-Postdoc-Fellowship). Elle est également chargée de cours en droit européen et en droit public dans diverses universités suisses. Depuis 2020, elle dirige la revue Swiss Review of International and European Law (SRIEL) en tant que Managing Editor. Elle est joignable à l'adresse christina.neier@ius.uzh.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Lehner Roman, Souveränität im Bundesstaat und in der Europäischen Union. Eine Untersuchung auf Grundlage des deutschen und schweizerischen Verfassungsrechts, Tübingen 2021.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Kaempfer Constance, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, Zurich 2023.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 457–472.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 153–167.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Vgl. auch die Literaturhinweise zu Art. 42 BV.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band. I, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Basel/Frankfurt a.M. 1991.

Aubert Jean-François, Section 1: Tâches de la Confédération et des cantons. Remarques liminaires, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Egli Patricia, Die Bundestreue: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2010.

Ehrenzeller Bernhard/Ehrenzeller Kaspar, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Obwexer Walter (Hrsg.), Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Baden-Baden 2016, S. 33–66.

Glaser Andreas, § 2 Der moderne Verfassungsstaat, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl, Zürich/St. Gallen 2021, S. 23–35.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Isensee Josef, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019.

Kaempfer Constance, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses: Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, Zurich 2023.

Knapp Blaise, La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Randall Maya Hertig/Flückixer Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat, 4. Aufl., Bern 2021.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 42 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lucien/Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reich Johannes, § 12 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Schweizer Rainer J., Die neue Bundesverfassung: die revidierte Bundesstaatsverfassung, AJP (1999), S. 666–676 (zit. Schweizer, Bundesverfassung).

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich 2020, S. 691–713 (zit. Schweizer, Staatsaufgaben).

Tschannen Pierre, Bundesstaatliche Aufgabenteilung und politisches System – Grenzen der Verfassungsästhetik, ZSR 114 (1995) I, S. 143–169 (zit. Tschannen, Aufgabenteilung).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18. Juli 2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.2.2024.

Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat. Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, 2015, https://www.unifr.ch/federalism/en/assets/public/files/NZ/Gutachten_final.pdf, besucht am 12.2.2024.

Wyttenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich/St. Gallen 2017.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Nationalrat (zit. AB 1998 NR).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat (zit. AB 1998 SR).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 1996 (zit. Vernehmlassungsverfahren).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 19.06.1995 (zit. VE 1995).

Verfassungsentwurf vom 20.11.1996 (zit. VE 1996).

alle abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html besucht am 15.2.2024.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 43a Cst.

Un commentaire de Christina Neier

PROPOSITION DE CITATION

Christina Neier, Commentaire de l'art. Art. 43a Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Neier, art. 43a Cst. N. XXX.

Art. 43*a* Principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques

[1] La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération.

[2] Toute collectivité bénéficiant d'une prestation de l'État prend en charge les coûts de cette prestation.

[3] Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'État décide de cette prestation.

[4] Les prestations de base doivent être accessibles à tous dans une mesure comparable.

[5] Les tâches de l'État doivent être accomplies de manière rationnelle et adéquate.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 668
II. Contexte 669
III. Commentaire au sens strict. 671
A. Al. 1 : Principe de subsidiarité 671
B. Al. 2 et 3 : principe de l'équivalence fiscale 675
C. Al. 4 : Principe de l'égalité de traitement dans les soins de base 678
D. Al. 5 : Principe de l'accomplissement des tâches de manière économique et en fonction des besoins 681
Lectures complémentaires recommandées 683
Bibliographie 684
Matériaux 688

I. HISTORIQUE

1 Avec la réforme du fédéralisme relative à la "Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons" (RPT), la section 1 du chapitre 1 du titre 3 consacrée aux tâches de la Confédération et des cantons a été dotée, avec l'art. 43a Cst., d'une nouvelle disposition relative aux principes régissant l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques. Alors que l'al. 1 de cette norme reprend pour l'essentiel l'ancien art. 42, al. 2, Cst. - qui a été abrogé en même temps -, les al. 2 à 5 introduisent dans le droit constitutionnel des principes inédits concernant l'accomplissement et l'attribution des tâches. Le peuple et les cantons ont accepté la modification constitutionnelle le 28 novembre 2004 ; la norme est entrée en vigueur le 1er janvier 2008.

2 Le Conseil fédéral a estimé que la concrétisation du principe de subsidiarité dans l'ancien art. 42, al. 2, Cst. s'inscrivait mieux, du point de vue de la systématique, dans la disposition de l'art. 43a Cst. après que les principes essentiels relatifs à l'attribution et à l'accomplissement des tâches y ont été fixés. L'art. 42, al. 2, Cst. stipulait encore que la Confédération assume les tâches qui nécessitent une réglementation uniforme. Avec le nouvel art. 43a al. 1 Cst., le Conseil fédéral a proposé de compléter cette disposition en ce sens que la Confédération assume également les tâches qui dépassent les capacités des cantons. Avec les al. 2 à 5 Cst., le Conseil fédéral voulait introduire de nouvelles "lignes directrices (de nature non justiciable)" pour l'accomplissement des tâches.

3 Le Conseil des Etats a recommandé de compléter la formulation du principe de subsidiarité à l'art. 43a al. 1 Cst. par les mots "seulement" et "par la Confédération". L'adverbe "seulement" avait déjà fait l'objet de discussions lors de la création de l'art. 42, al. 2, Cst. mais y avait finalement été supprimé. En outre, le Conseil des Etats a plaidé pour l'ajout du mot "sollen" aux al. 2 et 3 du nouvel art. 43a Cst. afin d'atténuer la formulation "à dominante économique" du Conseil fédéral et d'exprimer le fait que le principe de l'équivalence fiscale qui y est ancré n'est pas absolu. Alors que l'al. 4 du projet du Conseil fédéral prévoyait que toutes les personnes pouvaient "bénéficier de la même manière" des prestations du service universel, le Conseil des Etats a voulu modifier cette disposition de manière à ce que les prestations du service universel soient ouvertes à toutes les personnes "de manière comparable". Le Conseil

des Etats a également voulu remplacer le mot "doivent" à l'al. 5 par "doivent", afin de relativiser le principe et d'atténuer ainsi, une fois de plus, le caractère économique de la version du Conseil fédéral.

En ce qui concerne l'al. 1 du nouvel art. 43a Cst., le Conseil national s'est rallié au Conseil des Etats. L'avis d'une minorité, selon lequel les deux critères "force des cantons" et "réglementation uniforme" devaient être cumulatifs, ne s'est pas imposé. Les versions divergentes des al. 2 et 3 du Conseil fédéral et du Conseil des Etats ont été considérées par le Conseil national comme une question de goût. Ce dernier s'est donc rallié au Conseil fédéral, comme pour l'al. 5. En ce qui concerne la formulation de l'al. 4, le Conseil national s'est en revanche rallié au Conseil des Etats, se prononçant pour "doivent" au lieu de "doivent". 4

Lors de la procédure d'élimination des divergences, le Conseil des Etats a accepté un accord rapide en raison de la version du Conseil national des al. 2 et 3, étant donné que cela ne changerait rien sur le fond. De même, le Conseil des Etats a accepté le verbe modal "devoir" aux al. 4 et 5, tout en confirmant que ces principes ne deviendraient pas justiciables. 5

II. CONTEXTE

L'art. 43a Cst. se trouve, avec l'art. 42 Cst. sur les "Tâches de la Confédération" et l'art. 43 Cst. sur les "Tâches des cantons", dans la section sur les "Tâches de la Confédération et des cantons". Avec l'art. 3 Cst. en tant que norme clé du droit des compétences et l'art. 5a Cst. sur le principe général de subsidiarité, ces normes constitutionnelles constituent les bases de la répartition des tâches et des compétences dans l'Etat fédéral. Depuis 2008, l'art. 43a Cst. fixe les principes selon lesquels les tâches étatiques doivent être attribuées et accomplies dans l'État fédéral. Le mot "attribution" dans la note marginale est trompeur dans la mesure où les tâches ne sont pas attribuées aux cantons. Au contraire, en vertu de la compétence générale subsidiaire selon l'art. 3 Cst. (en relation avec l'art. 42 Cst.), ils sont compétents pour tous les domaines qui ne sont pas attribués à la Confédération par la Constitution. 6

L'art. 43a Cst. réunit quatre principes relatifs à l'attribution et à l'accomplissement des tâches : le principe de subsidiarité (al. 1), le principe de l'équivalence fiscale (al. 2 et 3), le principe de l'égalité de traitement dans le service universel (al. 4) et le principe de l'accomplissement des tâches de 7

manière économique et conforme aux besoins (al. 5). Ces tétras doivent guider l'attribution des tâches étatiques et garantir ainsi une répartition judicieuse des tâches au sein de l'État fédéral ainsi que la continuité.

8 Les quatre principes sont hétérogènes, tant par leur contenu que par leur objectif. Ils traitent de la question de savoir quel est le niveau le plus approprié dans l'Etat fédéral pour l'accomplissement d'une tâche étatique (al. 1) et qui supporte les coûts et les décisions qui en découlent (al. 2 et 3). Parallèlement, la disposition exige une exécution des tâches qui traite toutes les personnes de manière égale en ce qui concerne les services de base (al. 4) et qui, de manière générale, obéit à des principes économiques (al. 5). Le principe de subsidiarité de l'al. 1 vise la répartition verticale des tâches étatiques entre la Confédération et les cantons, tandis que les principes des al. 2 à 5 sont également déterminants pour l'accomplissement horizontal des tâches (en particulier pour les conventions entre les cantons selon l'art. 48 Cst.

9 L'art. 43a Cst. s'adresse à un large public. D'une part, selon le message du Conseil fédéral, la norme s'adresse directement au constituant. Pour ce dernier, la disposition contient des lignes directrices pour l'attribution des tâches en vertu de la Constitution. Le constituant doit s'inspirer de ces principes lorsqu'il attribue de nouvelles tâches étatiques ; il n'est toutefois pas lié par ces principes. Il peut ainsi confier de nouvelles tâches à la Confédération, même si celles-ci auraient pu être assumées par les cantons grâce à leur "force". En conséquence, les initiatives populaires qui prévoient une attribution de tâches contraire au principe de subsidiarité de l'art. 43a al. 1 Cst. sont également valables. D'autre part, comme l'affirme encore le message, les principes de l'art. 43a Cst. s'adressent au législateur et aux autorités d'exécution de la Confédération et des cantons.

10 Les avis divergent dans la doctrine quant à la nécessité et à l'importance d'ancrer dans la Constitution ces principes d'attribution et d'exécution des tâches. En premier lieu, on conteste leur portée juridique peu claire et on critique le fait que ces principes ont surtout un "contenu symbolique" et sont difficilement conciliables avec l'exigence de clarté constitutionnelle. Ils entraîneraient plus de problèmes qu'ils n'en résoudraient. Le principe de subsidiarité étant généralement considéré comme non justiciable (cf. n. 19), la valeur ajoutée de sa concrétisation à l'art. 43a al. 1 Cst. par rapport à l'art. 5a Cst. est également discutable. On peut également critiquer à juste titre le fait

que cette disposition mélange les principes relatifs à la répartition et à l'exécution des tâches. Il n'en reste pas moins que l'art. 43a Cst. tient compte d'un "fédéralisme moderne et différencié". Dans ce sens, le Conseil fédéral souligne également dans son message que la répartition des tâches et des compétences est "d'une grande importance" dans l'État fédéral et qu'une attribution claire des tâches constitue un "principe porteur du fédéralisme suisse". En conclusion, l'art. 43a Cst. souligne la position forte du fédéralisme au sein de la Confédération. Il n'a toutefois pas eu d'effet de rayonnement particulier jusqu'à présent.

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Al. 1 : Principe de subsidiarité

L'objectif central de la réforme du fédéralisme était d'ancrer le principe de subsidiarité dans la Constitution. Jusqu'à présent, l'art. 42 al. 2 Cst. stipulait que la Confédération assumait les tâches qui nécessitaient une réglementation uniforme. Cette disposition a été abrogée avec l'entrée en vigueur de l'art. 43a Cst. et remplacée par son al. 1. L'art. 5a Cst. est entré en vigueur en même temps que l'art. 43a Cst. Alors que, lors des débats parlementaires sur l'art. 42 al. 2 Cst., c'est encore la variante "germanisée" du principe de subsidiarité qui s'est imposée, celui-ci est désormais mentionné littéralement à l'art. 5a Cst. L'art. 43a Cst. sert de concrétisation au principe de subsidiarité de l'art. 5a Cst. mais, à la différence de ce dernier, il se limite aux relations entre la Confédération et les cantons. 11

L'origine du principe de subsidiarité remonte au substantif latin "subsidium" et, du point de vue de l'histoire des idées, à la pensée philosophique de l'Aquinate, de Platon et d'Aristote, entre autres. Ce principe a acquis une notoriété particulière grâce à la doctrine sociale catholique. Selon l'encyclique papale Quadragesimo Anno de 1931, "ce que l'individu peut accomplir de sa propre initiative et avec ses propres forces ne doit pas lui être retiré et attribué à l'activité de la société [...]", car il serait contraire à la justice que "ce que les collectivités plus petites et subordonnées peuvent accomplir et mener à bonne fin, on s'en serve pour la communauté plus large et supérieure". Dans ce sens, le principe de subsidiarité peut être appliqué de manière générale à la relation entre l'État et la société ainsi qu'à la relation entre différentes collectivités. 12

13 Dans les États à structure fédérale, le principe de subsidiarité se concentre sur la relation verticale entre le niveau supérieur et le niveau subordonné. Le principe de subsidiarité n'est toutefois pas obligatoire pour réglementer les compétences ; celles-ci peuvent également être réparties sans l'application d'un tel principe. Dans l'État fédéral, la subsidiarité s'avère toutefois être un principe structurel fédéral judicieux, dans la mesure où la Confédération se voit attribuer toutes les tâches qui ne peuvent pas être accomplies par les États membres. Selon l'encyclique (cf. n. 12), il convient de confier au niveau inférieur les tâches qu'il peut accomplir par ses propres moyens. La présomption en faveur du niveau inférieur s'applique ; le niveau supérieur doit justifier sa compétence. Le principe de subsidiarité espère ainsi une répartition optimale des tâches. En outre, l'idée directrice est que les tâches doivent être exécutées le plus près possible du citoyen.

14 Le principe de subsidiarité joue un rôle important - outre la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) - dans l'Union européenne. Le Conseil fédéral l'a également reconnu lorsqu'il se réfère au droit communautaire européen dans le message sur la RPT. Depuis le traité de Maastricht de 1992, le principe de subsidiarité y est ancré dans le droit primaire. Non pas en tant que règle de répartition des compétences, mais en tant que règle d'exercice des compétences (cf. art. 5 al. 1 TUE), ce principe prescrit que l'Union ne peut agir dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive que "si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres au niveau central, régional ou local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union" (art. 5 al. 3 TUE). Pour que l'Union puisse agir, deux critères cumulatifs doivent donc être remplis : premièrement, une mesure ne doit pas pouvoir être réalisée au niveau des États membres (critère négatif ou d'insuffisance) ; deuxièmement, l'action de l'Union doit apporter une valeur ajoutée (critère positif ou d'efficacité). Le principe de subsidiarité en droit de l'Union peut être contrôlé judiciairement par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et politiquement par les parlements nationaux des États membres.

15 Le principe de subsidiarité de la Constitution fédérale est à la fois une maxime d'attribution de compétences et une maxime d'exercice de compétences. Cela vaut non seulement pour l'art. 5a Cst. mais aussi pour l'art.

43a al. 1 Cst., comme il ressort de la note marginale relative à ce dernier, et le texte ne plaide pas non plus contre une telle lecture. En conséquence, l'art. 43a al. 1 Cst. exige d'une part que les nouvelles tâches soient attribuées au niveau le mieux à même de les accomplir. L'objet est donc l'attribution d'une compétence ; l'art. 43a al. 1 Cst. n'offre pas de base de compétence en soi. D'autre part, le principe de subsidiarité exige du législateur fédéral qu'il exerce ses compétences avec ménagement. Celui-ci ne doit pas "étendre exagérément" sa compétence fédérale.

16 Selon l'art. 43a al. 1 Cst., le principe de subsidiarité de la Constitution fédérale englobe deux critères alternatifs : La Confédération assume des tâches étatiques lorsque celles-ci "dépassent les forces des cantons" ou lorsqu'une "réglementation uniforme par la Confédération" est nécessaire. Alors que l'art. 42 al. 2 Cst. abrogé ne contenait que ce dernier critère, le principe de subsidiarité a été complété à l'art. 43a al. 1 Cst. par la première alternative, bien que celle-ci ait déjà été rejetée une fois dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale. Les deux critères ont en commun le fait que la Confédération ne doit pas assumer des tâches que les cantons peuvent "aussi bien" accomplir. Ils renforcent la préférence en faveur des cantons contenue dans le principe de subsidiarité. Par ailleurs, selon le libellé de l'art. 43a al. 1 Cst., la Confédération ne doit assumer "que" les tâches qui remplissent l'un de ces deux critères. Cette formulation, qui remonte au Conseil des Etats, a déjà fait l'objet des débats parlementaires sur l'art. 42, al. 2, Cst. (cf. n. 3) ; elle n'a toutefois pas de signification normative propre (d'autant plus que les débats parlementaires ne révèlent pas non plus la raison sous-jacente).

17 La notion de "force" contenue dans la première alternative de l'art. 43a al. 1 Cst. peut être rattachée à la doctrine sociale catholique (cf. n. 12). Les versions française et italienne parlent de "possibilités" et de "capacità". Le critère "force des cantons" laisse des questions fondamentales en suspens. D'une part, il ne dit pas si c'est la force de certains cantons ou la force de tous les cantons dans leur ensemble qui est déterminante. D'autre part, il n'est pas clair s'il s'agit de la capacité économique ou politique des cantons. Le message part du principe qu'une tâche dépasse la force des cantons lorsqu'ils ne sont "manifestement pas en mesure" de l'accomplir. De manière plausible, on peut toujours répondre par l'affirmative lorsque les cantons ne peuvent accomplir une tâche qu'au prix d'efforts disproportionnés. Il est très difficile de mesurer tout cela objectivement.

18 Selon la deuxième alternative de l'art. 43a al. 1 Cst., une tâche doit être prise en charge par la Confédération si une réglementation uniforme est nécessaire. Il s'agit alors d'examiner précisément, au regard de la matière à réglementer, si une réglementation uniforme par la Confédération semble justifiée ou si des solutions cantonales différentes sont possibles. Il pourrait être déterminant de savoir si l'utilité de la réglementation doit concerner l'ensemble du pays ou si une solution uniforme sert l'égalité des chances ou s'impose pour des raisons techniques. Cela mis à part, il devrait suffire qu'une réglementation fédérale non pas unificatrice mais harmonisante s'impose.

19 Dès le départ, le Conseil fédéral et le Parlement ont clairement rejeté la justiciabilité du principe de subsidiarité. Celle-ci ne serait pas en accord avec la "conception suisse de l'État". Le Tribunal fédéral n'entend pas non plus le principe de subsidiarité comme "plus qu'une maxime étatique" ; le Tribunal administratif fédéral nie également sa justiciabilité. Cela vaut en tout cas pour le constituant, qui est certes tenu de respecter la subsidiarité lors de la répartition de nouvelles tâches entre la Confédération et les cantons, mais qui n'y est pas juridiquement obligé. En ce qui concerne le législateur, une application judiciaire du principe de subsidiarité pourrait en revanche se justifier. Enfin, l'art. 43a al. 1 Cst. concrétise le principe de subsidiarité de l'art. 5a Cst. sur le plan du contenu - même si le critère de contrôle exact est difficile à déterminer dans chaque cas (cf. n. 17 s.). Il ne faut toutefois pas dénier d'emblée aux dispositions (constitutionnelles) la possibilité d'être appliquées par les tribunaux, car elles sont sujettes à interprétation. Le principe de subsidiarité du droit de l'Union, tout aussi vague, peut lui aussi faire l'objet d'un contrôle judiciaire (cf. n. 14). Certes, la CJCE fait preuve jusqu'à présent d'une grande retenue en la matière ; selon l'avis majoritaire de la littérature, il lui incombe toutefois de contrôler si le législateur européen a respecté son obligation de motivation et s'il n'a pas manifestement outrepassé sa marge d'appréciation. Un tel mandat de contrôle - avec retenue - pourrait également concerner le principe de subsidiarité de l'art. 5a en relation avec l'art. 43a de la Constitution fédérale. Art. 43a Cst. (les possibilités de contrôle étant toutefois limitées en raison de la juridiction constitutionnelle restreinte selon l'art. 190 Cst.) Mais en premier lieu, le principe de subsidiarité est de toute façon entre les mains du législateur. C'est notamment au niveau politique qu'il faut décider quel niveau de l'État fédéral est le mieux à même d'accomplir une tâche concrète.

La force de frappe normative du principe de subsidiarité se manifeste donc d'un point de vue procédural : le législateur fédéral est soumis à une obligation de justification ou de motivation. Dès 2016, deux initiatives parlementaires ont exigé une justification détaillée du principe de subsidiarité dans les messages du Conseil fédéral et les rapports de consultation. Entretemps, la loi sur le Parlement et la loi sur la consultation ont subi des modifications en ce sens. Depuis novembre 2018, le Conseil fédéral doit justifier dans ses messages relatifs aux projets d'actes législatifs "le respect du principe de subsidiarité dans l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques". En conséquence, il déclare dans l'un de ses projets que la Confédération doit "faire un usage modéré de ses compétences et laisser aux cantons une marge de manœuvre suffisante pour l'accomplissement de leurs tâches". L'obligation de motiver le principe de subsidiarité s'applique en outre aux rapports explicatifs des projets mis en consultation. La concrétisation législative du principe de subsidiarité trouve un parallèle dans le droit de l'Union, où la Commission européenne est tenue de justifier, dans ses projets d'actes législatifs, dans quelle mesure le principe de subsidiarité (et de proportionnalité) est respecté. 20

B. Al. 2 et 3 : principe de l'équivalence fiscale

L'art. 43a al. 2 et 3 Cst. contient le principe de l'équivalence fiscale. Avec le principe de subsidiarité, ce principe constitue, selon le message du Conseil fédéral, la base de la structure des tâches et des compétences de l'Etat dans le cadre de la RPT. Avec lui, les critères économiques des tâches ont fait leur entrée dans le droit constitutionnel. Leur signification pratique et juridique pour la répartition et l'accomplissement des tâches de l'État reste toutefois floue. C'est pourquoi on reproche parfois (à juste titre) qu'un tel principe a sa place dans un manuel, mais pas dans une constitution. Ailleurs, on y voit plus généreusement une "directive judicieuse" pour la répartition des coûts entre la Confédération et les cantons. 21

Le principe de l'équivalence fiscale est issu des sciences financières. Il désigne le résultat d'une répartition des prestations publiques qui repose sur une congruence institutionnelle, c'est-à-dire sur un processus politique dans le cadre duquel le cercle des bénéficiaires, le cercle des décideurs et le cercle des contribuables coïncident. La congruence institutionnelle est justement considérée comme essentielle pour le fédéralisme. 22

23 Le Conseil fédéral considère que l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. concrétise précisément le principe de l'équivalence fiscale. Une condition essentielle à cet égard est la congruence institutionnelle suivante : les bénéficiaires, ceux qui supportent les coûts et ceux qui prennent les décisions concernant les prestations de l'Etat doivent être les mêmes. L'al. 2 de l'art. 43a Cst. exige la congruence des bénéficiaires et des payeurs, selon laquelle la collectivité publique qui bénéficie de la prestation doit en supporter les coûts. L'al. 3 de cette disposition confère le pouvoir de décision à la collectivité qui supporte les coûts, ce qui implique la congruence entre ceux qui supportent les coûts et ceux qui prennent les décisions. Les deux postulats peuvent être résumés de la manière suivante : "Celui qui consomme doit devoir payer pour cela, et celui qui doit payer doit aussi pouvoir commander".

24 Le terme "collectivité" n'est pas utilisé une seule fois dans l'ensemble de la Constitution fédérale en dehors de l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. Il est ambigu dans la mesure où il permet également d'appliquer le principe aux relations entre le canton et les communes. Ainsi, dans une question relative à la répartition des coûts entre le canton et la commune, le Tribunal fédéral a utilisé le principe de l'équivalence fiscale au sens de l'art. 43a Cst. pour l'interprétation. En revanche, le positionnement systématique de l'art. 43a, al. 2 et 3, Cst. sous le titre de chapitre "Relations entre la Confédération et les cantons" ou sous le titre de section "Tâches de la Confédération et des cantons" plaide en faveur d'une limitation aux relations entre la Confédération et ses Etats membres. Enfin, la concrétisation du principe de subsidiarité à l'al. 43a, al. 1, Cst. ne se réfère expressis verbis qu'à ces deux niveaux de l'Etat - contrairement au principe général de subsidiarité de l'art. 5a Cst.

25 Selon le Conseil fédéral, le principe de l'équivalence fiscale poursuit plusieurs objectifs. Il s'agit notamment de renforcer la responsabilité en matière de financement, car on suppose que les décisions sont prises avec une plus grande considération budgétaire lorsque ceux qui prennent les décisions et ceux qui supportent les coûts sont identiques. La congruence entre les bénéficiaires, les responsables des coûts et les décideurs permet en outre d'éviter les "spillovers", c'est-à-dire le recours à des prestations publiques par des non-résidents sans que ceux-ci n'en assument la charge financière. Cela doit à son tour permettre d'optimiser l'offre : Les "tâches correspondantes [doivent] être mises à disposition au bon endroit, au bon moment et dans la bonne mesure".

En tant qu'élément de la répartition des compétences au niveau fédéral, le principe de l'équivalence fiscale ne constitue qu'une "ligne directrice" pour la répartition des tâches et des ressources, sans pour autant supplanter les autres principes de réglementation en matière de compétences. La congruence des bénéficiaires, des coûts et des décideurs n'est donc en aucun cas obligatoire. Le principe de subsidiarité selon l'art. 5a en relation avec l'art. 43. Art. 43a al. 1 Cst. peut parfois exiger une autre attribution des tâches. Il ne faut donc pas comprendre de manière absolue l'exigence du Conseil fédéral selon laquelle seuls les cantons qui profitent d'une prestation étatique doivent également la décider et la financer, et que la Confédération doit régler toutes les prestations dont l'utilité s'étend à l'ensemble de la Suisse. La disposition ne peut pas non plus être comprise dans le sens qu'une collectivité publique ne peut pas en soutenir une autre financièrement si elle n'en retire pas en même temps un avantage. 26

Par ailleurs, ce principe économique s'applique en premier lieu aux tâches étatiques qui entraînent une prestation publique. Le principe de l'équivalence fiscale selon l'art. 43a, al. 2 et 3 Cst. ne devrait donc pas s'appliquer à de nombreux domaines de tâches étatiques. Pour que ce principe soit applicable, il faut qu'il y ait un cercle de bénéficiaires, ce qui n'est possible que si la prestation est limitée géographiquement. Le Conseil fédéral cite comme exemples l'installation d'une station d'épuration ou - fait remarquable au vu de la portée géographique - le domaine de la défense nationale. L'applicabilité du principe se complique dans les (nombreux) cas où une prestation profite à plusieurs collectivités publiques. Dans de tels cas, il devrait exiger une répartition correspondante des coûts. 27

La justiciabilité du principe de l'équivalence fiscale est unanimement contestée. Le guide du message d'août 2020 insiste néanmoins sur le fait que le Conseil fédéral doit inclure des explications sur le respect du principe dans ses messages relatifs à des projets qui concernent la répartition ou l'exécution des tâches par la Confédération et les cantons. On peut trouver des exemples correspondants : Dans son message relatif à la modification de la loi fédérale sur la politique régionale, par exemple, le Conseil fédéral estime que le principe de l'art. 43a al. 2 Cst. est respecté, car "l'équivalence fiscale est respectée en ce qui concerne la congruence entre l'entité qui assume les coûts et celle qui prend les décisions". 28

C. Al. 4 : Principe de l'égalité de traitement dans les soins de base

29 L'art. 43a al. 4 Cst. établit un principe spécifique d'égalité de traitement : dans le domaine du service universel (sur cette notion, voir N. 31), les prestations de l'Etat doivent être accessibles à toutes les personnes de manière comparable. La proposition du Conseil fédéral était encore légèrement différente : les prestations du service universel auraient dû être fournies de manière à ce que toute personne puisse y avoir accès de la même manière. Le Conseil des Etats aurait préféré le verbe modal "sollen" au lieu de "müssen", mais il a admis que même avec la première formulation, avec laquelle le Conseil national s'est finalement imposé, le principe ne deviendrait pas justiciable. C'est ainsi que le Conseil fédéral et la doctrine contestent la justiciabilité de ce troisième principe de l'art. 43a Cst. Une telle interprétation n'est certes pas obligatoire, d'autant plus que la norme stipule suffisamment clairement que tous ont droit à un traitement comparable dans le domaine du service universel. L'avis du Conseil fédéral selon lequel l'al. 4 ne crée pas de droits justiciables est déjà plus défendable. Comme la norme se situe dans le chapitre sur l'organisation fédérale des compétences, il serait difficile d'argumenter que cette disposition confère des droits subjectifs.

30 La disposition oblige la Confédération et les cantons. Les communes ne devraient en tout cas pas être directement liées par le principe, étant donné que l'art. 43a Cst. l'intègre systématiquement dans l'attribution ou l'exécution des tâches de la Confédération et des cantons (cf. n. 24). L'autonomie d'organisation cantonale de l'art. 47 al. 2 Cst. s'oppose en outre à une obligation directe des communes. La Confédération et les cantons ne sont toutefois liés par le principe de l'égalité de traitement que dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs compétences. La disposition ne fournit pas de base de compétence propre pour les actions de la Confédération. Elle n'établit pas non plus de manière concrète la façon dont la Confédération et les cantons doivent garantir l'égalité de traitement. Selon le Conseil fédéral, on peut imaginer une auto-coordination des cantons, des conventions intercantonales, des réglementations fédérales avec exécution cantonale ou des réglementations fédérales avec exécution fédérale.

31 La notion de service universel est certes présente ailleurs dans la Constitution fédérale et dans les lois fédérales, mais elle n'est pas définie plus précisément ici ou là. En outre, le Conseil fédéral lui-même reconnaît que les expressions française et italienne "service universel" et "servizio universale" mettent un

accent différent : Ces expressions souligneraient l'orientation des prestations vers l'ensemble de la population, tandis que le terme allemand "Grundversorgung" accentuerait la base des prestations. Il définit les services de base comme "l'objectif à définir plus précisément sur le plan politique, à savoir que la population ait accès aux biens et aux services de consommation courante. Pour l'État, [le service universel] a la signification d'un mandat d'action pour s'engager en faveur de cet objectif". Les "biens" pourraient être par exemple l'eau, la nourriture, les médicaments et l'énergie ; les "services" pourraient être par exemple les télécommunications, les transports et les traitements médicaux. Dans l'Union européenne, on parle dans ce contexte de "services d'intérêt général" et de "service universel", en Allemagne de "Daseinsvorsorge". Mais ces notions sont également floues et ne sont pas entièrement clarifiées. Les domaines de prestations couverts résultent donc moins de la terminologie que de la forme concrète qu'elle prend dans l'ordre juridique concerné. La Constitution fédérale contient une série de dispositions qui relèvent du "service universel", notamment, entre autres, l'art. 81a, al. 1 (transports publics), l'art. 89, al. 1, Cst. (approvisionnement en énergie), l'art. 92, al. 2, Cst. (poste et télécommunications), l'art. 102, al. 1, Cst. (approvisionnement du pays en biens et services d'importance vitale), l'art. 104a Cst. (sécurité alimentaire) et l'art. 117a, al. 1, Cst.

Selon l'art. 43a al. 4 Cst., les prestations du service universel doivent être accordées à toutes les personnes "de manière comparable". Cette formulation rappelle l'égalité de droit générale de l'art. 8 al. 1 Cst. Ainsi, le Conseil des Etats a également estimé que le principe de l'égalité de traitement dans l'approvisionnement de base constituait une "analogie avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, avec le principe de l'égalité de droit". Après l'entrée en vigueur de l'art. 43a, al. 4, Cst., le Conseil fédéral a également constaté que sa formulation était déjà contenue "de manière comparable" dans le principe général de l'égalité de traitement de l'art. 8, al. 1, Cst. La question se pose donc de savoir quelle est la valeur ajoutée du principe de l'égalité de traitement de l'art. 43a Cst. se rapportant au service universel. De toute façon, on ne sait pas non plus quand le critère de l'égalité d'accès pour tous est rempli. Les aspects sociaux (accessibilité pour l'ensemble de la population indépendamment de la situation de vie, de l'âge, de la santé, de la formation, etc.), la dimension géographique (accessibilité dans toutes les régions du pays), les facteurs financiers (accessibilité financière pour tous) ainsi que les caractéristiques temporelles (disponibilité durable) semblent pertinents. 32

33 Le message du Conseil fédéral cite comme motif de ce principe constitutionnel d'égalité de traitement dans le domaine du service universel "une fourniture uniforme de prestations sur l'ensemble du territoire national". Dans les documents qui ont suivi, le Conseil fédéral a souligné qu'un "service public performant [...] est une condition centrale pour la qualité de vie de la population et pour la compétitivité de l'économie" et qu'il "apporte ainsi une contribution essentielle à la cohésion sociale et régionale de la Suisse". Müller souligne positivement qu'en raison de cette disposition, "les aspects économiques ne sont pas les seuls à devoir être pris en compte lors de l'attribution des tâches".

34 L'importance généralement accordée au service universel est illustrée par le long débat sur une nouvelle disposition constitutionnelle générale. Celle-ci a débuté par une initiative parlementaire de 2003, qui demandait l'inscription dans la Constitution de principes importants du service universel. Par la suite, la Commission des transports et des télécommunications du Conseil des Etats a déposé une motion chargeant le Conseil fédéral de "présenter un article constitutionnel général sur le service universel", qui devrait "compléter l'article 43a Cst. récemment introduit par une ou plusieurs normes". Le Conseil fédéral a répondu à la motion en affirmant que la réglementation transversale de l'art. 43a al. 4 Cst. suffisait. Le Conseil des Etats et le Conseil national ayant continué à soutenir la motion, le Conseil fédéral a présenté en mai 2013 une proposition de disposition constitutionnelle générale sur le service universel, tout en déclarant qu'il continuait à rejeter une telle disposition. Le Conseil fédéral a proposé trois variantes à la discussion : La variante A contenait uniquement un mandat d'action à l'intention des collectivités publiques, la variante B contenait, outre le mandat d'action à l'intention des collectivités publiques, une définition de la notion, et la variante C contenait, outre un mandat d'action à l'intention des collectivités publiques et une définition de la notion, quelques principes essentiels relatifs au service universel. La double décision de non-entrée en matière du Conseil national en 2015 a mis un terme à la longue discussion sur une norme relative au service universel et donc à la "hantise". Un an plus tard, l'initiative populaire fédérale "Pro Service public", qui prévoyait dans un nouvel art. 43b Cst. des "principes applicables aux prestations du service universel fournies par la Confédération", n'a pas eu davantage de succès. Le principe d'égalité de traitement de l'art. 43a al. 4 Cst. est ainsi maintenu. Le niveau de la loi est de

toute façon considéré comme le lieu le plus approprié pour les règles relatives au service universel.

D. Al. 5 : Principe de l'accomplissement des tâches de manière économique et en fonction des besoins

L'art. 43a al. 5 Cst. exige que les tâches de l'Etat soient accomplies en fonction des besoins et de manière économique. Les explications du Conseil fédéral concernant cette "exigence supplémentaire" sont extrêmement succinctes. Cela laisse supposer qu'il n'y avait pas d'idées ou seulement des idées vagues sur le contenu concret de ces impératifs économiques. 35

Le principe de l'adéquation aux besoins et de l'économicité ne détermine pas seulement - comme on pourrait le supposer au vu de la formulation - l'exécution des tâches, mais également l'attribution des tâches en amont. En effet, selon le message du Conseil fédéral, les tâches étatiques doivent être attribuées à la collectivité publique qui est en mesure de les assumer de manière économique et en fonction des besoins. Le principe de l'al. 5 ne s'applique toutefois pas de manière absolue à l'attribution et à l'exécution des tâches. Une tâche ne peut pas être attribuée à la Confédération uniquement parce qu'elle pourrait l'accomplir de manière plus efficace sur le plan économique ; dans le cas contraire, le principe de subsidiarité serait vidé de sa substance. De même, l'art. 43a al. 5 Cst. ne limite pas l'obligation de respecter les droits fondamentaux selon l'art. 35 Cst. comme l'a confirmé le Tribunal fédéral. Des considérations économiques ne peuvent pas non plus justifier le non-respect du principe d'égalité de traitement de l'art. 43a al. 4 Cst. 36

Comme pour l'art. 43a al. 2-4 Cst. (cf. n. 24 et n. 30), la question se pose de l'applicabilité aux communes du principe de l'accomplissement des tâches de manière économique et conforme aux besoins. A cet égard, le Tribunal administratif fédéral a estimé en août 2016 que les principes fondamentaux de l'art. 43a al. 5 Cst. devaient être "respectés dans l'ensemble de la structure de l'État fédéral, indirectement même jusqu'au niveau des communes" et qu'ils "ont en outre trouvé leur expression dans différents actes législatifs cantonaux". Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral reconnaît également que cette prescription constitutionnelle s'adresse aux communes (et en a déduit - en recourant à d'autres dispositions cantonales - une tâche légale des cantons au sens de la loi sur la protection des données). 37

38 L'art. 43a al. 5 Cst. contient deux impératifs : l'impératif d'adéquation aux besoins et l'impératif d'efficacité économique. Selon le Conseil fédéral, le terme "conforme aux besoins" revendique une "adéquation fondamentale entre les besoins et les prestations". Cela ne vaut toutefois qu'en principe et ne signifie pas qu'un besoin accru doit automatiquement entraîner un volume de prestations plus important. L'objectif doit cependant rester dans tous les cas d'adapter l'offre de soins aux besoins de la population. Adapter aux besoins signifie également tenir compte des différents besoins des différents groupes de population. Selon le Conseil fédéral, le terme "économique" exige, d'une part, que "les effets visés soient effectivement atteints" et, d'autre part, que "la fourniture des prestations se fasse en outre au coût économique le plus bas possible". Les collectivités publiques sont donc tenues d'utiliser les "moyens financiers de manière efficace" et de "maintenir les coûts pour la collectivité au niveau le plus bas possible".

39 L'art. 43a al. 5 Cst. - comme les autres alinéas de cette disposition - n'a guère de portée juridique et pratique jusqu'à présent. Cela est principalement dû au fait que, de l'avis général, il n'est pas justiciable et ne confère surtout pas de droits individuels. En tant que lignes directrices essentiellement économiques, l'adéquation aux besoins et l'efficacité économique sont difficiles à contrôler sur la base de critères clairs et prévisibles. Même sans que la Constitution le rappelle expressément, on peut attendre de l'État qu'il oriente ses tâches en fonction des besoins et qu'il les accomplisse de la manière la plus efficace et la moins coûteuse possible. L'efficacité économique est de toute façon également exigée par l'art. 126 Cst., selon lequel les dépenses et les recettes doivent être maintenues en équilibre à long terme, et constitue, selon l'art. 170 Cst., un critère de la surveillance parlementaire.

A propos de l'auteur

Christina Neier, docteur en droit et titulaire d'une licence, est post-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Zurich. Elle a étudié le droit ainsi que les sciences économiques et sociales à Vienne et a obtenu son doctorat à l'Université de Zurich. Dans sa thèse, elle s'est penchée sur la citoyenneté européenne. Elle travaille actuellement à sa thèse d'habilitation sur le thème de la solidarité dans l'Union européenne et dans les États fédéraux européens, y compris la Suisse. Elle est soutenue financièrement par l'UZH Alumni FAN (Ernst Göhner Stiftung Fellowship) et par l'UZH Postdoc Grant (y compris

Suslowa-Postdoc-Fellowship). Elle est également chargée de cours en droit européen et en droit public dans diverses universités suisses. Depuis 2020, elle dirige la revue Swiss Review of International and European Law (SRIEL) en tant que Managing Editor. Elle est joignable à l'adresse christina.neier@ius.uzh.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Brunessen Bertrand, Un principe politique saisi par ledroit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, Revue trimestrielle de droit européen (2012), S. 329–354.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports présentés au XIVème congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9–34.

FIDE (Fédération International pour le droit européen), XVIe congrès, Rom 1994, Vol. 1: Le principe de subsidiarité.

Gamper Anna, Subsidiarität und Kompetenztheorie, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter (Hrsg.), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union/La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea, Wien 2006, S. 109–134.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169–206.

Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001.

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126 (2007) I, S. 47–83.

Riklin Alois/Batliner Gerard (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium. Symposium des Liechtenstein-Instituts. 23–25. September 1993, Vaduz 1994.

Schweizer Rainer J./Müller Lucien, Art. 43*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014.

Stadler Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht, Fribourg 1951.

Waldmann Bernhard, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4 (2015).

Walther Reto, Art. 5*a* BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 17.1.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a, besucht am 22. März 2023.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf 2000, S. 3–27.

Bast Jürgen, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Band I EUV/AEUV, 77. Ergänzungslieferung (Stand September 2022).

Bellanger François, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand. Constitution fédérale. Préambule – art. 80 Cst., Basel 2021.

Benoit Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, Genf/Zürich/Basel 2009.

Biaggini Giovanni, Was die Verfassung leisten kann und soll (und was nicht) – am Beispiel «Grundversorgung», ZBl 116 (2015), S. 113–114 (zit. Biaggini, Grundversorgung).

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV). Basler Kommentar, Basel 2015.

Bickenbach Christian, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, Europarecht (EuR) (2013), S. 523–549.

Blankart Charles B., Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 9. Aufl., München 2017.

Brunner Arthur, Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2019.

Calliess Christian, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV / AEUV. Kommentar, 6. Aufl., München 2022.

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben. Verfassungsrechtliche Probleme und Spielräume, Zürich 2020.

Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports présentés au XIVème congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9–34.

Fründ Frederike, Subsidiarität – Recht und Kontrolle. Eine Untersuchung zur gerichtlichen Kontrolldichte des Art. 5 Abs. 3 EUV, Berlin 2021.

Gächter Thomas/Meienberger Arlette, Verfassungsmässigkeit von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zürich 2012, S. 1–39.

Gamper Anna, Subsidiarität und Kompetenztheorie, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter (Hrsg.), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union/La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea, Wien 2006, S. 109–134.

Häberle Peter, Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 169–206.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Heselhaus Sebastian, Energiewende und Energiearmut – Zur verfassungsrechtlichen Dimension sozialstaatlicher Anliegen der Energiewende, in: Heselhaus Sebastian/Hänni Julia/Schreiber Markus (Hrsg.), Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Zürich 2019, S. 47–76.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Bd. III, Zürich 2020, S. 2283–2308.

Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–490.

Kern Markus, Versorgungspflichten in der Europäischen Union. Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnrecht, Tübingen 2022.

Kley Andreas, § 10 Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Knapp Blaise, § 29 La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 457–472.

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

Müller Lucien, Kommentierung zu Art. 43*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Oesch Matthias, Das Subsidiaritätsprinzip im EU-Recht und die nationalen Parlamente, in: Epiny Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, S. 301–315.

Pfisterer Thomas, Die Bundesverfassung vor Vielfalt und Einheit im Wandel, AJP 2009, S. 706–726.

Rhinow René, Bundesstaatsreform und Demokratie. Der schweizerische Föderalismus aus rechtlicher Sicht, in: Frey René L. (Hrsg.), Föderalismus – Zukunftstauglich?!, Zürich 2005, S. 63–92.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 126 (2007) I, S. 47–83 (zit. Richli, Subsidiaritätsprinzip).

Richli Paul, Rechtsgutachten zur Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer bundesrechtlichen Rahmenregelung der Ladenöffnungszeiten, im Auftrag des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO), 21.4.2015, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konsum-und-preise/Ladenoeffnungszeiten/rechtsgutachten-zur-frage-nach-der-verfassungsrechtlichen-.html, besucht am 15.2.2024 (zit. Richli, Gutachten).

Riklin Alois/Batliner Gerard (Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium. Symposium des Liechtenstein-Instituts. 23–25. September 1993, Vaduz 1994.

Streinz Rudolf, Kommentierung zu Art. 5 EUV, in: Streinz Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV. Beck'scher Kurz-Kommentar, 3. Aufl., München 2018.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Thalmann Urs, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in: Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (Hrsg.), BV – CF 2000, Die neue schweizerische Bundesverfassung – Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur, Basel/Genf/München 2000, S. 149–170 (zit. Thalmann, Kompetenzverteilung).

Thalmann Urs, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in: Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration. Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 56–117 (zit. Thalmann, Kantone).

Thot A. G., The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, Common Market Law Review 29 (1992), S. 1079–1105.

Tiefenthal Jürg Marcel, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zürich 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18. Juli 2016, https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, besucht am 15.2.2024.

Waldmann Bernhard, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4 (2015).

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung – Ständerat, abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html besucht am 15.2.2024, (zit. AB 1998 SR)

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2002 – Ständerat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2002 SR).

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2003 – Nationalrat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2003 SR).

Amtliches Bulletin zur Neugestaltung des Finanzausgleichs 2003 – Ständerat, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=4979, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2003 SR).

Amtliches Bulletin zur Motion 05.3232, 08.9.2015, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=35078, besucht am 19.2.2024 (zit. AB 2015 NR).

Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infastruktur (Service public)» vom 23.6.2004, BBl 2004 4569 ff., abrufbar unter https://

www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/767/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Bericht Grundversorgung).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Malama 10.3045 vom 03.3.2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, vom 02.3.2012, BBl 2012 4459 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/603/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Bundesrat Postulat Malama).

Bericht des Bundesrates vom 12.9.2014 in Erfüllung des Postulats 12.3412 (Stadler Markus) vom 29.5.2012, abrufbar unter https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36476.pdf, besucht am 19.2.2024 (zit. Bunderat Postulat Stadler).

Botschaft zur zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 2291 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/316/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft NFA 2001).

Botschaft zur Festlegung des Ressourcen-, Lasten- und Härteausgleichs sowie zum Bundesgesetz über die Änderungen von Erlassen im Rahmen des Übergangs zur NFA vom 08.12.2006, BBl 2007 645 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/88/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft NFA 2006).

Botschaft zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung vom 08.5.2013, BBl 2013 3407 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2013/744/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft Grundversorgung).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Entlastung der Unternehmen von Regulierungskosten (Unternehmensentlastungsgesetz; UEG), vom 09.12.2022, BBl 2023 166 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/166/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft UEG).

Botschaft zum Investitionsprüfgesetz vom 15.12.2023, BBl 2024 124 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2024/124/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Botschaft Investitionsprüfgesetz).

Eidgenössische Volksinitiative, «Grundsätze für die Leistungen der Grundversorgung durch den Bund», hierzu Botschaft BBl 2014 3805 ff., Volksabstimmung vom 05.6.2016, abrufbar unter https://

www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/921/de, besucht am 19.2.2024 (zit. Volksinitiative Grundversorgung).

Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, hrsg. von der Bundeskanzlei, 5. Aufl., August 2020, abrufbar unter https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/sprachen/hilfsmittel-textredaktion/leitfaden-fuer-botschaften-des-bundesrates.html, besucht am 19.2.2024 (zit. Leitfaden Botschaften).

Motion 05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», vom 12.5.2005, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053232, besucht am 19.2.2024 (zit. Motion Grundversorgung).

Parlamentarische Initiative 03.465 Maissen Theo, «Service Public. Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», vom 19.12.2003, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20030465, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Maissen).

Parlamentarische Initiative 16.446 Caroni Andrea, «Mehr Föderalismus in den bundesrätlichen Botschaften», vom 16.6.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160446, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Caroni).

Parlamentarische Initiative 16.497 Burgherr Thomas, «Das Subsidiaritätsprinzip stärken», vom 16.12.2016, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160497, besucht am 19.2.2024 (zit. Parlamentarische Initiative Burgherr).

Stellungnahme des Bundesrates vom 10.6.2005 zur Motion 05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung», abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20053232, besucht am 19.2.2024 (zit. Bundesrat Motion Grundversorgung).

COMMENTAIRE

Art. 45 Cst.

Un commentaire de Eloi Jeannerat / Fanny Matthey

PROPOSITION DE CITATION

Eloi Jeannerat/Fanny Matthey, Commentaire de l'art. 45 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Jeannerat/Matthey, art. 45 Cst. N. XXX

Art. 45 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 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.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 693
II. Contexte 694
III. Commentaire proprement dit 697
A. Droits de participation des cantons au processus décisionnel fédéral (al. 1) 698
1. Généralités 698
2. Participation des cantons au processus législatif 700
3. Portée normative : critique et perspective 703
B. Devoir de la Confédération d'informer les cantons de ses projets et de les consulter (al. 2) 706
1. Généralités 706
2. Notion de « projets » de la Confédération 708
3. Information « en temps utile » et « de manière détaillée » 711
4. Consultation des cantons « touchés dans leurs intérêts » 712
5. Justiciabilité 718
Lectures complémentaires recommandées 722
Bibliographie 722
Documents officiels 725

I. GENÈSE

L'art. 45 Cst. – qui évoque et précise le droit général des cantons de participer au processus de décision sur le plan fédéral – n'avait **pas de véritable pendant** dans les précédentes constitutions fédérales. Celles-ci prévoyaient évidemment déjà les principaux mécanismes de participation des cantons à la politique fédérale auxquels renvoie désormais l'art. 45 al. 1 Cst.[360], dans la mesure où le fédéralisme implique par essence une certaine faculté des entités fédérées d'influer sur la prise des décisions sur le plan fédéral (cf. infra N. 5 et 7). Le principe très général d'un droit de participation des cantons au processus décisionnel de la Confédération n'y figurait en revanche pas expressément. Il représentait à cette époque tout au plus une règle de droit constitutionnel non écrite ou implicite[361]. 1

L'art. 45 Cst. ne s'est pas imposé d'emblée sous sa forme actuelle lors de l'élaboration de la nouvelle constitution qui se voulait n'être qu'une simple mise à jour formelle de la précédente[362]. Fidèle à cet objectif initial, l'**avant-projet de Constitution fédérale** n'envisageait pas de disposition traitant spécifiquement et exclusivement de la participation des cantons qui, comme on vient de le dire, n'avait alors pas d'équivalent dans le droit en vigueur. Il n'en proposait pas moins de consacrer l'idée selon laquelle les cantons devaient être associés à la formation de la volonté fédérale[363], comme cela se faisait en pratique et comme l'imposait déjà dans certaines situations l'ancienne Constitution de 1874. Il prévoyait en ce sens d'inscrire – de manière éparse – le double principe selon lequel les cantons « particip[ai]ent, dans le cadre de la Constitution, au processus de décision au niveau fédéral » (art. 32 al. 2 AP-Cst., intitulé « Tâches ») et qu'ils devaient par ailleurs être, comme les partis politiques et les milieux intéressés, « en principe consultés lors de l'élaboration d'actes législatifs et de traités internationaux d'importance ainsi que sur les projets de grande portée » (art. 155 al. 1 AP-Cst., qui est devenu l'actuel art. 147 Cst., avec une formulation légèrement différente). 2

360. Voir notamment art. 22bis, 27ter al. 2, 27 ^{quater} al. 4, 27^{quinquies}, 32, 34ter, 34^{septies}, 45bis, 86 al. 2, 89 al. 2, 93 al. 2, 123 aCst. 1874 ; aussi Message Cst. 1996, p. 212, et SGK-Egli, Art. 45 N. 1.
361. Message Cst. 1996,p. 212.
362. Message Cst. 1996, p. 36 ss et 69 ss.
363. Exposé des motifs AP-Cst. 1995, p. 69.

3 Lors de la **procédure de consultation**, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) et certains cantons, ainsi que d'autres acteurs politiques, se sont néanmoins plaints que cet avant-projet ne soulignait pas encore suffisamment l'importance de la participation des cantons à « l'élaboration de la législation fédérale », ni celle du devoir de la Confédération de les informer et de les consulter de manière appropriée sur ses projets. Ils ont formulé en ce sens diverses propositions de modifications de l'art. 32 al. 2 AP-Cst[364]. Le Conseil fédéral a tenu compte de ces doléances en consacrant une disposition spécifique et indépendante à ces deux questions (soit l'art. 36 du projet de Constitution fédérale), disposition que les Chambres n'ont pas modifiée dans son essence et qui est devenue l'actuel art. 45 Cst.[365].

4 On peut ainsi considérer que la disposition commentée ici matérialise surtout un **vœu des cantons**. Elle ne se distance pas moins des nombreuses propositions – restées lettres mortes – que certains d'entre eux et la CdC ont pu faire lors de l'élaboration de la Constitution fédérale de 1999 en vue de préciser, voire de renforcer leurs droits de participation au processus de décision sur le plan fédéral[366].

II. CONTEXTE

5 D'un point de vue systématique, l'art. 45 Cst. occupe une **place de choix** dans la Constitution fédérale. Il représente la cinquième disposition du premier chapitre du Titre 3 de la Constitution fédérale qui traite des « [r]apports entre la Confédération et les cantons ». La norme s'avère ainsi être la première des dispositions de la Constitution traitant d'un « élément essentiel » du fédéralisme suisse[367], à savoir – comme son titre l'indique – la « *participation [des cantons] au processus de décision sur le plan fédéral* », laquelle fait de ceux-ci de véritables organes de décision – et non simplement d'exécution – de la Confédération[368]. L'art. 45 Cst. peut à ce titre être vu comme « la » norme de base ou la « pierre angulaire »[369] de ce que l'on appelle

364. Rapport de consultation Cst. 1996, p. 90 ss.
365. Message Cst. 1996, p. 213.
366. Rapport de consultation 1996, p. 91–93 ; aussi BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 3.
367. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1195, respectivement Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 2.
368. Exposé des motifs AP-Cst. 1995, p. 69.
369. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 2 et 5 ; aussi Egli, Verfassungsorgane, N. 4.

le *fédéralisme participatif* – parfois aussi dénommé fédéralisme vertical – suisse (qualifié en allemand tantôt de « *partnerschaftlicher [ou partizipativer] Föderalismus* », tantôt de « *Mitwirkungsföderalismus* »)[370].

Comme on le verra encore, la **portée normative** de l'art. 45 Cst. est cependant **faible** par rapport à d'autres dispositions constitutionnelles concrétisant plus spécifiquement ce même fédéralisme participatif (cf. infra N. 18 s.). Son premier alinéa ne fait qu'annoncer que les cantons participent au processus politique fédéral « dans les cas prévus par la Constitution fédérale », renvoyant de cette manière à d'autres articles situés plus loin dans la Constitution fédérale (cf. infra N. 11). Quant à son second alinéa, qui impose à la Confédération le devoir d'informer les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée, ainsi qu'une obligation de les consulter quand leurs intérêts sont touchés, il se recoupe en grande partie avec d'autres dispositions constitutionnelles conférant également aux cantons un droit à être informés et/ou à être consultés sur certaines affaires fédérales (cf. infra N. 21 s.). Cela étant, l'art. 45 Cst. complète d'une certaine manière toutes ces normes, dont il souligne d'emblée l'importance, en les contextualisant. Grâce à lui, il apparaît plus clairement que la participation des cantons au processus décisionnel fédéral n'a pas pour seule fonction d'améliorer la qualité des actes et des projets de la Confédération, ni de sonder l'acceptabilité d'un projet de loi ou d'arrêté soumis à référendum. L'« association »[371] des cantons à la politique fédérale constitue un aspect essentiel du fédéralisme suisse, dont l'importance est assurément grandissante au regard de l'appauvrissement continu de leurs compétences. Une participation accrue et « compensatoire » des cantons au processus de décision de la Confédération est nécessaire, au risque sinon que le fédéralisme devienne une coquille vide[372]. 6

L'association des « États fédérés » à la formation de la volonté de l'État fédéral n'est pas propre à la Suisse. **Tous les États fédéraux** connaissent en effet un certain niveau de participation des entités fédérées à sa politique, ce qui constitue l'un des critères de distinction par rapport aux États unitaires décentralisés ou régionalisés[373]. Il n'empêche que les cantons disposent de 7

370. Cf. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 5-7 et Reich, N. 1.

371. Voir l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 18.3.2005 sur la procédure de consultation (loi sur la consultation ; LCo ; RS 172.061) ; aussi Message LCo 2004, p. 498 et p. 490.

372. Cf. notamment Rapport de consultation 1996, p. 94 ; aussi Egli, Verfassungsorgane, N. 1-3, et BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 6.

droits de participation que d'autres entités fédérées, comme les *Länder* allemands ou autrichiens, voire les États américains, n'ont pas. Ces derniers ne jouissent par exemple d'aucun droit de référendum collectif contre les lois fédérales. Quant aux *Länder*, ils ne font pas non plus partie à proprement parler de l'organe constituant fédéral[374], au contraire des cantons qui peuvent s'opposer à des révisions constitutionnelles soumises à la double majorité du peuple et des cantons (cf. infra N. 16). Dans ces deux États fédéralistes voisins, la chambre haute du Parlement ne peut par ailleurs pas empêcher l'adoption de n'importe quel acte fédéral comme peut le faire le Conseil des États en Suisse en raison du bicamérisme parfait (cf. art. 156 al. 2 Cst.)[375] ; elle ne dispose pour le reste pas non plus de droit particulier exclusif comme le Sénat américain[376]. En revanche, les *Länder* allemands et autrichiens peuvent, respectivement, instruire leurs délégués siégeant dans cette même chambre – qui représentent des membres de leur gouvernement – ou, du moins, participer à toutes ses séances et y intervenir chaque fois qu'ils le demandent sur les affaires concernant leur *Land*[377]. Il leur est ainsi possible d'exercer une influence directe sur la procédure parlementaire fédérale, voire sur l'élection des juges de la cour suprême fédérale que ladite chambre doit élire ou proposer de nommer en tout ou en partie[378], ce que les cantons suisses ne peuvent pas faire. Enfin et surtout, en Suisse, les droits de participation des cantons – et partant le fédéralisme participatif – pourraient faire l'objet d'une révision constitutionnelle, voire être abolis, ce qui n'est pas forcément le cas dans d'autres États fédéraux, comme l'Allemagne[379]. Sous certains aspects, notre grand pays voisin pourrait ainsi être source d'inspiration tant pour qui

373. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 5.

374. Voir art. 79 al. 2 de la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland du 23.5.1949 (consultable sur https://www.gesetze-im-internet.de/gg), qui conditionne toutefois toute révision constitutionnelle à un vote à la majorité des deux tiers des membres, respectivement des voix au Bundestag et ou Bundesrat ; voir aussi art. 44 de la Bundes-Verfassungsgesetz Österreichs (consultable sur https://www.jusline.at/gesetz/b-vg).

375. Cf. art. 77 ss Grundgesetz ; aussi art. 44 B-VG Österreich.

376. Voir l'art. II section 2 de la Constitution américaine sur les pouvoirs particuliers du Sénat en matière de conclusion de traités internationaux et de nomination des hauts fonctionnaires et juges fédéraux, y compris à la Cour suprême.

377. Art. 51 al. 1 Grundgesetz ; respectivement art. 36 al. 4 B-VG Österreich.

378. Art. 93 al. 2 Grundgesetz ; respectivement art. 147 al. 2 B-VG Österreich.

379. Art. 79 al. 3 Grundgesetz ; voir aussi art. V de la Constitution américaine qui prévoit qu'aucun État ne peut être, sans son consentement, privé de l'égalité de suffrage au Sénat.

entendrait réformer le fédéralisme helvétique que pour qui souhaiterait le protéger de toute révision fondamentale[380].

Dans les États fédéraux ayant succédé à des Confédérations d'États, comme la Suisse, les droits de participation des entités fédérées au processus décisionnel fédéral servent notamment à compenser la perte d'autonomie à laquelle celles-ci ont consenti et consentent sans cesse davantage. Il est donc logique que la Constitution fédérale ne contienne en comparaison aucune disposition prévoyant un droit général de participation de la Confédération au processus décisionnel cantonal, incluant, par exemple, celui d'être systématiquement consultée avant l'adoption d'actes législatifs cantonaux[381]. Cela ne veut pas dire qu'il est interdit à la Berne fédérale d'exercer une quelconque **influence sur la politique cantonale**[382]. Une certaine immixtion de la Confédération dans le processus politique cantonal est d'ailleurs inévitable, notamment en raison de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.) – dont l'Assemblée fédérale assure notamment le respect en « garantissant » les constitutions cantonales (art. 51 al. 2 Cst.) – ainsi que dans les domaines où la Constitution fédérale demande à la Confédération de coopérer avec les cantons et de se coordonner avec eux dans l'exercice de leurs compétences respectives[383], le cas échéant en instituant des organes communs (cf. p. ex. art. 61*a* al. 2 et 63*a* al. 4 Cst.). Il en va de même lorsque la Confédération doit jouer le rôle d'arbitre ou, simplement, d'entremetteuse dans les rapports intercantonaux et internationaux (cf. p. ex. art. 48*a*, 56 al. 3 et 172 al. 3 Cst.) ou lorsqu'elle doit financer certaines activités cantonales (cf. p. ex. art. 64 al. 2 et 77 al. 3 Cst.). 8

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

Comme déjà dit, l'art. 45 Cst. présente **deux volets** : son premier alinéa revêt une fonction essentiellement symbolique en rappelant l'existence des différents droits de participation des cantons en matière de politique fédérale prévus par la Constitution fédérale (cf. infra N. 10 ss), tandis que le second institue précisément l'un d'eux, en l'occurrence le droit des cantons d'être 9

380. Voir aussi, sur le sujet, Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 4.
381. Cf. ATF 130 I 156, consid. 2.7.5, opérant le même constat.
382. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 2.
383. ATF 151 I 101, consid. 6.

informés des projets de la Confédération et d'être consultés sur ceux-ci lorsqu'ils les touchent dans leurs intérêts (cf. infra N. 21 ss).

A. Droits de participation des cantons au processus décisionnel fédéral (al. 1)

1. Généralités

10 Dans sa version française, l'art. 45 al. 1 Cst. dispose que les cantons participent à la formation de la volonté de la Confédération « dans les cas prévus par la Constitution fédérale » et, en particulier, à « l'élaboration de la législation ». Les versions allemande et italienne de la disposition s'éloignent chacune à leur manière quelque peu de ce texte en prévoyant que les cantons participent à cette même formation de volonté « conformément à la Constitution fédérale » (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* ») et, spécialement, à « l'élaboration du droit » (« *an der Rechtssetzung* », respectivement « *all'elaborazione del diritto* »). Ces légères **différences d'origine stylistique** n'ont pas d'implications fondamentales, même si l'on pourrait être tenté de reconnaître le contraire en attribuant à tort un poids spécifique à la version française de la disposition, qui semble légèrement plus restrictive[384], comme on le verra (cf. infra N. 13 et N. 20).

11 Il est en tout cas clair que quelle que soit sa version linguistique, l'art. 45 al. 1 Cst. endosse avant tout une fonction déclarative en rappelant que les cantons participent au processus décisionnel fédéral « dans les cas prévus » (ou « comme prévu » [« secondo quanto previsto »]) par la Constitution fédérale ou, simplement, « conformément » à elle (« nach Massgabe »). La disposition constitue ce faisant une **norme de renvoi** aux nombreuses dispositions éparpillées dans la Constitution fédérale qui envisagent ou imposent une telle participation de diverses manières. Certains droits de participation valent uniquement pour des domaines particuliers, tels que la politique étrangère ou la formation (cf. art. 55 et 62 al. 6 Cst.). D'autres s'appliquent seulement à des types d'actes déterminés, indépendamment du domaine de compétence concerné, comme le droit de se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants (art. 147 Cst.), voire le droit de

384. Selon Tschannen (cf. Verfassungsgrundsätze, p. 114), cette version serait plus exacte (*genauer*).

déposer une initiative cantonale ou de demander un référendum (art. 160 al. 1 et 141 al. 1 Cst.). Les cantons disposent en outre de droits de participation organiques, comme celui de se prononcer comme codétenteurs du pouvoir constituant fédéral (art. 140 al. 1 et 195 Cst.) et d'avoir des représentants au sein de l'une des deux chambres de l'Assemblée fédérale en tant que pouvoir suprême de la Confédération (art. 150 al. 2 Cst. et art. 148 al. 1 Cst.). Il existe pour le reste des controverses doctrinales sur le point de savoir si certaines autres prérogatives cantonales doivent être qualifiées de droits de participation. La question se pose par exemple en lien avec la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons (cf. art. 46 Cst.)[385], qui ne les amène pas, à proprement parler, à influer sur le processus décisionnel fédéral, mais plutôt à l'exécuter une fois terminé. Selon nous, cette mise en œuvre représente surtout un principe général de répartition des compétences concrétisant celui de la subsidiarité (cf. art. 5*a* Cst.) Ces controverses n'ont quoi qu'il en soit pas de réelle importance pratique, puisque, comme on l'a dit, les droits de participation des cantons, quels qu'ils soient, ne jouissent de toute manière d'aucune protection constitutionnelle particulière (garantie d'immutabilité), contrairement par exemple à ceux des *Länder* allemands (cf. supra N. 7).

12 Tous ces droits, qui peuvent se cumuler, valent en particulier lors de l'« élaboration de la législation », que l'art. 45 al. 1 Cst. mentionne d'ailleurs lui-même comme exemple phare de la participation des cantons. Les droits de participation prévus par la Constitution concernent cependant en réalité une **grande variété de processus décisionnels** (préparation et conclusion de traités internationaux, arrêtés fédéraux de planification stratégique, plans sectoriel, procédure d'approbation des plans, etc.). Seuls certains actes non parlementaires et d'importance mineure échappent *a priori* à toute forme de participation des cantons à l'aune de la Constitution. De cette manière, les cantons peuvent en théorie tenter de peser sur presque toutes les décisions politiques importantes de la Confédération, étant précisé que leur influence réelle sur l'adoption de certains actes fédéraux par leur seule députation au Conseil des États n'en reste pas moins (très) faible (p. ex. sur le budget de la Confédération ; cf. N. 15). Autre point important : les cantons n'ont pas non plus d'influence, même indirecte, sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, dont tous les membres sont élus uniquement par l'Assemblée fédérale

385. Cf. notamment, dans ce sens, Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr., N. 1208 ; *contra* Biaggini, BV-Kommentar, N. 3 ad art. 45.

(chambres réunies) (cf. art. 168 al. 1 et art. 157 al. 1 let. a Cst.). En effet, le Tribunal fédéral ne doit pas (p. ex. au sens de l'art. 45 al. 2 Cst ; cf. infra N. 27), ni ne peut, demander d'observations aux cantons qui ne sont pas directement parties aux procédures ouvertes devant lui[386], même si l'arrêt à rendre implique de trancher une question constitutionnelle potentiellement fondamentale pour eux. Peut-être y aurait-il ici matière à amélioration d'un point de vue fédéraliste.

2. Participation des cantons au processus législatif

13 Comme le rappelle l'art. 45 al. 1 Cst., la Constitution fédérale permet aux cantons de participer, en particulier, à « l'élaboration de la législation [fédérale] » à différentes phases de son processus d'adoption. Notons que, contrairement à ce que pourrait laisser entendre le texte français, cette participation ne concerne pas que les lois fédérales, mais **tous les actes normatifs** de la Confédération ; elle vaut donc également pour les ordonnances de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral, les révisions constitutionnelles et l'adhésion à des traités internationaux de portée normative, ce qui ressort mieux des versions allemandes et italiennes de l'art. 45 al. 1 Cst., qui évoquent une participation à l'élaboration du « droit » (« *an der Rechtsetzung* » et « *all'elaborazione del diritto* » ; cf. supra N. 10).

14 La participation des cantons à l'adoption du droit fédéral peut intervenir déjà très tôt lors de sa **phase pré-parlementaire**, dans la mesure les cantons disposent de leur propre droit d'initiative législative en vertu de l'art. 160 Cst.[387], dont certains font d'ailleurs assez fréquemment usage[388]. Le droit cantonal précise l'organe titulaire de ce droit qui permet en pratique tantôt au Parlement cantonal, tantôt au corps électoral cantonal, très rarement au Gouvernement cantonal, de proposer l'adoption d'une loi fédérale directement aux Chambres fédérales[389]. Celles-ci peuvent néanmoins refuser d'y donner suite à l'issue d'une procédure d'examen préalable[390], qui freine en pratique très vite les velléités des cantons[391]. On considère ainsi que la

386. Cf, art. 102 al. 1 de la loi du 17.6.2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

387. Ce droit d'initiative des cantons a été introduit en 1848 pour compenser le fait que, depuis cette année-là, les cantons devaient voter « sans instruction ». En pratique et jusqu'en 1994, le droit d'initiative des cantons relevait toutefois plus d'une sorte de droit de pétition que d'une véritable initiative. Voir dans ce sens le Rapport CIP-CE 1993, p. 330 ss.

388. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1201 et Reich, N. 6.

389. Cf., pour un aperçu, Tschannen, Staatsrecht, N. 924.

participation des cantons à l'élaboration de la législation fédérale se concrétise en premier lieu dans le cadre de la procédure de consultation des projets d'actes normatifs (lois ou ordonnances) préparés par le Conseil fédéral (art. 147 Cst.), procédures lors desquelles les gouvernements cantonaux défendent la position cantonale[392], parfois sous réserve d'une approbation populaire[393], de même que la CdC qui est en principe également invitée à s'exprimer. Il s'agit peut-être de la phase durant laquelle les cantons peuvent influer le plus directement sur la législation fédérale[394], comme l'illustre d'ailleurs la genèse même de l'art. 45 Cst. (cf. supra N. 2 s.). Bien que la procédure de consultation soit destinée à divers interlocuteurs (cf. art. 147 Cst.), les cantons en sont des acteurs particulièrement importants. Notons qu'une procédure de consultation doit aussi être menée lorsqu'un projet n'est pas préparé par le Conseil fédéral, mais directement par le Parlement, au travers de ses commissions[395].

On considère généralement que les cantons participent également à la **phase parlementaire** d'adoption des lois fédérales et des révisions constitutionnelles initiées par les autorités par le truchement du Conseil des États, composé de deux représentants par canton (un seul pour les anciens « demi-cantons »), lequel doit approuver systématiquement de tels projets en raison du bicamérisme parfait caractérisant le fédéralisme helvétique. D'un point de vue purement juridique, la participation des cantons au processus décisionnel fédéral se borne toutefois à la désignation des représentants en question. Une fois en place, ceux-ci votent en effet librement, sans instruction de la part des cantons (art. 161 al. 1 Cst.), contrairement à ce qui prévaut dans 15

390. Art. 116 de la loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl, RS 171.10), qui renvoie également à l'art. 110 LParl.
391. Entre la 48e et la 51e législature, sur les 399 initiatives déposées par un canton et liquidées par le Parlement, seules 6 ont abouti à l'adoption d'une loi fédérale (Lexique du Parlement 2024, p. 6). Cf. aussi Tschannen, Staatsrecht, N. 923.
392. Art. 4 al. 2 let. a LCo et art. 9 al. 3 de l'ordonnance sur la procédure de consultation (OCo, RS 172.061.1).
393. Les prises de position des cantons peuvent être, selon les cas, soumises au référendum obligatoire ou facultatif. Pour des exemples, voir ci-dessous, N. 40.
394. Message Cst. 1996, p. 213. Pour une comparaison et analyse critique des instruments de participation formels, voir Freiburghaus, spéc. p. 234–237.
395. Voir, dans ce sens, l'art. 5 al. 2 LCo. Les consultations ouvertes par les commissions parlementaires se font généralement en collaboration avec (ou avec l'aide de) l'Office fédéral compétent concerné (art. 6 al. 2 LCo).

d'autres États fédéraux où la chambre haute du parlement est formée de véritables « délégués » ou émissaires des États fédérés (cf. supra N. 7). Il semblerait d'ailleurs qu'en pratique, les membres du Conseil des États se laissent davantage influencer par la ligne politique de leurs partis que guider par les intérêts spécifiques de leurs cantons respectifs. Dès lors, sauf dans des cas où les intérêts, notamment financiers, de ces derniers sont directement concernés, cette chambre n'agit plus guère comme une porte-parole des cantons, même si les députés se plaisent traditionnellement à rappeler le contraire lors des débats[396]. On relativisera en somme l'importance de la participation des cantons au processus législatif fédéral par l'entremise du Conseil des États, parfois qualifiée d'« indirecte », dont l'effectivité pourrait être néanmoins renforcée par une nomination des députés par le parlement cantonal et pour une brève législature, ce qui ne se fait plus depuis longtemps[397]. En l'état, on peut se demander si, durant la phase parlementaire, la participation des cantons ne se concrétise pas davantage de manière informelle – à tout le moins pour les plus puissants d'entre eux – par une certaine activité de lobbyisme auprès des parlementaires, certes non prévue, mais pas non plus exclue, par la Constitution fédérale (cf. infra N. 20)[398].

16 Enfin, les cantons peuvent en principe encore intervenir lors de la **phase post-parlementaire** d'adoption des lois fédérales, lesquelles doivent être soumises au référendum si huit cantons le demandent par la voix de leurs parlements ou d'un autre organe désigné par le droit cantonal (cf. art. 141 Cst. et 67 LDP). Ce droit de référendum n'a presque jamais utilisé jusqu'à présent[399]. Il n'a du reste abouti que deux fois, sur des objets similaires, pour lesquels la population avait aussi demandé le référendum : une fois en 2003 en relation avec une modification d'actes concernant l'imposition du couple et de la famille, l'imposition du logement et les droits de timbre[400], finalement rejetée en votation, et une autre en 2025, en lien avec la loi fédérale du 20.6.2025 sur l'imposition individuelle des couples mariés[401]. Le droit de

396. On soulignera cependant que les partis qui sont le mieux représentés, à savoir le Centre et le PLR, défendent en principe la préservation de l'autonomie des cantons.

397. Voir, notamment, SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 11 et Reich, N. 3. Pour une vision d'ensemble de la situation entre 1918-1980, où, au départ, encore cinq cantons nommaient leurs conseillers aux États par l'intermédiaire de leurs parlements, et certains pour une durée d'un ou deux ans seulement, cf. Annuaire statistique, p. 1 ss.

398. Voir à ce sujet Freiburghaus, p. 249–278.

399. Voir Lanz, Art. 67 LDP N. 6 ss

400. FF 2003 6470.

référendum des cantons a ainsi surtout pour avantage de renforcer leur position lors de la phase de consultation ou dans leurs activités de lobbyisme[402]. Remarquons que, dans cette optique, les cantons auraient tout avantage à conférer l'exercice d'une telle prérogative à leurs gouvernements, ce qui n'est pour l'heure que rarement le cas, dans la mesure où cela pourrait grandement faciliter la coordination de leur action[403]. Les cantons représentent en comparaison des acteurs forcément incontournables de toute révision constitutionnelle, ainsi que de toute loi urgente dépourvue de base constitutionnelle (art. 140 al. 1 let. a et c Cst.), puisque celles-ci nécessitent en fin de compte un accord de la majorité d'entre eux, en sus de celle du peuple. Les autorités fédérales doivent alors presque obligatoirement tenir compte de leurs positions en amont, tant au stade de la consultation que lors de la phase parlementaire, si elles entendent mener à bien de tels projets. Relevons à cet égard que les cas dans lesquels les cantons ont fait échouer une révision constitutionnelle voulue par le peuple ont eu tendance à augmenter ces dernières décennies, alors qu'ils étaient rares par le passé, ce qui souligne l'importance de ce droit de participation, parfois vu comme le principal de tous[404]. Il est néanmoins toujours plus critiqué, ayant pour effet d'octroyer aujourd'hui un poids politique parfois jugé démesuré à certains petits cantons seulement, en principe alémaniques et à majorité dite conservatrice.

17 La participation des cantons à l'approbation des **traités internationaux** fait pour sa part l'objet de dispositions spécifiques à l'art. 55 Cst., ainsi qu'aux art. 140 al. 1 let. b et c et 141 al. 1 let. d Cst. Elle est réglée de manière différenciée selon l'importance des traités concernés et de leurs effets sur les compétences cantonales[405].

3. Portée normative : critique et perspective

18 De manière générale, il peut paraître paradoxal qu'une norme se rapportant expressément au processus d'élaboration de la législation fédérale ne respecte pas l'un des principaux axiomes de légistique, à savoir celui de renoncer aux renvois législatifs déclaratifs superflus[406]. C'est ici le lieu de souligner que la

401. FF 2025 3138 s.
402. SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 10 ; aussi, mais plus nuancé, Reich, N. 9.
403. Voir Lanz, Art. 67 LDP N. 21 et 32.
404. Cf. notamment Gonin, N. 1137 s. ; SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 7 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1198.
405. Voir Mazidi, Art. 55 N. 21 ss.

Constitution se distingue des lois en ce sens qu'elle revêt une fonction presque autant politique que juridique et qu'une **norme symbolique** comme l'art. 45 al. 1 Cst. y occupe dès lors une place légitime[407].

19 Au moment d'interpréter cette disposition, les juristes doivent donc échapper à la tentation de lui extirper une portée normative qu'elle n'a *a priori* pas nécessairement[408], tout en prenant garde de ne pas la cantonner à une fonction purement informative. Une voie intermédiaire consiste à considérer que l'art. 45 al. 1 Cst. constitue une **disposition programmatique** mettant en exergue l'importance de la participation des cantons au processus décisionnel fédéral[409]. La norme jouerait ainsi un rôle de ligne directrice – parmi d'autres – dans l'interprétation de la Constitution et la résolution des tensions pouvant exister entre ses diverses normes. Il appartiendrait sous cet angle au législateur fédéral de tenir spécialement compte de l'importance des droits de participation des cantons lorsqu'il envisage une réglementation les mettant en œuvre ou les restreignant (p. ex. la LCo et la LParl), de même qu'au Tribunal fédéral de l'intégrer à son raisonnement lorsqu'il est appelé à développer une jurisprudence susceptible de limiter la faculté des cantons d'influer sur la politique fédérale (p. ex. sur l'intervention des autorités cantonales lors de votations fédérales ; cf. *infra* N. 20).

20 La fonction essentiellement symbolique de l'art. 45 al. 1 Cst. interdit en tout cas de lui prêter une quelconque portée limitative. La norme n'empêche aucunement les cantons de participer à la prise de décision dans d'autres cas et/ou d'une autre manière que ce qui est prévu par la Constitution fédérale[410], même si les versions française ainsi que, dans une moindre mesure, italienne pourraient laisser entendre le contraire en déclarant qu'ils ne peuvent le faire que « dans les cas prévus par la Constitution fédérale » (ou « *secondo quanto previsto dalla Costituzione federale* »). D'**autres formes et modes de participation informelle** des cantons au processus décisionnel fédéral sont possibles tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas contraires au droit constitutionnel fédéral, ce qui ressort mieux de la version allemande de l'art. 45 al. 1 Cst. (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* »)[411], mais aussi

406. Guide de législation 2025, N. 725.
407. Tschannen, Verfassungsgrundsätze, p. 105 s. et 122.
408. Voir, entre autres, PC-Aubert, Art. 45 Cst. N. 1, et Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 2.
409. Dans ce sens Egli, Verfassungsorgane, N. 4 s. et BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 7.
410. Pour une crainte en ce sens, Rapport de consultation 1996, p. 94.

implicitement du droit d'information générale des cantons prévu à l'art. 45 al. 2 Cst. Les cantons, par l'entremise de leurs gouvernements ou d'organes intercantonaux, peuvent donc mettre en œuvre des mécanismes de participation informelle, par exemple en engageant des lobbyistes ou en organisant des journées de rencontre pour être entendus des parlementaires et de l'administration fédérale[412], et, le cas échéant, s'associer pour coordonner leurs actions de lobbyisme à Berne, comme ils le font d'ailleurs en pratique, tant que leur comportement ne porte pas atteinte au principe de la fidélité confédérale (cf. art. 44 al. 2 Cst. ; ce qui pourrait être le cas avec la mise en place d'une campagne de dénigrement systématique et trompeuse en lien avec un projet fédéral). Cette manière de faire est parfois considérée comme la plus efficace[413]. De même, le fait que les cantons disposent de différentes possibilités de participer à la formation de la volonté de la Confédération n'exclut pas d'emblée leur intervention dans une campagne référendaire fédérale[414]. Aussi les autorités cantonales peuvent-elles participer aux débats et donner des recommandations de vote lors de scrutins fédéraux, mais uniquement dans certaines situations précises, conformément à une jurisprudence fédérale passant malheureusement largement sous silence l'importance de la participation des cantons à la politique fédérale implicitement consacrée par l'art. 45 Cst.[415]. Il est plus délicat de déterminer si d'autres droits de participation formels, plus invasifs et non expressément prévus par la Constitution, pourraient être introduits dans la loi, comme un droit de veto des cantons sur les ordonnances du Conseil fédéral, voire celui de demander leur modification, comme l'avait requis la CdC dans le cadre de la consultation sur l'avant-projet de Constitution[416]. Ces questions ne relèvent

411. Aussi BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 8.

412. Cf. Rhinow/Schefer, N. 855. La Délégation administrative du Parlement délivre en ce sens depuis 2011 une carte d'accès au Palais fédéral à chaque canton. Sur la question, voir encore le Rapport CIP-CN 2024, p. 2 s., ainsi que Singh.

413. Voir sur le sujet Freiburghaus, p. 515-578.

414. ATF 143 I 78, consid. 4.6.

415. Voir notamment ATF 145 I 1, consid. 6, qui pose le principe selon lequel un ou des cantons sont fondés à intervenir non seulement lorsqu'ils sont particulièrement touchés par le scrutin en question (p. ex. infrastructure fédérale sur leur territoire) et/ou s'ils l'ont eux-mêmes provoqué en application de l'art. 141 al. 1 Cst., mais aussi lorsqu'ils ont un intérêt substantiel à une certaine issue du vote (impact financier, perte de compétence, etc.).

416. Cf. Rapport de consultation 1996, p. 92, relatant la proposition de la CdC d'inscrire dans le Constitution fédérale que cinq cantons peuvent demander que le Conseil fédéral réexamine le contenu d'ordonnances en consultant les cantons.

toutefois assurément pas de l'interprétation de l'art. 45 al. 1 Cst., mais de celle d'autres dispositions de la Constitution fédérale, telles que l'art. 182 al. 1 Cst. On remarquera en l'état que, dans le cadre des Bilatérales III, le Conseil fédéral envisage d'introduire de nouveaux droits de participation formels des cantons non prévus par la Constitution fédérale (p. ex. possibilité des cantons de demander au Conseil fédéral d'activer la clause de sauvegarde)[417].

B. Devoir de la Confédération d'informer les cantons de ses projets et de les consulter (al. 2)

1. Généralités

21 En prévoyant que la Confédération « informe les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée » et qu'elle « les consulte lorsque leurs intérêts sont touchés », l'art. 45 al. 2 Cst. confère aux cantons certains **droits de participation spécifiques** censés leur permettre d'influencer le processus de décision fédéral. D'un point de vue systématique, la disposition en institue plus précisément un différent à chacune de ses deux phrases : d'une part, un droit pour les cantons d'être informés – en temps utile – de (presque) tous les projets de la Confédération (1re phrase ; infra N. 30 ss) et, d'autre part, un droit des cantons d'être consultés lorsque leurs intérêts sont touchés (2e phrase ; infra N. 34 ss).

22 Ce faisant, l'art. 45 al. 2 Cst. ne revêt pas ici une simple fonction déclarative et symbolique, contrairement à son alinéa précédent. Certes, les devoirs d'information et de consultation que l'art. 45 al. 2 Cst. impose à la Confédération se recoupent en partie avec ceux prévus par d'autres dispositions de la Constitution fédérale. L'art. 45 al. 2 Cst. n'en revêt pas moins une **portée propre** par rapport à ces normes, auxquelles il s'applique le cas échéant cumulativement[418].

23 Cet aspect est important. En effet, l'art. 45 al. 2 Cst. octroie dans une certaine mesure des droits de participation « plus vastes »[419] que l'**art. 147 Cst**, qui,

417. Cf. art. 21b al. 10 AP-LEI, qui prévoit la faculté pour un canton de demander l'activation de la clause de sauvegarde en cas de ratification des Bilatérales III. Voir le Paquet « stabilisation et développement des relations Suisse-UE », mis en consultation en automne 2025 et disponible sur la page www.fedlex.admin.ch > procédures de consultation > terminées > 2025 >2025/47.

418. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 27.

pour rappel, donne aux cantons le droit[420] de donner leur avis sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires. Contrairement à cette disposition, l'art. 45 al. 2 concerne tout d'abord (presque) tous les projets de la Confédération, et pas uniquement ceux revêtant une importance spéciale ; certains projets de moindre importance peuvent ainsi devoir être soumis à consultation auprès des cantons au sens de l'art. 45 al. 2 Cst., alors même que l'art. 147 Cst. ne l'exige pas (cf. infra N. 26 ss). L'art. 45 al. 2 Cst. institue par ailleurs un devoir de consulter les cantons qui n'est pas limité à la procédure ordinaire de consultation, mais qui est susceptible de porter sur d'autres stades du processus décisionnel fédéral (cf. infra N. 37 ss). Sous cet angle, on peut en particulier soutenir, comme on le verra, que l'art. 45 al. 2 Cst. impose à la Confédération d'associer les cantons de manière précoce à l'élaboration de certains avant-projets d'actes, soit bien avant la procédure de consultation prévue par l'art. 147 Cst. (cf. infra N. 37), voire qu'il l'oblige à requérir dans certains cas une nouvelle fois leur avis après cette phase, lorsqu'un projet fait l'objet de modifications substantielles, totalement inattendues, touchant les intérêts des cantons de façon nouvelle (cf. infra N. 38 s.). Cette portée potentielle de l'art. 45 al. 2 Cst. reste encore largement occultée et négligée dans la pratique[421].

Si l'art. 45 al. 2 Cst. octroie de véritables droits d'information et de consultation aux cantons (voir, sur leur justiciabilité, infra N. 43 ss), il le fait en usant de plusieurs notions indéterminées, telles que « en temps utile » ou « lorsque leurs intérêts sont touchés ». Cette imprécision offre une certaine **marge d'appréciation** à la Confédération s'agissant de sa mise en œuvre (cf. 24

419. Message LCo 2004, p. 498 et, aussi, 490 ; aussi Rhinow, p. 88.

420. L'art. 147 Cst. consacre une obligation pour les autorités de consulter avec, pour corollaire, un droit pour les destinataires (dont les cantons font partie au premier titre) d'être consultés. Si les versions française (« Les cantons [...] sont invités à se prononcer ») et allemande (« *Die Kantone [...] werden [...] zur Stellungnahme eingeladen* ») pourraient – en raison de la notion d'invitation – laisser entendre que la consultation est laissée à la libre convenance de la Confédération, il n'en est rien : la disposition n'est pas potestative. Sans compter que la version italienne est encore plus explicite (« *I Cantoni [...] sono consultati* »). Certains auteurs rappellent par ailleurs qu'une proposition de formule purement potestative avait été largement rejetée (PC-Aubert, Art. 147 N. 7 ; cf. également Benoit, Art. 147, N. 1, 3 et 8 soulignant aussi le caractère obligatoire de la consultation).

421. Cf. SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 24, qui relève qu'en pratique, la consultation des cantons intervient presque exclusivement lors de la procédure de consultation, malgré l'art. 45 al. 2 Cst. et ses concrétisations législatives qui peuvent prévoir une consultation précoce.

infra N. 31 et 35) [422], laquelle n'implique pas forcément l'adoption d'une loi fédérale d'application.

25 Toujours est-il que l'art. 45 al. 2 Cst. est aujourd'hui concrétisé par **diverses réglementations légales** plus ou moins précises. Certaines – comme celles relevant de la législation sur l'aménagement du territoire[423], sur l'énergie nucléaire[424] ainsi que sur les routes nationales[425] ou les chemins de fer[426] – lui sont d'ailleurs préexistantes, le constituant n'ayant sous cet angle rien fait d'autre que codifier des devoirs que la Confédération s'imposait déjà depuis longtemps[427]. D'autres réglementations ont été adoptées après 2000 sous l'empire de la nouvelle Constitution. On pensera à cet égard à l'art. 18 al. 1 let. b de la loi fédérale du 7.10.2005 sur les finances de la Confédération (LFC)[428], adopté dans le cadre de l'introduction du frein à l'endettement précisément afin de mettre en œuvre l'art. 45 al. 2 Cst.[429], ainsi que bien sûr à la loi sur la consultation (LCo)[430]. Celle-ci vise toutefois prioritairement à mettre en œuvre la procédure de consultation lors des travaux préparatoires imposée par l'art. 147 Cst. et non directement les droits de participation des cantons prévus à l'art. 45 al. 2 Cst.[431].

2. Notion de « projets » de la Confédération

26 La notion de « projets » (*Vorhaben*, *progetti*) devant faire l'objet d'une information et, éventuellement, d'une consultation auprès des cantons n'est pas définie à l'art. 45 al. 2 Cst., ni ailleurs dans la Constitution ou la législation fédérale. Une lecture systématique de la Constitution permet toutefois de supputer que le pouvoir constituant a voulu donner un **champ d'application**

422. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5.
423. Art. 13 al. 2 de la loi fédérale du 22.6.1979 sur l'aménagement du territoire (Loi sur l'aménagement du territoire, LAT ; RS 700) et art. 19 de l'ordonnance du 28.6.2000 sur l'aménagement du territoire (OAT ; RS 700.1).
424. Art. 23 al. 2, 44 et 49 al. 4 de la loi du 21.3.2003 sur l'énergie nucléaire (LEN.u ; RS 732.1), ayant remplacé et développé l'art. 7 al. 2 de la loi fédérale du 23.12.1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique (Loi sur l'énergie atomique ; RO 1960 585).
425. Art. 11 al. 2 de la loi fédérale du 8.3.1960 sur les routes nationales (LRN. ; RS 725.11).
426. Art. 6 al. 3 et 7 al. 1 de la loi fédérale du 20.12.1957 sur les chemins de fer (LCdF ; RS 742.101).
427. PC-Aubert, Art. 45 N. 5 .
428. RS 611.0.
429. Cf., pour connaître son origine, RO 2002 2471 et BO CE 2001, p. 90.
430. RS 172.061.
431. Cf. Message LCo 2013, p. 7980.

large à la norme qui, contrairement aux art. 55 et 147 Cst., ne s'applique pas qu'aux seules décisions affectant les compétences ou les intérêts essentiels des cantons, ou aux projets importants ou « de grande portée ».

27 Le terme de « projet » de l'art. 45 al. 2 Cst. est ainsi susceptible de couvrir de très **nombreuses situations**. Il peut se rapporter non seulement aux projets législatifs fédéraux, tels que des projets de lois ou d'ordonnances, mais aussi à d'autres projets de la Confédération qui, sans forcément poser de règles générales et abstraites, revêtent néanmoins une portée générale, tels que des décisions de planification ou des décisions financières ou budgétaires appelées à être portées par des arrêtés fédéraux ou des arrêtés du Conseil fédéral[432]. À cela s'ajoute que l'usage du terme « *Vorhaben* » en allemand semble indiquer que le devoir d'information de consultation de la Confédération doit en principe non seulement intervenir avant que les actes ne soient déjà totalement ébauchés, mais qu'il peut dans certaines circonstances déjà s'imposer lorsque les actes considérés sont encore au stade de simples déclarations d'intentions ou de vagues programmes (cf. infra N. 31 et N. 37). En revanche, la notion ne couvre pas les « projets » de décisions ou d'arrêts pouvant être rédigés par une autorité de recours, judiciaire ou non, avant qu'elle ne statue.

28 On comprend d'emblée que cette conception large de l'art. 45 al. 2 Cst. et de la notion de « projets » qu'il contient peut entrer en tension avec d'autres normes constitutionnelles. Comment en effet informer, voire consulter, les cantons en cas d'urgence ou de crise impliquant l'adoption rapide de mesures en application du droit de nécessité au sens de l'art. 173 al. 1 let. b ou de l'art. 185 Cst. ou lorsqu'il s'agit d'assurer la confidentialité d'un projet relevant de la sécurité du pays au sens de l'art. 57 Cst. ? Les contradictions apparentes pouvant exister entre l'art. 45 al. 2 Cst. et les normes précitées doivent de prime abord être résolues selon une certaine « **concordance pratique** »[433], à l'image de la modification de la LCo adoptée après la crise du COVID dans le but de soustraire de la procédure de consultation les lois et ordonnances de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral fondées directement sur la Constitution fédérale[434]. Pour compenser cette nouvelle exception à la procédure de consultation, un nouvel art. 10 LCo – inspiré notamment de la

432. Voir aussi SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 17.

433. Dans le même sens, SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 20 ; sur l'interprétation de la Constitution fédérale visant une « concordance pratique », voir ATF 139 I 16, consid. 4.2.2.

loi sur les épidémies (LEp) et de la loi Covid 19[435] – prévoit désormais que, lorsqu'aucune procédure de consultation n'est menée en raison de l'urgence de la situation, l'autorité compétente (le Conseil fédéral ou une commission parlementaire) doit solliciter, « dans la mesure du possible, l'avis des gouvernements cantonaux et des milieux particulièrement concernés par le projet », en procédant le moment venu à une « consultation informelle », qui peut *a priori* prendre la forme d'un bref courrier électronique[436]. Cette norme légale réaffirme ainsi l'importance de la consultation des cantons, tout en la flexibilisant quelque peu.

29 Au sens de l'art. 45 al. 2 Cst., la Confédération ne doit enfin informer, voire consulter, les cantons que sur **« ses » propres projets**. Cela exclut les projets des cantons ou du peuple suisse, qui ne constituent pas des organes de la Confédération (*Bund*), seule concernée par la disposition, comme son texte l'indique, mais de la « Confédération suisse » considérée dans son ensemble (*Schweizerische Eidgenossenschaft*). Échappent ainsi au champ d'application de l'art. 45 al. 2 Cst. certains projets que la Confédération doit uniquement approuver ou valider, comme les révisions constitutionnelles cantonales ou les initiatives populaires. Notons que, dans la mesure où ce type d'objets ne peut pas être modifié par les autorités fédérales, une consultation n'aurait de toute manière presque aucune raison d'être[437]. En revanche, si un contre-projet est opposé à une initiative populaire, une consultation devra être organisée dans les délais fixés par l'art. 97, al. 2 de la loi sur les droits politiques. En somme, les projets concernés par l'art. 45 al. 2 Cst. sont avant tout ceux de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et de son administration. Il est en revanche plus délicat de savoir si des institutions décentralisées telles que la Banque nationale suisse, la Poste ou les CFF sont également soumises à ces devoirs. La question est en partie académique, car la loi leur impose souvent déjà d'informer et/ou de consulter les cantons avant de prendre certaines décisions[438].

---

434. Art. 3*a*, al. 1, let. c, LCo. Cette modification a été introduite par le ch. III 2 de la loi fédérale du 17.3.2023 (Amélioration du fonctionnement du Parlement, notamment en situation de crise), en vigueur depuis le 4.12.2023 (RO 2023 483 ; FF 2022 301, 433).

435. Cf. art. 6 de la loi fédérale du 28.9.2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp ; RS 818.101) et art. 1 al. 3 de la loi fédérale du 25.9.2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19 ; RS 818.102).

436. Rapport CIP-CN 2022, p. 71.

437. Message LCo 2004, p. 499.

3. Information « en temps utile » et « de manière détaillée »

30 Selon l'art. 45 al. 2 Cst., la Confédération doit en principe informer les cantons de ses projets « en temps utile » et « de manière détaillée ». Ces deux précisions visent à garantir que les cantons puissent décider dans de bonnes conditions s'ils entendent s'impliquer ou non dans l'élaboration d'un projet fédéral et, le cas échéant, la manière de le faire. L'art. 45 al. 2 Cst. pose de cette manière un **cadre général pour l'exercice des droits de participation des cantons**[439], tout en soulignant de cette manière leur « rôle de partenaires » de la Confédération[440].

31 La disposition laisse cependant une marge de manœuvre importante à la Confédération s'agissant du moment et du mode d'information des cantons. Il en va en particulier ainsi en tant qu'elle précise, de manière relativement ouverte, que l'information doit intervenir « **en temps utile** » (*rechtzeitig*, *tempestivamente*). Faut-il comprendre par là que cette information doit intervenir au moment le plus utile pour les cantons ou, alors, qu'elle doit avoir lieu au moment le plus opportun du point de vue de la Confédération ? La réponse peut *a priori* dépendre des circonstances. On peut par exemple soutenir que, même si la Confédération doit informer les cantons de tous ses projets[441], il doit lui être loisible de surseoir – temporairement – à ce devoir dans certaines situations, notamment en cas d'urgence ou de circonstances extraordinaires (cf. aussi supra N. 28)[442]. S'agissant de projets ordinaires, on peut pour le reste estimer qu'il sera généralement nécessaire – et suffisant – que les cantons en soient informés à une étape où leur issue est encore ouverte, afin qu'ils puissent tenter, s'ils le jugent nécessaire, d'influencer le processus décisionnel fédéral en usant de leurs divers droits de participation ou d'un certain lobbyisme. Or, définir ce moment relève d'un large pouvoir d'appréciation de la Confédération.

32 L'injonction relative à la qualité de l'information, qui doit intervenir « **de manière détaillée** » (*umfassend*, *compiutamente*) selon l'art. 45 al. 2 Cst.,

438. Voir l'art. 31 al. 2 de la loi sur la Banque nationale (LBN, RS 951.11), ainsi que les art. 33 al. 8 et 34 al. 2 et 4 de l'ordonnance sur la poste (OPO, RS 783.01) et 8 al. 2 de l'ordonnance du 4.11.2009 sur les horaires (OH ; RS 745.13).
439. Egli, Verfassungsorgane, N. 17.
440. Bigler de Mooij, Art. 45 N. 32, qui renvoie notamment à Waldmann, Art. 45 N. 22.
441. Tschannen, Staatsrecht, N. 928.
442. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5.

pose pour sa part une exigence de contenu relativement indéterminée. Les termes allemand et italien permettent tout au plus de saisir que l'information à donner aux cantons doit être complète et entière, c'est-à-dire suffisamment large pour que ceux-ci puissent comprendre l'ensemble du projet et ses enjeux. En utilisant l'adjectif « détaillé », la version française se réfère quant à elle plutôt à une description minutieuse et circonstanciée des différents éléments d'un projet. Pour qu'il ne s'agisse pas d'une information alibi, la Confédération devra donc trouver un juste équilibre permettant de communiquer clairement et de manière complète, sans que l'essence du message ne soit noyée dans trop de détails. Elle devra également tenir compte du fait que l'obligation d'information de l'art. 45 al. 2 Cst va plus loin qu'un simple devoir général de renseigner le public sur son activité, comme celui imposé au Conseil fédéral à l'art. 180 Cst.[443].

33 Quant à la langue, les autorités fédérales sont tenues d'employer les **trois langues officielles ordinaires de la Confédération** dans leurs communications aux cantons, étant précisé que l'emploi du romanche ne s'impose pas à l'endroit du canton des Grisons (cf. art. 70 al. 1, 2e phrase, Cst. qui le prévoit uniquement pour les rapports avec des « personnes » utilisant cette langue)[444]. Il ne leur est pas possible d'utiliser l'une d'elles exclusivement, au risque sinon de compromettre l'objectif d'information des cantons, qui ne sont pas censés comprendre un projet expliqué dans n'importe quelle langue, en particulier lorsqu'il s'agit d'un domaine nouveau et technique.

4. Consultation des cantons « touchés dans leurs intérêts »

34 L'art. 45 al. 2 n'impose pas seulement à la Confédération un devoir général d'informer les cantons sur ses projets, mais l'oblige aussi à les consulter lorsque les projets en question les touchent dans leurs intérêts. Les cantons jouissent de ce point de vue d'une **sorte de droit d'être entendu**, de nature institutionnelle, leur permettant de déposer des observations auprès de la Confédération.

35 Quand un projet fédéral touche-t-il les intérêts d'un ou de plusieurs cantons au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. ? La doctrine plaide généralement pour une

443. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5.

444. Cf., à titre de comparaison, l'art. 7 al. 2 OCo selon lequel, dans le cadre d'une procédure de consultation, le dossier doit être rédigé en allemand, français et italien.

interprétation large de la disposition, estimant qu'il s'agirait de consulter les cantons non seulement chaque fois qu'un projet restreindrait leur autonomie ou concernerait leur domaine de compétence, mais également chaque fois qu'il aurait d'autres formes de répercussions pour eux[445]. À ce dernier égard, on pourrait s'inspirer de la pratique du Tribunal fédéral consistant à admettre qu'un canton est touché dans ses intérêts dignes de protection au sens de l'art. 89 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral lorsque le projet ou l'acte en question le touche de manière qualifiée dans ses prérogatives de puissance publique (« *in ihren hoheitlichen Befugnissen berührt* »), c'est-à-dire qu'il l'atteint dans des intérêts publics importants ou essentiels[446]. Cela inclurait notamment les cas où un projet fédéral toucherait un canton dans ses intérêts patrimoniaux de manière importante ou serait de nature à causer des émissions importantes touchant une grande part de ses habitants[447]. On relèvera que, de ce point de vue, une consultation peut s'imposer lorsqu'un projet touche les intérêts d'une ou de plusieurs communes du canton, intérêts qui s'assimilent à ceux du canton. Tel ne sera en revanche pas le cas si un projet atteint uniquement des intérêts privés de particuliers, quand bien même importants pour le canton (p. ex. une entreprise ou un contribuable important). On ne voit ainsi pas que les cantons de Genève et de Zurich jouissent d'un droit à être consultés spécifiquement au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. en cas de projet de modification de l'ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers[448], pas plus que ceux de Berne et de Neuchâtel dans l'hypothèse d'une révision de l'ordonnance réglant l'utilisation du nom « Suisse » pour les montres[449].

Sous cet angle et malgré la réserve mentionnée, le droit de consultation des cantons de l'art. 45 al. 2 Cst. peut s'appliquer à des **cas multiples et variés**. On pense ici non seulement à des projets législatifs (lois, ordonnances, voire directives), mais également à des projets nationaux de construction tels que ceux concernant les routes[450] et le trafic ferroviaire[451], à ceux relevant de la 36

445. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 25 ; aussi, sans précision, Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 Cst. N. 5 ; aussi SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 21.
446. Cf. notamment ATF 141 II 161, consid. 2.1 et 2.3.
447. Voir, pour un aperçu de la jurisprudence fédérale, Aubry Girardin, Commentaire LTF, Art. 89 N. 54–62.
448. RS 954.111.
449. RS 232.119.
450. Voir, par exemple, Message Routes nationales 2023, p. 20, qui précise à son chiffre 2 qu'une procédure de consultation a été menée sur ce projet et que les cantons, notamment, ont été invités à y participer.

planification territoriale ou agricole[452] ou, encore, à certaines décisions budgétaires ou financières.

37 De manière générale, le devoir de consultation posé à l'art. 45 al. 2 Cst. revêt surtout une importance pratique pour les projets qui ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une procédure de consultation au sens de l'art. 147 Cst., c'est-à-dire pour des projets qui toucheraient les intérêts d'un ou de plusieurs cantons, sans pour autant être un projet législatif important ou un autre projet de grande portée. Cela étant dit, on peut soutenir que l'art. 45 al. 2 Cst. est également susceptible de revêtir une portée propre en lien avec des projets législatifs d'importance lorsque ceux-ci touchent des intérêts essentiels des cantons. Il peut par exemple se justifier de les entendre déjà **avant la procédure de consultation officielle** envisagée par l'art. 147 Cst., lors d'une phase plus précoce d'élaboration de l'avant-projet, à un moment où l'issue du projet et de ses éventuelles variantes est davantage ouverte[453]. Les Départements fédéraux et la Chancellerie fédérale sont en tout cas tenus, depuis 2016, d'associer de manière appropriée les organes cantonaux compétents à l'élaboration de leurs avant-projets de lois ou d'ordonnances lorsque leur mise en œuvre incombe en tout ou en partie aux cantons et qu'elle requiert de leur part des ressources humaines et financières considérables ou implique la réorganisation d'organes cantonaux ou, alors, des modifications essentielles du droit cantonal[454].

38 L'art. 45 al. 2 Cst. peut aussi revêtir une portée propre par rapport à l'art. 147 Cst. en lien avec des projets législatifs qui feraient l'objet de profonds remaniements **durant la phase d'examen parlementaire**, dans la mesure où de telles modifications auraient pour effet de toucher les intérêts des cantons – ou de certains d'entre eux uniquement – de façon totalement

451. Cf. comme pour la question des routes, mentionnée dans la note précédente, Message Perspective Rail 2050, p. 12, faisant état de la consultation des cantons à son chiffre 2.
452. Voir aussi par exemple le Message PA22+, lequel résume les prises de position des cantons à son chiffre 2.2 (p. 3899).
453. Dans ce sens apparemment également, Egli, Verfassungsorgane, N. 32, et Tschannen, Staatsrecht, N. 929. Cf., à titre de comparaison en ce qui concerne la participation de la population à la planification, ATF 135 II 286, consid. 4.2.3 ; aussi arrêt 1C_296/2011 du 18.6.2012, consid. 2.
454. Cf., à ce sujet, art. 15*a* al. 1 de l'ordonnance du 25.11.1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1) et Explications OCo 2015, p. 11. Uhlmann (cf. N. 21) comprend cette disposition comme une mise en œuvre de l'art. 45 al. 2 Cst.

nouvelle et inattendue[455]. Une consultation des cantons (concernés) devrait à notre sens s'imposer dans de tels cas, même si la LCo ne la prévoit naturellement pas, dès lors qu'elle tend uniquement à régler la participation des cantons lors des travaux préparatoires. Elle impliquerait une révision de la LParl, qui ne prévoit pour l'heure qu'une faculté pour les commissions d'entendre des représentants des cantons[456]. Notons que la nécessité d'une telle révision avait été immédiatement reconnue par le Conseil fédéral lors de l'élaboration de la nouvelle Constitution fédérale et de son futur art. 45 al. 2 Cst.[457].

Jusqu'à maintenant, les Chambres fédérales ont toujours montré une réticence à **compléter la LParl** ou, éventuellement, la LCo, ce qui aurait assurément pour effet de compliquer leur travail. Lors de l'adoption de la LCo, certaines organisations ont certes suggéré de contraindre les commissions parlementaires à organiser une nouvelle procédure de consultation lorsqu'elles modifient substantiellement un projet du Conseil fédéral[458]. Cette proposition est restée lettre morte. De même, une initiative de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats tendant à améliorer la participation des cantons à la procédure législative parlementaire (notamment par la création d'un droit d'audition des cantons dans les commissions) n'a pas résisté à l'opposition de la commission homonyme du Conseil national[459]. Celle-ci a estimé, entre autres considérations, que la prise en compte des intérêts cantonaux appartenait de toute manière au processus parlementaire[460]. 39

455. Dans ce sens également, BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 19 ; SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 23 ; Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 6
456. Cf. art. 45 al. 1 let. c LParl.
457. Dans son Message relatif au projet de nouvelle Constitution fédérale, il relevait que, sous l'angle du futur art. 45 al. 2 Cst., « [c]ertains problèmes peuvent se poser lorsque les projets législatifs font l'objet de profonds remaniements durant la phase d'examen parlementaire », de sorte qu'une « éventuelle adaptation des prescriptions relatives à la procédure de consultation ou des dispositions de la loi sur les rapports entre les conseils [– aujourd'hui LParl –] pourrait en l'occurrence s'avérer judicieuse. » (Message Cst. 1996, p. 213).
458. Message LCo 2004, p. 492.
459. Cf. l'initiative parlementaire 12.486, « Mise en œuvre du droit fédéral », déposée le 25.10.2012 et retirée le 23.4.2013. Elle s'inspirait d'un rapport d'un groupe de travail Confédération-Cantons du 13.2.2013 intitulé « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons. Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012 », spéc. p. 27 s.

40 En ce qui concerne les **modalités de consultation**, les cantons doivent être consultés directement et individuellement, en pratique par l'entremise de leurs exécutifs, même si l'art. 45 al. 2 Cst. ne le précise pas. La LCo impose désormais expressément cette voie gouvernementale s'agissant des projets relevant de son champ d'application[461], afin de bloquer d'emblée toute velléité de la Confédération de consulter les cantons par le biais d'autres organes (notamment parlementaires ou intercantonaux) ou autorités (p. ex. de simples services de l'administration)[462]. Il s'agit avant tout de consulter tous les cantons de manière uniforme et d'assurer que l'interlocuteur de la Confédération soit le même organe dans tous les cantons. Cela ne signifie donc pas que la prise de position des gouvernements cantonaux ne peut pas ou ne doit pas être, en sus, validée par le parlement cantonal, voire, comme cela peut être le cas dans certains cantons, par la population[463]. Il appartient au pouvoir législatif cantonal de déterminer qui, dans le canton, est compétent pour rédiger les avis et quelles autorités participeront, le cas échéant, à la consultation[464].

41 De prime abord, la Confédération satisfait à son obligation de consultation en récoltant l'avis des gouvernements cantonaux touchés dans leurs intérêts. On

460. Lüthi, N. 10a ad art. 44 LParl. Voir également le communiqué de presse du 22.2.2013 dans lequel la commission précisait alors que « les cantons savent très bien, sans qu'il faille pour cela créer de nouvelles règles de procédure, de quelle manière faire valoir leurs desiderata dans le processus décisionnel fédéral. ».

461. Art. 4 al. 2 let. a LCo : « Sont invités à donner un avis: a. les gouvernements cantonaux (...) ».

462. Voir BO CE 2014, p. 4 s., relatant que cette précision vise « *nicht irgendwelchen Fantasien Vorschub zu leisten, dass unter "Kantonen" auch noch andere Gremien gemeint sein könnten* ».

463. Voir, par exemple, la Constitution du canton de Nidwald (RS 131.216.2) qui prévoit, à son art. 52, let. e, que « l'adoption des avis formulés par le Conseil d'État à l'intention de la Confédération, dans la mesure où ils se rapportent à des installations nucléaires [...] » sont soumis au référendum obligatoire ; ou la Constitution du canton de Zurich, plus générale, qui veut que « les grandes lignes des prises de position du Canton en ce qui concerne des projets de la Confédération qui ont une importance fondamentale, des conséquences à long terme sur les conditions de vie en général et qui ne sont pas sujets au référendum sur le plan fédéral » sont soumises au référendum facultatif. Reste à savoir quel impact peut avoir une votation populaire cantonale dans le cadre d'un processus de consultation fédérale. Un vote négatif serait en tout cas un signal fort pour le Parlement fédéral qui, en raison des différents délais liés à l'organisation du référendum cantonal, pourrait déjà être saisi du projet. Il pourrait être quelque peu « refroidi » et devrait certainement envisager, à tout le moins, de revoir le contenu et/ou la dimension de son projet.

464. Message LCo, 2004, p. 501.

pourrait à la rigueur soutenir qu'elle a également un **devoir de réponse et de motivation** lorsqu'elle s'en écarte, afin de montrer qu'elle a pris au sérieux et respecté son devoir de consultation[465]. Une **réponse** pourrait alors être vue comme une marque de respect confédéral (cf. art. 44 al. 2 Cst.). On notera toutefois qu'une proposition tendant à obliger la Confédération à indiquer les motifs l'ayant conduite à s'écarter d'un avis formulé par un nombre important de cantons n'a pas été retenue à l'issue de la procédure de consultation du projet de nouvelle Constitution fédérale[466] ; une interprétation historique de la norme doit donc probablement conduire à reconnaître un silence qualifié du constituant sur ce point. Cela étant dit, il est en tout cas clair que la Confédération n'a aucune obligation de tenir matériellement compte des avis des cantons – c'est-à-dire de les concrétiser ou de les mettre en œuvre – en application de l'art. 45 al. 2 Cst.[467], même s'ils sont unanimes[468]. Cela ne signifie bien évidemment pas qu'elle échappe à toute obligation constitutionnelle de prise en considération de l'intérêt des cantons et de l'avis qu'ils ont pu exprimer lors d'une consultation : une telle obligation peut exister en lien avec certains projets pour lesquels la Confédération doit respecter un devoir de coordination en vertu d'autres normes constitutionnelles (cf. p. ex. les art. 57 al. 2, 61a al. 2 et 75 al. 2 Cst.) ou dans le cadre desquels il est expressément prévu que l'avis des cantons revêt un poids particulier (cf. p. ex. les art. 62 al. 6, 76 al. 6, 89 al. 5, 100 al. 2 et 110 al. 2 Cst.).

Les cantons n'ont, de leur côté, aucune obligation – du moins juridique – de donner leur avis. Pour eux, il s'agit tout au plus d'une **incombance** (*Obliegenheit*)[469], dont la non-exécution peut affaiblir leur position en cas de contestation judiciaire du projet fédéral. Ils doivent notamment garder à l'esprit que leur qualité pour recourir contre un tel projet peut dépendre de leur participation à la phase d'élaboration de celui-ci[470]. De même n'est-il pas exclu qu'en cas de contestation judiciaire d'un projet, l'autorité compétente leur dénie le droit de se prévaloir de certains arguments ou éléments qu'ils 42

465. Voir, s'agissant d'une obligation de répondre aux avis donnés lors d'une phase de consultation (de la population dans ce cas), ATF 135 II 286, consid. 4.1.
466. Rapport de consultation 1996, p. 93.
467. D'un autre avis apparemment, BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 25.
468. Une proposition en ce sens avait aussi été faite dans le cadre de la consultation sur le projet de nouvelle Constitution fédérale (cf. Rapport de consultation 1996, p. 93).
469. Pour rappel, en droit, l'incombance est définie comme un devoir dont l'inobservation expose son auteur non pas à une condamnation, mais à la perte d'avantages en lien avec l'accomplissement dudit devoir.

n'auraient pas jugé utile de soulever durant la phase de consultation, au motif que leur invocation tardive serait contraire au principe général de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) ou de la fidélité confédérale (art. 44 al. 2 Cst. ; cf. aussi infra N. 46)[471].

5. Justiciabilité

43 Quant à la possibilité de se plaindre devant une autorité judiciaire d'une violation de l'art. 45 al. 2 Cst. et, plus particulièrement, du devoir de la Confédération de consulter les cantons susceptibles d'être touchés par ses projets, elle n'a encore donné lieu à **aucune jurisprudence**. Elle n'est en outre guère discutée en doctrine[472], étant précisé que celle-ci y répond à juste titre par la positive, sans grand développement toutefois[473].

44 La problématique apparaît **essentiellement académique**. L'art. 45 al. 2 Cst. a déjà fait l'objet d'une large codification légale, en principe respectée en pratique, et, dans les autres cas, la Confédération dispose d'un important pouvoir d'appréciation quant à la manière de l'appliquer. Il est enfin certain qu'un particulier ne pourra pas obtenir l'annulation d'un projet ou d'un acte le mettant concrètement en œuvre en se plaignant devant un tribunal que le projet en question été adopté en violation du devoir de consulter les cantons. Il ne lui est en effet pas possible d'invoquer en sa faveur la violation d'un droit procédural qui ne lui appartient pas et qui ne le lèse pas dans ses intérêts dignes de protection[474]. Quant aux cantons, qui sont donc les seuls lésés en cas de non-respect de l'art. 45 al. 2 Cst., ils sont traditionnellement réticents à engager des procédures à l'encontre de la Confédération.

45 Cela étant dit, si, un jour, un ou plusieurs cantons se décidaient à contester en justice un projet fédéral qui aurait été, selon eux, élaboré ou adopté en

470. Cf, notamment, art. 49 al. 4 LENu : « Avant d'octroyer l'autorisation, le département consulte le canton d'implantation. Si le département délivre l'autorisation malgré l'avis contraire du canton, ce dernier a alors qualité pour recourir. ».

471. Jeannerat/Bühlmann, Commentaire pratique LAT, Art. 13 N. 96 ; aussi, à titre de comparaison, ATF 139 II 499, consid. 3 où le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si – et dans quelle mesure – les communes seraient liées aux griefs soulevés dans le cadre de la planification sectorielle fédérale contestée.

472. Voir Uhlmann, N. 22, opérant le même constat.

violation de l'art. 45 al. 2 Cst., leur démarche poserait assurément toutes une série de **questions juridiques épineuses** liées, notamment, au caractère inédit et très particulier d'un tel litige. S'il apparaît impossible de les anticiper toutes ici et, encore moins, d'en pronostiquer avec certitude leur résolution par les juges, on peut essayer d'esquisser quelques pistes de réponse, variant en fonction de la nature du projet concerné et de son autorité d'adoption.

Sur le principe, la voie de l'action au Tribunal fédéral n'apparaît pas d'emblée fermée en application combinée des art. 189 al. 4 Cst. et 120 al. 1 let. b LTF dans le cas de figure où **une loi ou une ordonnance fédérale** aurait été adoptée – ou serait en passe de l'être – en violation du devoir de consultation des cantons au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. On peut en effet soutenir que l'on se trouverait dans une situation de « contestation de droit public » entre Confédération et cantons susceptible d'être tranchée par le Tribunal fédéral en instance unique conformément à la seconde disposition. Le Tribunal fédéral devrait dans un tel cas néanmoins clarifier en tout premier lieu s'il peut ou non entrer en matière sur d'éventuelles conclusions en annulation (totale ou partielle) de l'acte attaqué au regard des art. 189 al. 4 et 190 Cst., ce que cette dernière disposition semble empêcher s'agissant des lois fédérales, que les juges sont tenus d'appliquer et, partant, de respecter[475]. En comparaison, l'annulation d'une ordonnance du Conseil fédéral pourrait entrer en ligne de compte, du moins dans son principe[476]. Les embûches juridiques à une telle mesure pourraient être encore nombreuses. Il s'agirait notamment de se demander s'il n'est pas possible de reprocher aux cantons concernés de se plaindre trop tardivement d'une violation de leur droit d'être consultés au sens de l'art. 45 al. 2 Cst., ce en violation des règles de la bonne foi et du respect confédéral (cf. art. 5 al. 3 et 44 al. 1 et 2 Cst.). Tel pourrait être le cas s'ils n'avaient jusque-là jamais effectué aucune démarche pour être inclus dans l'élaboration d'un projet fédéral touchant leurs intérêts qu'ils savaient pourtant en préparation[477]. Reste également à savoir si le Tribunal

46

473. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 18, 23a et 28 ; SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 5 ; Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5 ; PC-Aubert, Art. 45 N. 5 ; pour l'analyse la plus détaillée, voir Uhlmann, N. 22 et 29 ; également, à titre de comparaison en lien avec les droits de participation des cantons en matière de politique extérieure, Mazidi, Art. 55 N. 14–16.

474. Voir notamment ATF 110 Ib 398, consid. 3.

475. Dans le même sens apparemment, BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 28 ; aussi, pour un avis similaire en lien avec l'art. 55 Cst., Mazidi, Art. 55 N. 15.

476. Uhlmann, N. 42 ; cf., pour un cas d'annulation d'une loi cantonale pour défaut de consultation des communes, arrêt du TF 1C_477/2021 du 3.11.2022, consid. 4.

fédéral ne considérerait pas la violation de l'art. 45 al. 2 Cst. comme « guérie » par le dépôt de l'action, comme il l'accepte déjà assez largement en cas de recours contre une décision rendue en contravention du droit fondamental d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst.[478]. Une telle solution s'imposerait probablement, selon nous, s'il devait apparaître – notamment au vu de la réponse du Conseil fédéral à l'action déposée – que la Confédération adopterait de toute façon le même acte après avoir entendu les arguments des cantons lésés dans leurs droits de participation[479] et/ou qu'une annulation de l'ordonnance poserait de graves problèmes de sécurité du droit.

47 La voie de l'action au Tribunal fédéral devrait dans la même logique également être ouverte sur le principe à l'encontre des **autres projets du ressort du Conseil fédéral, voire de l'Assemblée fédérale** (projet d'infrastructures, plan sectoriel, etc.) potentiellement adoptés en violation de l'art. 45 al. 2 Cst., ce de nouveau en application de l'art. 120 al. 1 let. b LTF[480]. Dans de tels cas, on peut supposer que, même après avoir constaté une violation du droit de participation des cantons, le Tribunal fédéral n'annulerait l'acte attaqué de nouveau qu'avec prudence. Tout indique qu'il procéderait à une soigneuse pesée des intérêts tenant compte de l'ensemble des circonstances et de la nature politique du processus décisionnel ayant conduit à l'acte attaqué au fond, comme il le fait d'ailleurs déjà en cas de recours contre des actes législatifs cantonaux dont l'adoption est entachée d'erreurs procédurales[481] ou contre des scrutins populaires n'ayant pas toujours eu lieu dans le plus grand respect des règles démocratiques déduites de l'art. 34 Cst.[482]. Il prendrait alors en considération l'urgence du projet concerné, l'intérêt du ou des cantons à être consulté(s) de manière particulière sur celui-ci et l'influence que leur avis aurait pu avoir – ou

477. Cf., dans ce sens similaire, à propos de la violation du devoir de consulter des syndicats de travailleurs lors de l'adoption d'un acte législatif par un gouvernement cantonal, ATF 134 I 269. consid. 3.3.8.

478. Rappelons que la jurisprudence en matière de droit d'être entendu n'est pas transposable sans autres à l'art. 45 al. 2 Cst., n'étant pas applicable aux procédures législatives, et encore moins invocable par les cantons qui ne sont pas titulaires des droits fondamentaux (cf. notamment ATF 121 I 230, consid. 2 ; ATF 113 Ia 97, consid. 2a).

479. ATF 100 Ib 1, consid. 2.

480. Cf. Jeannerat/Bühlmann, Commentaire pratique LAT, Art. 13 N. 102, s'agissant d'une action contre un plan sectoriel.

481. ATF 134 I 269, consid. 3.3.8; ATF 133 I 178, consid. 3,

482. Cf. notamment ATF 151 I 225, consid. 7.

pourrait encore avoir – sur son aboutissement ou ses paramètres finaux, sachant que la grande majorité des projets de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral font de toute manière l'objet d'une consultation publique au sens de l'art. 147 Cst. Sous cet angle, il faut retenir qu'une éventuelle action au Tribunal fédéral n'aurait la plupart du temps pas d'autre intérêt pratique – non négligeable cependant sur le plan politique – que d'obtenir une décision de principe sur la portée de l'art. 45 al. 2 Cst.[483].

48 La situation se présente peut-être différemment en cas de **refus ou de renonciation d'un office ou d'un département** – soit d'autorités fédérales de nature administrative – de consulter un ou plusieurs cantons en lien avec un projet fédéral en cours de préparation ou ayant déjà été adopté par eux, comme des plans sectoriels ou des procédures spéciales d'approbation des plans (ferroviaires, électriques, etc.). Il est tout d'abord clair que, dans une telle situation, les cantons pourraient en principe déposer un recours au Tribunal administratif fédéral – et ensuite au Tribunal fédéral – voire, selon les cas, déposer directement une action directe auprès de celui-ci (cf. art. 120 al. 1 et 2 LTF)[484] pour se plaindre d'une éventuelle violation de l'art. 45 al. 2 Cst.[485]. Dans la mesure où l'autorité judiciaire compétente arriverait alors à la conclusion que le ou les cantons concerné(s) ont bel et bien le droit d'être consultés spécialement au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. en lien avec un projet non encore adopté, elle devrait ordonner aux départements ou office fédéraux de les informer sur le projet, voire de les intégrer directement au projet en cours, afin qu'ils puissent donner leur avis à son propos. Enfin, si le département ou l'office concerné devait avoir déjà adopté lui-même le projet litigieux, il conviendrait d'en prononcer l'annulation, sauf, peut-être, s'il peut être reproché au canton d'avoir agi trop tardivement (cf. supra N. 46) ou que le projet présente un caractère urgent et poursuit un intérêt public important. En dehors de ces deux hypothèses, il ne sera généralement pas possible de renoncer à une annulation du projet fédéral contesté en considérant qu'une information et consultation précoces des cantons concernés n'aurait de toute façon eu aucune influence sur l'issue de la procédure.

A propos

483. Cf., dans le même sens, PC-Aubert, Art. 45 N. 5.
484. ATF 150 II 273, consid. 1.4.
485. Cf. d'ailleurs, pour un exemple en lien avec l'art. 13 al. 2 LAT, ATF 133 II 120, consid. 4.

Eloi Jeannerat, dr en droit, est greffier au Tribunal fédéral. Fanny Matthey, dre en droit, est collaboratrice scientifique à l'Office fédéral de la justice.

Cette publication ne reflète que le point de vue des auteur·e·s et non celui du Tribunal fédéral ou de l'Office fédéral de la justice.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassungsorgane, Verfahren. Bereichsverfassungen, Zurich et al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur http://doi.org/10.5771/9783748919483, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles scientifiques

Aubert Jean-François, Art. 45 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al., 2003.

Aubert Jean-François, Art. 147 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al. 2003.

Aubry Girardin, Art. 89 LTF, in : Aubry Girardin et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Benoit Anne, Art. 147 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bigler de Mooij Olivier, Art. 45 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Egli Patricia, Art. 45 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Egli Patricia, Kantone als Verfassunsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassunsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zurich et. al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur http://doi.org/10.5771/9783748919483 , consulté le 7.11.2025.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Graf Martin, Die Standesinitiative – Instrument der Kantonsparlamente zur Mitwirkung im Bundesstaat ?, in : Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires, août 2001, no 2, 4e année, p. 12–16.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11e éd., Zurich et al. 2024.

Jeannerat Eloi/Bühlmann Lukas, Art. 13 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, Genève et al. 2019.

Lanz Matthias, Art. 67 BPR, in : Glaser Andreas/Braun Binder Nadja/Bisaz Corsin/Tornay Schaller Bénédicte (édit.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte, version du 1.9.2023, disponible sur https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr67, consulté le 7.11.2025.

Lüthi Ruth, Art. 44 LParl, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung – Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2e éd., Bâle 2024.

Mazidi Simon, Art. 55 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, version du 14.5.2024, disponible sur https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv55, consulté le 7.11.2025.

Varuna Singh, Interview d'une attachée aux questions fédérales pour le canton de Genève, in : Forum – épisode du 19.9.2018, disponible sur https://www.rts.ch/audio-podcast/2018/audio/le-lobbyisme-exerce-par-les-cantons-interview-de-varuna-singh-25553589.html, consulté le 7.11.2025.

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in : Biaggini Giovanni et al. (édit.), Staatsrecht, 3e éd., Zurich et al., 2021, p. 168–173.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung, Bâle et al. 2000.

Rhinow René/Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/

Newsletter/
Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 45 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2e éd., Bâle 2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

DOCUMENTS OFFICIELS

Annuaire statistique de la Suisse (extraits 1918-1980), disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-1-6860, consulté le 12.12.2025.

Explications de la Chancellerie fédérale relatives à la révision partielle de l'ordonnance sur la consultation (OCo), Version du 5.6.2015, disponible sur https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40187.pdf, consulté le 7.11.2025.

Exposé des motifs du projet de Constitution du 16.6.1995, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, consulté le 7.11.2025.

Guide de législation de l'Office fédéral de la justice OFJ, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5e éd., 2025, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/legistik/hauptinstrumente/gesetzgebungsleitfaden.pdf.download.pdf/gesetzgebungsleitfaden-f.pdf, consulté le 13.1.2026.

Lexique du Parlement, Fiche d'information Initiative déposée par un canton, état au 15.6.2024, disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Faktenblatt%20Standesinitiative-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation du 21.1.2004, FF 2004 485 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/127/fr, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à l'évolution future de la Politique agricole à partir de 2022 (PA22+) du 12.2. 2020, FF 2020 3851 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/881/fr, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant le plafond des dépenses pour les routes nationales sur la période 2024–2027, l'étape d'aménagement 2023 des routes nationales, le crédit d'engagement et la modification de l'arrêté fédéral sur le réseau des routes nationales du 22.2.2023, FF 2023 865 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/865.pdf, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant l'état d'avancement et la modification des programmes d'aménagement de l'infrastructure ferroviaire ainsi que la Perspective Rail 2050 du 16.8.2023, FF 2023 2061 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/2061.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-CE), Initiative parlementaire. Procédure relative aux initiatives des cantons, du 4.5.1993, FF 1993 III 325 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3__325_/fr, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN), Initiatives parlementaires. Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise, du 27.1.2022, FF 2022 301 ss, disponible sur https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2022/301.pdf, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN) sur l'initiative parlementaire 23.425, Garantir la transparence du lobbying des cantons, du 6.9. 2024, disponible sur https://www.parlament.ch/

centers/kb/Documents/2023/Rapport_de_la_commission_CIP-N_23.425_2024-09-06.pdf, consulté le 7.11.2025.

Résultats de la procédure de consultation, Réforme de la Constitution fédérale, du 31.5.1996, disponible sur https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf, consulté le 7.11.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 51 Cst.

Un commentaire de Renata Trajkova

PROPOSITION DE CITATION

Renata Trajkova, Commentaire de l'art. 51 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Trajkova, art. 51 Cst. N. XXX.

Section 4 Garanties fédérales

Art. 51 Constitutions cantonales

[1] Chaque 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.

[2] Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 731
II. Classification conceptuelle et systématique 731
III. Fonction 732
IV. Commentaire au sens strict 733
A. Exigences relatives aux constitutions cantonales (art. 51, al. 1, Cst.) 733
1. Aperçu 733
2. Exigences en détail 734
a. Constitution écrite au sens formel 734
b. Constitution démocratique 735
c. Approbation du peuple 736
d. L'initiative constitutionnelle 737
e. Compatibilité avec le droit fédéral 737
B. Garantie des constitutions cantonales (art. 51, al. 2, Cst.) 740
1. Procédure 740
2. Effet juridique de l'arrêt de garantie 741
3. Portée procédurale de la décision de garantie 742
Lectures complémentaires recommandée 745
Bibliography 746

I. HISTORIQUE

L'idée d'une garantie constitutionnelle remonte à la République helvétique. Conformément au § 1 du Pacte fédéral de 1815, les cantons s'étaient initialement garantis mutuellement leurs constitutions. Dans le contexte des événements révolutionnaires des années 1830 et 1840, ce système de garantie cantonale s'est révélé insuffisamment stable. Avec la **fondation de l'État fédéral en 1848**, la Confédération a donc endossé le rôle de garant. 1

L'**art. 6 Cst. 1848** obligeait les cantons, en son al. 1, à solliciter la garantie de la Confédération pour leurs constitutions. La Confédération assumait cette garantie en vertu de l'art. 6, al. 2, Cst. 1848, pour autant que les constitutions cantonales ne contiennent rien qui soit contraire aux dispositions de la Constitution fédérale (let. a), qu'elles garantissent l'exercice des droits politiques selon des formes républicaines (représentatives ou démocratiques) (let. b) et qu'elles aient été acceptées par le peuple et puissent être révisées si la majorité absolue des citoyens le demandait (let. c). Cette disposition s'inspirait de l'équivalent américain de la garantie fédérale figurant à l'article IV, section 4, de la Constitution des États-Unis. 2

Depuis sa création, la garantie fédérale suisse n'a subi **aucune modification matérielle substantielle**. Même la mise à jour de la Cst. n'a rien changé à cette situation. Contrairement à la version originale, la révision totale de 1999 a regroupé le contenu de l'art. 6 de la Cst. de 1848 (et la disposition identique de l'art. 6 de la Cst. de 1874) en deux alinéas, modifié l'ordre des exigences et reformulé l'hypothèse selon laquelle les cantons « disposent » d'une constitution a été reformulée en une invitation à « s'en doter ». Il ne s'agit toutefois que d'une modification formelle et superficielle. 3

II. CLASSIFICATION CONCEPTUELLE ET SYSTÉMATIQUE

La garantie des constitutions cantonales par la Confédération fait partie des **garanties fédérales,** qui sont inscrites dans la quatrième section de la Constitution fédérale, respectivement aux art. 51 à 53 Cst. Si l'on interroge une intelligence artificielle ou si l'on saisit le terme « garantie fédérale » dans un moteur de recherche, on renvoie régulièrement à des garanties financières de la Confédération, telles que celles récemment mises en œuvre lors du rachat du CS. Or, par « garanties fédérales », la Constitution n'entend pas des 4

garanties financières. La Confédération offre plutôt une garantie qui se rapporte à la structure fédérale et au statut juridique des cantons. Il s'agit de la promesse de veiller à la préservation des valeurs essentielles qui font de la Confédération un État fédéral, sans pour autant porter atteinte à la souveraineté propre des cantons. Une garantie financière n'en fait toutefois pas partie.

5 Les garanties fédérales des art. 51 à 53 Cst. sont en quelque sorte l'expression de l'entraide qui caractérise la Confédération depuis sa fondation. Outre l'art. 51 Cst., les deux autres garanties fédérales portent sur la protection de l'ordre constitutionnel des cantons (art. 52) et sur la garantie de l'existence et du territoire des cantons (art. 53 Cst.). D'un point de vue systématique, la garantie des constitutions cantonales figure à l'art. 51 Cst., la protection de l'ordre constitutionnel des cantons à l'art. 52 Cst. et la garantie de l'existence et du territoire des cantons à l'art. 53 Cst., dans le chapitre consacré aux **relations entre la Confédération et les cantons**.

6 La formulation particulière « chaque canton se dote... ; ogni cantone si dà... », l'art. 51, al. 1, Cst. réaffirme que l'adoption et la révision des constitutions cantonales relèvent de la **compétence exclusive du canton concerné**.

7 Les termes « garantir », « assurer » et « garantir » – ainsi que leurs substantifs – sont utilisés ici comme synonymes. À y regarder de plus près, la procédure s'apparente davantage à une **approbation** qu'à une garantie. Le fait que la Constitution parle de « garantie » est un vestige historique. Mais cette expression met en même temps en évidence la nécessité d'établir un rôle de garant qui va au-delà d'une simple surveillance préventive.

III. FONCTION

8 L'art. 51 Cst. contient en principe **trois exigences principales** : il oblige les cantons à adopter des constitutions écrites au sens formel, qui doivent satisfaire à certaines exigences et être soumises à l'approbation de la Confédération.

9 Pour répondre à la question de la fonction de la garantie fédérale des constitutions cantonales, différentes perspectives peuvent être adoptées. Du **point de vue de la Confédération**, la procédure de garantie vise, conformément à la « théorie de l'homogénéité ou de la convergence » qui prévaut toujours, à s'assurer que les structures des cantons présentent certains

paramètres fondamentaux communs prescrits par la Confédération. D'un point de vue historique, cette fonction s'explique par le fait que les garanties cantonales des constitutions cantonales ont été remplacées par un système fédéral uniforme. Un tel système n'a de sens que si la Confédération peut identifier des dénominateurs communs. Il s'agit toutefois avant tout de fixer un nombre restreint d'exigences minimales, d'accorder la plus grande liberté possible dans l'organisation de l'État et de prévoir des garanties fédérales au service de cette liberté. Le droit comparé montre également que les exigences minimales imposées aux constitutions des États fédérés constituent un instrument bien établi pour parvenir à une certaine uniformité structurelle. Alors que le critère d'examen, à savoir la compatibilité avec le droit fédéral, est le même pour tous les cantons, ceux-ci disposent d'une grande liberté dans la mise en œuvre concrète de ces exigences dans leurs constitutions cantonales. Il en résulte un harmonisation des réglementations n'entraînant qu'une perte d'autonomie modeste, ce qui constitue un bel exemple de compromis fédéraliste typique de notre pays.

L'art. 51, al. 1, Cst. exprime pour ainsi dire le «caractère constitutionnel» des cantons en tant qu'États membres souverains. Du **point de vue des cantons**, cette garantie signifie donc d'une part un engagement en faveur de l'État fédéral. Le prix à payer réside dans la protection juridique des justiciables, car les dispositions des constitutions cantonales ne peuvent plus être contestées en vertu de cette garantie (cf. à ce sujet N. 38 ss). D'autre part, il s'agit d'une véritable garantie fédérale qui atteste notamment aux cantons de la compatibilité de leurs constitutions cantonales avec le droit fédéral. La garantie des constitutions cantonales et l'examen du droit fédéral qui y est lié constituent ainsi le fondement de l'ordre constitutionnel des cantons. 10

IV. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Exigences relatives aux constitutions cantonales (art. 51, al. 1, Cst.)

1. Aperçu

L'art. 51, al. 1, Cst. contient **deux des trois exigences principales** imposées aux cantons, à savoir qu'ils disposent de constitutions cantonales écrites au sens formel et que celles-ci satisfassent à certaines exigences de fond de la 11

Constitution fédérale. Le libellé de la Constitution est imprécis sur ce point, puisqu'il se contente de mentionner que chaque canton se dote d'une constitution démocratique (art. 51, al. 1, 1re phrase, Cst.), que cette constitution doit être approuvée par le peuple et qu'elle doit pouvoir être révisée si la majorité des électeurs le demande (art. 51, al. 1, 2e phrase, Cst.). Outre le caractère démocratique de la constitution, l'approbation du peuple et la possibilité de révision, les constitutions cantonales doivent également être compatibles avec le droit fédéral. Cette exigence découle de l'interaction avec l'art. 51, al. 2, phrase 2, Cst., selon lequel la Confédération garantit la constitution cantonale si celle-ci ne contredit pas le droit fédéral (troisième exigence principale). Tout aussi peu explicitée – mais incontestée – est la condition selon laquelle la constitution doit être écrite (cf. N. 12).

2. Exigences en détail

a. Constitution écrite au sens formel

12 Il est remarquable que la forme écrite elle-même ne soit pas expressément prescrite : il est néanmoins présupposé que les cantons doivent disposer d'une constitution écrite. La **forme écrite** découle déjà du fait que les cantons sont tenus de déposer auprès de la Confédération une demande visant à garantir leur constitution cantonale. D'un point de vue historique, cela va de soi ; mais d'un point de vue comparatif, ce n'est en aucun cas une nécessité : ainsi, le Canada ou le Royaume-Uni reconnaissent par exemple les constitutions non écrites de leurs provinces.

13 On part ici du principe qu'il s'agit d'*un* acte constitutionnel unique, doté d'une force juridique accrue et ne pouvant être modifié que dans le cadre d'une procédure qualifiée. Le caractère constitutionnel implique donc que l'acte ait été adopté selon une procédure législative particulière, raison pour laquelle il prime sur le reste du droit cantonal. Le Tribunal fédéral part du principe que l'art. 51 Cst. présuppose « tacitement » cette primauté. Dans la doctrine, cette exigence est toutefois remise en cause : ainsi, la nature formelle d'une constitution ne pourrait être prévue que par elle-même et non imposée par le droit fédéral. Il relèverait de la compétence des cantons de décider ce qui revêt un **rang constitutionnel**. Pour les cantons qui connaissent le référendum législatif obligatoire, la distinction sera en effet plus difficile à établir. En effet, si aucune exigence supplémentaire n'est imposée à la procédure, il n'y a, d'un point de vue formel, aucune supériorité de la

Constitution cantonale par rapport au droit législatif « ordinaire ». Martenet souligne pour cette raison l'importance de la garantie fédérale, grâce à laquelle la Constitution cantonale occupe une position particulière délibérée. Étant donné que tous les cantons prévoient d'eux-mêmes une procédure qualifiée pour leurs constitutions, l'importance pratique de cette question est minime. La discussion à ce sujet n'est toutefois pas dénuée d'intérêt, car c'est, à mon avis, seulement grâce à la définition de l'objet « constitution cantonale » au sens de l'art. 51 Cst. qu'une hiérarchie des normes intracantonale, telle qu'elle existe dans tous les cantons, devient juridiquement contraignante pour la Confédération. Sans cette disposition, il serait sans importance pour la Confédération que les cantons prévoient une constitution et, sur cette base, une hiérarchie des normes intracantonale. D'un point de vue historique également, il est clair que l'objet visé à l'art. 51 Cst. est un acte écrit, difficilement révisable, auquel est accordée une position privilégiée dans son canton d'origine, indépendamment de son contenu. Le fait que les cantons aient mis en œuvre ces prescriptions même sans y avoir été expressément invités montre bien qu'elles vont de soi du point de vue cantonal.

14 La question de l'organe constituant est étroitement liée à celle de la qualité de la constitution cantonale : **l'organe constituant** est, hormis dans le cas d'une initiative populaire, d'une part le pouvoir législatif cantonal, désigné selon les cantons sous le nom de « Conseil cantonal » ou de « Grand Conseil ». Deux cantons (Appenzell Rhodes-Intérieures et Glaris) connaissent également ce qu'on appelle la Landsgemeinde. En raison de l'autonomie organisationnelle, les structures et procédures politiques peuvent présenter des différences considérables d'un canton à l'autre. Les cantons ont en commun le fait que l'adoption
de la Constitution requiert l'approbation des électeurs (cf. à ce sujet N. 17 ss), de sorte que le corps électoral agit également en tant qu'organe constituant. Dans ce sens, les préambules font également référence aux électeurs (« le peuple »).

b. Constitution démocratique

15 La constitution cantonale à examiner doit être démocratique. Une constitution démocratique résulte de deux conditions cumulatives : une constitution cantonale n'est démocratique, premièrement, que si elle respecte le **principe de la séparation des pouvoirs**. Concrètement, les cantons

doivent donc disposer d'organes parlementaires, gouvernementaux et judiciaires qui soient indépendants les uns des autres sur le plan du personnel et de l'organisation. Un régime monarchique absolu ou aristocratique est ainsi exclu. Pour ce qui est de l'organisation concrète, les cantons disposent d'une grande autonomie organisationnelle – mais jusqu'à présent, tous les cantons ont opté pour un système collégial. Une constitution purement représentative serait également admissible en théorie, même si aujourd'hui, tous les cantons recourent aux instruments de la démocratie directe.

16 Le **pouvoir législatif** (Conseil cantonal ou Grand Conseil selon les cantons) doit, deuxièmement, être élu dans le cadre d'une **élection populaire directe**. Cette condition n'est pas nécessaire dans le cas de la Landsgemeinde, car les électeurs y agissent eux-mêmes ou se représentent eux-mêmes. Les cantons sont libres de choisir le système électoral pour le Conseil cantonal ou le Grand Conseil. Les cantons doivent «seulement» garantir un suffrage universel, égal, libre et secret.

c. Approbation du peuple

17 La Constitution cantonale doit être approuvée par le peuple, comme le stipule expressément l'art. 51, al. 1, phrase 2, Cst. Les cantons sont donc tenus d'introduire un **référendum constitutionnel obligatoire**.

18 La question de savoir si cette obligation s'applique aussi bien à une **révision totale qu'à une révision partielle**, c'est-à-dire à la révision de l'ensemble de la Constitution cantonale ou seulement à certaines dispositions, est controversée. D'un point de vue historique, le référendum constitutionnel n'était requis que pour une révision totale. Étant donné que tous les cantons connaissent un référendum obligatoire pour les modifications constitutionnelles, cette discussion n'a pas de portée pratique. On peut toutefois considérer comme un acquis fédéral le fait que les révisions constitutionnelles cantonales partielles, pour être adoptées, doivent toujours recueillir l'approbation du peuple.

19 La réponse à la question de savoir qui est le «peuple» a certes également donné lieu à des discussions, mais elle peut aujourd'hui être clairement étayée par des preuves historiques : c'est la **majorité des votants valides, déduction faite des bulletins blancs**, qui doit donner son accord.

d. L'initiative constitutionnelle

En outre, le droit fédéral stipule qu'une révision constitutionnelle doit être possible **à tout moment** si la «majorité des électeurs le demande». En d'autres termes, les cantons doivent introduire une initiative constitutionnelle. Le terme « à tout moment » implique l'interdiction d'imposer des délais de blocage, des obstacles matériels autonomes et des clauses de pérennité. Cette interdiction s'étend tant aux révisions totales qu'aux révisions partielles. 20

L'initiative constitutionnelle peut en outre porter sur **n'importe quel contenu constitutionnel**. Une exclusion des contenus jugés inconstitutionnels n'est pas compatible avec la conception suisse des droits populaires. 21

e. Compatibilité avec le droit fédéral

La condition de garantie la plus importante d'un point de vue pratique est la compatibilité de la constitution cantonale avec le droit fédéral. Est également considéré comme droit fédéral l'ensemble du droit international contraignant pour la Suisse. Outre les lois et ordonnances fédérales ainsi que le droit international applicable à la Suisse, cela inclut également l'ensemble des principes de l'État de droit, y compris la jurisprudence des tribunaux suprêmes. Il s'agit d'un **large spectre** qui s'étend des droits fondamentaux, des objectifs sociaux et des compétences jusqu'aux règles régissant les relations entre la Confédération et les cantons. 22

Le champ d'application du droit fédéral visé à l'art. 51, al. 2, Cst. rappelle les descriptions figurant à l'art. 95, let. a et b, LTF, qui énoncent les moyens de recours admissibles « droit fédéral » et « droit international » devant le Tribunal fédéral. Même si les champs d'application sont presque identiques, il ne faut pas se laisser induire en erreur par la formulation de l'art. 95 LTF et le confondre avec les exigences de la procédure de garantie : les compétences du Tribunal fédéral sont bien plus étendues, dans la mesure où, outre le droit fédéral et le droit international, sont également examinés les droits constitutionnels cantonaux, les dispositions relatives au droit de vote politique des citoyens ainsi qu'aux élections et votations populaires, et le droit intercantonal (art. 95, let. a à e, LTF). On peut néanmoins conclure de cette comparaison que la notion de « droit fédéral » est interprétée de manière plus large sur le plan constitutionnel que ne le permet l'interprétation procédurale 23

de la LTF. Ainsi, selon le système moniste, la terminologie de la garantie fédérale inclut dans le « droit fédéral » le droit international applicable, alors que celui-ci constitue, selon l'art. 95, let. b, un motif de recours distinct devant le Tribunal fédéral, à côté du droit fédéral. Cependant, la comparaison avec la procédure de recours devant le Tribunal fédéral peut paraître déroutante à première vue, car les fonctions de la procédure de garantie et de la procédure de recours diffèrent. La garantie des constitutions cantonales est une garantie fédérale, tandis que la procédure de recours devant le Tribunal fédéral sert principalement à assurer la protection juridique. En ce qui concerne l'objet de l'examen, il s'agit dans les deux cas d'une forme de **contrôle abstrait des normes**, un processus au cours duquel un acte législatif est examiné quant à sa compatibilité avec le droit supérieur (cf. à ce sujet N. 30). Cette seule raison justifie une comparaison. Malgré les fonctions différentes de la procédure de garantie et de la procédure de recours, le critère de référence du « droit fédéral » constitue en outre régulièrement un argument supplémentaire en faveur de l'exclusion par le Tribunal fédéral d'un contrôle de la conformité des constitutions cantonales (cf. à ce sujet N. 38). C'est pourquoi il convient de souligner que les critères de référence ne sont pas identiques.

24 L'examen de la compatibilité de la constitution cantonale **avec le reste du droit cantonal ne relève pas** de la garantie. Cela va de pair avec le principe selon lequel le Tribunal fédéral – en dehors des droits constitutionnels, des droits politiques et du droit intercantonal – examine « uniquement » le respect du droit fédéral. On peut y voir une certaine cohérence, dans la mesure où il est clair que le respect de la hiérarchie des normes cantonales reste une compétence cantonale.

25 Pour qu'une disposition d'une constitution cantonale puisse se voir refuser la garantie, elle doit violer le droit fédéral. Or, il n'y a pas violation du droit fédéral dès lors qu'une contradiction avec celui-ci est constatée. La garantie n'est refusée que si la norme constitutionnelle cantonale **échappe à toute interprétation conforme au droit fédéral**. Ce mécanisme rappelle la pratique relative à la nullité des initiatives populaires cantonales : la plupart des cantons prescrivent que leurs initiatives constitutionnelles et législatives doivent être compatibles avec le droit supérieur (ce qui découle déjà du droit fédéral en vertu de l'art. 49, al. 1, Cst. et peut donc également être invoqué devant le Tribunal fédéral). Selon la jurisprudence, ces initiatives

constitutionnelles et législatives ne doivent être déclarées nulles que si on leur attribue un sens qui les fait apparaître, de manière raisonnable et avec une quasi-certitude, comme irrecevables. Le fondement de cette jurisprudence est le principe selon lequel, en cas de doute, les initiatives dont le texte est ambigu doivent être soumises au vote des électeurs, pour autant qu'elles apparaissent, selon une interprétation appropriée, compatibles avec le droit supérieur (*in dubio pro populo*). Dans le cadre de la procédure de garantie, la portée de ce principe est toutefois nettement relativisée : lorsqu'une constitution cantonale est soumise à l'Assemblée fédérale pour garantie, elle a (1) déjà fait l'objet d'une procédure législative cantonale et a été (2) acceptée par le peuple cantonal lors d'un référendum obligatoire. Un examen préalable (indépendamment de sa forme concrète au niveau cantonal) a donc eu lieu. Si, après ce triage, une contradiction avec le droit fédéral subsiste, la disposition de la Constitution cantonale ne doit, à mon avis, pas être garantie. Garantir une disposition constitutionnelle cantonale même lorsqu'aucune interprétation compatible avec le droit fédéral n'est possible viole l'art. 51, al. 2, Cst.

26 L'art. 51, al. 2, Cst. ne renvoie d'ailleurs l'exigence de compatibilité avec le droit fédéral qu'à la Constitution cantonale. Or, la décision de garantie fait naître l'attente que le reste du droit cantonal subordonné soit également en conformité avec le droit constitutionnel. Étant donné que la garantie ne porte que sur le respect du droit fédéral, cela a, à mon avis, pour seule conséquence que le reste du droit cantonal doit être compatible avec le droit fédéral. Il s'agit là d'une exigence qui découle déjà de l'art. 49, al. 1, Cst. («Le droit fédéral prime le droit cantonal contraire»). L'art. 51 Cst. ne constitue toutefois pas seulement un **cas d'application de l'art. 49, al. 1, Cst.**, mais le complète en imposant à l'Assemblée fédérale l'obligation de ne pas garantir la constitution cantonale en cas de contradiction de ce type. Sur le plan dogmatique, l'absence d'approbation ne change toutefois rien à l'effet : une disposition d'une constitution cantonale qui viole le droit fédéral est d'emblée sans effet (même si la violation du droit fédéral n'est constatée qu'au moment de la garantie). On ne saurait donc nier que la garantie revêt aujourd'hui davantage une valeur symbolique qu'une importance pratique.

B. Garantie des constitutions cantonales (art. 51, al. 2, Cst.)

1. Procédure

27 Chaque canton est tenu de soumettre à la Confédération toute modification de sa constitution cantonale – qu'il s'agisse d'une révision totale ou partielle. – Il convient en principe de distinguer **deux phases** : l'adoption de la constitution cantonale sous la forme d'une révision totale ou partielle conformément au droit cantonal et la garantie ultérieure des dispositions de la constitution cantonale par la Confédération.

28 L'examen peut porter sur une **constitution cantonale qui vient d'être adoptée ou qui est déjà entrée en vigueur** : il appartient en effet aux cantons d'adopter leurs constitutions cantonales conformément au droit cantonal et de les mettre en vigueur avant même qu'elles ne soient garanties par la Confédération. Le droit fédéral ne s'y oppose pas non plus.

29 Pour la procédure, il importe peu que les dispositions constitutionnelles à examiner viennent d'être adoptées ou soient déjà en vigueur. Il n'y a **pas de délai** dans lequel la demande doit être déposée. Si toutefois un canton reste totalement en défaut, le Conseil fédéral, en tant qu'organe de surveillance, est tenu d'exhorter les cantons à présenter la constitution révisée.

30 L'organe de garantie est l'**Assemblée fédérale** (art. 52, al. 2, en relation avec l'art. 172, al. 2, Cst.), qui procède à un contrôle abstrait des normes. Dans le cadre de ce contrôle abstrait de la conformité, l'objet de l'examen est la constitution cantonale dans son ensemble (en cas de révision totale) ou une ou plusieurs dispositions de la constitution cantonale (en cas de révision partielle).

31 La **procédure** se déroule concrètement comme suit : le canton concerné adresse d'abord une demande au Conseil fédéral, qui prépare la procédure de garantie à l'intention de l'Assemblée fédérale. La demande est mise en instance auprès de la Chancellerie fédérale. Après avoir examiné la Constitution cantonale, le Conseil fédéral formule une proposition accompagnée d'un message à l'intention de l'Assemblée fédérale, dans lequel il consigne son appréciation (garantie/non-garantie avec les considérants correspondants). L'Assemblée fédérale n'est pas liée par cette proposition, bien qu'elle y donne généralement suite. La prise en considération est obligatoire.

L'Assemblée fédérale procède – tout comme le Conseil fédéral – à un simple **contrôle de légalité**. Elle examine uniquement le contenu de la constitution cantonale, et non la manière dont celle-ci a été élaborée. À une époque où la juridiction du Tribunal fédéral fonctionne très bien, la nécessité d'un contrôle politique de la légalité par l'Assemblée fédérale peut tout à fait être remise en question. Lorsque, en particulier, le devoir de loyauté envers la Confédération prévu à l'art. 44, al. 2, Cst. est utilisé pour intégrer des considérations d'ordre politique, cela conduit à une relativisation du contrôle de légalité. De telles difficultés mettent en évidence le problème conceptuel que pose l'exercice d'un contrôle abstrait des normes par un organe politique : Dans le cadre d'un contrôle juridique, les considérations d'opportunité politique n'ont pas leur place, ce qui montre une fois de plus que le Tribunal fédéral est mieux à même d'exercer un tel contrôle abstrait des normes. 32

L'Assemblée fédérale peut refuser la garantie dans son intégralité ou seulement en partie (c'est-à-dire uniquement pour certaines dispositions constitutionnelles). Si le Conseil national et le Conseil des États statuent différemment, une simple procédure de conciliation a lieu. Le deuxième rejet constitue donc une décision de garantie négative. La décision de garantie est finalement rendue sous la forme d'un **arrêté fédéral simple** au sens de l'art. 141, al. 1, let. c, et de l'art. 163, al. 2, Cst. La décision de garantie n'est donc soumise ni au référendum facultatif, ni ne peut être contestée devant le Tribunal fédéral. 33

2. Effet juridique de l'arrêt de garantie

Selon la doctrine dominante, l'arrêt de garantie positif a **un caractère déclaratoire**, raison pour laquelle les constitutions cantonales peuvent également entrer en vigueur par anticipation. Si la constitution cantonale remplit toutes les exigences et que l'Assemblée fédérale rend un arrêt de garantie positif, plus rien ne s'oppose à l'entrée en vigueur de la constitution cantonale (si elle n'est pas déjà entrée en vigueur). Les cantons peuvent toutefois prévoir que l'octroi de la garantie par l'Assemblée fédérale constitue une condition préalable à l'entrée en vigueur, ce qui confère à la décision un effet constitutif. Une fois la garantie accordée, les constitutions cantonales sont les seuls actes législatifs cantonaux à être publiés dans le recueil systématique de la Confédération. 34

35 En cas de **non-approbation, la disposition, selon l'opinion dominante**, *ex tunc* **(depuis le moment de son adoption) devient caduque**. Dans le cas d'une révision qui vient d'être adoptée, cela a pour conséquence que le référendum populaire, même s'il a abouti, reste sans effet. Là encore, on attribue un effet déclaratoire à la décision de l'Assemblée fédérale, car une disposition nulle n'a jamais pu produire d'effets juridiques. On ne contestera toutefois pas qu'une constitution cantonale, adoptée selon la procédure prévue à cet effet et mise en vigueur conformément au droit cantonal, produit bel et bien des effets juridiques, surtout s'il n'est pas évident qu'elle viole les conditions de garantie. Un acte d'application fondé sur cette disposition devrait être révoqué, ce qui n'est pas compatible avec la théorie de la nullité. De fait, l'arrêt de garantie a donc un effet constitutif.

36 D'un point de vue dogmatique, il serait plus précis, dans ce contexte, de parler d'une nullité *ex nunc*. Les dispositions non garanties violent le droit fédéral et devraient être abrogées ou ne pas être appliquées dans le cadre d'un contrôle abstrait ou concret des normes. Pour cela, il faudrait toutefois qu'une disposition constitutionnelle cantonale puisse être examinée dans le cadre d'un contrôle abstrait et concret des normes. Une telle approche n'est toutefois pas compatible avec l'exclusion, par le Tribunal fédéral, du contrôle abstrait et concret des dispositions constitutionnelles cantonales (cf. à ce sujet N. 37). L'application de la théorie de la nullité *ex tunc* présente donc l'avantage que la base légale de l'acte d'application n'a jamais existé, raison pour laquelle la décision qui s'y fonde ne possède pas non plus de base légale. Une procédure devient superflue. Dans la pratique, on se limite à formuler qu'une disposition correspondante n'est pas garantie – ce qui revient en substance à constater la nullité.

La problématique est relativisée par le fait que les cas dans lesquels des dispositions constitutionnelles cantonales n'ont pas été garanties sont très rares.

3. Portée procédurale de la décision de garantie

37 Comme déjà mentionné, la décision de garantie a des implications procédurales : les constitutions cantonales ne peuvent pas faire l'objet d'un recours, bien qu'elles relèvent clairement du droit cantonal et que la législation applicable prévue à l'art. 82, al. 2, LTF ne prévoie aucune exception. Il en résulte que la constitution cantonale (ou certaines de ses

dispositions) ne peut être annulée par le Tribunal fédéral, même si elle viole le droit fédéral. Le Tribunal fédéral s'en tient à cette position depuis 1891. Cette exclusion s'explique par le fait que l'art. 172, al. 2, Cst., qui attribue au Parlement la compétence en matière de contrôle abstrait des normes, constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 189 Cst. À mon avis, cette exclusion se justifie directement par l'interaction entre ces deux normes : les constitutions cantonales sont garanties par l'Assemblée fédérale, ce qui constitue un acte de l'Assemblée fédérale, de sorte qu'un contrôle abstrait des normes des constitutions cantonales par le Tribunal fédéral est exclu (art. 172, al. 2, en relation avec l'art. 189, al. 4, Cst.). Même si l'on peut discuter de la déduction exacte, la doctrine semble avoir accepté l'**exclusion du contrôle abstrait de la constitutionnalité**. Cette pratique peut toutefois être remise en cause sur le fond : comme déjà évoqué dans la N. 23, les possibilités de contrôle abstrait de la constitutionnalité du Tribunal fédéral et de l'Assemblée fédérale diffèrent fortement. Il n'est donc pas certain que l'art. 172, al. 2, Cst. constitue une règle spéciale. La voie de l'art. 189, al. 4, Cst. semble plus évidente, selon lequel le contrôle de la constitution cantonale par la décision de garantie, en tant qu'acte de l'Assemblée fédérale, n'est pas susceptible de recours devant le Tribunal fédéral. Mais là encore, on pourrait objecter que la constitution cantonale elle-même n'est pas un acte de l'Assemblée fédérale. Sur le plan dogmatique, l'exclusion repose donc sur des fondements moins solides que ne le laisse supposer la longue pratique historique. Si l'on mène le débat en dehors de la question de la séparation des pouvoirs, il ne reste plus beaucoup de marge de manœuvre pour justifier cette exclusion. Il me semble donc cohérent de traiter les constitutions cantonales comme n'importe quel autre droit cantonal et d'autoriser le contrôle abstrait des normes.

38 Par respect pour la procédure de garantie de l'Assemblée fédérale et l'examen de la conformité au droit fédéral qui l'accompagne, le Tribunal fédéral s'abstient également, dans sa pratique constante, d'examiner de manière accessoire les constitutions cantonales dans le cadre d'un contrôle concret de la conformité. Cette **exclusion du contrôle accessoire** par le Tribunal fédéral est critiquée de manière quasi unanime dans la doctrine, car une telle approche n'est ni couverte par les bases légales ni justifiée sur le plan fonctionnel. Le Tribunal fédéral a certes lui-même exprimé des doutes quant à sa propre pratique, mais il a également plaidé en faveur d'extensions. On peut compléter ce débat scientifique en faisant valoir que, selon le même raisonnement, on pourrait renoncer à l'examen accessoire de la

constitutionnalité de l'ensemble du droit fédéral : n'est-il pas habituel, dans le cadre du processus législatif, que le Conseil fédéral publie un message dans lequel il examine la compatibilité et que l'Assemblée fédérale débatte sur cette base ? D'un point de vue purement factuel, ce processus pourrait également être considéré comme un examen préalable, avec pour conséquence que le Tribunal fédéral ne serait plus habilité à examiner quoi que ce soit en raison de la saisine préalable. L'examen accessoire des ordonnances fédérales est toutefois essentiel dans la pratique. Même les lois fédérales sont examinées par le Tribunal fédéral quant à leur constitutionnalité, même si le principe d'application de l'art. 190 Cst. s'applique toujours. Par comparaison, on peut donc se demander, en exagérant un peu, si le fait qu'il y ait une procédure de garantie peut conduire à ce que le Tribunal fédéral ne puisse pas remplir l'une de ses missions fondamentales. L'art. 51 Cst. n'offre, à mon avis, pas de base suffisante pour une telle retenue. Il est en effet illusoire de croire que l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral puissent examiner de manière exhaustive et complète la compatibilité de la Constitution cantonale avec l'ensemble du droit fédéral au sens de l'art. 51, al. 2, Cst. L'étendue du droit fédéral à examiner est, dans la perspective actuelle, si vaste qu'un nouvel examen s'impose de lui-même.

39 Depuis 1985, le Tribunal fédéral procède tout de même, à titre exceptionnel, à un contrôle concret des normes lorsque le droit fédéral en question – quel que soit son niveau hiérarchique – n'est entré en vigueur qu'après la procédure de garantie. Cette **exception** s'applique également aux principes constitutionnels supérieurs, non écrits et en constante évolution. L'argument qui la sous-tend est convaincant : la retenue n'est pas de mise lorsque l'Assemblée fédérale n'a eu aucune possibilité de vérifier la compatibilité avec une norme donnée. Le droit entré en vigueur ultérieurement ne devrait donc pas être pris en compte dans l'effet de la décision de garantie. L'évolution des principes constitutionnels pourrait constituer une occasion de « préciser » dans son ensemble la pratique traditionnelle en matière de contrôle concret des normes.

À propos de l'auteure

La Dr Renata Trajkova est chargée de cours en droit constitutionnel et administratif à la Haute école des sciences appliquées de Zurich (School of Management and Law) et mène des recherches à l'Institut pour la régulation et la concurrence dans le cadre de divers projets portant sur des questions de

droit de l'aménagement du territoire, de la construction et de l'environnement. Elle est coprésidente du groupe d'experts en droit de l'aménagement du territoire et rédige une thèse d'habilitation sur le droit de l'aménagement du territoire à l'Université de Saint-Gall. Elle est également avocate indépendante et chargée de cours à l'Université de Zurich.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff.

Cereghetti Remo, Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss., Winterthur 1956.

Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 2009, S. 1 ff.

Forster Peter, Eigenständigkeit der Kantone, Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts und Bundesgarantien, BV-CF 2000, S. 131 ff.

Hotz Reinhold, Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung kantonaler Verfassungen, ZBl 1982, S. 193 ff.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, VRdCH, S. 473 ff.

Kälin Walter, Überprüfung kantonaler Verfassungsbestimmungen durch das Bundesgericht, recht 1986, S. 131 ff.

Kölz Alfred, Die Zulässigkeit von Sperrfristen für kantonale Volksinitiativen, Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 51 BV, ZBl 2001, S. 169 ff.

Martenet Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Diss. Genf, Basel 1999.

Sidler Lisbeth, Gewährleistung von Kantonsverfassungen, in: Schindler Benjamin (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, S. 281 ff.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie: Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Die Schwyzer Kantonsverfassung, das Bundesgericht und die Bundesversammlung – Ein Lehrstück, in: Berner Festgabe zum Juristentag 2014, Bern 2014, S. 405 ff.

BIBLIOGRAPHY

Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.)

Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, S. 14 ff. (zit. Les constitutions cantonales)

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Staatsrecht der Kantone)

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 51 BV und Vorb. zu Art. 51–53, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).

Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 95 BV, in: Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Grégory Bovey/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. C-LTF).

Burgess Michael/Tarr Alan, Sub-national constitutions in federal systems, Ottawa 2021.

Egli Patricia/Ruch Alexander, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Eichenberger Kurt, Über Möglichkeiten und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung, ZBl 1990, S. 1 ff. (zit. Totalrevision)

Eichenberger Kurt, Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassungen, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 155 ff. (zit. Hauptfunktionen)

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Mohr 1923.

Gut Werner, Die Gewährleistung der Kantonsverfassung durch den Bund, Diss., Zürich 1928.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.

Kölz Alfred, Bundestreue als Verfassungsprinzip?, ZBl 1980, S. 145 ff.

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Pedretti Ramona, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBl 2017, S. 299 ff.

Reich Johannes, Gewährleistung der bundesstaatlichen Ordnung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2014.

Schaub Barbara, Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil. Zürich, Bern 2018.

Stöckli Andreas, Kommentierung zu 172 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Töndury Andrea Marcel, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss., Zürich 2004.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 52 Cst.

Un commentaire de Renata Trajkova

PROPOSITION DE CITATION

Renata Trajkova, Commentaire de l'art. 52 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Trajkova, art. 52 Cst. N. XXX.

Art. 52 Ordre constitutionnel

[1] La Confédération protège l'ordre constitutionnel des cantons.

[2] Elle intervient lorsque l'ordre est troublé ou menacé dans un canton et que celui-ci n'est pas en mesure de le préserver, seul ou avec l'aide d'autres cantons.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 751
II. Commentaire au sens strict 753
A. Obligation de protection de la Confédération (art. 52, al. 1, Cst.) 753
B. Obligation d'intervention (art. 52, al. 2, Cst.) 756
Lectures complémentaires recommandée 760
Bibliographie 761

I. GENÈSE

À l'instar de l'art. 51 Cst., l'art. 52 Cst. remonte à la **fondation de l'État fédéral**. Non seulement il se place systématiquement à côté de l'art. 51 Cst., mais il y est également lié sur le fond. L'art. 52, al. 1, Cst. définit une obligation de garantie de la Confédération visant à protéger l'ordre constitutionnel des cantons. L'art. 52, al. 2, régit la mesure la plus importante pour remplir cette obligation de garantie : l'intervention fédérale. 1

L'art. 52 Cst. est le **résultat de la dernière révision totale de la Constitution fédérale** (dite « mise à jour ») : son contenu était auparavant régi par l'art. 5 Cst. de 1848 et 1874 (garantie du territoire et de la souveraineté des cantons) et par l'art. 16 Cst. de 1848 et 1874 (intervention fédérale). Lors de la mise à jour, ces dispositions ont été, dans la mesure du possible, regroupées, raccourcies et partiellement transférées vers d'autres normes (cf. à ce sujet N. 3, ainsi que N. 8 s.). 2

L'art. 5 Cst. de 1848 et 1874, qui est aujourd'hui inscrit à l'art. 52, al. 1, Cst., comprenait dans sa version initiale la garantie par la Confédération du territoire, de la souveraineté et de l'ordre constitutionnel des cantons et garantissait en outre la liberté et les droits du peuple ainsi que les droits constitutionnels des «citoyens». La disposition antérieure allait ainsi plus loin que la norme actuelle : la garantie de recours de la Confédération visant à protéger les droits fondamentaux inscrits dans les constitutions cantonales a été transférée à l'art. 189, al. 1, let. d et f, Cst. Selon le libellé actuel de l'art. 52, al. 1, Cst., la protection individuelle des droits fondamentaux ne relève en principe plus de cette garantie fédérale. La garantie du territoire et de l'existence, également mentionnée dans la version originale, figure aujourd'hui à l'art. 53 Cst. La «souveraineté» évoquée n'est plus mentionnée séparément, hormis dans la disposition générale de l'art. 3 Cst. L'art. 52, al. 1, Cst. ne couvre donc plus que la protection de l'ordre constitutionnel. 3

L'art. 52, al. 2, Cst. régit quant à lui l'intervention fédérale, qui était auparavant inscrite à l'**art. 16, al. 1 à 4, Cst. de 1848 et 1874**. Par cette intervention, la Confédération devait rétablir la sécurité et l'ordre intérieurs dans un canton, dans la mesure où le canton concerné n'était pas ou n'était plus en mesure de le faire. L'art. 16 Cst. de 1848 et de 1874 faisait encore la distinction entre (1) les conditions et (2) les modalités de l'intervention fédérale. Dans la 4

conception du constituant de l'époque, les gouvernements cantonaux devaient, en cas de graves perturbations de la sécurité intérieure, solliciter d'abord l'aide du Conseil fédéral, puis celle d'autres cantons, dans la mesure où la Confédération n'était pas en mesure d'intervenir. En outre, une intervention de l'autorité fédérale compétente – qui peut varier selon le cas d'espèce (cf. à ce sujet les mesures sous N. 13) – était prévue en cas de menace et non pas seulement en cas de perturbation de la sécurité de la Suisse (art. 16, al. 2, Cst. 1848 et 1874). Sous le titre des « mesures nécessaires », une distinction était faite entre les interventions fédérales non armées et armées (art. 16, al. 1, Cst. 1848 et 1874). Après la Seconde Guerre mondiale, l'idée s'est imposée qu'il fallait éviter les interventions de l'armée sur le territoire national et recourir plutôt aux moyens policiers civils des cantons. Une intervention fédérale devait constituer une exception absolue. Ce principe de l'*ultima ratio* caractérise encore aujourd'hui l'intervention fédérale. La reformulation de l'art. 52 Cst. de 1999 renonce à toutes ces distinctions par rapport aux versions (identiques) de 1848 et 1874. Seul le principe de subsidiarité a été conservé.

5 Dans ce contexte, l'intervention fédérale n'a aujourd'hui plus **aucune importance pratique**. La dernière intervention fédérale remonte à 1932, les neuf autres ayant eu lieu au XIXe siècle. La plupart des interventions ont eu lieu dans le canton du Tessin, mais il s'agissait d'opérations très différentes, concernant par exemple le conflit qui a opposé pendant des décennies les libéraux et les conservateurs dans le canton ou la défense contre des menaces extérieures. La dernière intervention fédérale est celle du 9 novembre 1932 dans le canton de Genève, lors de laquelle l'école de recrues de Lausanne a été chargée de contenir les affrontements entre socialistes radicaux et extrémistes de droite.

6 Le fait qu'il n'existe que peu d'exemples d'interventions fédérales ne signifie toutefois pas que la garantie fédérale prévue à l'art. 52 Cst. doive être remise en cause en tant que telle : en raison de sa légitimité historique et de son effet préventif en tant que signal d'alerte relevant du droit fédéral, cette norme est **indispensable**. On ne peut toutefois nier que la garantie de la protection de l'ordre constitutionnel relève aujourd'hui avant tout de la compétence du Tribunal fédéral. Par sa jurisprudence, le Tribunal fédéral, en tant que juridiction suprême et instance de dernier ressort, parvient à contribuer de manière plus subtile au maintien de l'ordre constitutionnel des cantons. On

peut penser, par exemple, au recours en matière de droit de vote prévu à l'art. 82, let. c, LTF, dans le cadre duquel le Tribunal fédéral peut examiner librement le droit constitutionnel, législatif et réglementaire cantonal, pour autant que celui-ci soit étroitement lié au droit de vote et d'éligibilité.

II. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Obligation de protection de la Confédération (art. 52, al. 1, Cst.)

La garantie fédérale impose à la Confédération (cf. note 19 concernant la compétence) de protéger l'État de droit cantonal contre des perturbations graves et imminentes telles que des troubles ou des crises constitutionnelles. La disposition relative à l'ordre constitutionnel fait de la **Confédération le garant** « du respect universel de tous les éléments essentiels de la souveraineté cantonale : l'ordre constitutionnel et les droits et libertés du peuple cantonal ». 7

La **notion d'«ordre constitutionnel»** fait l'objet d'interprétations divergentes dans la doctrine. Elle se réfère en principe au droit constitutionnel cantonal dans son ensemble. L'ordre constitutionnel renvoie aux fondements de la Confédération suisse et constitue ainsi une condition constitutionnelle de l'État fédéral suisse. En liaison avec l'art. 51 Cst., cela ne peut donc désigner que ce qui a été garanti par la Confédération. Il ressort toutefois de l'interaction entre l'art. 51 Cst. et l'art. 52 Cst. que l'autonomie cantonale est également protégée en tant que telle. Conjointement avec l'art. 47 Cst., selon lequel la Confédération préserve l'autonomie des cantons, les art. 51 et 52 Cst. garantissent ainsi également l'autonomie cantonale. 8

Il découle de la fonction de cette disposition en tant que garantie fédérale que le point de référence de la garantie est l'ordre constitutionnel des cantons. Ce n'est donc pas l'ordre constitutionnel de la Confédération qui est garanti, mais celui des cantons, que la Confédération s'engage à protéger et à maintenir. Parallèlement, l'histoire et les versions antérieures montrent que la formulation « ordre constitutionnel » recouvre davantage que ne le laisse supposer le libellé actuel. En effet, la formulation antérieure est déterminante pour la compréhension de l'ordre constitutionnel : selon l'art. 5 Cst. de 1848 et 1874, « la souveraineté et l'ordre constitutionnel des cantons » étaient 9

protégés. Le libellé actuel de l'art. 52 Cst. ne mentionne que l'ordre constitutionnel, tandis que la souveraineté n'apparaît plus dans le libellé en vigueur de cette disposition. Il n'est toutefois pas documenté qu'il y ait eu intention de s'écarter du contenu de l'ordre constitutionnel, tel qu'il était encore décrit comme « la souveraineté et l'ordre constitutionnel des cantons ». Il va sans dire, mais cela fait toujours partie de l'art. 52 Cst., que la souveraineté d'un canton fait partie de son ordre constitutionnel. En d'autres termes, rien n'indique que la répartition de l'art. 5 Cst. de 1848 et 1874 en plusieurs dispositions distinctes ait été accompagnée d'une interprétation plus restrictive de l'ordre constitutionnel. La notion de « souveraineté » au sens de l'art. 3 Cst. (« Les cantons sont souverains dans la mesure où leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale ») nécessite quant à elle une interprétation. Elle désigne ce qui fait du canton un « État » constitutionnel. Cela inclut notamment l'autonomie cantonale sous toutes ses facettes. Ces aspects historiques plaident donc en faveur d'une conception large de l'ordre constitutionnel (pour la délimitation par rapport à la surveillance fédérale prévue à l'art. 49, al. 2, Cst., cf. N. 16). L'ordre constitutionnel des cantons englobe toutes les normes qui font partie de l'ordre constitutionnel des cantons (et donc en particulier l'autonomie cantonale).

10 On trouve dans la doctrine l'affirmation selon laquelle l'obligation de la Confédération au sens de l'art. 52, al. 1, Cst. existe indépendamment de l'existence d'une perturbation ou d'une menace au sens de l'art. 52, al. 2, Cst. On peut toutefois difficilement imaginer des cas où il n'y aurait pas simultanément une perturbation ou une menace de l'ordre constitutionnel. Dans la pratique, l'obligation de protection s'applique donc principalement en cas de **perturbations ou de menaces,** car ce n'est qu'alors qu'il existe un besoin de protection : il s'agit avant tout de protéger l'État de droit cantonal contre les attaques illégales émanant d'autres cantons, mais aussi contre les mouvements insurrectionnels ainsi que contre les interventions de la Confédération elle-même (lorsque les perturbations ou les menaces proviennent des autorités fédérales). Cela inclut notamment l'abus de pouvoir, les émeutes, les actes de sabotage, les guerres civiles régionales ou les tentatives de coup d'État. Les perturbations ou menaces pesant sur l'ordre constitutionnel se manifestent de différentes manières : les problèmes intracantonaux peuvent prendre la forme de conflits liés à la séparation des pouvoirs (par exemple lorsque l'exécutif ignore systématiquement le législatif) ou aller jusqu'à une inaction totale (par exemple lorsqu'une autorité refuse

d'organiser un référendum malgré l'obligation qui lui incombe). L'ordre constitutionnel d'un canton peut également être compromis lorsque les organes cantonaux ne sont plus opérationnels, par exemple parce que le gouvernement démocratiquement élu n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions. Ces situations ont en commun le fait qu'elles constituent des cas de surmenage des forces de sécurité cantonales. La Confédération est tenue de veiller à ce que les conflits politiques dans les cantons ainsi que les relations entre les cantons se déroulent dans le cadre constitutionnel. Elle contribue ainsi à empêcher que les conflits cantonaux n'aillent jusqu'à déstabiliser la Confédération elle-même.

Il n'est **pas nécessaire que l'ordre public soit affecté dans l'ensemble du canton** ; il suffit qu'une telle situation se produise quelque part sur le territoire cantonal. Il est difficile de tracer la ligne de démarcation avec l'état de nécessité, qui n'est pas couvert par l'art. 52 Cst., qui concerne plusieurs cantons et permet l'application du droit d'urgence. Cela tient notamment au fait que l'état de nécessité ou le droit d'urgence n'est pas expressément réglementé, mais découle implicitement des art. 165, 184 et 185 Cst. De par sa conception, l'art. 52 Cst. s'applique sans doute toujours lorsqu'il ne s'agit que d'un ou, au maximum, de deux cantons. Si, en revanche, le conflit devient un problème à l'échelle nationale, il convient de procéder en se fondant sur le droit d'urgence prévu par la Constitution. 11

Contrairement à l'al. 2, l'art. 52, al. 1, Cst. ne se prononce pas sur la question de savoir **quand la Confédération doit agir**. En raison de leur large autonomie organisationnelle, les cantons sont en principe eux-mêmes responsables d'assurer la protection de leur ordre constitutionnel cantonal. Les obligations de protection découlant de l'art. 52 Cst. ne constituent donc que des exigences fédérales subsidiaires ayant un faible impact pratique. Si un canton n'est pas en mesure d'écarter lui-même la menace ou l'atteinte grave, l'obligation de protection prévue à l'art. 52, al. 1, Cst. s'applique et le droit d'intervention de la Confédération prévu à l'art. 52, al. 2, Cst. entre en jeu. 12

Les **mesures** par lesquelles la Confédération peut s'acquitter de son obligation de garantie sont multiples et ne sont pas énumérées à l'art. 52 Cst. (pour le rapport avec l'intervention fédérale, cf. N. 15 et pour la délimitation par rapport à la surveillance fédérale, cf. N. 16). Une option importante est la voie judiciaire, qui reste ouverte même en cas de troubles et de crises constitutionnelles. Les actes souverains des tribunaux cantonaux de dernière 13

instance peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public (ou, selon le cas, d'un recours constitutionnel subsidiaire) devant le Tribunal fédéral. Les particuliers peuvent invoquer la violation de droits constitutionnels ainsi que du principe de la séparation des pouvoirs. En tant que mesure au sens de l'art. 52 Cst., cette démarche n'est toutefois appropriée que dans une mesure limitée, car le Tribunal fédéral ne peut adopter qu'une perspective au cas par cas. Le Tribunal fédéral peut toutefois, dans le cadre du contrôle abstrait des normes, adopter une perspective plus large que lors de l'examen d'actes individuels. Une autre relativisation de la voie de droit résulte du fait que l'ordre judiciaire fédéral ne connaît pas de procédure de recours pour les conflits entre organes intracantonaux, qui sont régulièrement à l'origine des cas d'application de l'art. 52 Cst. Le recours administratif des autorités fédérales relève de la surveillance fédérale (cf. à ce sujet N. 16). Lors du choix des mesures visant à respecter l'obligation de garantie, il convient de respecter les principes généraux de l'État de droit.

14 Les cantons doivent en principe veiller au maintien de l'ordre constitutionnel, si nécessaire par des moyens policiers. Si les moyens cantonaux font défaut ou s'avèrent d'emblée insuffisants, il convient de solliciter l'aide des autres cantons. Si celles-ci ne suffisent pas non plus, le canton peut demander à la Confédération de mobiliser **des troupes pour assurer le maintien de l'ordre**. La Confédération se réserve toutefois toujours le droit de décider de la mobilisation et du commandement. Le service d'ordre n'a toutefois qu'une importance pratique limitée. L'engagement de l'armée prend aujourd'hui la forme du service d'assistance, tel qu'il a été récemment mis en œuvre lors de la pandémie de Covid-19. Le rôle de l'armée se limite à prêter main-forte aux autorités civiles à la demande de celles-ci. La mobilisation et l'affectation dans les cantons sont assurées par la Confédération.

B. Obligation d'intervention (art. 52, al. 2, Cst.)

15 L'art. 52, al. 2, consacre un paragraphe distinct à l'intervention de la Confédération. Il s'agit là d'un cas d'application historiquement important des mesures de garantie. Par « intervention de la Confédération » (ou « intervention fédérale » ; « Intervention de la Confédération » ; « Intervento della Confederazione »), on entend l'**intervention de la Confédération en cas de trouble ou de menace immédiate de l'ordre public** dans un canton. L'intervention de la Confédération vise à rétablir l'ordre public dans

un canton. La relation avec les autres mesures visant à remplir l'obligation de garantie est parfois floue et n'est pas non plus explicitement abordée. Alors que certaines mesures prévues à l'art. 52, al. 1, Cst. peuvent revêtir un caractère préventif (p. ex. service d'assistance de l'armée ou recours devant le Tribunal fédéral), l'intervention fédérale a, en raison de ses conditions supplémentaires (N. 17), un caractère fondamentalement répressif. Cela n'exclut toutefois pas que d'autres mesures (moins sévères) puissent être ordonnées simultanément dans le cadre d'une intervention fédérale.

16 La délimitation par rapport à la surveillance fédérale prévue à l'art. 49, al. 2, Cst. reste également discutable. Selon l'art. 49, al. 2, Cst., la Confédération veille au respect du droit fédéral par les cantons. Pour Schweizer/Müller, la surveillance fédérale constitue un instrument de la Confédération pour remplir la garantie fédérale prévue à l'art. 52 Cst. Biaggini distingue en revanche l'action dans le cadre de la surveillance fédérale et de l'exécution fédérale au sens de l'art. 49 Cst., même s'il concède que les champs d'application peuvent se recouper. Contrairement à l'**exécution fédérale**, qui vise à faire respecter le droit fédéral, l'intervention fédérale a pour but de protéger les autorités fidèles à la Confédération mais débordées. Alors que les mesures d'intervention fédérale ont en principe un effet favorable pour un canton, l'exécution fédérale implique en revanche une ingérence de la Confédération dans le cadre de sa surveillance d'un canton. Les limites peuvent être floues.

17 L'intervention fédérale est subordonnée à deux conditions cumulatives : premièrement, il doit exister une **perturbation ou une menace imminente ou déjà survenue de l'ordre constitutionnel des cantons**. La perturbation doit être comprise au sens strict ; sont visés les événements difficilement contrôlables (tentatives de coup d'État, soulèvements ou même menaces graves pesant sur des infrastructures critiques) susceptibles de déstabiliser le canton en tant qu'institution (cf. N. 10).

18 Deuxièmement, la **subsidiarité** doit être respectée ; une intervention fédérale n'entre en ligne de compte que si le canton concerné n'est pas en mesure de remédier à la perturbation par ses propres moyens ou avec l'aide d'autres cantons. L'aide d'autres cantons peut consister à faire appel aux forces de police d'autres cantons par le biais de concordats ou de l'IKAPOL. Les cantons doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter une

perturbation et rétablir l'ordre public en cas de perturbation. La Confédération n'assume qu'une responsabilité subsidiaire en dernier ressort.

19 L'intervention fédérale peut être ordonnée tant par l'Assemblée fédérale que par le Conseil fédéral (art. 173, al. 1, let. b, Cst. et art. 185, al. 2, Cst.). La **compétence** du Conseil fédéral revêt surtout de l'importance en dehors des sessions parlementaires et en cas d'urgence. La décision d'intervention est prise d'office ou à la demande d'un canton.

20 De nombreuses mesures d'intervention peuvent être envisagées – ces possibilités sont notamment limitées par le principe de proportionnalité. Les autorités compétentes disposent d'une marge d'appréciation. Cela a des implications de grande portée : dans la littérature, la question de savoir si une intervention fédérale autorise également à **contourner l'ordre constitutionnel des compétences** n'a – pour autant que l'on puisse en juger – pas été abordée. En d'autres termes, la Confédération peut-elle aller plus loin parce qu'elle remplit les conditions d'une intervention fédérale ? Le fait que l'intervention fédérale implique précisément d'intervenir dans des domaines relevant de l'autonomie des cantons plaide certainement en ce sens. Un gouvernement cantonal qui ne fonctionne plus (par exemple en cas d'inaction ou de démission de tous ses membres sans succession) est, par principe, une affaire cantonale. Si la Confédération intervient dans un tel cas, elle enfreint, d'un point de vue formel, la répartition constitutionnelle des compétences. Cette problématique est toutefois relativisée par le fait que l'intervention fédérale, au sens large, se fait en faveur du canton concerné et est soumise à des conditions qui respectent la répartition des compétences et recommandent une approche prudente. Le canton a donc intérêt à ce que la Confédération intervienne. Théoriquement, le choix et l'application des mesures d'intervention restent toutefois susceptibles d'abus.

21 Les mesures d'intervention qui s'imposent en premier lieu sont l'**envoi d'un commissaire ou d'une commissaire** ou un engagement de l'armée. La mission reste la même, à savoir rétablir l'ordre public dans le canton. Cette personne déléguée représente le Conseil fédéral sur place et est habilitée à prendre toutes les mesures qui s'avèrent nécessaires au vu des circonstances. Cette disposition lui confère une marge d'appréciation quasi illimitée. Cette flexibilité se fait au détriment de la vérifiabilité : sans directives claires, il n'est pas possible de contrôler la légalité de la procédure.

Lors de l'**engagement de l'armée sur ordre de la Confédération** dans le cadre d'une intervention fédérale, il convient de respecter les compétences particulières qui existent dans ce domaine : l'Assemblée fédérale est en premier lieu compétente pour la mobilisation des troupes en vertu de l'art. 173, al. 1, let. d, Cst. En cas d'urgence, la Constitution fédérale attribue cette compétence au Conseil fédéral (art. 185, al. 4, 1re phrase, Cst.). Si plus de 4 000 militaires sont mobilisés ou s'il apparaît que l'engagement durera plus de trois semaines, le Conseil fédéral doit convoquer l'Assemblée fédérale et lui laisser le soin de décider (art. 185, al. 4, phrase 2, Cst.). 22

L'Assemblée fédérale statue sur la prise en charge des **frais** liés à l'intervention fédérale qui a eu lieu. Contrairement à l'art. 43 du projet de 1996 et à ses versions antérieures, l'al. 2 renonce à une réglementation expresse de la prise en charge des frais. Lors des débats parlementaires, la réglementation de la prise en charge des frais a été jugée inconstitutionnelle. 23

Alors que la Confédération doit intervenir lorsque les conditions sont réunies, la question de savoir à partir de quand elle est autorisée à intervenir (**droit d'intervention vs obligation d'intervention**) n'est pas claire. Les principes de proportionnalité peuvent éventuellement plaider en faveur d'un pouvoir d'intervention anticipé. Un examen de la version antérieure de l'art. 52, al. 2, Cst. (art. 16 Cst. de 1848 et 1874) montre toutefois que la norme doit également respecter le système de répartition des compétences, raison pour laquelle une intervention précoce pourrait être incompatible avec la primauté cantonale. Avec la révision constitutionnelle de 1999, le constituant a considérablement simplifié l'article sur l'intervention par rapport à la version antérieure, ce qui rend désormais en principe possibles des mesures préventives. Conformément à l'art. 44, al. 1, Cst. (collaboration entre la Confédération et les cantons), qui comprend notamment le principe d'un exercice modéré des compétences, la Confédération n'interviendra toutefois pas avant d'avoir clarifié avec les cantons la situation et les possibilités d'intervention. Compte tenu de l'étendue des possibilités, il convient de ne faire usage du droit d'intervention qu'avec retenue. 24

La question de savoir **contre qui** une intervention fédérale peut être dirigée est également controversée. Afin de concrétiser le caractère protecteur de l'art. 52, al. 2, Cst., aucune pratique restrictive ne devrait s'appliquer ici. Il convient tout à fait d'inclure également les personnes qui, indépendamment de leur fonction, mettent en danger l'ordre constitutionnel (par exemple les 25

groupes terroristes ou d'anciens titulaires de fonctions officielles). En revanche, il devrait être clair que la protection des droits fondamentaux subsiste même en cas d'intervention fédérale. En cas d'actes matériels illicites ou de décisions erronées résultant d'interventions fédérales, les éventuelles demandes de dommages-intérêts doivent être traitées conformément aux art. 135 ss de la loi sur l'armée et, à titre subsidiaire, conformément à la loi sur la responsabilité.

À propos de l'auteure

La Dr Renata Trajkova est chargée de cours en droit constitutionnel et administratif à la Haute école des sciences appliquées de Zurich (School of Management and Law) et mène des recherches à l'Institut pour la régulation et la concurrence dans le cadre de divers projets portant sur des questions de droit de l'aménagement du territoire, de la construction et de l'environnement. Elle est coprésidente du groupe d'experts en droit de l'aménagement du territoire et rédige une thèse d'habilitation sur le droit de l'aménagement du territoire à l'Université de Saint-Gall. Elle est également avocate indépendante et chargée de cours à l'Université de Zurich.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Bernard Frédéric, État de droit et situations extraordinaires, in: Diggelmann Oliver et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 979 ff.

Eichenberger Kurt, Die Sorge für den inneren Frieden als primäre Staatsaufgabe, ZBl 1977,
S. 433 ff.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 30, S. 473 ff.

Lienhard Andreas/Häsler Philipp, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR III/1, Basel 2008,
S. 95 ff.

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Diss. Basel, Egg 2009.

Ruch Alexander, Äussere und innere Sicherheit, VRdCH, S. 889 ff.

Trajkova Renata, Kommentierung zu Art. 51 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv51, Version 08.06.2026.

Vez Jean-Luc, Le pouvoir de disposer des moyens stratégiques dans la défense générale, Diss., Freiburg 1985.

Zeller René, Ruhe und Ordnung in der Schweiz, Diss., Zürich 1990.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Comm.).

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar,2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 52 BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft VE 1996).

Bundesrat, Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 ff. (zit. Botschaft Totalrevision BV).

Macheret Augustin, Kommentierung zu Art. 16 aBV, in: Aubert Jean-François et. al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Loseblatt, Basel et. al. 1987–1996 (zit. Komm. aBV).

Martenet Vincent, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand Constitution fédérale, Band 1, Basel 2021 (zit. CR).

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Diss. Basel, Egg 2009.

Rechsteiner David, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss., St. Gallen 2016.

Ruch Alexander, § 56 Äussere und innere Sicherheit, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 889 ff.

Schweizer Rainer/Müller Reto Patrick, Kommentierung zu Art. 52 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et. al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Band 1, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit. SGK).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 55 Cst.

Un commentaire de Simon Mazidi

PROPOSITION DE CITATION

Simon Mazidi, Commentaire de l'art. 55 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Mazidi, art. 55 Cst. N. XXX.

Art. 55 Participation des cantons aux décisions de politique extérieure

[1] Les cantons sont associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels.

[2] La Confédération informe les cantons en temps utile et de manière détaillée et elle les consulte.

[3] L'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées. Dans ces cas, les cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 765
II. Contexte 766
A. Importance 766
B. But 768
C. Limite 769
D. Mise en œuvre 769
E. Protection juridique 770
F. Intégration européenne 772
III. Droits de participation spécifiques des cantons aux décisions de politique extérieure 774
A. Principe de participation (al. 1) 774
1. Destinataires et titulaires des droits de participation 774
2. Décisions de politique étrangère 775
3. L'affectation de compétences ou d'intérêts essentiels 776
4. Préparation de la décision 777
B. Formes des droits de participation (al. 2) 779
1. Droit à l'information 779
2. Consultation des cantons 781
C. Droits de participation particuliers (al. 3) 783
1. Droit de prise en compte qualifié 783
2. Droit de participer à des négociations 785
Lectures complémentaires recommandées 786
Bibliographie 787
Matériaux 792

I. HISTORIQUE

Dans le cadre de l'accélération du processus d'intégration européenne et notamment des négociations d'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE), il est apparu clairement à quel point les compétences des cantons pouvaient être touchées par des accords internationaux. Dans le cadre des négociations sur l'EEE, l'implication des cantons a donc été renforcée en recourant à l'organe de contact Confédération-cantons existant à l'époque pour la coordination. L'étroite imbrication a toutefois mis en évidence la nécessité d'institutionnaliser davantage l'implication des cantons. En conséquence, des droits d'information et de participation auraient été accordés aux cantons par la Constitution lors de l'adhésion et en vue de la mise en œuvre et du développement du droit de l'EEE. De cette manière, une information et une consultation à court terme ainsi qu'une participation accrue des cantons à la politique européenne de la Confédération auraient été garanties par le droit constitutionnel. Dans son message sur l'adhésion à l'EEE, le Conseil fédéral a toutefois déjà affirmé que l'implication des cantons allait de toute façon de soi. Par conséquent, il a jugé opportun de prévoir une disposition constitutionnelle sur le droit de consultation des cantons uniquement "[pour] des raisons politiques et non juridiques [...]". 1

Après l'échec de l'adhésion à l'EEE dans les urnes, le Conseil fédéral et les gouvernements cantonaux ont convenu de poursuivre la collaboration conformément à la disposition constitutionnelle alors proposée dans l'arrêté fédéral sur l'EEE du 9 octobre 1992. Le Conseil fédéral a ensuite accepté d'examiner la création d'une base juridique pour la participation des cantons à la politique étrangère. Il a suivi en cela la proposition de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), constituée entre-temps, qui a suggéré à cet effet la mise en place d'un groupe de travail paritaire composé de représentants de la Confédération et des cantons. Le groupe de travail paritaire "Participation des cantons" a alors élaboré, avec l'aide de l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, un projet de loi fédérale sur la participation des cantons à la politique étrangère. A la demande de la CdC, le projet a été appliqué provisoirement dès l'automne 1996, avant son entrée en vigueur, conformément à son esprit. L'Assemblée fédérale n'a adopté la loi fédérale qu'en 1999, après des discussions approfondies. Le cœur du débat parlementaire était la nécessité discutable de la loi fédérale. En s'appuyant sur 2

le dicton de Montesquieu selon lequel "[...] les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires [...]", on a fait valoir que la collaboration fonctionnait déjà bien dans la pratique sur la base du droit en vigueur et que le nouvel article constitutionnel contenait de toute façon déjà tous les points importants de la participation. Lors du vote final du 22 décembre 1999, tant le Conseil national que le Conseil des Etats ont toutefois clairement approuvé le projet de loi. La loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure (LFPC) est entrée en vigueur le 1er juillet 2000.

3 Dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale, les droits de participation des cantons ont d'abord été introduits comme variante à la disposition générale sur la compétence en matière d'affaires étrangères. La variante proposée correspondait largement à la disposition constitutionnelle qui figurait dans l'arrêté fédéral sur l'EEE du 9 octobre 1992. Dans le projet de constitution de 1996, les droits de participation cantonaux ont ensuite été transférés dans une disposition constitutionnelle autonome. Comme il s'agissait d'une pratique existante qui devait être ancrée dans la Constitution, la proposition ne constituait pas, dans sa forme, une innovation politico-juridique. Les débats parlementaires ont révélé une forte approbation du projet du Conseil fédéral. La seule modification de fond a été la suppression de l'art. 50 al. 3 AP (1996), selon lequel les cantons doivent mettre en œuvre les obligations internationales de la Suisse qui relèvent de leur compétence. Cette suppression a été motivée par le fait que l'obligation générale des cantons de mettre en œuvre le droit fédéral, dont fait partie le droit international, était déjà inscrite ailleurs et de manière fondamentale dans le projet de constitution.

II. CONTEXTE

A. Importance

4 La compétence globale de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères est aujourd'hui incontestée en raison de son ancrage dans le droit positif à l'art. 54, al. 1, Cst. Dans les jeunes années de l'Etat fédéral, ce domaine faisait en revanche encore l'objet d'un conflit de compétences largement irrésolu. La Confédération a suivi la maxime "unité des membres de la Confédération à l'extérieur, indépendance de ceux-ci à l'intérieur", raison pour laquelle elle a conclu de nombreux accords dans des domaines qui, sur

le plan interne, relevaient de la compétence des cantons. Certains cantons n'étaient cependant pas disposés à accepter une compétence fédérale aussi étendue : "Les cantons périphériques du Tessin, de Bâle-Campagne et de Genève, notamment, n'ont pas cessé de se rebeller contre l'aiguillon fédéral". La résistance de certains cantons s'est clairement manifestée dans le traité de 1864 entre la Suisse et la France : en accordant sans distinction la liberté d'établissement à tous les ressortissants français et en prévoyant des dispositions pour protéger la propriété intellectuelle des artistes français, la Confédération a fait fi de l'ordre constitutionnel des compétences en vigueur dans les relations internes. Par la suite, tant le gouvernement du canton de Bâle-Campagne, par le biais d'un recours, qu'une pétition dans le canton de Genève ont dénoncé une violation de l'ordre des compétences garanti par la Constitution. Cela a finalement remis en question l'applicabilité des traités internationaux correspondants. De telles tentatives de nullification, par lesquelles les cantons se plaignaient de l'inconstitutionnalité de traités internationaux, ont été le véritable déclencheur de la primauté du droit international public, telle qu'elle se trouve aujourd'hui à l'art. 190 Cst.

Suite à l'extension considérable des compétences législatives au niveau fédéral au cours du 20e siècle, l'asymétrie entre la compétence de conclure des traités et la compétence législative a connu un affaiblissement. Les traités internationaux touchent de plus en plus de domaines qui ont un lien direct avec les compétences fédérales. A l'exception du droit civil et de la procédure pénale, qui n'ont été unifiés qu'au début du nouveau millénaire, il existait encore des liens substantiels avec les compétences cantonales dans les domaines de la (double) imposition, de la culture, de la formation et de la poursuite pénale. Les tensions fédérales ne sont réapparues qu'avec l'augmentation qualitative et quantitative de l'importance du droit international. L'intégration européenne croissante, qui a eu des répercussions sur de nombreux domaines de compétence cantonaux, a occupé le devant de la scène. Comme nous l'avons expliqué au début (voir n. 1 ss.), cela a conduit à l'institutionnalisation et à la constitutionnalisation des droits de participation cantonaux, tels qu'ils sont définis aujourd'hui à l'art. 55 Cst. et dans la LFPC. 5

La mise en perspective de l'histoire constitutionnelle montre que la genèse de l'art. 55 Cst. est étroitement liée à l'émergence d'une compétence globale de la Confédération en matière de conclusion de traités internationaux. Elle montre en outre que l'importance des droits de participation réside dans une 6

compensation partielle de la compétence globale de la Confédération en matière d'affaires étrangères. En effet, en raison de la centralisation du pouvoir extérieur, aujourd'hui inscrite à l'art. 54, al. 1, Cst. et de la compétence globale de conclure des traités qui en découle, la Confédération peut, pour les matières à régler, aller au-delà de ce que la Constitution lui accorde à l'intérieur par le biais des compétences législatives. Du point de vue du fédéralisme, le risque existe que la répartition des compétences au niveau national soit insidieusement vidée de sa substance par le biais de traités internationaux. C'est pourquoi la Confédération s'est toujours imposée une réserve fédéraliste lorsque des traités internationaux concernent les compétences des cantons. L'art. 54, al. 3, Cst. l'oblige aujourd'hui expressément à respecter cette courtoisie fédéraliste. L'art. 55 Cst. fournit ensuite, avec les droits de participation, les instruments permettant de réaliser concrètement le devoir d'égards de la Confédération prévu à l'art. 54, al. 3, Cst. Les instruments définis à l'art. 55 Cst. et dans la LFPC servent ainsi à concrétiser un contrepoids fédéral à la compétence globale de conclure des traités.

B. But

7 Le but des droits de participation cantonaux est défini expressément - mais de manière non exhaustive - à l'art. 2 LFPC. La participation doit garantir que les intérêts cantonaux soient pris en compte lors de la préparation et de la mise en œuvre des décisions de politique extérieure de la Confédération (let. a). Il s'agit ainsi d'intégrer suffisamment tôt les intérêts cantonaux dans les projets de politique extérieure de la Confédération qui sont importants pour les cantons.

8 La participation doit en outre contribuer à ce que les compétences des cantons soient, dans la mesure du possible, préservées lors de la conclusion, de la modification et de la dénonciation de traités internationaux (let. b). Il s'agit ainsi d'éviter ou du moins de réduire la menace de perte de compétences des cantons en raison de l'interdépendance internationale croissante.

9 Outre la défense efficace des intérêts et des compétences cantonales, les structures de participation doivent également garantir une meilleure assise de la politique extérieure de la Confédération sur le plan intérieur (let. c). Une concertation étroite avec les cantons lors de la préparation des décisions est

notamment utile parce que ceux-ci sont généralement responsables de la mise en œuvre des traités internationaux contenant des dispositions fixant des règles de droit.

C. Limite

10 La solution choisie à l'art. 55 Cst. pour l'implication des cantons dans la politique extérieure de la Confédération ne parvient pas à compenser entièrement la compétence globale de la Confédération en matière d'affaires étrangères. La compensation n'existe que dans la mesure où les cantons se voient accorder des droits constitutionnels de participation à la politique extérieure de la Confédération. L'art. 1, al. 3, LFPC prévoit donc également comme limite que la participation ne doit pas entraver la capacité d'action de la Confédération en matière de politique extérieure. Cela découle en principe déjà de la répartition constitutionnelle des compétences dans le domaine des affaires étrangères. En mentionnant cette limite, la LFPC délimite toutefois expressément le cadre de ce qui est juridiquement admissible.

11 Les cantons ne disposent ni d'un droit d'instruction ni d'un droit de codécision pour les décisions de politique extérieure qui concernent leurs compétences ou touchent à des intérêts essentiels. La Confédération peut donc "[...] si nécessaire, prendre des décisions qui ne correspondent pas aux idées des cantons". La fonction de l'art. 55 Cst. se limite donc à créer des structures de participation lors de la préparation des décisions de politique extérieure. Cela exprime en fin de compte une conception coopérative du fédéralisme, qui mise moins sur une stricte délimitation des compétences que sur une collaboration partenariale.

D. Mise en œuvre

12 L'adoption de la LFPC a permis de transposer dans la loi les principes constitutionnels de participation proposés dans le cadre des négociations sur l'EEE, qui ont ensuite été repris dans l'art. 55 Cst. La mise en œuvre au niveau de la loi ne va toutefois guère au-delà des garanties constitutionnelles de participation de l'art. 55 Cst. Les dispositions légales n'ont donc qu'un faible contenu normatif autonome. On trouve quelques concrétisations de l'art. 55 Cst. dans le fait que le soutien interne de la politique extérieure de la Confédération est mentionné comme but supplémentaire (art. 2 let. c LFPC) et que la Confédération a l'obligation de motiver les écarts par rapport aux

avis des cantons dans le cadre de la pondération particulière prévue à l'art. 55 al. 3 Cst. D'autres différences résident dans le fait que la LFPC désigne expressément la capacité d'action de la Confédération en matière de politique extérieure comme une limite à la participation des cantons (art. 1, al. 3, LFPC) et qu'une obligation d'information réciproque est prévue (art. 3, al. 1, LFPC).

13 L'exemple de la convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen/Dublin permet de constater une plus grande concrétisation dans la pratique (voir n. 17). D'un point de vue général, il convient toutefois de constater que les formulations ouvertes et imprécises des droits de participation dans l'art. 55 Cst. et dans la LFPC ne permettent guère de déduire des directives concrètes pour l'aménagement normatif des droits de participation. Tant l'art. 55 Cst. que sa concrétisation actuelle dans la LFPC n'établissent que des formes de participation faiblement formalisées. L'ouverture permet certes d'aménager de manière flexible le degré d'implication des cantons en fonction de la décision concrète de politique extérieure et de procéder à des adaptations rapides en cas de changement de la situation de politique extérieure. Cette ouverture se fait toutefois au détriment d'une conception différenciée qui pourrait régler de manière plus substantielle l'étendue et le moment de l'information, l'implication précoce lors de l'exploration ainsi qu'un délai suffisant pour la remise et l'effet contraignant des prises de position. La mesure dans laquelle la participation à la préparation des décisions est suffisante pour une défense efficace des intérêts cantonaux dépend donc en premier lieu de l'organisation concrète de la collaboration dans la pratique.

E. Protection juridique

14 L'art. 55 Cst. ne donne pas mandat au législateur d'édicter des dispositions d'exécution. Les droits de participation constitutionnels sous forme d'information et de consultation constituent, malgré leur formulation ouverte, des droits juridiques justiciables, raison pour laquelle ils peuvent faire l'objet d'un recours même en l'absence de mise en œuvre légale. Les litiges relatifs aux droits de participation cantonaux (étendue, contenu ou modalités) relèvent de la procédure d'action selon l'art. 120 LTF. Ainsi, conformément à l'art. 189 al. 2 Cst., la voie directe vers le Tribunal fédéral est ouverte.

Toutefois, cela ne garantit pas une protection juridique efficace pour la mise en œuvre des droits de participation cantonaux : 15

- Premièrement, la procédure de recours est considérablement limitée par l'art. 190 Cst. Dans la mesure où la décision de politique extérieure litigieuse est devenue contraignante en droit international, elle est soumise à la primauté d'application du droit international. Même en cas d'inconstitutionnalité, le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer le droit international. L'art. 190 Cst. continue ici à remplir son objectif initial d'Etat fédéral (voir n. 4).
- Deuxièmement, la procédure de recours est également largement compromise lorsqu'une décision de politique extérieure n'est pas encore contraignante en vertu du droit international public ou repose sur une autre forme d'action de politique extérieure. Certes, la priorité d'application de l'art. 190 Cst. ne s'applique pas, raison pour laquelle la procédure de recours est en principe ouverte. On peut toutefois se demander si la durée de la procédure de recours offre une protection juridique efficace compte tenu du caractère autonome de la politique extérieure. Les décisions en matière de politique extérieure nécessitent souvent - du moins en dehors de la procédure ordinaire de conclusion de traités - une formation rapide de l'opinion interne. L'adoption de mesures provisoires échouera aussi souvent du fait que les décisions de politique étrangère ne permettent généralement pas, ni en droit ni en fait, de les différer dans le temps.
- Troisièmement, en raison des notions juridiques indéterminées utilisées à l'art. 55 Cst., il sera régulièrement difficile de juger de manière définitive si l'étendue, le contenu ou les modalités des droits de participation cantonaux ont été violés dans la pratique. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire dite de la Libye : la crise diplomatique a été déclenchée par l'arrestation par la police genevoise d'Hannibal Kadhafi, fils du Guide de la révolution libyenne de l'époque, et de son épouse. Par la suite, deux citoyens suisses ont été retenus pendant des mois en Libye. Dans le cadre des efforts visant à obtenir la libération du dernier Suisse retenu en Libye, le président de la Confédération de l'époque a signé le 20 août 2009, au nom de la Confédération suisse, un accord avec la Libye qui prévoyait notamment que les circonstances de la détention à Genève seraient examinées par un tribunal arbitral international. Alors que la CdC était

d'avis que les droits de participation constitutionnels du canton de Genève concerné avaient été violés par l'action isolée du président de la Confédération de l'époque, la Commission de gestion du Conseil des Etats a laissé la question ouverte en se référant à deux avis de droit qui arrivaient à des conclusions contraires.

16 Un renforcement de la protection juridique serait de lege ferenda le plus facilement réalisable par l'introduction d'une procédure de présentation et d'examen préalable devant le Tribunal fédéral. En attendant, il semble plus évident que les litiges entre la Confédération et les cantons concernant les droits de participation soient réglés par des négociations et une médiation ponctuelles, même si cela ne garantit en rien le respect futur des droits de participation.

F. Intégration européenne

17 Dans la perspective de l'accord d'association à Schengen et de l'accord d'association à Dublin, la Confédération et les cantons ont défini les droits de participation dans un accord-cadre. Cet accord concrétise les principes de participation de l'art. 55 Cst. et de la LFPC en ce qui concerne la mise en œuvre et la reprise des développements de l'acquis de Schengen/Dublin. Cette étape a été rendue nécessaire, d'une part, par la nature particulière des accords : ceux-ci exigent une reprise dynamique des développements, raison pour laquelle ils accordent également à la Suisse des possibilités de participation (decision shaping) lors de l'élaboration de nouveaux actes juridiques par l'Union européenne. D'autre part, la coopération Schengen touche en premier lieu des compétences cantonales telles que la souveraineté policière et judiciaire. Il s'est donc avéré nécessaire d'organiser de manière efficace et transparente la collaboration et les procédures entre la Confédération et les cantons dans ce domaine. Ainsi, l'accord-cadre règle par exemple la transmission immédiate des informations, la coordination interne en cas de prises de position, la participation des cantons aux comités mixtes et aux groupes de travail de l'UE ainsi que la résolution des conflits en cas de litiges découlant de l'accord-cadre.

18 Les efforts visant à organiser de manière transparente et coordonnée la coopération générale en matière de politique européenne ont abouti en 2012 à la convention sur le dialogue européen. Celle-ci règle le dialogue politique entre la Confédération et les cantons sur les questions européennes et institue

un organe politique directeur permanent pour l'échange d'informations. La convention peut contribuer à une meilleure coordination stratégique au niveau politique, mais elle ne renforce pas les droits de participation concrets selon l'art. 55 Cst. en vue de décisions spécifiques de politique extérieure.

19 En cas de conclusion de l'accord-cadre institutionnel avec l'UE, le Conseil fédéral aurait proposé l'adoption de deux motions de même teneur. Celles-ci demandaient la création d'une base légale garantissant la participation des cantons à la reprise dynamique du droit de l'Union. Après la décision du Conseil fédéral de ne pas signer l'accord-cadre institutionnel, un postulat demandait que le Conseil fédéral continue d'examiner les options générales pour une participation obligatoire des cantons aux décisions de politique étrangère. Le Conseil fédéral a toutefois proposé de rejeter le postulat en se référant aux art. 54 et 55 Cst. et le Conseil des Etats a suivi cette proposition.

20 Les différents accords et interventions politiques montrent que les relations avec l'UE constituent un défi permanent pour le respect des droits de participation des cantons. Les compétences et les intérêts cantonaux sont en permanence et fortement touchés ; la coopération et la coordination doivent se faire sous une forte pression d'adaptation matérielle et temporelle, ce qui est particulièrement évident dans le cas d'une reprise dynamique. Sur la base de l'art. 55 Cst. et de la LFPC, il est possible de relever ce défi en concrétisant la collaboration et les procédures. Une telle concrétisation - comme dans le cas de Schengen/Dublin avec l'accord-cadre - permet une coordination étroite, transparente et rapide entre la Confédération et les cantons. En ce qui concerne les relations avec l'UE, la question se pose toutefois de savoir si les droits de participation prévus dans la Constitution et la LFPC permettent de défendre efficacement les compétences et les intérêts des cantons. Les cantons doivent être effectivement et juridiquement en mesure de faire valoir efficacement leurs intérêts dans le processus de décision en matière de politique extérieure. Si l'organisation des compétences cantonales risque d'être limitée par une interdépendance institutionnelle et supranationale croissante, l'équilibre fédéraliste doit être rétabli par une adaptation dynamique des mécanismes établis et des structures de participation. Une telle adaptation nécessiterait par exemple une plus grande implication matérielle et personnelle des cantons ou la création de nouvelles formes de participation. Si une simple participation à la préparation des décisions ne suffisait plus à la défense efficace des intérêts, une adaptation du cadre

juridique ne serait pas exclue, mais tout simplement nécessaire. Les exigences telles que la création d'une nouvelle base légale ou une participation plus contraignante des cantons, qui ont été formulées pendant et après l'échec de l'accord-cadre institutionnel, peuvent donc à nouveau gagner en importance à l'avenir.

III. DROITS DE PARTICIPATION SPÉCIFIQUES DES CANTONS AUX DÉCISIONS DE POLITIQUE EXTÉRIEURE

A. Principe de participation (al. 1)

21 L'art. 55, al. 1, Cst. consacre le principe constitutionnel selon lequel les cantons peuvent participer à la préparation des décisions de politique extérieure lorsque celles-ci concernent leurs compétences ou touchent à leurs intérêts essentiels. Outre le cercle des destinataires et l'organe responsable, l'al. 1 définit également le champ d'application matériel de la participation en déterminant l'objet (décisions de politique extérieure) et les conditions de la participation (compétences ou intérêts essentiels concernés). Enfin, en précisant que les cantons participent à la préparation des décisions, on définit le champ d'application temporel de la disposition constitutionnelle.

1. Destinataires et titulaires des droits de participation

22 Les destinataires de la norme de l'art. 55 Cst. sont les organes fédéraux qui prennent des décisions de politique extérieure. En raison de sa fonction générale de conduite de la politique extérieure au sens de l'art. 184 Cst., c'est en premier lieu le Conseil fédéral qui est visé. Le Conseil fédéral et l'administration fédérale qui lui est subordonnée sont donc tenus d'associer les cantons, par l'information et la consultation, à la préparation des décisions de politique extérieure qui concernent la compétence des cantons ou leurs intérêts essentiels. L'Assemblée fédérale est également destinataire de la norme, dans la mesure où elle prend une décision de politique extérieure dans son domaine de compétence. Ainsi, l'Assemblée fédérale peut prendre des décisions de principe et de planification dans le domaine de la politique extérieure (art. 28, al. 2 et 3 LParl). D'une manière générale, il convient de noter que les cantons sont souvent impliqués avant le lancement de la procédure parlementaire. En conséquence, ils ont généralement l'occasion de s'exprimer sur un dossier de politique extérieure donné au stade de la

préparation de la décision du Conseil fédéral. C'est pourquoi Biaggini souligne également que l'obligation d'être entendu dans le cadre de la procédure parlementaire s'actualise notamment lorsque des modifications plus que mineures interviennent par rapport aux propositions initiales du Conseil fédéral.

Les titulaires des droits de participation sont les différents cantons. Le projet de Constitution de 1996 prévoyait encore que la Confédération informe les cantons ou leurs organisations communes en temps utile et de manière détaillée et qu'elle sollicite leur avis. L'Assemblée fédérale a toutefois supprimé du projet de constitution la référence aux organisations communes. Cette décision a été motivée par le fait qu'il ne fallait pas constitutionnaliser ces organisations communes - il s'agissait en premier lieu de la CdC. Il appartient plutôt à l'autonomie d'organisation des cantons de déterminer si et sous quelle forme le recours à des structures communes est approprié pour garantir une défense efficace des intérêts lors de la préparation de décisions de politique extérieure. 23

2. Décisions de politique étrangère

La notion de décisions de politique extérieure se réfère à la participation à la politique extérieure de la Confédération. La politique extérieure constitue le noyau des affaires étrangères. Les affaires étrangères englobent tous les actes transfrontaliers entre les autorités suisses et les sujets étrangers, internationaux ou supranationaux de droit international public, ainsi que les autres acteurs de la communauté internationale ; la politique extérieure est en revanche plus restreinte. Elle se réfère à la poursuite des objectifs et des intérêts politiques de la Suisse. L'orientation de la politique extérieure découle de manière non exhaustive des objectifs mentionnés à l'art. 54, al. 2, Cst. La participation des cantons ne s'étend en fin de compte qu'à la notion plus étroite de politique extérieure et se limite donc aux décisions en rapport avec la poursuite des objectifs et des intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure. D'autres actes ou formes d'action des affaires étrangères, comme l'entretien des contacts internationaux, les affaires consulaires ou les activités administratives, ne sont pas concernés. 24

La notion de décision ne trouve pas de définition plus précise dans la Constitution fédérale ou dans la LFPC. Il n'existe donc pas d'exigences spécifiques quant à sa nature matérielle ou formelle. Waldmann parle 25

également du fait que le terme ne doit pas être compris de manière technique. Outre l'implication dans la préparation et la négociation de traités internationaux, toutes les autres mesures visant à prendre une décision de politique extérieure sont donc également soumises aux droits de participation cantonaux. Il s'agit par exemple de la prise de décision d'organisations internationales ou de l'adoption d'actes juridiques unilatéraux. L'art. 55 Cst. confère aux cantons un droit constitutionnel à participer au processus de formation de l'opinion et de la volonté pour toutes les décisions de politique extérieure. Ce droit doit donc également être respecté en dehors des procédures classiques axées sur les traités internationaux. Ainsi, une participation à d'autres formes d'accords internationaux, notamment au soft law, est également indiquée lorsque des compétences ou des intérêts essentiels des cantons sont concernés.

3. L'affectation de compétences ou d'intérêts essentiels

26 Les droits de participation prévus à l'art. 55 Cst. s'appliquent lorsque les décisions de politique extérieure concernent soit des compétences cantonales, soit des intérêts essentiels des cantons. Si ce n'est pas le cas, les cantons n'ont pas de droit à la participation selon l'art. 55 Cst. Néanmoins, la Confédération est libre d'appliquer les droits de participation prévus à l'art. 55 Cst. même dans de tels cas, si elle le juge opportun. L'art. 55 Cst. constitue une garantie constitutionnelle minimale, raison pour laquelle la Confédération peut étendre les droits de participation au-delà de l'art. 55 Cst.

27 En ce qui concerne les compétences cantonales, l'art. 2 let. b LFPC stipule que la participation des cantons doit contribuer à préserver, dans la mesure du possible, les compétences des cantons lors de la conclusion, de la modification et de la dénonciation de traités internationaux. Cette formulation de la LFPC est trop centrée sur les traités, même si les traités internationaux peuvent constituer le principal cas d'application. La garantie de participation s'applique toujours lorsqu'une décision de politique extérieure concerne, selon toute vraisemblance, des compétences cantonales dans leur contenu ou dans leurs effets. La détermination des compétences cantonales est régie par l'art. 3 Cst. Dans la mesure où la Constitution n'attribue pas expressément un domaine de compétence à la Confédération, ce sont les compétences législatives cantonales originelles qui sont concernées. En outre, les compétences accordées par le droit fédéral, telles

que l'exécution et la "petite politique étrangère" selon l'art. 56 Cst. peuvent également être concernées par une décision de politique extérieure. Il n'est pas toujours évident de savoir d'emblée dans quelle mesure une décision de politique extérieure affecte les compétences cantonales. S'il s'avère seulement au cours de la préparation de la décision que des compétences cantonales sont concernées, les cantons doivent être immédiatement intégrés dans le processus.

L'implication dans la préparation de la décision ne présuppose pas que les compétences cantonales soient concernées. Il suffit qu'une décision de politique extérieure touche des intérêts essentiels des cantons. Cette constellation s'applique aux cas où une décision de politique extérieure concerne des compétences de la Confédération, mais touche en même temps des intérêts essentiels des cantons. Une participation se justifie en tout cas lorsque la décision de politique extérieure risque de saper, de nuire ou de compromettre la position constitutionnelle des cantons. C'est le cas lorsqu'il est porté atteinte au statut constitutionnel des cantons ou lorsqu'il est porté atteinte à l'ensemble des tâches d'organisation, matérielles et financières essentielles pour les cantons. L'art. 1 al. 2 LFPC précise en outre, à titre d'exemple, que les intérêts essentiels sont touchés lorsque la décision de politique extérieure concerne des tâches d'exécution importantes des cantons. 28

La notion d'intérêts essentiels doit être concrétisée au plus haut point. Contrairement au rattachement aux compétences cantonales, elle laisse une marge de manœuvre pour des considérations d'opportunité. Le message relatif à la LFPC précise à cet égard que la description laisse de la place pour une participation des cantons dans d'autres domaines essentiels pour eux, ces domaines devant être identifiés dans le cadre du dialogue et de la collaboration pratique entre la Confédération et les cantons. Comme, dans la pratique, il incombe à la Confédération de décider du caractère essentiel des intérêts cantonaux, c'est également elle qui décide de facto de leur implication dans la préparation des décisions. 29

4. Préparation de la décision

L'art. 55 al. 1 Cst. se réfère, selon son libellé, à la phase de préparation des décisions de politique extérieure. Cela comprend aussi bien la préparation et la définition des mandats de négociation que la préparation des négociations 30

et les négociations elles-mêmes. Mais la préparation des décisions comprend également tous les autres processus qui précèdent une décision de politique étrangère. Par conséquent, les décisions stratégiques de principe, les contacts informels et les entretiens exploratoires avec des partenaires étrangers sur l'ouverture de négociations relèvent également des droits de participation. La limitation temporelle des droits de participation cantonaux à la préparation des décisions est en outre compatible avec le but de la norme, qui exige une implication précoce afin de garantir une défense efficace des intérêts (voir n. 40). Sturny déduit en outre la limitation temporelle du libellé de l'art. 4 al. 3 LFPC, selon lequel le Conseil fédéral doit prendre en compte les avis des cantons. La focalisation sur le Conseil fédéral montre clairement que celui-ci est le véritable destinataire des droits de participation cantonaux et que ces derniers s'étendent par conséquent aux actes préparatoires jusqu'à la conclusion des négociations contractuelles. En raison de cette limitation temporelle, l'approbation au niveau national ne fait pas partie de la préparation de la décision et ne tombe donc pas dans le champ d'application de l'art. 55 Cst. Lors de l'approbation au niveau national, la participation cantonale est régie par les droits de participation habituels (voir n. 32).

31 La phase de préparation de la décision peut être délimitée de deux manières. Elle est précédée par la formation d'opinion interne de la Confédération sur des questions générales de politique extérieure, qui ne vise pas déjà une décision de politique extérieure. De même, les droits de participation des cantons ne constituent pas des pouvoirs de codécision. Ils ne s'appliquent donc pas lorsque la Confédération prend une décision au stade décisionnel, comme la ratification d'un traité international, dans le cadre de sa compétence fédérale globale selon l'art. 54 Cst. L'art. 55 Cst. ne confère pas de droit de veto aux cantons. En conséquence, l'art. 1 al. 3 LFPC stipule comme limite à la participation cantonale que celle-ci ne doit pas entraver la capacité d'action de la Confédération en matière de politique extérieure.

32 Différentes formes de participation constitutionnelle des cantons peuvent s'appliquer aux décisions ayant des implications en matière de politique extérieure. Ces formes de participation se complètent. Pour les actes juridiques internes, les droits de participation habituels selon l'art. 45 Cst. s'appliquent. Ceux-ci garantissent aux cantons une participation à la législation et aux autres projets de la Confédération. Ainsi, par exemple, la participation des cantons à l'approbation interne ou à l'adoption d'une loi

fédérale mettant en œuvre un traité international est régie par l'art. 45 Cst. L'art. 147 Cst. permet en outre aux cantons de participer aux traités internationaux importants dans le cadre de la procédure de consultation, et ce même si les intérêts des cantons ne sont pas concernés. En règle générale, la procédure de consultation a lieu après la conclusion des négociations. A ce moment-là, les cantons ont encore une fois l'occasion de prendre position. Ni l'art. 45 Cst. ni la procédure de consultation ne prévoient toutefois une pondération particulière des avis des cantons. Dans les deux formes de participation cantonale, il s'agit de prises de position ponctuelles qui ne permettent plus d'influencer le résultat des négociations ou le contenu du traité. L'art. 55 Cst. complète ces formes de participation ponctuelles en accordant aux cantons des droits de participation déjà en amont - et ce pendant toute la durée de la préparation des décisions de politique extérieure - dans la mesure où leurs compétences ou leurs intérêts essentiels sont concernés. Tant le moment de l'implication que les droits de participation particuliers prévus à l'al. 3 permettent d'exercer une influence sur les décisions de politique extérieure qui va au-delà des autres formes de participation.

B. Formes des droits de participation (al. 2)

Dans la mesure où une décision de politique extérieure concerne les compétences ou les intérêts essentiels des cantons, ceux-ci peuvent y participer. Les droits de participation sont directement attribués aux cantons par la Constitution. L'exercice effectif des droits de participation est notamment garanti par les formes mentionnées à l'art. 55 al. 2 Cst. Ainsi, la Confédération est tenue, d'une part, d'informer les cantons en temps utile et de manière détaillée et, d'autre part, de recueillir leur avis. Le contenu peut être concrétisé dans une loi fédérale (voir LFPC) ou dans des conventions communes. 33

1. Droit à l'information

L'art. 3 al. 1 LFPC concrétise l'obligation d'informer de la Confédération prévue à l'art. 55 al. 2 Cst. La disposition légale stipule que la base de la participation est l'information mutuelle. L'art. 3 al. 2 LFPC précise en outre que la Confédération informe les cantons en temps utile et de manière complète des projets de politique extérieure qui concernent les compétences 34

des cantons ou qui touchent à leurs intérêts essentiels. L'information complète et en temps utile est d'une importance décisive, car elle seule permet une coopération efficace.

35 La ligne directrice est toujours la défense efficace des intérêts. Dans ce sens, une information en temps utile signifie que l'information est donnée suffisamment tôt pour que les cantons soient en mesure de faire valoir leurs intérêts et préoccupations de manière efficace dans le processus de préparation des décisions. Les informations doivent être transmises directement et en continu aux cantons. Du point de vue de la défense efficace des intérêts, il n'est pas opportun de retenir des informations jusqu'à un certain moment pour des raisons stratégiques. Si, au début de l'institutionnalisation des droits de participation, la méfiance à l'égard de la transmission généreuse d'informations a parfois prévalu, cela ne devrait plus constituer un obstacle après une pratique de longue date et bien rodée. Par ailleurs, l'article 6 de la LFPC garantit une confidentialité suffisante des informations.

36 La détermination de l'étendue des informations s'oriente également vers une protection efficace des intérêts. L'art. 55 al. 2 Cst. stipule à cet égard que la Confédération informe les cantons de manière exhaustive. Cela comprend notamment l'échange de données pertinentes, d'analyses politiques et d'informations actuelles sur les négociations en cours et les accords internationaux. Dans la version française, l'expression "[...] de manière détaillée [...]" est utilisée dans ce contexte, ce qui signifie qu'une information complète comprend également des détails. L'étendue doit en fin de compte englober toutes les informations, tous les documents et toutes les données pertinents qui sont importants pour une participation efficace et la défense des intérêts.

37 Pour intégrer efficacement les intérêts des cantons dans la préparation des décisions, il faut non seulement la quantité d'informations nécessaire, mais aussi les capacités d'évaluer et de traiter les informations. La Confédération ne devrait pas surcharger les cantons avec trop d'informations. Il incombe toutefois aux cantons de mettre en place (conjointement) les canaux et organes appropriés pour garantir une participation efficace sur la base des informations reçues. Dans ce contexte, les droits de participation peuvent être compris non seulement comme une conséquence de la centralisation de la politique extérieure, mais aussi comme un reflet de la poussée de

centralisation du niveau parlementaire vers le niveau exécutif. En effet, c'est la CdC qui dirige les projets de politique extérieure. L'information et la consultation se font en général par son intermédiaire. La CdC assure également l'information et la coordination entre les gouvernements cantonaux et les conférences des directeurs. En outre, les chargés d'information des cantons au sein de la Division Europe du Secrétariat d'Etat du DFAE et de la Mission de la Suisse auprès de l'UE assurent le flux d'information quotidien. Ces interfaces sont importantes dans la pratique pour une coordination précoce et étroite et un flux d'informations réciproque indispensable entre la Confédération et les cantons ainsi qu'entre les cantons.

2. Consultation des cantons

Conformément à l'art. 55 al. 2 Cst., la Confédération est tenue de demander 38
l'avis des cantons lorsque des décisions de politique extérieure touchent à leurs compétences ou à leurs intérêts essentiels. Si elle est concernée au sens de l'al. 1, la Confédération doit, de sa propre initiative, demander l'avis des cantons dans le cadre de consultations. Si elle ne le fait pas, les cantons peuvent en tout temps demander une consultation ou donner leur avis spontanément. Ils ne sont toutefois pas tenus de donner leur avis. Au niveau de la loi, l'art. 4 al. 1 LFPC stipule que la Confédération consulte les cantons, à leur demande, lors de la préparation de décisions de politique extérieure qui concernent des compétences cantonales ou touchent des intérêts cantonaux essentiels (première phrase). En outre, la Confédération peut également consulter les cantons de sa propre initiative (deuxième phrase), si elle le juge opportun, comme le précise le message. Selon Fassbender, l'art. 4, al. 1, LFPC, avec cette formulation, "[...] ne correspond pas à la prescription constitutionnelle [...]". Waldmann constate lui aussi que "[l]a concrétisation [...] a déjà un effet restrictif à la lumière de l'art. 55 Cst. [...]". Du point de vue du droit constitutionnel, la formulation de l'art. 4 al. 1 LFPC est en effet critiquable. Dès que la condition juridique est remplie (affectation de compétences ou d'intérêts essentiels), la Confédération est tenue, en vertu de l'art. 55 Cst., d'accorder la participation aux cantons. La disposition légale n'exclut certes pas la participation. Elle laisse toutefois entendre que la consultation des cantons n'a lieu qu'en cas de besoin ("[...] dans la mesure où ils le demandent [...]") ou est guidée par des considérations d'opportunité (opportunité). Compte tenu de l'exigence constitutionnelle découlant de l'art. 55 Cst., cette formulation est trop restrictive.

39 Comme pour le moment et l'étendue de l'obligation d'informer, l'aménagement concret de l'obligation de consulter se détermine en fonction de la sauvegarde effective des intérêts. Les cantons doivent disposer d'un délai suffisant pour déposer leur avis. Un délai serré en raison d'une grande urgence de politique extérieure doit être l'exception. Un délai court ne doit pas avoir pour conséquence que les cantons ne soient de fait plus en mesure de prendre position. Pour déterminer le délai, il faut tenir compte de la complexité du projet de politique extérieure et du fait que la consolidation par le biais des organes institutionnels communs prend du temps.

40 Une défense efficace des intérêts exige une consultation ouverte sur le fond à un moment où les cantons peuvent encore effectivement faire valoir leur influence et leurs points critiques dans la perspective de la prise de décision en matière de politique extérieure. Si les projets de politique extérieure prévoient des négociations, la consultation doit en règle générale avoir lieu avant leur ouverture, conformément à l'art. 4 al. 2 LFPC. Les avis des cantons peuvent ainsi être pris en compte dans la définition du mandat de négociation et dans les négociations. Une consultation exclusivement au moment de la procédure d'approbation nationale ne serait pas suffisante pour une défense efficace des intérêts. Le texte de l'accord est alors déjà fixé de manière contraignante, raison pour laquelle des modifications de contenu ne peuvent plus être invoquées. La Confédération ne peut plus du tout prendre en compte les intérêts des cantons à ce moment-là. Seule une consultation avant le début des négociations permet aux cantons d'exercer leur influence de manière ciblée sur les décisions de politique extérieure qui concernent leurs compétences ou touchent à des intérêts essentiels. En outre, cette procédure permet à la Confédération d'adapter le mandat de manière à ce qu'il soit plus large sur le plan de la politique intérieure et qu'il soit également soutenu par les cantons (art. 2 let. c LFPC). Enfin, le fait de s'y prendre tôt permet aux préoccupations des cantons d'être entendues non seulement au niveau politique, mais aussi d'être effectivement prises en compte au niveau technique et donc au niveau administratif de la Confédération.

41 L'art. 55 Cst. permet de déduire une obligation de prendre connaissance de l'effet contraignant. Celle-ci est confirmée par l'art. 4 al. 3 LFPC, selon lequel le Conseil fédéral tient compte des avis des cantons. L'effet contraignant équivaut en fin de compte à une obligation de moyen, qui exige de la Confédération qu'elle prenne en considération les avis cantonaux dans le

processus de prise de décision, sans qu'il en résulte une obligation de se conformer au contenu. L'obligation d'en prendre connaissance découle déjà du fait que la participation des cantons ne constitue pas un droit d'instruction ou de codécision, ce qu'elle serait pourtant si elle était assortie d'une obligation de se conformer au contenu. Elle ne peut donc pas anticiper une décision de fond dans le domaine de la politique extérieure. La répartition constitutionnelle des compétences en matière de politique extérieure, qui attribue à la Confédération la compétence globale et au Conseil fédéral la fonction générale de conduite de la politique extérieure, confère à la Confédération, en tant que décideur, une marge d'appréciation correspondante.

C. Droits de participation particuliers (al. 3)

L'art. 55, al. 3, Cst. prévoit des droits de participation particuliers lorsqu'une décision de politique extérieure affecte les compétences des cantons. Dans ces cas, la Constitution exige, premièrement, que l'avis des cantons ait un poids particulier et, deuxièmement, que les cantons participent de manière appropriée aux négociations. En revanche, ces droits de participation particuliers ne s'appliquent pas lorsqu'une décision de politique extérieure ne touche que des intérêts essentiels des cantons. 42

1. Droit de prise en compte qualifié

Les prises de position ont un poids particulier lorsqu'une décision de politique extérieure touche aux compétences constitutionnelles des cantons. Cette pondération particulière peut résulter de différentes raisons : D'une part, une pondération particulière peut être indiquée par le degré d'implication : Plus les compétences cantonales sont touchées par une décision, plus il faut accorder de poids aux prises de position des cantons. D'autre part, une pondération particulière résulte également du degré d'unité : si les cantons parlent d'une seule voix ou si une prise de position est soutenue par une grande majorité des cantons, un poids particulier doit également lui être attribué. Une prise de position commune au nom des gouvernements cantonaux est émise lorsqu'elle est soutenue par au moins 18 gouvernements cantonaux. Le poids particulier des prises de position cantonales s'exprime par le fait que celles-ci doivent être particulièrement prises en compte dans le processus décisionnel par rapport aux intérêts de la Confédération en matière 43

de politique extérieure. Il convient également d'accorder un poids particulier aux prises de position des cantons par rapport aux autres acteurs et milieux intéressés qui s'expriment dans le cadre de la préparation des décisions de politique extérieure.

44 La pondération particulière ne se traduit pas par une obligation de se conformer au contenu. Elle ne constitue pas une obligation de résultat qui obligerait la Confédération à suivre les avis des cantons sur le fond. La Confédération a toutefois l'obligation constitutionnelle de prendre connaissance des avis et de leur accorder un poids important lors de la prise de décision. Elle peut toutefois s'écarter des prises de position, car celles-ci ne sont pas contraignantes. Lors de la révision totale de la Constitution fédérale, la CdC a exigé une obligation de se conformer au contenu dans le cas où les cantons s'expriment de manière uniforme dans le cadre d'une prise de position. Un tel effet contraignant n'a pas été intégré dans la disposition constitutionnelle. En accordant une pondération particulière aux prises de position cantonales, la Constitution n'impose pas de limite à la prise de décision en matière de politique extérieure, mais donne à la Confédération un critère de contenu qualifié pour l'exercice de son pouvoir d'appréciation. L'art. 4, al. 3, LFPC prévoit que la Confédération informe les cantons des raisons pour lesquelles elle s'écarte des avis exprimés dans le cadre de la pondération spéciale prévue à l'art. 55, al. 3, Cst. Cela permet d'exposer de manière transparente les motifs de la décision de la Confédération et de vérifier a posteriori l'adéquation des raisons qui ont amené la Confédération à prendre une décision donnée en matière de politique extérieure.

45 En ce qui concerne la participation cantonale aux affaires européennes, la CdC continue de demander, dans sa prise de position de 2013, un effet contraignant accru. Selon la proposition, la Confédération ne doit pouvoir s'écarter d'une prise de position uniforme ou majoritaire que pour des raisons prépondérantes de politique extérieure. Une réglementation similaire peut être trouvée en Allemagne (art. 23 al. 5 GG) et en Autriche (art. 23d al. 2 B-VG) en ce qui concerne la politique européenne. Un tel effet contraignant relatif ne résulte actuellement ni de l'art. 55 Cst. ni de la LFPC. Waldmann fait toutefois remarquer à juste titre qu'un tel effet contraignant serait compatible avec le sens et le contenu de l'art. 55 Cst. Elle ne conduirait pas encore à un pouvoir de codécision cantonal ou à un droit de veto. Elle ne réduirait pas non plus la capacité d'action de la Confédération en matière de politique

extérieure, car celle-ci peut continuer à agir rapidement en cas d'urgence et pour des raisons de politique extérieure prépondérantes, et s'écarter ainsi des prises de position cantonales. Un effet contraignant relatif devrait toutefois d'abord être introduit par une concrétisation légale.

2. Droit de participer à des négociations

Si une décision de politique extérieure concerne les compétences constitutionnelles des cantons, ces derniers peuvent participer de manière appropriée aux négociations internationales, conformément à l'art. 55, al. 3, 2e phrase, Cst. Selon l'objet, le mandat de négociation doit être formulé de manière flexible et ouverte. Dans de tels cas, il ne suffit pas de protéger efficacement les intérêts des cantons par une participation à la définition du mandat de négociation. Les cantons doivent plutôt avoir la possibilité d'intégrer directement leurs préoccupations dans les négociations. Les représentants cantonaux peuvent faire profiter les négociations de leurs expériences et de leurs connaissances spécialisées, ce qui conduit en fin de compte à des solutions de négociation qui sont plus fortement ancrées dans la politique intérieure et qui permettent une mise en œuvre plus facile. 46

L'art. 55 al. 3 Cst. parle d'une participation aux négociations de manière appropriée. Cela se réfère aussi bien aux modalités ou à la forme qu'à l'intensité de la participation. Il s'agit d'aspects tels que le nombre de représentants des cantons qui participent à la délégation de négociation, le mode de sélection de ces représentants, la délégation de la direction de la délégation aux cantons et enfin la durée de l'implication et donc la question de savoir si les représentants doivent participer à chaque séance de négociation ou seulement de manière ponctuelle. La forme et l'intensité de la participation doivent en fin de compte permettre une défense efficace des intérêts. 47

En revanche, le droit de participation n'est pas en soi une question d'adéquation. Tant le texte constitutionnel que le texte légal sont formulés de manière trop restrictive à cet égard. L'art. 5 al. 1 LFPC précise que pour les projets de politique extérieure qui concernent les compétences des cantons, la Confédération fait appel à des représentants des cantons "[...] en règle générale [...]". Un refus de la participation cantonale ne peut toutefois intervenir que dans des cas exceptionnels. L'art. 5 al. 2 LFPC permet en outre à la Confédération d'associer les cantons, même si leurs compétences ne sont 48

pas concernées. Dans ces cas, les cantons n'ont toutefois pas le droit de participer.

49 Conformément à l'art. 5 al. 3 LFPC, la Confédération désigne les représentants sur proposition des cantons. La procédure de sélection garantit que les intérêts de la Confédération et des cantons sont pris en compte lors de la sélection. Comme la participation doit se faire de manière appropriée, les cantons n'ont pas droit à un représentant ou une représentante par canton. Une délégation de négociation trop importante aurait un effet négatif sur l'efficacité des négociations. Les cantons doivent donc se concerter étroitement afin que soit des représentants individuels, soit un petit groupe, puissent représenter plusieurs, voire tous les cantons. Les cantons peuvent recourir aux structures institutionnelles et aux organisations communes existantes, telles que la CdC, pour coordonner et déterminer la proposition. Pour autant que l'on puisse en juger, c'est ce qui est fait, comme il ressort du rapport sur les relations extérieures 2019-2022 du canton de Zurich. Il y est précisé que les représentants sont toujours mandatés par la CdC. Le canton de Zurich est par exemple le représentant des cantons au sein du comité mixte sur l'accord aérien avec l'UE.

A propos de l'auteur

Doctorant et lecteur en droit public à l'Université de Fribourg.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 2151–2182.

Hänni Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik, Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2014, Zürich 2015.

Pfisterer Thomas, Die Kantone mit dem Bund in der EU-Zusammenarbeit, Art. 54 Abs. 3, Art. 55 und 56 BV und deren Anwendung auf die bilateralen Verträge, Zürich/St. Gallen 2014.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland, in: Bradley Curtis A. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, New York 2019, S. 297–313.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg 1998.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, S. 153–220.

BIBLIOGRAPHIE

Ambühl Michael/Scherer Daniela, Zu den Verfahren rund um die Aushandlung und Genehmigung von internationalen Verträgen, LeGes 3 (2014), S. 375–382.

Aubert Jean-François, Mitwirkung der Kantone an der europäischen Politik im Falle eines Beitritts der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Europäischen Union, in: Konferenz der Kantonsregierungen (Hrsg.), Die Kantone vor der Herausforderung eines EU-Beitritts, Bericht der Arbeitsgruppe «Europa-Reform der Kantone», Zürich 2001, S. 159–208.

Biaggini Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, AJP 1999, S. 722–729.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bonjour, Edgar, Bündnisfreiheit und Bündnisverbot in der alten Eidgenossenschaft und in der neuen Schweiz, in: Berding Helmut/Düwell Kurt/Wehler Hans-Ulrich/Mommsen Wolfgang J./Gall Lothar (Hrsg.), Vom Staat des Ancien Régime zum modernen Parteienstaat, Festschrift für Theodor Schieder zu seinem 70. Geburtstag, München/Wien 1987, S. 145–153.

Breitenmoser Stephan, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 639–666.

ch Stiftung, Monitoringbericht 2014–2016 vom 30.6.2017, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/foederalimus/monitoringbericht_foderalismus_2014-2016_version_pdf-d.pdf [https://perma.cc/GQS4-U7AW], besucht am 7.3.2024 (zit. Monitoringbericht 2014–2016).

ch Stiftung, Monitoringbericht 2017–2021 vom 18.8.2022, Politischer Synthesebericht, https://chstiftung.ch/fileadmin/t8_jetpack/redaktion/Dokumente/Programme_Projekte/Foederalismusmonitoring/Monitoring_2017-2021/Synthesepapier_Monitoring_2017-2021-DE-Print.pdf [https://perma.cc/5QV3-8WLL], besucht am 7.3.2024 (zit. Synthesebericht 2017–2021).

Conférence des gouvernements cantonaux, Réforme de la Constitution comme réforme du fédéralisme, Le projet de Constitution 1995 du point de vue des cantons, Zürich 1997 (zit. CdC, projet de Constitution 1995).

Cottier Thomas/Liechti Rahel, Schweizer Spezifika: Direkte Demokratie, Konkordanz, Föderalismus und Neutralität als politische Gestaltungsfaktoren, in: Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graf Peter-Christian (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden 2008, S. 39–61.

Egli Patricia, Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Egli Patricia, Art. 45 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Ehrenzeller Bernhard, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung, Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Cremer Hans-Joachim/Giegerich Thomas/Richter Dagmar/Zimmermann Andreas (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für

Helmut Steinberger, Berlin 2002, S. 703–731 (zit. Ehrenzeller, Handlungsfähigkeit).

Ehrenzeller Bernhard, Art. 54 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Epiney Astrid, Art. 54 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 2151–2182.

Fassbender Bardo, Art. 166 BV (Rz. 40–87), in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Fassbender Bardo, Art. 55 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

His Eduard, Die Kompetenz der Kantone zum Abschluss von internationalen Verträgen, (besonders Doppelbesteuerungsverträgen), ZSR 48 (1929), S. 31–87.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik, Die völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Diss. Zürich 2014, Zürich 2015.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, Diss. Bern 2019, Zürich/St. Gallen 2020.

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen, Diss. Freiburg 2021, Bern 2022.

Mahon Pascal, Art. 55 Cst., in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la constitution fédérale de la confédération Suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Maissen Sandra/Mayer Roland/Gobbo Luca, Die Kantone und die Europapolitik, Die Stärkung der europapolitischen Mitsprache als notwendiger Schritt zur Erhaltung des Föderalismus, in: Institut für Europarecht der Universität Freiburg (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zürich 2015, S. 107–114.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Art. 55 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Montesquieu, De l'Esprit des lois, Tome II, Paris 1995 (éd. établie par Laurent Versini).

Oesch Matthias, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 137–160.

Pfisterer Thomas, Von der Rolle der Kantone in der Aussenpolitik Ein Beitrag zur aktuellen politischen Diskussion, ZBl 97 (1996), S. 544–557.

Pfisterer Thomas, Auslandbeziehungen der Kantone, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 525–546 (zit. Pfisterer, Auslandbeziehungen).

Pfisterer Thomas, Der bilaterale Weg, Verbesserungsansätze und die Kantone – primär rechtlich-institutionelle Fragen, ZBl 112 (2011), S. 285–328.

Pfisterer Thomas, Aspekte von Europapolitik und Föderalismus, SZIER (2011), S. 129–134.

Pfisterer Thomas, Art. 55 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Pfisterer Thomas, Die Kantone mit dem Bund in der EU-Zusammenarbeit, Art. 54 Abs. 3, 55 und 56 BV und deren Anwendung auf die bilateralen Verträge, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Pfisterer, EU-Zusammenarbeit).

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Schindler (Sen.) Dietrich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, ZSR 44 (1925), S. 19–62.

Schindler Dietrich, Art. 8 BV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996.

Sturny Thiemo, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg 1998.

Sturny Thiemo/Thalmann Urs, Rechtsvergleich: Die Rolle der Gliedstaaten in der Aussenpolitik, in: Peter Hänni (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zürich 2000, S. 151–195.

Thürer Daniel, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 93 (1992), S. 49–73.

Waldmann Bernhard, Art. 55 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Waldmann Bernhard, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Fédéralisme 2.0 – Réflexions et perspectives, Bern 2011, S. 153–220 (zit. Waldmann, Schranken).

Wildhaber Luzius, Treaty-Making Power and Constitution, An International and Comparative Study, Habil. Basel 1968, Basel/Stuttgart 1971.

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Berücksichtigung der Stellungnahmen des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Art. 23 Abs. 5 GG, WD 3-3000-002/24.

Zellweger Valentin, Völkerrecht und Bundesstaat, Mittel des Völkerrechts zur Vereinbarung von Staatsvertrags- und Bundesstaatsrecht, Diss. Basel 1991, Berlin 1992.

Zimmerli Ulrich, Bund – Kantone – Gemeinden, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 35–62.

MATÉRIAUX

Aus den Verhandlungen des schweiz. Bundesrates (Bundesbeschluss der vereinigten Bundesversammlung in Sachen der Einsprache der Regierung von Basel-Landschaft gegen die Vollziehung des Niederlassungsvertrags mit Frankreich gefassten Beschluss des Bundesrates), BBl 1865 III 945 ff. (zit. Beschluss der Bundesversammlung i.S. Basel-Landschaft 1865).

Bericht der nationalrätlichen Petitionskommission, betreffend eine Petition in Sachen der schweizerisch-französischen Uebereinkunft zum Schuze des literarischen, künstlerischen und industriellen Eigenthums, BBl 1867 II 705 ff. (zit. Bericht Petitionskommission betreffen den Staatsvertrag zum Schutz des geistigen Eigentums 1867).

Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977), https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ber-expkomm-d.pdf.download.pdf/ber-expkomm-d.pdf, besucht am 7.3.2024 (zit. Begleitbericht VE 1977).

Bericht des Bundesrats, Die europäische Integration und ihre Auswirkungen auf den schweizerischen Föderalismus, VPB 1989 Nr. 55 (zit. Bericht Auswirkungen 1989).

Bericht über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik vom 7.3.1994, BBl 1994 II 620 ff. (zit. Bericht Mitwirkung der Kantone 1994).

Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen verschiedener europapolitischer Instrumente auf den Föderalismus in der Schweiz (in

Erfüllung des Postulates Pfisterer [01.3160] «Föderalismusbericht. Erhaltung des Föderalismus bei den verschiedenen europapolitischen Optionen»), BBl 2007 5907 ff. (zit. Föderalismusbericht 2007).

Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560] «Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrationsschritte»), BBl 2010 7239 ff. (zit. Evaluationsbericht 2010).

Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats, Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen, BBl 2011 4215 ff. (zit. Libyen-Bericht GPK-S 2011).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1.10.2010. Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs, BBl 2013 6319 ff. (zit. Schengen-Bericht 2013).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Verträge mit Frankreich, BBl 1864 II 253 ff. (zit. Botschaft Verträge mit Frankreich 1864).

Botschaft des Bundesrates an die vereinigte Bundesversammlung, betreffend die von der Regierung von Basel-Landschaft an französische Israeliten verweigerte Niederlassung, BBl 1865 III 801 ff. (zit. Botschaft Basel-Landschaft 1865).

Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18.5.1992, BBl 1992 IV 1 ff. (zit. Botschaft EWR).

Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993, BBl 1993 I 805 ff. (zit. Botschaft Folgeprogramm 1993).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 15.12.1997, BBl 1998 II 1163 ff. (zit. Botschaft BGMK).

Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 ff. (zit. Botschaft Bilaterale II).

Bundesbeschluss über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) vom 9.10.1992, BBl 1992 VI 56 f. (zit. Bundesbeschluss EWR).

Bundesbeschluss über den UNO-Migrationspakt (Entwurf), BBl 2021 360 (zit. Entwurf Bundesbeschluss UNO-Migrationspakt).

Europabericht 2006, BBl 2006 6815 ff. (zit. Europabericht 2006).

KdK, Innerstaatliche Reformen zur Festigung der föderalistischen und demokratischen Staatsorganisation im Rahmen der Europapolitik des Bundes, Positionsbezug der Kantonsregierungen, 24.6.2011, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/themen/europapolitik/standortbestimmung/2_positionsbezug_vom_24_juni_2011.pdf [https://perma.cc/HD5E-6FRJ], besucht am 7.3.2024 (zit. KdK, Positionsbezug 2011).

KdK, Positionsbezug zu den innerstaatlichen Reformen, Stellungnahme vom 13.12.2013, https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/aktuell/stellungnahmen/stelg-innere_reformen-20131213.pdf [https://perma.cc/Q5N5-KV4R], besucht am 7.3.2024 (zit. KdK, Positionsbezug 2013).

Reform der Bundesverfassung, Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber-d.pdf [https://perma.cc/43WZ-GQQ9], besucht am 7.3.2024 (zit. Erläuterungen VE 1995).

Regierungsrat des Kantons Zürich, Bericht Aussenbeziehungen 2019–2022, Februar 2023, https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/organisation/staatskanzlei/aussenbeziehungen/Bericht_Aussenbeziehungen%202019-2022.pdf [https://perma.cc/Z45Q-R74U], besucht am 7.3.2024 (zit. Kanton Zürich, Aussenbeziehungen 2019–2022).

COMMENTAIRE

Art. 56 Cst.

Un commentaire de Constance Kaempfer

PROPOSITION DE CITATION

Constance Kaempfer, Kommentierung zu Art. 56 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Citation abrégée: OK-Kaempfer, N. XXX zu Art. 56 BV.

Art. 56 Relations des cantons avec l'étranger

[1] Les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence.

[2] Ces traités ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons. Avant de conclure un traité, les cantons doivent informer la Confédération.

[3] Les cantons peuvent traiter directement avec les autorités étrangères de rang inférieur; dans les autres cas, les relations des cantons avec l'étranger ont lieu par l'intermédiaire de la Confédération.

TABLE DES MATIÈRES

I. Systématique et genèse de la norme 797
II. Contexte 798
III. La compétence des cantons de conclure des traités internationaux (al. 1) 801
A. Les traités internationaux cantonaux en droit international 802
B. Les traités internationaux cantonaux en droit interne 803
1. Conclusion, modification et dénonciation 803
2. Rang 804
3. Mise en œuvre 805
IV. Limites (al. 2) 806
A. Exigence de conformité au droit fédéral et cantonal et aux intérêts de la Confédération 806
B. Obligation d'informer la Confédération 807
V. Les traités internationaux conclus directement par les cantons (al. 3) 808
Lectures complémentaires recommandées 809
À propos de l'auteure 810
Bibliographie 811

I. SYSTÉMATIQUE ET GENÈSE DE LA NORME

L'art. 56 de la Constitution s'inscrit dans un chapitre qui a essentiellement pour objet d'énumérer les compétences de la Confédération[486]. Au sein de ce chapitre, il fait partie de la section « **Relations avec l'étranger** » (art. 54 à 56), qui englobe aussi bien les relations de la Confédération que les relations des cantons avec l'étranger. Dans ce domaine, la définition des compétences soulève des questions complexes et ne s'appuie pas sur la répartition traditionnelle des compétences prévue par les art. 3 et 42 al. 1[487]. Selon l'art. 54 al. 1, « les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération ». Cet article établit une compétence globale de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères. Conformément à l'art. 56, cette compétence lui est toutefois partiellement retirée dans les domaines de compétence des cantons[488]. L'art. 56 nuance ainsi l'art. 54 al. 1 en autorisant une compétence cantonale ponctuelle dans le domaine des affaires étrangères[489]. Il y a donc une interdépendance entre ces deux dispositions[490]. La doctrine utilise le terme de « petite politique étrangère » pour qualifier la compétence cantonale résiduelle en matière de politique extérieure[491]. Les effets de cette compétence cantonale sont exposés ci-dessous (N. 7). 1

Au vu de l'importante pratique conventionnelle des cantons avant la naissance de l'État fédéral, leur compétence résiduelle de conclure des traités internationaux est reconnue par le droit constitutionnel fédéral depuis **1848**[492]. L'équivalent de l'art. 56 se retrouve ainsi aux art. 9 et 10 de l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.), qui sont eux-mêmes équivalents aux art. 9 et 10 de l'ancienne Constitution fédérale du 12 septembre 1848 (aCst. 1848). 2

Contrairement aux deux anciennes versions de la Constitution, la compétence des cantons de conclure des traités n'est cependant plus réservée à certains 3

486. Petit Comm.-Mahon, N. 2, Titre III, Chapitre 2 ; Message, p. 229.
487. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 4 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 3.
488. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 15 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 3.
489. Auer, N. 732.
490. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 4.
491. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 8 ; SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 7 ; Petrig, p. 186 ; Lanz, p. 58.

domaines définis (économie publique, rapports de voisinage et police). L'art. 56 s'applique ainsi à **tous les domaines** « relevant de leur compétence » (art. 56 al. 1)[493]. Par ailleurs, l'art. 56 abandonne la pratique d'approbation fédérale des traités internationaux cantonaux qui était prévue par l'art. 9 aCst. et la remplace par un simple devoir d'information (art. 56 al. 2), combiné à une procédure de réclamation (N. 18–20)[494].

II. CONTEXTE

4 La possibilité offerte aux entités fédérées de conclure des traités internationaux existe également en Allemagne, en Autriche et en Belgique, si bien que la doctrine utilise la notion d'« État fédéral ouvert »[495] pour qualifier ce type d'organisation interne. En Suisse, la coopération transfrontalière est d'une grande **importance pratique** pour les cantons, étant donné que quinze cantons partagent une frontière avec au moins un État étranger[496].

5 Selon une étude réalisée par Bardo Fassbender et Raffael Gübeli, **436 traités cantonaux internationaux** étaient en vigueur en Suisse au 25 septembre 2017[497]. Les auteurs précisent toutefois que cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité au vu de l'impossibilité de tenir compte de tous les traités non publiés[498]. Certes, l'art. 56 al. 2 Cst. prévoit un devoir d'information de la Confédération (N. 18–20). Toutefois, selon l'art. 61c al. 2 LOGA[499], ce devoir d'information ne s'applique pas aux conventions « a. qui ont pour objet l'exécution de conventions dont la Confédération a déjà connaissance; b. qui s'adressent en priorité aux autorités ou qui règlent des questions techniques ou administratives ». Par ailleurs, Fassbender et Gübeli précisent que la Confédération ne dispose pas des moyens lui permettant de faire respecter le devoir d'information des cantons[500]. Dans ces conditions, l'existence d'un

492. Portmann, p. 307 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 1 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 1 ; SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 1 ad art. 56 Cst ; Fassbender/Gübeli, p. 107.
493. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 1 ; BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 4 ; Auer, N. 733.
494. Biaggini, art. 56 Cst. N. 1 ; BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 4 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 2 ; Buser, p. 112.
495. Fassbender/Gübeli, p. 108.
496. Biaggini, art. 56 Cst. N. 2 ; Petrig, p. 186 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1343.
497. Fassbender/Gübeli, p. 117.
498. Fassbender/Gübeli, p. 113.
499. Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).

devoir d'information ne permet pas à la Confédération de publier l'intégralité des traités internationaux conclus par les cantons. Cette étude montre aussi que la conclusion de traités internationaux cantonaux s'est intensifiée ces 35 dernières années, principalement en raison de l'augmentation de la coopération transfrontalière[501]. Il apparaît toutefois que les traités internationaux cantonaux existants ne reflètent pas l'ampleur de l'action extérieure des cantons. En effet, de manière similaire au phénomène de « treaty fatigue » qui est mis en avant par plusieurs auteurs au niveau international[502], l'action extérieure des cantons passe de plus en plus souvent par des accords informels (*soft law*), qui sont plus flexibles et qui ne doivent pas être soumis à l'approbation de la Confédération ou des parlements cantonaux[503].

La coopération transfrontalière des cantons suisses est régie, en droit international et en droit interne, par **plusieurs conventions**, qui ont pour but 6

500. Fassbender/Gübeli, p. 113.
501. Fassbender/Gübeli, p. 116.
502. Pauwelyn/Wessel/Wouters, p. 739 ; Petrig, p. 199.
503. Fassbender/Gübeli, p. 122.

de faciliter cette collaboration entre entités fédérées[504]. Il s'agit des textes suivants :

- La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 1982 (Convention de Madrid)[505] ;
- Les trois Protocoles additionnels à la Convention de Madrid[506] ;
- L'accord-cadre entre la Suisse et la République italienne sur la coopération transfrontalière des collectivités et autorités régionales et locales, entré en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1993[507] ;
- L'accord entre le Conseil fédéral suisse, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le Gouvernement de la République française sur la coopération transfrontalière dans la région du Rhin Supérieur, entré en vigueur pour la Suisse le 1er juin 2001[508] ;
- L'accord du 23 janvier 1996 entre le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, le Gouvernement de la République française, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Conseil fédéral suisse agissant au nom des cantons de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Argovie et du Jura, sur la coopération transfrontalière entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux (accord de Karlsruhe)[509] ;
- La Convention relative à la participation des parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la

504. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 5 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 2.
505. RS 0.131.1.
506. Protocole additionnel à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, entré en vigueur pour la Suisse le 1er décembre 1998 (RS 0.131.11) ; Protocole no 2 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif à la coopération interterritoriale, entré en vigueur pour la Suisse le 27 mai 2003 (RS 0.131.12) ; Protocole no 3 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif aux Groupements eurorégionaux de coopération (GEC), entré en vigueur pour la Suisse le 1er mars 2013 (RS 0.131.13).
507. RS 0.131.245.4.
508. RS 0.131.21.
509. L'accord a été étendu à d'autres cantons : Genève, Neuchâtel, Berne.

modification des conventions intercantonales et des traités des cantons avec l'étranger[510].

III. LA COMPÉTENCE DES CANTONS DE CONCLURE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX (AL. 1)

Conformément à l'art. 56 al. 1, les cantons peuvent mener leur propre politique étrangère dans les domaines dans lesquels ils sont compétents conformément à la répartition des compétences établie par la Constitution[511]. La **compétence** des cantons de conclure des traités internationaux est toutefois subsidiaire à celle de la Confédération[512]. Ainsi, les cantons peuvent exercer cette compétence uniquement si la Confédération n'a pas déjà conclu un traité dans le domaine concerné[513]. Si la Confédération conclut un traité international dans un domaine donné, une éventuelle compétence cantonale dans ce domaine devient caduque dans la mesure où le traité international contient une réglementation globale et exhaustive[514]. Le Tribunal fédéral a par exemple considéré qu'en concluant avec l'Union européenne l'Accord bilatéral relatif aux échanges de produits agricoles, la Confédération avait exercé sa compétence dans le domaine de la viti-viniculture et des AOC (appellations d'origine contrôlée)[515]. Il a dès lors conclu que le canton de Genève n'était pas habilité à conclure des traités internationaux dans ce domaine[516]. 7

Dans certains cantons, les **communes** ont la possibilité de conclure des conventions de coopération avec des collectivités étrangères[517]. L'accord de Karlsruhe mentionné ci-dessus offre un cadre à ces différentes formes de 8

510. La Convention sur la participation des parlements (CoParl) a été conclue le 5 mars 2010 entre les cantons de Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura.
511. Petrig, p. 186.
512. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 16 ; Petrig, p. 186, Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1340 ; BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 9 ; SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 21; Auer, N. 734 ; Buser, N. 257. Biaggini précise qu'il s'agit d'une compétence conditionnelle résolutive qui ne découle pas de l'art.3 Cst., mais de l'art. 56 Cst. et se différencie dès lors des compétences concurrentes traditionnelles (Biaggini, art. 56 Cst. N. 3.).
513. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1340, BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 9.
514. BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 9.
515. ATF 135 II 243, consid. 3.2.
516. ATF 135 II 243, consid. 3.2.
517. Voir par exemple : art. 136 al. 1 Cst./GE et § 67 al. 2 Cst./BS.

coopération entre communes[518]. La doctrine ne s'accorde toutefois pas quant à la manière de qualifier ces conventions. Pour la doctrine majoritaire, les communes ne sont pas autorisées à conclure des traités internationaux ; la coopération transfrontalière communale relève dès lors exclusivement du droit privé[519]. Pfisterer considère à l'inverse que les communes peuvent conclure des traités internationaux si le droit cantonal le permet[520]. À l'instar de la doctrine majoritaire, nous sommes d'avis que les conventions conclues par les communes relèvent du droit privé. A notre avis, cette position est justifiée par le fait que les obligations contractuelles contenues dans les conventions de coopération conclues par des communes ne peuvent pas engager la responsabilité de l'État en vertu de l'art. 7, para. 1 de l'Accord de Karlsruhe. Or si ces conventions étaient considérées comme des traités internationaux conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités[521], leur non-respect devrait entraîner la responsabilité de l'État.

A. Les traités internationaux cantonaux en droit international

9 En droit **international**, les traités conclus par les cantons sont des traités comme les autres, soit, selon la définition de l'art. 2 para. 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, des accords conclus « par écrit entre États et régi[s] par le droit international, qu'il[s] soit consigné[s] dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit [leur] dénomination particulière ». Les cantons peuvent également conclure des traités non-écrits et se lier à des organisations internationales[522].

10 Du point de vue du droit international, ce ne sont toutefois pas les cantons qui sont liés, mais la Suisse, en sa qualité d'État[523]. Ainsi, d'un point de vue formel, les relations des cantons avec des États étrangers ont lieu par **l'intermédiaire de la Confédération**[524]. Cela signifie que la conduite des négociations, la signature et la ratification incombent à la Confédération, qui agit au nom des cantons concernés[525]. En cas de non-respect du traité, seule la Confédération est responsable sur le plan international[526].

518. BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 19.
519. BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 19 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 3.
520. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 16.
521. RS 0.111.
522. BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 18.
523. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 24. et les références citées.
524. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1342 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 10.

À côté des traités internationaux, les cantons peuvent aussi mettre en place une coopération avec l'étranger par le biais d'une **collaboration informelle**[527]. La note marginale de l'art. 56 mentionne d'ailleurs les « relations des cantons avec l'étranger », ce qui offre à ceux-ci d'autres formes de collaboration[528]. La doctrine relève que cette coopération informelle est d'ailleurs plus importante, en pratique, que la conclusion de traités internationaux[529]. Cette coopération informelle est particulièrement utilisée dans les cantons qui partagent une frontière avec un État voisin de la Suisse[530]. Elle peut prendre la forme, par exemple, de contacts, de discussions et d'accords au sein de commissions et de forums régionaux transfrontaliers[531]. 11

B. Les traités internationaux cantonaux en droit interne

1. Conclusion, modification et dénonciation

Trois **procédures** existent, en droit interne suisse, lorsque les cantons souhaitent conclure des traités internationaux. Comme évoqué ci-dessus, le Conseil fédéral est compétent, d'une manière générale, pour conclure des traités au nom des cantons (art. 184 al. 2 Cst.)[532]. Plus rarement, il arrive aussi que la Confédération conclue un traité en son nom propre et au nom du canton[533]. Enfin, conformément à l'art. 56 al. 3, les cantons peuvent conclure des traités en leur nom propre s'ils communiquent directement avec les autorités inférieures des États étrangers (N. 21–22)[534]. Quoi qu'il en soit, dans chacun de ces trois cas de figure, le traité international cantonal ainsi conclu lie la Confédération sur la plan international (N. 9–10). 12

525. Biaggini, art. 56 Cst. N. 10. Schaffter considère que ce système est contradictoire puisqu'il permet aux cantons de conclure des traités tout en leur niant le droit de négocier librement avec les autorités compétentes des autres États (Schaffter, p. 216).
526. Art. 4 para. 1 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la Résolution n°56/83, Assemblée générale des Nations Unies, 2001 ; Portmann, p. 308 ; BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 26.
527. Portmann, p. 308 ; BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 22 ; SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 14.
528. BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 6.
529. Biaggini, art. 56 Cst. N. 10 ; BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 31.
530. Portmann, p. 308.
531. Portmann, p. 308 ; BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 29.
532. Biaggini, art. 56 Cst. N. 10.
533. BSK-Hänni/Borter, art. 56 Cst. N. 26.
534. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 24.

13 À l'intérieur du canton, le **droit cantonal** détermine l'autorité compétente en matière de coopération avec l'étranger[535]. Généralement, le pouvoir exécutif est responsable de l'élaboration et de la signature des traités internationaux et les parlements ont la compétence d'approuver le contenu des traités, cas échéant sous réserve de référendum[536]. Dans certains cas, il est prévu que le parlement cantonal participe à la préparation des traités importants soumis à son approbation[537]. Mais d'une manière générale, la prépondérance du rôle de l'exécutif dans l'élaboration des traités internationaux cause inévitablement un certain déficit démocratique[538]. Ainsi, dans les relations intergouvernementales, les parlementaires se retrouvent souvent face à un choix binaire consistant à accepter ou non des dispositions qu'ils n'ont pas eu l'occasion de discuter[539]. Dans ces conditions, la participation des parlements par le biais de la procédure d'approbation n'est à notre avis pas suffisante pour assurer la légitimité démocratique des traités concernés. Par ailleurs, l'utilisation croissante d'instruments de coopération informels (N. 11) peut également avoir des effets néfastes sur le principe démocratique puisque ces instruments ne nécessitent aucune approbation parlementaire. Pour atténuer ce déficit, il y a lieu d'augmenter la participation des parlements à l'élaboration de ces conventions en amont, soit au moment des négociations. Dans un second temps, les parlementaires devraient avoir l'opportunité de débattre et modifier les dispositions proposées par l'exécutif avant de les approuver. Le défi consiste à trouver un équilibre entre une plus grande légitimité démocratique et la garantie d'une certaine efficience[540].

2. Rang

14 La question du rang, en droit interne, des traités internationaux conclus par les cantons soulève des questions complexes. Une partie de la doctrine considère que les traités internationaux conclus par les cantons font partie, sur le plan interne, du droit cantonal[541]. D'autres auteurs, auxquels nous nous

535. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 16.
536. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 21 ; Auer, N. 744 et 746.
537. Auer, N. 746.
538. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 21.
539. Voir en ce sens Bolleyer, p. 412. Cette auteure considère que « the pressure on parliaments simply to rubberstamp pre-cooked decisions for reasons of efficiency has intensified ».
540. Voir au sujet de la coopération intercantonale : Jeannerat, p. 139. Voir aussi à ce sujet Bolleyer, p. 413.
541. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 24 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 4.

rallions, estiment que ces traités appartiennent au **droit international**[542]. En effet, il nous paraît logique que des traités conclus avec l'étranger – que ce soit par l'intermédiaire de la Confédération ou par les cantons de manière autonome – fassent partie du droit international. Si les traités internationaux conclus par les cantons faisaient partie du droit cantonal, ils ne pourraient pas être appliqués en présence de lois fédérales contraires, conformément au principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Or la doctrine unanime reconnaît que ces traités dérogent aux lois fédérales postérieures et contraires[543]. Par ailleurs, plusieurs auteurs estiment que l'art. 190 Cst. s'applique aux traités internationaux cantonaux[544], ce qui plaide aussi en faveur de l'appartenance de ces conventions au droit international.

3. Mise en œuvre

La manière dont les traités internationaux doivent être mis en œuvre au sein de l'ordre juridique suisse n'est pas déterminée par le droit international[545]. Au contraire, les autorités internes sont **libres** quant à la manière dont elles mettent en œuvre, sur le plan interne, les obligations issues de traités internationaux[546]. Cela vaut également pour les traités conclus par les cantons[547]. En revanche, comme évoqué ci-dessus (N. 10), la Confédération est responsable du respect et de la bonne application de ces traités sur le plan international. Par conséquent, si un canton ne se conforme pas à un traité qu'il a conclu ou ne le met pas en œuvre, la Confédération est habilitée – du moins en théorie – à agir à sa place par le biais de l'exécution fédérale[548]. En pratique toutefois, la Confédération ne s'immisce que rarement dans les compétences des cantons pour mettre en œuvre, en leur lieu et place, les obligations qui leur incombent[549]. 15

542. Auer, N. 750 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 27.
543. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 25 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 27 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 4.
544. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 28 et les références citées.
545. Cassese, p. 219 ; Wüger, p. 65.
546. Cassese, p. 219 ; Denza, p. 386.
547. Kolarov, p. 32.
548. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N. 1344 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 24.
549. Tschannen, N. 989 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, p. 425.

IV. LIMITES (AL. 2)

A. Exigence de conformité au droit fédéral et cantonal et aux intérêts de la Confédération

16 Au moment de leur **conclusion**, les traités internationaux conclus par les cantons ne doivent aller à l'encontre ni du droit fédéral, ni du droit des autres cantons[550]. En revanche, nous avons vu que ces traités, une fois ratifiés, primaient les lois fédérales ou cantonales ultérieures qui seraient contradictoires, conformément au principe de la primauté du droit international prévu par l'art. 5 al. 4 Cst. (N. 14)[551].

17 Par ailleurs, les traités conclus par les cantons doivent **respecter** les « intérêts de la Confédération ». Cette formule est identique à celle de l'art. 48 al. 3 et doit être interprétée de la même façon, c'est-à-dire de manière large. Elle fait référence aux intérêts nationaux – comme le maintien de bonnes relations avec des États étrangers ou des organisations internationales – et non pas uniquement aux intérêts politiques de la Berne fédérale[552]. Le Tribunal fédéral n'exclut pas totalement les contacts directs entre les cantons et des organisations internationales[553]. Toutefois, le respect des intérêts de la Confédération « interdit toute mesure d'un canton pouvant contrecarrer ou gêner les relations de la Suisse avec d'autres États, telles que des résolutions des parlements cantonaux à propos d'événements survenus à l'étranger » [554]. Les cantons disposent ainsi d'une certaine marge de manœuvre dans la conduite de leur politique étrangère, mais ils doivent tenir compte des questions d'opportunité politique[555]. La marge de manœuvre des cantons est en outre limitée par l'obligation de fidélité confédérale inscrite à l'art. 44 al. 2, selon laquelle les cantons ne peuvent pas exercer leurs compétences de manière abusive.

550. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 30 ; SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 20.
551. Auer, N. 735.
552. Le terme « Confédération » fait ici référence au niveau fédéral, par opposition aux cantons. Biaggini, art. 56 Cst. N. 7 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 32 ; BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 35 ; CR-Jeannerat, art. 56 Cst. N. 40 ad art. 48 Cst.
553. ATF 125 I 227, consid. 5d/bb. ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 11.
554. ATF 125 I 227, consid. 5d/bb.
555. Auer, N. 736.

B. Obligation d'informer la Confédération

Avant la révision totale de la Constitution en 1999, les traités internationaux conclus par les cantons devaient être approuvés par le Conseil fédéral (N. 3)[556]. Avec l'adoption de la nouvelle Constitution, cette compétence de la Confédération d'approuver les traités a été remplacée par un devoir d'**information** *a priori* et la mise en place d'une procédure de réclamation[557]. Cette limitation à un devoir d'information, assorti de la possibilité de déposer une réclamation, s'explique, de manière pragmatique, par le fait que l'ancienne obligation d'approbation n'était pas bien respectée par les cantons[558]. Cette exigence était perçue par plusieurs cantons comme un obstacle bureaucratique entravant la coopération transfrontalière[559]. 18

Cette modification ne veut toutefois pas dire que les cantons sont libres de conclure n'importe quelle convention avec l'étranger[560]. Au contraire, les cantons sont tenus d'informer la Confédération avant même la conclusion d'un traité (art. 61c al. 1 LOGA[561] ; art. 27o al 2 let. b OLOGA[562]). La Confédération se charge alors d'informer les autres cantons par le biais de la Feuille fédérale (art. 62 al. 1 LOGA)[563]. En cas d'objection, une solution à l'amiable est recherchée (art. 62 al. 3 LOGA). Si aucun accord ne peut être trouvé, le Conseil fédéral et les cantons tiers peuvent élever une réclamation devant l'Assemblée fédérale dans les six mois qui suivent la publication (art. 186 al. 3 et 172 al. 3 Cst. ; art. 62 al. 4 LOGA)[564]. L'Assemblée fédérale décide alors de l'approbation, ou non, du traité litigieux (art. 172 al. 3 Cst.). En pratique, la procédure de réclamation n'a jamais dû être utilisée jusqu'à maintenant[565]. Bien qu'il ne soit pas possible de les vérifier, plusieurs hypothèses peuvent être avancées pour expliquer ce constat : 1) la procédure 19

556. Portmann, p. 308.
557. Schmitt, p. 202.
558. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 28 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 36.
559. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 4.
560. Schmitt, p. 202.
561. Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).
562. Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (172.010.1).
563. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 37 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 8.
564. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 29 ; Biaggini art. 56 Cst. N. 8 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 38.
565. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 38 ; Auer, N. 737 ; Biaggini, art. 56 Cst. N. 8.

d'information *a priori* fonctionne bien, 2) la procédure de réclamation n'est pas suffisamment développée pour garantir un contrôle efficace, 3) la procédure de réclamation n'est pas appliquée parce que les cantons coopèrent essentiellement de manière informelle.

20 La procédure à deux niveaux (obligation d'informer et procédure de réclamation) qui prévaut désormais s'inscrit dans une approche plus consensuelle, dont l'objectif est de réduire d'éventuelles objections et divergences internes dans le pays avant la conclusion du traité (art. 61c al. 1 et art. 62 al. 3 LOGA)[566]. Elle offre plus de **flexibilité** aux cantons et vise ainsi à faciliter leurs relations avec l'étranger[567]. L'objectif est de parvenir à un consensus en réglant les litiges par la négociation ou la médiation[568].

V. LES TRAITÉS INTERNATIONAUX CONCLUS DIRECTEMENT PAR LES CANTONS (AL. 3)

21 En règle générale, nous avons vu que la conclusion de traités internationaux par les cantons avait lieu par l'intermédiaire de la Confédération (N. 12)[569]. L'art. 56 al. 3 autorise toutefois les cantons à conclure **directement** des traités avec des autorités étrangères de rang inférieur. Dans de telles situations, les cantons agissent de manière indépendante vis-à-vis de ces autorités[570].

22 La notion d' « **autorités inférieures** » doit être comprise de manière large[571]. Elle se réfère à toutes les autorités territoriales ou locales, à l'exclusion des autorités centrales[572]. Selon l'art. 2 al. 2 de la Convention de Madrid (N. 6), il s'agit des « collectivités, autorités ou organismes exerçant des fonctions locales et régionales et considérées comme telles dans le droit interne de chaque État ». Selon le texte de la disposition constitutionnelle, les cantons peuvent « traiter directement » avec ces autorités. En pratique, cela signifie qu'ils peuvent communiquer et négocier avec celles-ci, mais aussi signer et ratifier des conventions (voir par exemple la Convention de coopération

566. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 31.
567. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 28.
568. SGK-Pfisterer, art. 56 Cst. N. 31 ; Schmitt, p. 203.
569. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 41 ; Auer, N. 738.
570. Biaggini, art. 56 Cst. N. 11.
571. CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 41 ; Auer, N. 738.
572. Filliez, p. 86.

transfrontalière dans le domaine de la prise en charge des urgences conclue en 2011 entre le canton de Genève et les départements de l'Ain et de la Haute-Savoie)[573]. En pratique, ce type d'accords représente la majorité des traités internationaux conclus par les cantons[574].

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Abderhalden Ursula, Die Kompetenzen von Bund und Kantonen in der Aussenpolitik, in : Hänni Peter (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext, Zurich 2000, p. 118 ss.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

Biaggini Giovanni/Haas Julia, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in der Schweiz, in : Tschudi Hans Martin/Schindler Benjamin/Ruch Alexander/Jakob Eric/Friesecke Manuel (éd.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zurich 2014, p. 139 ss.

Breitenmoser Stephan, Regionalismus – insbesondere grenzüberschreitende Zusammenarbeit, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, p. 507 ss.

Bühler Othmar, Die Staatsverträge der Kantone, LeGes 10 (1999) 3, p. 75 ss.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2020, p. 2151 ss.

Fassbender Bardo/Gübeli Raffael, Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone, ZBl 119 (2018), p. 107 ss.

Filliez Fabrice, La participation des Cantons à la politique extérieure de la Suisse in : Massart-Piérard (éd.), L'action extérieure des entités subétatiques : Pour une approche comparée Europe Amérique du Nord, Louvain-la-Neuve 2008, p. 83 ss.

573. Auer, N. 738 ; CR-Maroonian/Kolb, art. 56 Cst. N. 40 ; BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 44.
574. BSK-Hänni/Börter, art. 56 Cst. N. 42.

Hänni Peter/Börter Emanuel, Kommentierung zu Art. 56 BV, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015.

Mägli Patrick, Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Ausland, LeGes 1 (2004), p. 189 ss.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Commentaire de l'art. 54, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Martenet Vincent, La conclusion des conventions internationales et intercantonales au regard de la séparation des pouvoirs, spécialement dans le canton de Genève, ZBl 112 (2011), p. 173 ss.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland, in : Bradley Curtis A. (éd.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford 2019, p. 297 ss.

Schaffter Roger, La compétence des cantons dans la politique extérieure, Annuaire suisse de science politique 24/1984, p. 213 ss.

Schmitt Nicolas, La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères in : Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (éd.), Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse : Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle 2000.

Thürer Daniel, Föderalismus und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik : Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen, ZBl 93 (1992), p. 49 ss.

À PROPOS DE L'AUTEURE

Constance Kaempfer, LL.M. et titulaire du brevet d'avocate, est chercheuse à l'Université de Lausanne dans le cadre d'un projet de recherche financé par le FNS et co-dirigé par la Professeure Evelyne Schmid et le Professeur Martino Maggetti (https://wp.unil.ch/ilsp/). Cette institution est remerciée ici de son soutien. L'auteure a soutenu sa thèse de doctorat intitulée « Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses » le 6 mai

2022 et a obtenu la mention *summa cum laude*. La thèse sera publiée prochainement par la maison d'édition sui generis. Dans le cadre de ses recherches, l'auteure a par ailleurs publié plusieurs articles sur la mise en œuvre du droit international au niveau infranational en Suisse.

BIBLIOGRAPHIE

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zurich 2017.

Bolleyer Nicole, Why Legislatures Organise. Inter-Parliamentary Activism in Federal Systems and Its Consequences, The Journal of Legislative Studies 16 (2010), p. 411 ss.

Buser Denise, Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, Bâle 2011.

Cassese Antonio, International Law, Oxford et al. 2005.

Conseil fédéral, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1.

Denza Eileen, The relationship between international and national law, in : Evans Malcolm D. (éd.), International law, Oxford 2018.

Fassbender Bardo/Gübeli Raffael, Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone, ZBl 119 (2018), p. 107 ss.

Filliez Fabrice, La participation des Cantons à la politique extérieure de la Suisse in : Massart-Piérard (éd.), L'action extérieure des entités subétatiques : Pour une approche comparée Europe Amérique du Nord, Louvain-la-Neuve 2008, p. 83 ss.

Hänni Peter/Börter Emanuel, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015.

Jeannerat Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse : questions choisies de collaboration intercantonale et intercommunale, Bâle 2018.

Kolarov Ana, Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik. Die Völkerrechtliche Vertragsschlussfähigkeit der schweizerischen Kantone in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, Zurich 2014.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik. Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, Zurich et al. 2020.

Mahon Pascal, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, Zurich 2003.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse Volume I : L'État, Berne 2021.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Commentaire de l'art. 56, in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Pauwelyn Joost/Wessel Ramses A./Wouters Jan, When Structures Become Shackles. Stagnation and Dynamics in International Lawmaking, European Journal of International Law 25/3 (2014), p. 733 ss.

Petrig Anna, Democratic Participation in International Law-Making in Switzerland After the Age of Treaties, in : Aust Helmut Philipp/Kleinlein Thomas (éd.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law, Cambridge 2021, p. 180 ss.

Pfisterer Thomas, Kommentierung zur Art. 56 BV, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3ème éd., Zurich 2014.

Portmann Roland, Foreign Affairs Federalism in Switzerland in : Bradley Curtis A. (éd.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, Oxford 2019, p. 297 ss.

Schaffter Roger, La compétence des cantons dans la politique extérieure, Annuaire suisse de science politique 24/1984, p. 213 ss.

Schmitt Nicolas, La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères, in : Fleiner Thomas/Forster Peter/Misic Alexander/Thalmann Urs (éd.), Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und

Staatsstruktur = La nouvelle Constitution suisse : Fédéralisme, droits fondamentaux, droit économique et structure de l'État, Bâle 2000.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5ème éd., Berne 2021.

Wüger Daniel, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005.

Wyttenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich et al. 2017.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 60 Cst.

Un commentaire de Jan Imhof

PROPOSITION DE CITATION

Jan Imhof, Commentary of art. 60 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Imhof, N. XXX zu Art. 60 BV.

Art. 60 Organisation, instruction et équipement de l'armée

[1] La législation militaire ainsi que l'organisation, l'instruction et l'équipement de l'armée relèvent de la compétence de la Confédération.

[2] ...

[3] La Confédération peut reprendre les installations militaires des cantons moyennant une juste indemnité.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 817
A. Histoire de la création 817
B. Répartition actuelle des compétences entre la Confédération et les cantons 819
II. Alinéa 1 : Législation militaire, organisation, instruction et équipement de l'armée 821
A. Législation militaire 821
B. Organisation 821
1. l'Armée 821
2. Le Groupement Défense 822
3. Autres autorités militaires 822
C. Instruction 823
1. Obligation de formation 824
2. Service d'instruction 825
3. Coopération internationale en matière d'instruction 827
D. Équipement 828
1. Acquisition 828
2. Matériel de l'armée 830
III. Alinéa 3 : installations militaires des cantons 832
Lectures complémentaires recommandées 833
Bibliographie et Matériaux 834

I. GÉNÉRALITÉS

A. Histoire de la création

La Constitution fédérale de 1874 contenait, avec les articles 8 à 22 aCst, une constitution sur la défense relativement détaillée. Elle reposait sur l'idée que la souveraineté militaire de la Confédération prévalait sur celle des cantons. La souveraineté des cantons, auxquels on garantissait leurs propres troupes, ne devait s'appliquer que dans les cas où elle n'entravait pas le but de la Confédération. 1

La Constitution sur la défense nationale stipulait que la législation sur l'armée relevait de la compétence de la Confédération (art. 20 al. 1, première phrase aCst.). L'exécution des "lois pertinentes", c'est-à-dire leur application, devait être assurée par les autorités cantonales dans les limites fixées par la législation fédérale et sous la surveillance de la Confédération (art. 20 al. 1, 2e phrase aCst.). 2

L'art. 20 al. 2 aCst. établissait la compétence fédérale pour l'ensemble de l'instruction militaire et de l'armement, alors que dans la Constitution fédérale de 1848, l'instruction militaire était justement encore répartie entre la Confédération et les cantons. L'acquisition de l'habillement et des autres équipements ainsi que leur entretien incombaient aux cantons. Selon l'alinéa 3, les frais occasionnés étaient toutefois indemnisés par la Confédération. Les militaires devaient également recevoir gratuitement leur premier équipement, leur habillement et leur armement (art. 18 al. 3 aCst.). Cette disposition a été introduite dans la Constitution après que certains cantons ont répercuté partiellement les coûts d'acquisition sur les conscrits. La compétence cantonale dans le domaine de l'équipement était notamment une concession de la Confédération, puisque le projet du 5 mars 1872 prévoyait une compétence fédérale exclusive en la matière ainsi que le transfert de propriété de tout le matériel de guerre à la Confédération. 3

Enfin, la Confédération s'est vu accorder le droit de reprendre les places d'armes et les bâtiments militaires cantonaux en vue de les utiliser ou d'en devenir propriétaire, moyennant une indemnité (appropriée) et bon marché (art. 22 al. 1 aCst.). 4

5 Lors de la révision totale de la Cst. en 1999, la Constitution sur la défense a été concentrée sur quelques articles. L'art. 20 et l'art. 22 aCst. ont été intégrés à l'art. 60 al. 1 à 3 Cst. Celui-ci contient d'emblée la compétence législative de la Confédération dans le domaine militaire et fonde la compétence en matière d'équipement et d'instruction. Désormais, l'organisation de l'armée est également mentionnée. La compétence cantonale d'édicter la législation d'exécution n'est plus explicitement mentionnée. Elle découle du fédéralisme d'exécution. L'al. 2 décrit la compétence partagée dans le domaine des troupes cantonales et des marchés publics. Le droit de reprendre, à titre onéreux, des places d'armes cantonales et des bâtiments militaires pour les utiliser ou en devenir propriétaire a été nouvellement regroupé à l'al. 3 dans un "droit de reprise" général et onéreux.

6 Avec la réforme Armée XXI en 2002, en vigueur depuis le 1er janvier 2004, le législateur a supprimé les troupes cantonales. La répartition constitutionnelle des compétences n'a pas été touchée, puisque la révision totale de 1999 ne garantissait déjà plus de troupes cantonales. Parallèlement, le législateur a révisé l'art. 118 LAAM ("Les affaires militaires sont du ressort des cantons, dans la mesure où elles leur sont confiées. [...]"). Il est désormais précisé que "les affaires militaires relèvent de la compétence de la Confédération et des cantons, dans la mesure où elles leur sont déléguées. [...]". La nouvelle formulation ne visait pas à modifier le contenu. Elle visait uniquement à souligner la compétence originelle de la Confédération, sans toutefois décharger les cantons de leur coresponsabilité.

7 La répartition des compétences a connu son plus grand changement en 2004 avec l'adoption de l'arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT). La RPT avait pour but de garantir durablement une répartition des tâches et une réglementation des compétences appropriées entre la Confédération et les cantons, ainsi que d'éliminer les fausses incitations et les doublons. En conséquence, l'al. 2 de l'art. 60 Cst. a été supprimé sans être remplacé au 1er janvier 2008. Désormais, la responsabilité de l'exécution dans le domaine logistique (c'est-à-dire le matériel de l'armée) incombait exclusivement à la Confédération. Cette centralisation était une nécessité économique, surtout dans le cas d'une armée fortement réduite. Du point de vue de la politique nationale, la coresponsabilité des cantons n'en a pas été diminuée pour autant (voir la présentation suivante sous I.B.).

B. Répartition actuelle des compétences entre la Confédération et les cantons

L'art. 60 al. 1 Cst. déclare que la législation militaire, l'organisation, l'équipement et l'instruction relèvent de la compétence de la Confédération et que celle-ci a donc une compétence globale et exclusive en matière militaire. Selon le point de vue défendu ici, l'énumération - organisation, équipement, instruction - est aujourd'hui purement déclaratoire et n'a plus de signification propre, puisque, outre la législation (art. 60 al. 1 Cst.), l'exécution (art. 118 LAAM) incombe à la Confédération. Elle doit donc être comprise dans un contexte historique. 8

En conséquence, il ne reste aux cantons que les tâches d'exécution explicitement prévues par la législation fédérale. Il convient de mentionner en particulier et à titre d'illustration les tâches d'exécution suivantes : 9

- Orientation préalable et réunion d'orientation (art. 11 al. 2 LAAM, art. 97 al. 1 OMi) ;
- Promulgation des ordres de marche (art. 87, al. 4, let. a, OMDP) et appréciation des demandes de déplacement de service (art. 91, al. 1, OMDP en relation avec l'annexe 6) pour le recrutement, mais pas l'exécution du recrutement (art. 11, al. 3, LAAM en relation avec l'art. 98 OMDP) ;
- Contrôle militaire (art. 102 OMDP), en particulier traitement des demandes de congé pour l'étranger (art. 43 ss. OMDP) ;
- Réception, mais pas autorisation, des demandes de déplacement de service pour les services d'instruction de base et de formation des cadres

jusqu'aux officiers subalternes (art. 90 al. 2 OMDP en relation avec l'annexe 6) ;

- Tir hors du service (art. 125 LAAM et art. 34 ss. de l'ordonnance sur le tir), par exemple l'exploitation d'installations de tir, la reconnaissance de sociétés de tir et leur affectation à des installations de tir ;
- perception de la taxe d'exemption de l'obligation de servir (art. 22 LTEO) ;
- exploitation de bureaux de renseignements en cas de mobilisation pour le service actif (art. 13 OMob) ;
- Pouvoir disciplinaire lors du voyage d'entrée en service et du voyage de licenciement (art. 195 al. 2 et 4 CPM) ; le pouvoir disciplinaire en cas de non-accomplissement des tirs obligatoires et de non-observation de la convocation à la journée d'information ou au recrutement est en outre pertinent dans la pratique ;
- l'exécution des arrêts (disciplinaires) en dehors du service (art. 191 al. 5 CPM) ainsi que l'exécution des peines prononcées par la justice militaire (art. 211 ss PPM).

10 Dans certains cas isolés, le législateur fédéral s'adresse directement aux communes d'habitants pour l'exécution - par exemple pour l'annonce de la mobilisation pour le service actif (art. 14 al. 1 LAAM) - ou leur impose des charges militaires (art. 132 LAAM) :

- Mise à disposition de locaux en cas de mobilisation pour le service actif ou le service d'appui (art. 14 al. 3 et 4 OMob) ;
- Mise à disposition gratuite d'installations de tir pour le tir hors du service (art. 133 LAAM). Les communes disposent d'un pouvoir discrétionnaire. Elles peuvent exploiter elles-mêmes une installation de tir ou participer à une installation de tir d'une autre commune (installation commune). Avant de construire une nouvelle installation de tir, il convient de déterminer si une installation commune est envisageable. Alternativement, les communes peuvent s'assurer un droit de tir auprès d'une installation de tir privée. Elles versent au privé une indemnité pour l'entretien et la rénovation de l'installation de tir conformément à la loi sur les subventions (LSu). Ce droit n'existe toutefois que si l'installation de tir privée ne se trouve pas sur le propre sol communal (art. 8 de l'ordonnance sur les

installations de tir), - une différenciation qui semble difficilement défendable sur le plan matériel.

II. ALINÉA 1 : LÉGISLATION MILITAIRE, ORGANISATION, INSTRUCTION ET ÉQUIPEMENT DE L'ARMÉE

A. Législation militaire

La législation militaire relève de la compétence de la Confédération, c'est-à-dire qu'elle peut régler toutes les questions de fond en rapport avec l'armée. La législation militaire se compose des lois formelles suivantes : Loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM), Loi fédérale sur les systèmes d'information de l'armée (LSIA), Loi sur le droit pénal militaire (DPM), Procédure pénale militaire (PPM), Loi sur l'assurance militaire (LAM), Loi fédérale sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LAPG) ainsi que certaines parties de la Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG). La législation militaire formelle est complétée par de nombreuses ordonnances du Conseil fédéral, du DDPS et, dans certains cas, de l'Assemblée fédérale, ainsi que par un nombre sans cesse croissant de traités internationaux dans le domaine de la coopération en matière d'instruction, de la promotion de la paix et de la coopération en matière d'armement. 11

Les cantons ne disposent pas de la compétence d'édicter le droit militaire matériel. Il leur incombe uniquement d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires (cf. p. ex. art. 22 al. 4 LTEO). Les dispositions d'exécution cantonales se trouvent en partie dans leurs propres lois d'introduction, mais plus souvent dans le droit cantonal de l'organisation administrative. 12

B. Organisation

Conformément à l'art. 60 al. 1 Cst., l'organisation de l'armée relève de la compétence de la Confédération. Les affaires militaires se subdivisent en deux domaines : l'armée et le Groupement Défense (administration militaire de la Confédération). Ils ne disposent toutefois pas de bases légales distinctes. 13

1. l'Armée

L'armée est une organisation étatique sui generis. Elle doit s'aligner sur le principe de milice (art. 94 LAAM). L'Assemblée fédérale se réserve la 14

compétence de principe de déterminer l'organisation de l'armée (art. 93 LAAM). Elle a réglé l'articulation ainsi que l'effectif réglementaire et effectif dans une ordonnance spécifique (art. 1 et 2 OOrgA) et a habilité le Conseil fédéral à définir les structures et le Groupement V à exécuter l'organisation détaillée (art. 4 et 5 OOrgA). Par la forme d'acte législatif choisie, l'Assemblée fédérale soustrait délibérément sa décision sur l'organisation de l'armée au référendum.

2. Le Groupement Défense

15 Le Groupement D fait partie de l'administration centrale de la Confédération. Il est subdivisé en cinq unités administratives selon les principes de l'art. 8 LOGA (art. 11 OO-DDPS). Le Groupement D doit garantir la disponibilité et le développement de l'armée (art. 10 al. 2 Org-DDPS). En conséquence, le Groupe D est structuré de manière symétrique à l'organisation de l'armée. En raison de l'organisation quasi identique et qui se recoupe, les militaires de carrière ont de facto un double rôle de militaire et d'employé de l'administration, ce dernier étant prédominant en dehors du service actif. En revanche, certaines fonctions de l'armée et de l'administration militaire sont délibérément occupées en union personnelle ou, de iure, en double casquette. Ainsi, le chef de l'armée dirige à la fois le Groupe D (art. 10 OA-DDPS) et l'armée (art. 2 let. a OOrgA) : "Il doit faire le lien entre le chef du DDPS (fonction politique) et l'armée".

16 Ce n'est qu'en cas de mobilisation d'un grand nombre de troupes en service actif que l'Assemblée fédérale élit un général (art. 85 LAAM).

3. Autres autorités militaires

17 Les autorités suivantes sont en étroite relation matérielle avec le Groupement D et l'armée :

- Les autorités pénales militaires (art. 4a ss PPM) se composent de l'Office de l'auditeur en chef, qui fait partie de l'administration centrale, et de la justice militaire. A l'instar de la répartition des tâches entre le Groupe D et l'armée, l'Office de l'auditeur en chef veille à ce que les conditions-cadres soient favorables pour que la justice militaire puisse remplir sa mission (art. 9 OJ-DDPS). L'Office de l'auditeur en chef figure dans l'ordonnance sur l'organisation du DDPS en tant qu'unité administrative autonome et n'est pas subordonné au Groupe V. En conséquence, les membres de la justice

militaire ne sont pas non plus soumis au pouvoir de commandement de l'armée (art. 3 al. 1 OOrgA). Le pouvoir disciplinaire incombe à l'auditeur en chef (art. 8 al. 1 OJM). Cette séparation sur le plan de l'organisation administrative et la dissociation du pouvoir de commandement et du pouvoir disciplinaire contribuent à l'indépendance hiérarchique et institutionnelle de la justice militaire. Une telle indépendance est déjà exigée par le droit international public (art. 2 et 3 CEDH) pour une enquête efficace en cas de violations présumées du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture. Les tribunaux militaires sont composés de membres de la justice militaire et de l'armée (appelés juges de troupe). Ils sont élus par le Conseil fédéral ou par l'Assemblée fédérale (cf. art. 7, 11 et 14 CPM). Une élection par l'armée/le Groupe V ne serait pas admissible et violerait le droit à un tribunal indépendant (art. 6 al. 1 CEDH).

- L'Office fédéral de l'armement (armasuisse) agit entre autres comme centrale d'achat pour le Groupement V et l'armée (compétence selon l'annexe 1 Org-OMP). Il participe en outre à des coopérations internationales en matière d'armement (art. 109b LAAM). Enfin, il est responsable de la gestion immobilière du DDPS (art. 8 al. 1 let. b OILC et OIAgr) et de l'exécution du matériel mis hors service (art. 16 al. 1 OMat). La mise hors service de grands systèmes d'armes doit être approuvée par l'Assemblée fédérale (art. 109a al. 4 LAAM) ; p. ex. mise hors service des avions de combat F-5 Tiger.
- Au niveau cantonal, ce sont les commandements d'arrondissement ou les autorités militaires cantonales qui sont responsables de l'exécution des tâches qui leur sont confiées.

C. Instruction

En vertu de l'art. 60 al. 1 Cst., la Confédération est compétente et donc tenue d'instruire ses militaires. Une instruction minutieuse est une condition préalable au bon fonctionnement de l'instrument de politique de sécurité qu'est l'armée. D'un point de vue juridique, l'obligation de formation se fonde sur le droit des conflits armés et, dans le domaine de l'utilisation (policière) des armes à feu, sur les droits de l'homme (cf. ci-après II.C.1.). La Confédération forme ses militaires tant en Suisse qu'à l'étranger, en confiant parfois la formation à des tiers (cf. ci-après II.C.2./3.). 18

1. Obligation de formation

19 Le contenu de l'instruction est axé sur les tâches de l'armée (art. 46, art. 66 al. 2 [pour le service de promotion de la paix] et art. 93 al. 1 LAAM). Dans le domaine de la compétence principale, la défense, la Suisse s'est engagée, en ratifiant les Conventions de Genève et les protocoles additionnels, à former ses militaires au droit des conflits armés. Cet engagement figure (presque) à l'unisson dans toutes les conventions et tous les protocoles additionnels : "Les Hautes Parties contractantes s'engagent [...] notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire [...], de telle manière que les principes en soient connus de l'ensemble de leurs forces armées [...].

20 Il s'agit d'une obligation juridique ("legal obligation"). Les conventions de Genève n'expliquent toutefois pas sous quelle forme l'instruction doit être organisée. Dans la pratique, l'enseignement du droit des conflits armés se fait par le biais de règlements et de modules théoriques et pratiques de la formation. En outre, les règles du droit international de la guerre doivent être intégrées dans tous les exercices militaires. En complément, l'art. 7 al. 1 de la Convention de La Haye du 14.5.1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS 0.520.3) oblige à former les propres troupes à la protection des biens culturels.

21 L'exercice des pouvoirs de police de l'armée (art. 92 s. LAAM et art. 5 ss. LUsC) présuppose également une formation minutieuse. Plus l'atteinte potentielle aux droits fondamentaux est grave, plus la formation doit être intensive. Une "obligation positive" des Etats parties est déduite de l'art. 2 CEDH, selon laquelle l'utilisation d'armes à feu doit être entraînée ("trained in the use of firearms"). La CEDH exige à cet effet "clear guidelines and criteria governing the use of force". Cette exigence doit être satisfaite par l'édiction de règles d'engagement ("rules of engagement", ROE) qui concrétisent l'usage de la contrainte et qui sont résumées dans des cartes de poche ("pocket cards").

22 Eu égard au système de milice de l'armée suisse, il convient d'accorder une attention particulière à la formation afin que les membres de l'armée puissent (ré)agir de manière légale et appropriée en cas d'usage de la force, que ce soit dans le cadre des pouvoirs de police ou du droit des conflits armés.

2. Service d'instruction

Le service d'instruction est régi par les art. 41 à 64 LAAM. Il se compose de la formation prémilitaire volontaire (art. 64 LAAM), de la formation de base (art. 49 LAAM), de la formation des cadres (art. 55 LAAM) et du service d'instruction des formations (art. 51 LAAM) : 23

- L'instruction prémilitaire volontaire est proposée à partir de l'âge de 15 ans révolus et dans des domaines spécialisés choisis (p. ex. sanitaire, cyber, musique militaire, forces aériennes [SPHAIR] ; art. 3 al. 1 OFSP). Les participants ne sont pas encore intégrés de manière fonctionnelle dans l'armée, ce qui rend cette formation conforme au Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. L'exécution de l'instruction prémilitaire peut être confiée à des tiers au moyen d'un contrat de droit public (art. 64 al. 2 LAAM en relation avec l'art. 3 al. 2 et 3 OExp-DDPS).
- L'instruction de base comprend l'école de recrues (art. 49 LAAM) et des cours spécialisés (art. 50 LAAM). L'école de recrues dure 18 semaines et doit être commencée au plus tard douze mois après le recrutement. Elle s'effectue en principe sans interruption. Exceptionnellement, elle peut être "fractionnée" (art. 57 OMDP). Il est en outre possible d'accomplir volontairement la totalité du service d'instruction en une seule fois (art. 54a LAAM, appelé service long). La proportion de militaires en service long est toutefois limitée afin de respecter le principe de milice et d'assurer le bon fonctionnement du système.
- Le service d'instruction des formations comprend les cours de répétition (CR), y compris les travaux de préparation et de licenciement (art. 51 et 53 LAAM).

Le service d'instruction comprend également les prestations d'appui en faveur de tiers, par exemple lors de grandes manifestations sportives nationales et internationales en Suisse ou de manifestations culturelles, ainsi que l'aide spontanée. A l'origine, l'aide spontanée était traitée dans le chapitre Service d'appui (art. 67 ss LAAM). Dans le cadre du RED 2014, cela a été corrigé et l'aide spontanée a été transférée dans le service d'instruction des formations. Depuis la révision 2021/2022, non seulement les militaires peuvent être engagés dans le service d'instruction des formations, mais aussi dans l'instruction de base pour des prestations d'appui et l'aide spontanée (art. 48d 24

LAAM). Parallèlement, il est souligné que l'utilité de l'instruction doit être prioritaire, des exceptions pouvant être accordées pour les grandes manifestations sportives et culturelles d'importance nationale ou internationale (article dit du Lauberhorn). Les demandes de soutien pour de grandes manifestations civiles doivent être accordées de manière restrictive afin de respecter le principe de la neutralité concurrentielle (art. 94 al. 1 Cst.).

25 Le service d'instruction peut en outre être accompli au sein de l'administration militaire (art. 59 LAAM). Dans ce cas également, l'utilité de l'instruction doit être au centre des préoccupations. Selon l'avis défendu ici, les demandes doivent à nouveau être approuvées de manière restrictive, car les militaires sont en concurrence avec les demandeurs d'emploi civils. En complétant l'al. 4, le législateur a déjà contrecarré la mauvaise incitation à faire servir son propre personnel dans l'administration militaire afin de réduire les frais de personnel en percevant des allocations pour perte de gain.

26 Le tir obligatoire hors du service fait également partie de l'instruction (art. 63 LAAM). Les exercices de tir annuels sont organisés par des sociétés de tir reconnues (art. 63 al. 2 LAAM en relation avec l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance sur le tir). Les sociétés de tir bénéficiaires reçoivent à cet effet une indemnité conformément à la LSu (art. 38 de l'Ordonnance sur le tir).

27 Dans la mesure où des sociétés militaires et des associations faîtières organisent des activités de formation volontaires, le DDPS les soutient par des prestations en nature et en espèces. Selon le point de vue défendu ici, le soutien de ces activités d'instruction choisies constitue une aide financière selon la LSu, à laquelle il existe un droit correspondant (art. 10 ss. OAA). L'administration militaire compétente dispose d'un pouvoir de décision pour la reconnaissance des sociétés de tir, des sociétés militaires et des associations faîtières. Ce faisant, elle doit respecter le principe d'égalité de droit, l'obligation de sauvegarder les intérêts publics et le principe de proportionnalité. Dans la mesure où la reconnaissance d'une nouvelle association présuppose un besoin/une exigence militaire, l'administration militaire ne peut pas faire l'économie d'un examen des activités des associations déjà reconnues et d'en tenir compte dans sa décision (cf. art. 2 al. 2 OAT et art. 19 al. 2 let. c de l'Ordonnance sur le tir).

La formation militaire doit être davantage reconnue par les institutions civiles, par exemple la formation militaire au commandement ou l'autorisation de conduire militaire. 28

3. Coopération internationale en matière d'instruction

Les projets d'instruction et les exercices militaires se déroulent de plus en plus avec des partenaires étrangers. D'autres Etats, les Nations Unies (ONU), l'Agence européenne de défense (AED) et, dans le cadre de l'initiative politique "Partenariat pour la paix (PPP)", l'OTAN entrent en ligne de compte comme partenaires de coopération. La décision de politique étrangère du Conseil fédéral d'accepter l'invitation au PPP a été tentée en vain devant le Parlement et le peuple. Avec l'apparition de conflits armés dans l'espace européen, des voix se sont élevées à plusieurs reprises, d'une part pour le renforcement et d'autre part (pour des raisons de politique de neutralité) pour le retrait du PPP. Du point de vue du droit de la neutralité, la participation au PPP et, de manière générale, la coopération internationale en matière d'instruction ne sont pas contestables tant qu'elles ne s'accompagnent pas d'un devoir d'assistance. En raison de la situation géographique et de l'exiguïté du territoire suisse, la coopération internationale en matière d'instruction est importante pour l'armée suisse, par exemple pour les exercices des Forces aériennes et, de manière générale, pour la capacité de coopération militaire (interopérabilité) et l'échange de connaissances. 29

Le Conseil fédéral peut conclure des accords d'exécution avec des partenaires étrangers pour des projets d'instruction et des exercices concrets ou négocier un accord-cadre général (art. 48a LAAM). Dans ce dernier, il fixe les valeurs de référence telles que l'étendue de la coopération en matière d'instruction, la responsabilité de l'Etat, etc. Le groupe V peut réaliser de petits projets d'instruction internationaux directement sur la base d'un tel accord-cadre. Les projets d'instruction et les exercices de plus grande envergure requièrent une convention d'exécution concrétisant l'accord ("technical agreement/ arrangement"), que le Groupe V peut conclure de manière autonome s'il existe un accord-cadre (subdélégation générale à l'art. 106, al. 3, OMDi). En l'absence d'accord-cadre, le groupe V demande au Conseil fédéral l'autorisation de conclure des accords d'exécution concrets (art. 48a, al. 1, LOGA). Dans la pratique, les compétences en matière de conclusion d'accords sont accordées une fois par an par le biais d'une autorisation collective. 30

31 Comme pour le service de promotion de la paix ou le service d'appui à l'étranger, le Conseil fédéral doit régler le statut des militaires à envoyer au moyen d'un "status of forces agreement" (SOFA) et, le cas échéant, la protection des informations en vertu du droit des traités internationaux. Le Parlement lui a délégué de manière sectorielle les compétences nécessaires à la conclusion de contrats (art. 150a et 150 al. 4 LAAM). Pour la coopération en matière d'instruction, les parties déclarent régulièrement que le statut des troupes du PPP est applicable, mais il convient d'examiner au cas par cas si des concrétisations sont nécessaires dans l'accord d'exécution concerné (par exemple en ce qui concerne les compétences en matière d'enquêtes techniques ou pénales dans l'Etat bénéficiaire).

D. Équipement

1. Acquisition

32 La Confédération est responsable de l'acquisition du matériel de l'armée (art. 60 al. 1 Cst.). La répétition à l'art. 106 al. 1 LAAM est purement déclaratoire, compte tenu de la répartition actuelle des compétences. Par ailleurs, la compétence d'acquérir le matériel nécessaire découle de la gestion des besoins et ne nécessiterait pas de base légale spéciale : l'administration acquiert ce dont elle a besoin pour accomplir ses tâches légales.

33 La ligne directrice pour l'acquisition est l'art. 93 LAAM, selon lequel l'armée doit être équipée de manière à pouvoir accomplir ses tâches en temps voulu et dans leur intégralité. En raison de sa portée, le Conseil fédéral a obtenu le mandat d'acquisition de nouveaux avions de combat par un arrêté fédéral au sens de l'art. 28 al. 1bis let. c et al. 3 LParl (dit arrêté de planification). L'arrêté fédéral a été confirmé lors de la votation populaire du 27 septembre 2020.

34 Le principe de proportionnalité exige en outre que les forces d'intervention soient équipées, dans l'exercice de leurs compétences policières, de manière à ce que l'utilisation d'armes à feu ne soit pas le seul moyen de contrainte efficace, mais le dernier (ultima ratio) ; par exemple en les équipant d'un spray irritant ou d'un dispositif de déstabilisation. L'équipement individuel dépend de la mission concrète.

35 L'Office fédéral de l'armement (armasuisse) est responsable en premier lieu de l'acquisition (art. 12 OA-DDPS). Pour garantir l'équipement, la Confédération

peut en outre participer à des entreprises d'armement (art. 1 ss. LREC). Elle fixe pour quatre ans les objectifs stratégiques que les entreprises d'armement doivent atteindre (art. 3 al. 1bis LRECA). Ainsi, les objectifs stratégiques de RUAG MRO mentionnent le soutien à la maintenance des systèmes de l'armée suisse (entretien, inspection, remise en état). La participation à des entreprises d'armement permet, dans certaines circonstances, de réaliser des acquisitions quasi-in-house qui sont exclues du champ d'application matériel du droit des marchés publics (art. 10 al. 3 let. d, LMP). Ces entreprises sont en outre soumises à diverses dispositions d'exception concernant les autorisations selon la loi sur le matériel de guerre (LFMG). En service actif, le Conseil fédéral peut ordonner l'exploitation militaire pour les particuliers chargés de tâches publiques, comme les entreprises selon la LREC (art. 81 LAAM).

L'Assemblée fédérale fixe pour quatre ans le plafond de dépenses pour les moyens financiers de l'armée (art. 148j LAAM ; art. 20 LFC). Celui-ci signale uniquement la volonté du Parlement d'allouer ce montant dans le cadre des décisions budgétaires. Le Conseil fédéral soumet chaque année les demandes concrètes de crédit à l'Assemblée fédérale avec le message sur l'armée. Le plafond de dépenses et l'octroi des crédits font l'objet d'un arrêté fédéral simple (art. 148j LAAM et art. 25 al. 2 LParl). Celui-ci n'est pas sujet au référendum (art. 141 al. 1 let. c, en relation avec l'art. 163 al. 2 Cst.). 36

L'acquisition de matériel militaire présente certaines particularités juridiques : 37

- Conformément à l'art. III PAC, les parties contractantes peuvent prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité pour l'acquisition d'armes, de munitions et de matériel de guerre ou pour les acquisitions indispensables à la défense nationale. Le législateur suisse a exclu de manière générale ces marchés du champ d'application des accords internationaux (annexe 5 al. 1 let. c LMP). L'adjudicateur peut, à sa discrétion, renoncer totalement à une procédure d'adjudication ou choisir la procédure sur invitation si les objectifs de protection le permettent (art. 10 al. 4 let. a LMP). Si la procédure sur invitation est choisie, l'adjudicateur n'est pas tenu de respecter les valeurs seuils (art. 20, al. 3, LMP). Les voies de droit sont exclues pour des raisons de politique de sécurité (art. 52 al. 5 LMP). Les affaires compensatoires

(offsets) sont autorisées en dehors du domaine des traités internationaux (art. IV ch. 6 AMP e contrario).

- Si des armes, des moyens et des méthodes de guerre (systèmes d'armes) sont nouvellement acquis, modifiés ou affectés à un autre usage, leur conformité au droit international public doit être vérifiée (art. 36 PA I en relation avec l'art. 11 OMat). Le Groupement V soumet l'objet d'acquisition à un examen indépendant, interne à l'administration, et évalue si l'objet d'acquisition et l'utilisation prévue sont compatibles avec les principes fondamentaux et les dispositions particulières du droit des conflits armés. Elle peut à cet effet ordonner des essais de tirs et d'autres tests. L'autorisation finale peut être assortie de charges et de conditions (p. ex. limitation de l'utilisation de sprays irritants dans le cadre d'un conflit armé international).

2. Matériel de l'armée

38 Le matériel de l'armée comprend l'équipement personnel (armement, habillement, bagages et pièces d'équipement spéciales selon l'art. 3 al. 1 OEPM) et le reste du matériel de l'armée (art. 105 let. b LAAM). L'équipement personnel reste la propriété de la Confédération et ne peut en principe pas être utilisé à des fins privées (art. 114 LAAM).

39 Le matériel de l'armée est un patrimoine administratif. Selon le point de vue défendu ici, cela s'applique même si le groupe D fournit des prestations commerciales et remet du matériel de l'armée à des tiers contre rémunération (art. 41 LFC en relation avec l'art. 148i LAAM). Cela se traduit également par le fait que les prestations commerciales ne sont fournies que si elles ne portent pas atteinte à la tâche principale de l'armée. La remise n'est pas une tâche en soi, mais une opportunité de louer à des tiers, par exemple, du matériel militaire temporairement non utilisé. Il faut toujours tenir compte du principe de neutralité concurrentielle (art. 94 al. 1 Cst.). Dans certaines circonstances, des rabais ou des remises de prix sont accordés, ce qui signifie que le matériel de l'armée est remis quasiment sous forme d'aide financière. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une aide financière, la remise est convenue dans un contrat de droit civil.

40 Les militaires ont un devoir de diligence à l'égard du matériel de l'armée. Ils répondent de leur équipement personnel et du matériel (d'armée) confié en

service en cas de perte ou de détérioration (art. 139 al. 2 LAAM ; responsabilité causale légère) ou, de manière générale, des dommages résultant d'une violation intentionnelle ou d'une négligence grave des devoirs de service (art. 139 al. 1 LAAM ; responsabilité pour faute). Sont réservées les dispositions particulières en matière de responsabilité (art. 135 al. 2 LAAM), comme par exemple l'art. 75 LCR pour les dommages causés lors d'une course sans ordre/autorisation (dite course de voyous).

Le matériel de l'armée est particulièrement protégé par le droit pénal et disciplinaire (art. 73 CPM, abus et dilapidation de matériel de l'armée). Contrairement au droit pénal civil, celui qui endommage, endommage ou laisse périr par négligence une chose confiée par le service est également puni. Le port non autorisé de l'uniforme de l'armée suisse par des personnes non astreintes au service a également été explicitement rendu punissable (art. 331 CP). Il en va de même pour les personnes astreintes au service (art. 73 CPM), l'art. 22 OEPM mentionnant les manifestations hors du service lors desquelles elles peuvent porter l'uniforme de manière autorisée. Le port de l'uniforme à l'étranger est soumis à l'autorisation du protocole militaire (art. 4 de l'ordonnance sur le port d'uniformes étrangers en Suisse et d'uniformes militaires suisses à l'étranger). Celui-ci demande en outre l'accord de l'Etat de résidence, car le port de l'uniforme de l'armée suisse à l'étranger pourrait sinon être perçu comme un acte inamical. 41

Lors de la libération de l'armée, certaines pièces d'équipement peuvent être remises en propriété aux militaires (art. 26 ss OEPM ; p. ex. équipement sans impression de camouflage et arme personnelle). La remise de l'arme personnelle a pour objectif principal de permettre aux militaires de continuer à pratiquer le tir sportif avec l'arme militaire après leur départ de l'armée. L'auteur de l'ordonnance exige à cet effet une attestation de tir supplémentaire (p. ex. tir en campagne) et pas seulement l'accomplissement de l'obligation de tir légale de toute façon. De plus, un permis d'acquisition d'armes est exigé (art. 29 s. OEPM). 42

S'il existe des indices concrets de mise en danger avec l'arme personnelle ou d'utilisation abusive de celle-ci par des personnes astreintes au service, le commandement d'arrondissement doit ordonner le retrait préventif de l'arme personnelle (art. 17 OEPM). Le Tribunal administratif fédéral a en outre admis la responsabilité de la Confédération (et non celle du commandement d'arrondissement cantonal, qui n'avait pas connaissance des circonstances 43

concrètes) après qu'un militaire déclaré inapte a tiré sur un policier avec son pistolet d'armée et en a blessé un deuxième lors de l'évacuation forcée de son appartement.

44 En 2011, le peuple suisse a rejeté l'initiative populaire "Pour la protection face à la violence des armes". Selon ce texte, l'arme aurait dû être entreposée par l'armée en dehors du service. Une remise ultérieure en propriété aurait été en principe exclue.

III. ALINÉA 3 : INSTALLATIONS MILITAIRES DES CANTONS

45 De nombreuses installations militaires relèvent aujourd'hui encore du droit de propriété des cantons. La Confédération peut les reprendre (unilatéralement) dans la mesure où cela est nécessaire, c'est-à-dire en tenant compte de l'intérêt public et de la proportionnalité. Ce droit de reprise s'exerce exclusivement à l'encontre des cantons et non des particuliers. Lorsqu'elle exerce son droit de reprise, la Confédération doit aux cantons une indemnité appropriée (équitable), mais pas une indemnité complète. En ce sens, l'alinéa 3 n'est pas un titre d'expropriation (ordinaire), mais un droit d'expropriation spécial prévu par la Constitution.

46 Jusqu'à présent, la Confédération et les cantons parvenaient à un consensus sur l'utilisation des places d'armes cantonales et concluaient un contrat de droit public (art. 6 OAA). Le contrat sur les places d'armes conclu entre le Conseil fédéral et un gouvernement cantonal est suivi de contrats d'utilisation et d'autres conventions concrétisées au niveau des départements et des offices.

47 Depuis 2018, l'indemnisation se fait selon le modèle du locataire (art. 7 OAA). La Confédération a ainsi abandonné le modèle d'indemnisation qu'elle appliquait depuis de nombreuses années et qui se composait de charges d'intérêts, d'amortissement et d'entretien ainsi que d'une indemnité journalière par personne et par véhicule.

48 Comme lors de l'évaluation de l'emplacement d'une nouvelle construction, il convient, d'une part, de se référer aux dispositions d'utilisation de droit public lors de la décision d'une installation cantonale à reprendre, afin que l'utilisation militaire prévue puisse effectivement être réalisée. D'autre part, les dispositions particulières du droit des conflits armés doivent être prises en compte dans la prise de décision. En particulier, les objectifs militaires ne

doivent pas, dans la mesure du possible, être placés à l'intérieur ou à proximité d'une zone à forte densité de population (art. 58 let. b PA I), à proximité d'installations et d'équipements contenant des forces dangereuses (art. 56 ch. 5 PA I) et de biens culturels (art. 8 let. b du Deuxième Protocole du 26.3.1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, RS 0.520.33).

A propos de l'auteur

Jan Imhof a étudié à la Faculté de droit de l'Université de Berne (MLaw avec spécialisation en droit de l'administration publique) et a ensuite obtenu le brevet d'avocat bernois. De 2020 à 2022, il a travaillé comme collaborateur scientifique au service juridique du droit des conflits armés (KVR) à l'état-major de l'armée, Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS). Il est membre de la justice militaire dans le domaine spécialisé de l'étranger et travaille actuellement comme greffier à la section pénale du Tribunal régional de Berne-Mittelland.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Albertini Gianfranco/Armbruster Thomas/Spörri Beat, Militärisches Einsatzrecht, Zürich 2016.

Freiburghaus Dieter/Buchli Felix/Honegger Edith, Das Duopol der legitimen Gewalt im schweizerischen Bundesstaat, Cahier de l'IDHEAP 223/ 2005.

Griffel Alain, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Zürich 1991.

Häner Isabelle/Lienhard Andreas/Uhlmann Felix/Vogel Stefan/Kern Markus/ Achermann Alberto, Besonderes Bundesverwaltungsrecht, 9. Aufl., Basel 2021, S. 517-523.

Lienhard Andreas/Häsler Philipp, Verfassungsmässigkeit des Entwicklungsschrittes 2008/11 der Schweizer Armee, VPB 2007.2 S. 9-75.

Meyer Hansjörg, Grundaufgabe der Armee und weitere Aufgaben des Staates, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III/1, Basel 2008.

Moeckli Daniel, Sicherheitsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 629-651.

Müller Reto Patrick, Innere Sicherheit Schweiz, Basel 2009.

Müller Reto Patrick/Greuter Stéphanie, Der grundrechtliche Rahmen für Anti-Terror-Operationen in Europa, Bern 2021.

Rechsteiner David, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Zürich et al. 2016.

Saladin Gerhard M., Einsatz der Armee zur Unterstützung ziviler Sicherheitsorgane des Bundes, in: Schindler Benjamin/Kiener Regina/Bühler René (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Band III/2, Basel 2018, S. 315-366.

BIBLIOGRAPHIE ET MATÉRIAUX

Armeebotschaft 2021 vom 17.2.2021, BBl 2021 S. 372 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/372/de, besucht am 24.5.2023.

Armeebotschaft 2022 vom 16.2.2022, BBl 2022 S. 615 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/615/de, besucht am 24.5.2023.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birke Rainer, Strafverfolgung nach dem NATO-Truppenstatut, Dresden 2003.

Blumer Patrick/Wildt Anna, Änderung des Militärgesetzes und der Armeeorganisation 2022: Reform der Reform?, S&R 2/2022, S. 80-92.

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung vom 20.5.1874, betreffend die Abstimmung vom 19. April 1874 über die abgeänderte Bundesverfassung, BBl 1874 I S. 699 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1874/1_699__/de besucht am 24.5.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I S. 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft über das Fakultativprotokoll von 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 5.9.2001, BBl 2001 S. 6339 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/1081/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zu einem Planungsbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge vom 26.6.2019, BBl 2019 S. 5081 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1777/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee vom 3.9.2014, BBl 2014 S. 6955 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/1566/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Änderung des Militärgesetzes und der Armeeorganisation vom 1.9.2021, BBl 2021 S. 2198 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2198/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Armeereform XXI und zur Revision der Militärgesetzgebung vom 24.10.2001, BBl 2002 S. 858 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/118/de, besucht am besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund
und Kantonen (NFA) vom 14.11.2001, BBl 2002 S. 2291 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/316/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.2.2017, BBl 2017 S. 1851 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/417/de, besucht am 24.5.2023.

Botschaft zur Volksinitiative «Für den Schutz vor Waffengewalt» vom 16.12.2009, BBl 2010 S. 137 ff., aufrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/37/de, besucht am 24.5.2023.

Die Sicherheitspolitik der Schweiz. Bericht des Bundesrates (SIPOL-B 21) vom 24.11.2021, BBl 2021 S. 2895 ff.; abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2895/de, besucht am 24.5.2023.

Diggelmann Oliver/Altwicker Tilmann, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Flachsmann Stefan/Fluri Patrick/Isenring Bernhard/Philippin Edgar/Röthlisberger Jean-Marie, Disziplinarstrafordnung. Das militärische Disziplinarstrafrecht, 6. Aufl., Zürich et al. 2022.

Flachsmann Stefan/Immenhauser Martin, Die Unabhängigkeit der Militärjustiz, Jusletter 13. Mai 2019.

Gill Terry et al., Leuven Manual on the International Law Applicable to Peace Operations, Cambridge 2017.

Imhof Jan, Subdelegation von Vertragsabschlusskompetenzen an Verwaltungseinheiten, Umsetzung und Entwicklung am Beispiel der internationalen militärischen Ausbildungszusammenarbeit, LeGes 32 (2021) 1.

International Committee of the Red Cross, Commentaries on the Geneva Conventions and Additional Protocols, https://ihl-databases.icrc.org, besucht am 24.5.2023.

Kolb Robert/Hyde Richard, An Introduction to the International Law of Armed Conflict, Oxford 2008.

Krage Philipp, Teilrevision des Militärgesetzes durch die WEA und ihre Auswirkungen auf die Aufgaben der Armee, S&R 2/2017, S. 79-96.

Lang Christoph Ignaz, Umweltschutzrecht und Militär, Zürich 1997.

Lampert Michael/Stauffer Thomas, Organisation der Gruppe Verteidigung – Dilemma zwischen Militärverwaltung und Armee?, Bern 2017.

Lazzarini Claudio, Die anerkannten militärischen Schiessvereine, Zürich 1985.

Lubishtani Kastriot, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Meyer Hansjörg/Reto Patrick Müller, Kommentierung zu Art. 60 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Saladin Gerhard M., Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Milizprinzips der Schweizer Armee, Zürich et al. 2012.

Schindler Benjamin, Schusswaffeneinsätze der Armee in Friedensförderungsdienst: Rahmenbedingungen des Schweizer Rechts, S&R 2/2008, S. 94-102.

Spring Alexander, The International Law Concept of Neutrality in the 21st Century. An Analysis of Contemporary Neutrality with a Focus on Switzerland, Zürich et al. 2014.

Strategische Ziele des Bundesrates für die RUAG MRO Holding AG in den Jahren 2020-2023 vom 23.10.2019, BBl 2020 S. 1316, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1316/de, besucht am 24.5.2023.

Timm Donald A., Supplement Arrangements, in: Fleck Dieter (Hrsg.), The Handbook of the Law of Visiting Forces, 2. Aufl., Oxford 2018, S. 408-412.

Voetelink Joop, Military Law Enforcement, in: Fleck Dieter (Hrsg.), The Handbook of the Law of Visiting Forces, 2. Aufl., Oxford 2018, S. 261-274.

Wirz Heinrich L./Strahm Florian A., Armee, Bund und Kantonale Militärhoheit. Die verfassungsrechtliche Zentralisierung des schweizerischen Wehrwesens und ihre Folgen, Schriftenreihe BiG Nr. 45, 2010.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 68 Cst.

Un commentaire de Marco Zollinger

PROPOSITION DE CITATION

Marco Zollinger, Commentary of art. 68 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Zollinger, art. 68 FC N. XXX.

Art. 68 Cst. Sport

[1] La Confédération encourage le sport, en particulier la formation au sport.

[2] Elle gère une école de sport.

[3] Elle peut légiférer sur la pratique du sport par les jeunes et déclarer obligatoire l'enseignement du sport dans les écoles.

TABLE DES MATIÈRES

I. Généralités 841
A. Historique 841
B. Définition constitutionnelle du sport 844
II. Encouragement du sport et de l'activité physique 844
A. Alinéa 1 : Encouragement du sport 845
1. Compétence de la Confédération en matière d'encouragement 845
2. mesures d'encouragement du sport au niveau fédéral 846
3. Engagement financier de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine du sport 848
B. Alinéa 2 : école de sport 849
C. Alinéa 3 : Sport des jeunes et sport scolaire 851
1. le sport des jeunes 851
2. le sport scolaire 852
III. Lectures complémentaires recommandées 855
IV. A propos de l'auteur 856

I. GÉNÉRALITÉS

A. Historique

Les premières ébauches d'un encouragement et d'une réglementation du sport par l'Etat (fédéral) ont été constatées en Suisse vers 1874. A cette époque, il n'existait pas de disposition constitutionnelle spécifique au sport. La Confédération s'est certes penchée pour la première fois sur la thématique de la gymnastique et du sport dans le cadre de la révision de la Constitution de 1874. Durant cette première phase de prise en compte de la gymnastique et des sports dans la Constitution fédérale, le discours était toutefois largement marqué par des considérations de politique de défense : en s'appuyant sur les articles de l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874 relatifs à la défense (art. 18 et suivants aCst.), un cours préparatoire obligatoire a été introduit pour les garçons de 10 à 20 ans dans le cadre de l'organisation militaire de 1874. Celui-ci servait de préparation au service militaire. 1

En raison d'une mise en œuvre insatisfaisante de l'enseignement préparatoire obligatoire dans les cantons, diverses adaptations ont été effectuées avec l'organisation militaire de 1907 : L'enseignement de la gymnastique a été déclaré obligatoire dans les écoles pour les garçons à partir de la septième année scolaire et complété par un cours préparatoire facultatif après la sortie de l'école. L'ordonnance de 1909 sur l'enseignement préparatoire a été révisée en 1928 et finalement transférée dans l'ordonnance du 7 janvier 1947 sur l'encouragement de la gymnastique et des sports. Dans cette dernière, l'obligation de pratiquer le sport à l'école a été fixée à trois heures par semaine et l'exploitation de l'École fédérale de gymnastique et de sport, créée à Macolin pendant la Seconde Guerre mondiale, a été ancrée. Au niveau fédéral, les prescriptions relatives à la gymnastique et aux sports - tout comme l'obligation de pratiquer le sport à l'école - ne s'adressaient encore qu'aux garçons et aux jeunes hommes jusqu'en 1970. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, 15 cantons avaient toutefois déclaré l'enseignement de la gymnastique obligatoire également pour les filles et les jeunes femmes. 2

La deuxième phase de l'inscription du sport dans la Constitution fédérale suisse s'est dessinée à partir de la seconde moitié du 20e siècle. En raison de la diminution de l'activité physique de la population, les aspects positifs pour la santé liés à la gymnastique et au sport ont été de plus en plus mis en avant 3

dans les réflexions (politiques). En outre, jusqu'en 1970, les articles de l'ancienne Constitution fédérale relatifs au service militaire constituaient la base constitutionnelle, ce qui limitait la compétence de la Confédération en matière d'encouragement de la gymnastique et du sport, tant en ce qui concerne l'âge que le sexe. Cette limitation donnait des résultats insatisfaisants, notamment en ce qui concerne l'égalité des sexes et la santé de l'ensemble de la population. En 1967, des travaux ont donc été entrepris en vue d'un article constitutionnel et d'une loi fédérale sur l'encouragement de la gymnastique et des sports. Le nouvel art. 27quinquies aCst. a été accepté à une large majorité lors de la votation populaire du 27 septembre 1970. Il donnait notamment une base constitutionnelle à l'obligation de pratiquer le sport à l'école et à l'Ecole fédérale de gymnastique et de sport de Macolin, ainsi que la compétence à la Confédération d'édicter des prescriptions sur la gymnastique et les sports ayant un effet sur l'ensemble de la population. En plaçant systématiquement l'article constitutionnel dans les art. 27 ss aCst. sur l'éducation, on soulignait en outre la "dissociation de la défense nationale".

4 En vertu de l'art. 27quinquies aCst., la loi fédérale du 17 mars 1972 encourageant la gymnastique et les sports (RS 415.0) et l'ordonnance du 26 juin 1972 relative à la loi fédérale encourageant la gymnastique et les sports (RS 415.01) sont entrées en vigueur le 1er juillet 1972. La loi avait pour but d'encourager la gymnastique et les sports dans l'intérêt du développement de la jeunesse, de la santé publique et des performances physiques. Les "préoccupations en matière de politique de la santé, de la société et du sport" du législateur fédéral y étaient clairement exprimées. La loi fédérale déclarait notamment l'enseignement de la gymnastique et des sports obligatoire pour tous les élèves dans toutes les écoles primaires, secondaires et professionnelles, y compris les séminaires et les écoles de formation des enseignants. L'enseignement militaire préparatoire facultatif a été transféré dans "une institution moderne", Jeunesse et Sport.

5 Alors qu'au cours des deux premières phases, l'encouragement de la gymnastique et du sport était lié à des objectifs précis, la compétence constitutionnelle de la Confédération a été placée, à partir de la troisième phase, sous le signe d'un encouragement global du sport. Certes, l'art. 27quinquies aCst. a été transféré à l'art. 68 Cst. sans changement de contenu lors de la révision totale de la Constitution fédérale. Il ressort néanmoins du message correspondant que l'article constitutionnel a été remanié dans le sens

souhaité par les fédérations sportives et qu'il ancre "désormais" une compétence fédérale en matière d'encouragement global du sport. C'est dans cet esprit que le Conseil fédéral a opéré ce changement d'orientation l'année de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, en adoptant le Concept du 30 novembre 2000 pour une politique du sport en Suisse. Le concept de politique du sport s'orientait sur les cinq domaines de la santé, de la formation, de la performance, de l'économie et de la durabilité, la politique du sport étant "intégrée dans les objectifs supérieurs de l'Etat" à l'aide d'une vision globale du sport et de cinq objectifs principaux. Il n'apparaît donc pas que la Confédération ait poursuivi un objectif étatique autonome avec l'encouragement du sport durant cette phase. Le Conseil fédéral cherchait plutôt à "apporter une contribution politique pour faire naître une vaste culture du mouvement, un ´esprit du sport´, ce qui peut aussi contribuer à la cohésion et à l'identité de notre société".

En vertu de l'art. 68 Cst., la loi fédérale du 17 juin 2011 sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (loi sur l'encouragement du sport, LESp ; RS 415.0) et l'ordonnance du 23 mai 2012 sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (ordonnance sur l'encouragement du sport, OESp ; RS 415.01) sont alors entrées en vigueur le 1er octobre 2012. Les principaux axes du concept de politique sportive, qui ont fait leurs preuves, ont été intégrés dans la nouvelle loi sur l'encouragement du sport. Le passage à une approche globale de l'encouragement du sport n'a toutefois pas eu d'influence substantielle sur l'ampleur de l'encouragement public du sport. Par la suite, l'encouragement du sport en Suisse est resté marqué par la primauté de l'engagement privé, conséquence du principe de subsidiarité. 6

Actuellement, le plan d'action de la Confédération pour l'encouragement du sport du 26 octobre 2016 définit la politique fédérale en matière de sport. Ce plan d'action a été élaboré en réponse à la motion 13.3369 de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national et donne une vue d'ensemble conceptuelle et financière de l'évolution future de l'encouragement du sport par la Confédération. Le plan d'action comprend un concept pour le sport de masse, un concept pour le sport de compétition et un concept immobilier pour le sport. 7

B. Définition constitutionnelle du sport

8 La notion de sport n'est pas définie dans la Constitution fédérale. Elle ne peut pas non plus être déduite de la systématique de la Constitution fédérale ou d'une autre disposition constitutionnelle. La notion de sport n'apparaît qu'à l'art. 68 Cst. et à l'art. 106, al. 6 Cst. Il n'existe pas non plus de définition juridique reconnue de cette notion. En raison de la volonté d'encourager le sport dans son ensemble, il faut toutefois partir du principe que la notion constitutionnelle de sport est large. Dans ce contexte, il est possible de se référer à la définition de la notion de sport du Conseil de l'Europe, car elle bénéficie d'une certaine acceptation internationale et, contrairement à d'autres définitions courantes, d'une formulation peu restrictive et ouverte. Selon cette définition, le sport englobe "toutes les formes d'activités physiques qui, à travers une participation organisée ou non, ont pour objectif l'expression ou l'amélioration de la condition physique et psychique, le développement des relations sociales ou l'obtention de résultats en compétition de tous niveaux". C'est dans cet esprit que la Confédération encourage le sport et l'activité physique dans l'intérêt des performances physiques et de la santé de la population, de la formation globale et de la cohésion sociale.

II. ENCOURAGEMENT DU SPORT ET DE L'ACTIVITÉ PHYSIQUE

9 L'art. 68 Cst. se trouve dans la troisième section de la répartition des tâches et des compétences entre la Confédération et les cantons, consacrée à la formation, à la recherche et à la culture. D'un point de vue systématique, cet article fait donc partie intégrante des dispositions constitutionnelles sur la formation, bien qu'il n'ait pas fait l'objet de la refonte des dispositions constitutionnelles sur la formation en 2006. En raison de sa position systématique, le contenu de l'art. 68 Cst. relatif au droit de l'éducation et au sport scolaire - en particulier l'art. 68, al. 3, Cst. - constitue, sur le plan conceptuel, un élément de l'espace suisse de formation (cf. art. 61a Cst.). Toutefois, cette disposition a une "signification autonome" plus large, dans la mesure où elle se consacre à l'encouragement du sport au-delà de l'éducation (dans son ensemble). Trois types de compétences fédérales différentes découlent de l'art. 68 Cst. Alors que l'art. 68, al. 1, Cst., en tant que compétence d'encouragement parallèle et limitée de la Confédération,

n'exclut pas un encouragement simultané du sport et de l'activité physique par les cantons, l'art. 68, al. 2, Cst. consacre un mandat d'action confié à la Confédération pour la gestion d'une école de sport. L'art. 68, al. 3, Cst. contient une compétence législative concurrente, dérogatoire a posteriori, dans le domaine du sport des jeunes et du sport scolaire.

A. Alinéa 1 : Encouragement du sport

Selon l'art. 68, al. 1, Cst., la Confédération encourage le sport, en particulier la formation. Le premier alinéa de l'article constitutionnel consacre une compétence fédérale et donne en même temps à la Confédération le mandat d'agir en matière d'encouragement. Il constitue la base constitutionnelle de l'encouragement du sport et de l'activité physique par la Confédération. 10

1. Compétence de la Confédération en matière d'encouragement

La compétence d'encourager le sport existe parallèlement à celle des cantons. Elle n'implique pas de compétence réglementaire, car, pour des raisons de systématique, les deuxième et troisième alinéas de la disposition constitutionnelle seraient sinon superflus. En l'absence d'une telle compétence, la Confédération ne peut pas légiférer sur le sport en tant que tel ou sur les différentes disciplines sportives. La compétence visée à l'art. 68, al. 1, Cst. constitue donc une simple compétence d'encouragement ; elle est limitée à cela. En revanche, l'art. 68, al. 1, Cst. ne limite pas la manière dont la Confédération encourage le sport. La compétence d'encouragement doit donc être comprise dans son ensemble et peut s'étendre à toutes les disciplines sportives et à l'ensemble de la population. L'utilisation de la notion d'encouragement permet en outre de déterminer la forme du soutien. L'encouragement se caractérise en premier lieu par un soutien financier. En même temps, encourager signifie agir de manière subsidiaire. En principe, le soutien (financier) doit donc se référer à des mesures cantonales, communales ou privées existantes et, le cas échéant, les compléter. La compétence parallèle se limite donc à un soutien global, mais subsidiaire, du sport, notamment sous forme de prestations financières de l'Etat ou par la création de conditions-cadres favorables. Ces conditions-cadres doivent à leur tour être définies de manière large. Elles peuvent par exemple comprendre la mise en place d'un système fiscal avantageux pour les fédérations et les clubs 11

sportifs nationaux et internationaux ou la lutte contre le dopage afin de garantir un sport propre.

12 L'art. 68, al. 1, Cst. ne contient toutefois pas seulement une compétence selon laquelle la Confédération peut encourager le sport. L'article constitutionnel oblige également la Confédération à encourager le sport. En ce sens, le premier alinéa confère également un mandat obligatoire à la Confédération. Cette obligation d'encourager le sport est en quelque sorte en contradiction avec le principe selon lequel l'encouragement implique une intervention subsidiaire de la Confédération. Par conséquent, l'étendue du mandat constitutionnel d'encouragement ne peut pas être déterminée de manière abstraite. Il résulte d'une part des objectifs politiques et sociaux liés à l'encouragement du sport et d'autre part de l'absence d'initiatives ou d'engagements privés. Ces deux facteurs peuvent varier en fonction de la discipline sportive, aller dans le même sens ou en sens inverse et être soumis à une évolution dans le temps.

13 La compétence et le mandat d'encouragement se réfèrent en particulier à la formation. Cette deuxième partie de phrase du premier alinéa de l'art. 68 Cst. indique clairement que l'encouragement se rapporte autant au sport de masse, à la relève orientée vers la performance qu'au sport d'élite. Il est ainsi reconnu que le sport d'élite est un "moteur important du développement du sport", car il influence "le sport de masse en tant que motivateur et moteur" et qu'il représente "un créateur d'identité nationale et un facteur économique à ne pas sous-estimer". La phrase supplémentaire permet en outre à la Confédération de soutenir financièrement la formation et le perfectionnement des enseignants de sport, d'encourager la création d'écoles de sport suprarégionales, cantonales, communales ou privées et de coordonner leur fonctionnement. Sans empiéter sur la souveraineté des cantons en matière d'éducation (cf. art. 62, al. 1, Cst.), il appartient donc également à la Confédération de prendre des mesures pour concilier l'obligation scolaire et le sport de performance de la relève.

2. mesures d'encouragement du sport au niveau fédéral

14 Tout comme l'étendue de l'encouragement autorisé par la Constitution, le type de mesures à prendre n'est pas non plus concrétisé à l'art. 68, al. 1, Cst. L'article constitutionnel ne limite pas non plus les mesures envisageables dans le cadre de ce qui est par ailleurs autorisé par la Constitution. Sur la base

de l'art. 68 al. 1 Cst., la Confédération a pris une série de mesures d'encouragement. Ces mesures d'encouragement découlent de la législation fédérale, notamment de la loi sur l'encouragement du sport, et elles sont concrétisées dans l'ordonnance sur l'encouragement du sport. En ce qui concerne l'encouragement général du sport et de l'activité physique, la Confédération soutient, coordonne et lance tout d'abord des programmes et des projets visant à encourager la pratique régulière d'un sport et d'une activité physique à tous les niveaux. Outre le programme Jeunesse et sport, il s'agit notamment du programme Sport des adultes Suisse (esa). A cet égard, la Confédération s'engage essentiellement dans la formation et le perfectionnement des cadres qui dirigent des offres sportives pour les personnes d'âge adulte. De plus, la Confédération soutient les fédérations sportives. La fédération faîtière du sport suisse (Swiss Olympic) reçoit une contribution annuelle pour l'encouragement, le développement et le soutien du sport suisse ; l'Office fédéral du sport (OFSPO) conclut avec la fédération faîtière un contrat de prestations qui régit notamment les prestations en espèces, en nature et en services de la Confédération à la fédération faîtière ainsi que leur transfert aux fédérations sportives nationales. Dans le cadre de ses compétences, la Confédération veille à ce que les fédérations sportives internationales bénéficient de bonnes conditions-cadres pour leurs activités en Suisse. Dans ce contexte, il convient de mentionner entre autres l'exonération - parfois critiquée - des fédérations sportives internationales de l'impôt fédéral direct. La Confédération peut allouer d'autres aides financières pour les installations sportives d'importance nationale. En ce qui concerne l'infrastructure sportive, la Confédération élabore une conception des installations sportives d'importance nationale (CISIN), qui présente l'état des installations sportives d'importance nationale existantes, les besoins en installations sportives ainsi que les priorités de réalisation et les conséquences financières. L'OFSPO gère par ailleurs un centre de cours et de formation à Macolin et un autre à Tenero.

Outre ces mesures d'encouragement général du sport et de l'activité physique, 15
la Confédération soutient l'encouragement du sport d'élite et de la relève dans le sport de compétition. A cet effet, elle fournit notamment des prestations de soutien aux sportifs d'élite dans le développement de leurs performances et soutient la formation et la formation continue des entraîneurs dans le sport de la relève axé sur la performance et dans le sport d'élite. La possibilité pour les sportifs d'élite d'utiliser le service militaire obligatoire et volontaire pour le

développement de la performance et les compétitions revêt en outre une importance considérable dans la promotion du sport d'élite. Sur la base des dispositions légales correspondantes, l'ordonnance du 29 octobre 2003 concernant le sport militaire (RS 512.38) règle les mesures d'encouragement du sport d'élite pendant le service militaire. Parmi ces mesures, la Confédération propose par exemple l'école de recrues pour sportifs d'élite ou l'engagement en tant que militaire contractuel. En outre, la Confédération peut soutenir des manifestations et des congrès sportifs internationaux d'importance européenne ou mondiale organisés en Suisse, pour autant que les cantons participent de manière appropriée aux coûts. Dans ce cadre, la Confédération peut participer aux frais de candidature et d'organisation de manifestations et de congrès sportifs internationaux. Enfin, au titre de l'équité et de la sécurité, la Confédération crée les conditions d'un sport propre et transparent en luttant contre les effets secondaires indésirables du sport. A cet effet, elle établit des prescriptions en matière de lutte contre le dopage et prend des mesures contre le trucage des compétitions. En outre, la base légale existante permet, selon le point de vue défendu ici, de lutter contre des problèmes systémiques tels que les abus physiques et psychiques dans le sport en tant que phénomènes secondaires indésirables. La Confédération peut notamment faire dépendre ses aides financières de mesures de lutte, d'information et de contrôle internes à la fédération.

3. Engagement financier de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine du sport

16 Comme nous l'avons déjà évoqué, l'encouragement public du sport en Suisse est marqué par la primauté de l'engagement privé et le principe de subsidiarité. Cela signifie que les fédérations sportives et les clubs de sport privés constituent l'organisme responsable et la base du sport suisse. Cela s'accompagne d'un engagement bénévole difficilement quantifiable. Ce principe de milice a une "longue tradition" dans le sport suisse et soulage l'Etat d'un point de vue financier. De plus, la Confédération, les cantons et les communes ne financent qu'une petite partie de l'ensemble de l'encouragement du sport. La part de l'État dans le financement du sport en Suisse est estimée à 5 %. En 2010, les dépenses totales de la Confédération pour le sport se sont élevées à 190 millions de francs, tandis que les cantons et les communes ont dépensé respectivement 232 millions et 1,35 milliard de francs. Les dépenses cantonales et communales en faveur du sport sont

restées largement constantes au cours des années suivantes : en 2018, les dépenses cantonales s'élevaient à 290 millions de francs et celles des communes à 1,26 milliard de francs.

La loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (loi sur les jeux d'argent, LJAr ; RS 935.51) oblige les cantons à affecter l'intégralité des bénéfices nets des loteries et des paris sportifs à des buts d'utilité publique, notamment dans le domaine du sport (cf. aussi art. 106, al. 6, Cst.). Environ la moitié des dépenses cantonales en faveur du sport est financée par la distribution du bénéfice net des deux loteries nationales SWISSLOS Interkantonale Landeslotterie Genossenschaft et Société de la loterie de la Suisse romande. En 2020, les deux sociétés de loterie ont distribué ensemble un montant de 178 millions de francs en faveur du sport suisse. Sur cette somme, environ 120.9 millions de francs ont été versés aux cantons en vue de promouvoir le sport de masse et les infrastructures sportives. 57,1 millions de francs ont été versés à la Société du Sport-Toto, qui a reversé ces fonds à Swiss Olympic, au football suisse, au hockey sur glace suisse et à l'Aide sportive suisse. A partir du 1er janvier 2023, la (nouvelle) Fondation pour la promotion du sport en Suisse reprendra les tâches de la Société du Sport-Toto. 17

B. Alinéa 2 : école de sport

L'art. 68, al. 2, Cst. stipule que la Confédération gère une école de sport. L'idée d'une école fédérale de sport est née sous l'influence de la Seconde Guerre mondiale, afin d'améliorer l'aptitude au service militaire de la population (masculine). L'arrêté fédéral du 3 mars 1944 a créé l'Ecole fédérale de gymnastique et de sport de Macolin dans le but de former des enseignants militaires. Son fonctionnement a d'abord été réglé par l'ordonnance du 7 janvier 1947 sur l'encouragement de la gymnastique et des sports. Dans le cadre de la création de l'article constitutionnel, l'école de sport a trouvé un ancrage constitutionnel explicite dans l'art. 27quinquies al. 3 aCst. Depuis la révision totale de la Constitution fédérale en 1999, l'exploitation de la Haute école fédérale de sport de Macolin (HEFSM) - rebaptisée entre-temps - est inscrite à l'art. 68, al. 2, Cst. La Confédération est tenue d'exploiter une école de sport, puisque l'alinéa prévoit explicitement l'existence d'une école fédérale de sport. Toutefois, la Confédération dispose d'une marge de manœuvre dans la conception concrète de l'école de sport, tant sur le plan du 18

contenu que de l'organisation. L'art. 68, al. 2, Cst. consacre ainsi un simple mandat d'action. Le statut et les tâches de la HEFSM sont ensuite concrétisés dans la législation fédérale. En conséquence, la Confédération gère une haute école de sport proposant un enseignement, une recherche et des prestations de services dans le domaine des sciences du sport ainsi qu'une formation et une formation continue au niveau tertiaire.

19 La HEFSM est une unité organisationnelle de l'OFSPO qui contribue à l'encouragement du sport et de l'activité physique au niveau national. Elle assume cette tâche notamment en jouant un "rôle essentiel dans la coordination des études en sport proposées en Suisse" et en s'engageant dans la "recherche et le développement appliqués et interdisciplinaires en sciences du sport". La HEFSM jouit d'une autonomie en matière d'enseignement et de recherche. Elle est considérée comme une haute école au sens de la loi fédérale du 30 septembre 2011 sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, LEHE ; RS 414.20). La HEFSM a trois missions principales : elle dispense des formations initiales et continues axées sur la pratique, des activités de recherche appliquée et de développement ainsi que des prestations de services. Dans le domaine de l'enseignement, elle propose une filière d'études de bachelor et une filière d'études de master. Elle peut par ailleurs proposer des filières de formation continue et d'autres offres de formation continue. Dans le domaine de la recherche et du développement, l'exécution des tâches de la recherche sectorielle de la Confédération dans le domaine du sport et de l'activité physique - notamment pour le conseil politique, l'expertise, l'évaluation et le monitorage - revêt une importance particulière. Elle est donc "le centre de recherche de la Confédération dans le domaine du sport". Les prestations (rémunérées) de la HEFSM concernent en particulier les domaines de la médecine du sport, de la physiothérapie et du diagnostic de performance. Par ailleurs, la Confédération peut également soutenir la recherche en sciences du sport en dehors de la HEFSM sous la forme de subventions de recherche. Un plan directeur de recherche, élaboré par l'OFSPO pour une durée de quatre ans, constitue un élément essentiel de l'encouragement fédéral de la recherche en sciences du sport. Le plan directeur de recherche s'intègre dans la planification et la coordination de la politique de recherche conformément à la loi fédérale du 14 décembre 2012 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI ; RS 420.1).

C. Alinéa 3 : Sport des jeunes et sport scolaire

Selon l'art. 68, al. 3, Cst., la Confédération peut légiférer sur le sport des jeunes et déclarer l'éducation physique obligatoire à l'école. 20

1. le sport des jeunes

L'art. 68, al. 3, Cst. confère tout d'abord à la Confédération une compétence législative concurrente, puis dérogatoire, dans le domaine du sport des jeunes. La Confédération est donc habilitée à légiférer de manière exhaustive dans le domaine du sport des jeunes, au-delà de l'encouragement prévu à l'art. 68, al. 1, Cst. Jusqu'à présent, la Confédération n'a pas édicté de réglementations exhaustives, ce qui permet aux cantons de continuer à édicter des prescriptions sur le sport des jeunes, pour autant qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions fédérales existantes (cf. art. 49, al. 1, Cst.). Le sport des jeunes concerne le sport pratiqué volontairement par les enfants et les jeunes à l'intérieur et à l'extérieur de l'école. Selon la réglementation légale existante, le sport des jeunes couvre en principe les enfants à partir du 1er janvier de l'année où ils atteignent l'âge de cinq ans. La participation au sport des jeunes prend fin le 31 décembre de l'année au cours de laquelle les jeunes atteignent l'âge de 20 ans. 21

Alors que la Confédération se limite par ailleurs largement à soutenir les mesures d'encouragement existantes, elle gère son propre programme dans le domaine du sport des jeunes - le programme "Jeunesse et sport". Ce programme vise à soutenir le développement et l'épanouissement des enfants et des jeunes et à leur permettre de vivre le sport dans sa globalité. Il vise en outre à promouvoir un sport adapté aux enfants et aux jeunes, en tenant compte des principes de fair-play et de sécurité. Il doit favoriser l'intégration des enfants et des jeunes dans une communauté sportive et encourager le développement et l'épanouissement des jeunes d'un point de vue pédagogique, social et sanitaire. D'une part, le programme s'inscrit dans le cadre de la compétence générale d'encouragement du sport et de l'activité physique au sens de l'art. 68 al. 1 Cst. D'autre part, la Confédération a réglé le programme de manière exhaustive dans le cadre de sa compétence législative de l'art. 68 al. 3 Cst. Elle assume "elle-même des tâches d'exécution essentielles" et porte la "responsabilité principale" du programme, même si celui-ci est "géré en collaboration partenariale" avec les fédérations sportives et partiellement exécuté par les cantons avec leurs offices J+S. Dans le cadre 22

de cette collaboration, la Confédération verse des subventions pour les cours et les camps ainsi que pour la formation des cadres des cantons et des organisations privées.

2. le sport scolaire

23 La compétence législative dérogatoire de la Confédération dans le domaine du sport scolaire permet au législateur fédéral d'intervenir ponctuellement dans la souveraineté des cantons en matière d'éducation (cf. art. 62, al. 2, Cst.) et, dans ce cadre, de déclarer le sport scolaire obligatoire. Le sport scolaire était déjà obligatoire depuis 1907 pour les garçons à partir de la septième année scolaire et a été fixé à trois heures par semaine dans l'ordonnance du 7 janvier 1947 sur l'encouragement de la gymnastique et des sports. Après avoir inscrit la compétence de la Confédération de déclarer le sport scolaire obligatoire dans l'art. 27quinquies, al. 1 aCst., la Confédération a déclaré l'enseignement de la gymnastique et du sport obligatoire pour tous les élèves dans toutes les écoles primaires, secondaires et professionnelles, y compris les séminaires et les écoles de formation des enseignants. Dans l'art. 1, al. 1 de l'ordonnance du 26 juin 1972 relative à la loi fédérale encourageant la gymnastique et les sports, le Conseil fédéral a de nouveau stipulé que les écoles primaires et secondaires devaient dispenser au moins trois heures d'enseignement de la gymnastique et des sports par semaine. Désormais, la législation sur l'encouragement du sport actuellement en vigueur déclare l'enseignement du sport obligatoire à l'école obligatoire et au niveau secondaire II. En outre, la loi sur l'encouragement du sport stipule qu'au moins trois leçons d'éducation physique par semaine sont obligatoires à l'école obligatoire. Il ressort en outre de l'ordonnance sur l'encouragement du sport que les écoles secondaires, qui ne font plus partie de l'école obligatoire, doivent dispenser au moins 110 leçons d'éducation physique par année scolaire, réparties régulièrement sur toute l'année scolaire. En ce qui concerne cette disposition de l'ordonnance relative aux écoles moyennes, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la réglementation de 110 leçons par année scolaire devait permettre une mise en œuvre flexible. La régularité requise n'implique pas que trois leçons de sport soient (également) enseignées chaque semaine dans les écoles secondaires. Au-delà de l'enseignement du sport, les cantons doivent encourager les possibilités quotidiennes de sport et d'activité physique dans le cadre de l'enseignement scolaire.

Les avis divergent, du moins dans la doctrine, sur l'étendue de la compétence 24
de la Confédération dans le domaine du sport scolaire - c'est-à-dire sur la question de savoir si la Confédération peut concrétiser l'obligation d'enseigner le sport à l'école sur le plan qualitatif et quantitatif - alors que cette question semble clarifiée dans la jurisprudence. La doctrine est essentiellement divisée sur la question de savoir si l'art. 68 al. 3 Cst. doit être interprété plutôt de manière isolée et en s'appuyant sur une interprétation téléologique, ou si la disposition constitutionnelle doit être interprétée dans le cadre de la constitution sur l'éducation et donc en accordant une importance particulière à sa position systématique. Ehrenzeller défend ce dernier point de vue : il argumente, dans un contexte fédéraliste, que l'art. 68, al. 3 Cst. doit être lu dans le contexte de la souveraineté cantonale en matière scolaire. L'art. 62 al. 2 Cst. stipule que les cantons veillent à ce que l'enseignement de base soit suffisant. Cela vaut également pour le sport scolaire. En conséquence, la Confédération ne peut pas concrétiser davantage ce qui doit être considéré comme suffisant en matière de sport scolaire. Biaggini exprime un point de vue différent, qui met l'accent dans son argumentation sur le sens et le but de l'obligation du sport scolaire. Une obligation n'a de sens que si elle est mise en œuvre. Si la Confédération n'avait pas également la compétence de réglementer le type et l'étendue de l'obligation d'enseigner le sport à l'école, celle-ci pourrait être facilement sapée par une mise en œuvre insuffisante au niveau cantonal. Par conséquent, l'art. 68 al. 3 Cst. contiendrait une compétence fédérale tacite pour réglementer le volume minimal qualitatif et quantitatif du sport scolaire. Les autres avis doctrinaux reconnaissent en principe l'argument fédéraliste de la souveraineté cantonale en matière scolaire, mais ajoutent au débat un élément d'histoire constitutionnelle. Depuis 1947, l'obligation d'enseigner le sport à l'école est expressément dotée de trois heures hebdomadaires au niveau de l'ordonnance. Ni la création de l'article constitutionnel en 1970, ni la révision totale de la Constitution fédérale en 1999, ni le remaniement des dispositions constitutionnelles sur l'éducation en 2006 n'ont effectivement remis en question l'étendue de l'obligation d'enseigner le sport à l'école. Le peuple et les cantons auraient pu, à ces occasions, se prononcer de manière différente sur la réglementation par voie d'ordonnance et formuler l'art. 68, al. 3, Cst. de manière plus concrète. En l'absence d'une telle concrétisation de l'article constitutionnel, la majorité des participants sont d'avis que la Confédération dispose également de la compétence constitutionnelle de réglementer l'organisation du sport scolaire

obligatoire. Dans ce contexte et selon l'opinion défendue ici, le contenu réglementaire de la législation sur l'encouragement du sport concernant le sport (obligatoire) à l'école s'avère conforme à la Constitution.

25 Le débat est parfois mené par les cantons, du moins en ce qui concerne l'étendue quantitative de l'obligation de pratiquer le sport à l'école, car la mise en œuvre cantonale de l'obligation présuppose la disponibilité d'une infrastructure sportive (scolaire) suffisante et la réduction du nombre de leçons d'éducation physique s'accompagnerait d'une économie de coûts. La discussion à ce sujet a déjà fait l'objet de procédures judiciaires (fédérales). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a tout d'abord constaté que la suppression de leçons de gymnastique et de sport constituait en principe un objet de contestation recevable, car la réduction des leçons était susceptible de toucher aux droits et aux devoirs des élèves. Le Tribunal fédéral a ensuite considéré que la mise en œuvre de la prescription fédérale de trois leçons d'éducation physique devait en principe être accessible à un contrôle judiciaire à la lumière de la garantie des voies de droit de l'art. 29a Cst. Dans un arrêt de 2017 qui fera date, le Tribunal fédéral a reproché au canton de Genève d'avoir prévu moins de trois leçons d'éducation physique dans la grille horaire de l'école obligatoire pour l'année scolaire 2016/2017. Il a constaté qu'il n'était pas contesté que le canton de Genève devait prévoir trois leçons d'éducation physique dans les écoles obligatoires et qu'il ne respectait pas cette prescription du droit fédéral. Le Tribunal fédéral a conclu qu'"il appartient au canton d'introduire une troisième période d'éducation physique hebdomadaire pour tous les niveaux de l'école obligatoire dans les plus brefs délais".

26 La compétence fédérale en matière de sport dans les écoles professionnelles n'est pas contestée, car la Confédération a également le pouvoir d'édicter des prescriptions sur la formation professionnelle (cf. art. 63, al. 1, Cst.). Le Conseil fédéral fixe le nombre minimal de leçons et les principes qualitatifs de l'enseignement du sport dans les écoles professionnelles. L'enseignement du sport est également obligatoire dans les écoles professionnelles, son volume étant déterminé par la formation initiale dépendant de la profession. Enfin, l'art. 68, al. 3, Cst. contient une compétence implicite pour édicter un standard minimal de formation initiale et continue des enseignants qui dispensent le sport scolaire déclaré obligatoire. La justification de cette compétence suit la même logique et les mêmes réflexions que celles déjà

exposées à propos de la compétence fédérale selon laquelle la Confédération peut concrétiser l'obligation d'enseigner le sport à l'école sur le plan qualitatif et quantitatif. Toutefois, la loi sur l'encouragement du sport prévoit uniquement que la Confédération peut, en collaboration avec les cantons, soutenir la formation et le perfectionnement des enseignants qui dispensent l'éducation physique.

III. LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Diem Carl, Weltgeschichte des Sports und der Leibeserziehung, Stuttgart 1960.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1998-2011, Chronik der letzten Jahre, Macolin 2012.

Eichenberger Lutz, Die Eidgenössische Sportkommission 1874-1997, Ein Beitrag zur Sportpolitik des Bundes, Macolin 1998.

Eichenberger Lutz, L'Ecole fédérale de sport de Macolin 1944-1994, 50 ans au service de l'encouragement du sport, Macolin 1994.

Henning Evelyn, Sport und Gemeinnützigkeit, Stuttgart/Munich 2005.

Hotz Arturo, Faits et facettes de l'évolution du sport en Suisse et de l'histoire de la politique sportive suisse depuis 1874, Macolin 2004.

Jenny Viktor K., Die öffentliche Sportförderung in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundesgesetzes vom 17. März 1972 über die Förderung von Turnen und Sport, Ahrensburg 1978.

Kempf Hippolyt/Lichtsteiner Hans, Le système du sport - en Suisse et au niveau international, 2e édition, Macolin 2015.

Kennel Georg, Sport-Toto als subsidiärer Sportförder, in : Office fédéral du sport OFSPO (éd.), L'encouragement public du sport en Suisse : confirmation ou nécessité d'agir ?, 38e symposium de Macolin 19-21 septembre 1999, Cahier de l'OFSPO n° 76, Macolin 1999.

Krogmann Mario, Grundrechte im Sport, Berlin 1998.

Langer Mathias, Öffentliche Förderung des Sports, Eine ordnungspolitische Analyse, Berlin 2006.

Thom Volker, Sportförderung und Sportförderungsrecht als Staatsaufgabe, Francfort-sur-le-Main 1992.

IV. A PROPOS DE L'AUTEUR

Marco Zollinger, docteur en droit et avocat, est greffier à la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse à Lausanne. Dans le cadre de sa thèse de doctorat, il s'est penché de manière approfondie sur le cadre juridique de l'encouragement du sport par l'Etat en Suisse. Actuellement, il publie régulièrement des articles dans le domaine du droit administratif, du droit public et du droit de procédure publique.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 69 Cst.

Un commentaire de Vanessa Rüegger / Tatiana Holmer

PROPOSITION DE CITATION

Vanessa Rüegger/Tatiana Holmer, Commentaire de l'art. 69 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Rüegger/Holmer, art. 69 Cst. N. XXX.

Art. 69 Culture

[1] La culture est du ressort des cantons.

[2] La Confédération peut promouvoir les activités culturelles présentant un intérêt national et encourager l'expression artistique et musicale, en particulier par la promotion de la formation.

[3] Dans l'accomplissement de ses tâches, elle tient compte de la diversité culturelle et linguistique du pays.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 859
II. Notion constitutionnelle de culture 861
III. Obligations de droit international 862
IV. Commentaire au sens strict 863
A. Souveraineté culturelle des cantons (al. 1) 863
B. Compétences de la Confédération en matière de promotion culturelle (al. 2) 864
1. Soutien aux activités culturelles d'intérêt national (al. 2, 1re partie) 864
2. Encouragement des arts et de la musique dans le domaine de la formation (al. 2, 2e partie) 865
C. Prise en compte de la diversité culturelle et linguistique du pays (al. 3) 866
V. Protection des droits fondamentaux 867
A. Garantie de conditions-cadres favorables 867
B. Obligations de prévention et de protection 868
C. Garanties procédurales 869
VI. Organisation de l'encouragement de la culture 871
A. Au niveau fédéral 871
B. Dans les cantons 872
C. Promotion en situation d'urgence 873
D. Soutien à la transformation numérique du secteur culturel 874
VII. Protection des biens culturels 875
A. Objectif et bases légales 875
B. Traitement des biens culturels chargés d'histoire 876
Lectures complémentaires recommandée 877
Bibliographie 878
Matériaux 885

I. GENÈSE

La Constitution helvétique de 1798 a favorisé pour la première fois une **politique culturelle** fondée sur les idéaux républicains sur le territoire de la République helvétique. La promotion de la culture nationale et du « bien-être spirituel » du peuple était considérée comme un objectif de l'État et une condition préalable à l'égalité matérielle des citoyens. Les tensions politiques qui ont suivi la guerre du Sonderbund de 1847 et les débats persistants sur la place de la culture dans l'État fédéral naissant ont empêché l'intégration d'articles complets sur la culture et l'éducation dans la Constitution fédérale de 1848. Néanmoins, la Confédération a soutenu les institutions culturelles dès ses débuts. Il fonda en 1849 les Archives fédérales, qu'il gère aujourd'hui sous le nom d'*Archives fédérales suisses*. Le Conseil fédéral rejeta une proposition présentée la même année par le chef du Département de l'intérieur visant à promouvoir les expositions et les associations artistiques. Il aurait justifié cette décision en invoquant la compétence cantonale en matière de promotion de l'art. À partir de 1884, la Confédération a soutenu des établissements d'arts appliqués et a versé une contribution à l'association des beaux-arts. À partir de 1887, la Confédération s'impliqua davantage dans la promotion des arts et fonda la Commission fédérale des arts (CFA). En 1890, la Confédération jeta les bases de la création du Musée national suisse (aujourd'hui Musée national suisse), suivi de la Bibliothèque nationale (aujourd'hui Bibliothèque nationale suisse). 1

La Confédération a toujours considéré son action comme un complément aux structures de promotion existantes des communes, des cantons et des mécènes privés. Ce n'est qu'en raison de la propagande dans les pays voisins, peu avant le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale, qu'elle s'est dotée de compétences plus étendues en matière de politique culturelle. Elle a fondé en 1939 la Fondation culturelle Pro Helvetia et a adopté le programme culturel de la **Défense spirituelle du pays**. Afin de contrer l'offensive cinématographique nazie, la Confédération a également créé en 1938 la Chambre suisse du cinéma et a limité par la loi l'importation de films. Un transfert explicite de compétences des cantons à la Confédération a suivi en 1958 (art. 27ter aCst.) sous la pression de la politique culturelle liée à la guerre froide. Cette promotion culturelle, principalement axée sur les intérêts de l'État, a perduré pendant des décennies. 2

3 Ce sont notamment les bouleversements sociaux des années 1960 qui ont conduit à une ouverture et à une démocratisation de la politique culturelle. Le rapport final publié en 1975 par la commission d'experts sur les questions de politique culturelle suisse instituée par le Conseil fédéral (dit « rapport Clottu ») a constitué une étape décisive. Le rapport esquisse les contours d'une **politique culturelle démocratique** qui conçoit la culture comme l'expression de la liberté individuelle et une condition préalable à la démocratie, et qui la promeut sous ses multiples formes.

4 Outre les compétences déjà mentionnées dans le domaine du cinéma (art. 27ter aCst.), la Confédération était, à partir des années 1960, ponctuellement compétente pour d'autres domaines de la culture (N. 10 s.), notamment pour la protection des biens culturels dans le cadre de la protection civile (art. 22bis aCst.), pour la protection de la nature et du patrimoine (art. 24^{sexies} aCst.) et pour les médias électroniques (art. 55bis aCst.), ainsi que dans le domaine des langues (art. 116 aCst.). Les efforts visant à renforcer davantage les **compétences de la Confédération en matière de promotion culturelle** ont échoué avec le rejet par les urnes de l'initiative culturelle de 1981, du contre-projet de 1986 et d'un article sur la promotion culturelle en 1994.

5 Ce n'est qu'avec la Constitution fédérale entièrement révisée que l'art. 69 Cst. a introduit pour la première fois une **compétence culturelle plus étendue de la Confédération**. Le projet de 1995 (VE 95) contenait un article sur la culture qui prévoyait également la promotion de la compréhension et des échanges entre les communautés linguistiques, ainsi que la compétence d'édicter des prescriptions visant à promouvoir le cinéma et à réglementer le marché cinématographique (art. 73 VE 95). La proposition a été controversée lors de la consultation, raison pour laquelle une réserve (déclaratoire) en faveur de la compétence cantonale en matière de culture a été introduite à l'art. 83 du projet de 1996. Les discussions au sein des commissions constitutionnelles ont conduit à la séparation de la promotion de la culture et du régime linguistique en articles distincts. La Constitution fédérale a été complétée par une phrase partielle allant au-delà du mandat de mise à jour, selon laquelle la Confédération encourage « les arts et la musique, en particulier dans le domaine de la formation » (art. 69, al. 2).

II. NOTION CONSTITUTIONNELLE DE CULTURE

La notion de culture est difficile à cerner. Dans les sciences, cette notion est traitée différemment selon les disciplines ; une définition étatique exhaustive de la culture serait problématique. La notion figure dans de nombreuses dispositions de la Constitution fédérale, mais celle-ci renonce à en donner une **définition**. Le droit suisse ne connaît pas de notion uniforme de culture. Dans les différentes dispositions de la Constitution fédérale, la notion de culture est parfois utilisée dans un sens large (art. 2, al. 2, Cst.), parfois dans un sens plus restreint (art. 69 Cst.), raison pour laquelle la notion constitutionnelle de culture doit être interprétée dans le contexte de l'objectif et du contexte factuel de chaque disposition. La Confédération se réfère régulièrement à la notion (large) de culture de la Conférence mondiale de l'UNESCO à Mexico (1982). Selon celle-ci, la culture doit être considérée « comme l'ensemble des aspects spirituels, matériels, intellectuels et émotionnels uniques qui caractérisent une société ou un groupe social. Cela inclut non seulement l'art et la littérature, mais aussi les modes de vie, les droits fondamentaux de l'homme, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances». La Déclaration de la Conférence mondiale de l'UNESCO sur les politiques culturelles et le développement durable (dite MONDIACULT 2022) confirme cette notion de culture. En adoptant cette déclaration, quelque 150 États – dont la Suisse – se sont prononcés en faveur de la reconnaissance de la culture comme bien public mondial (bien commun) doté d'une valeur intrinsèque. 6

Dans son application au domaine de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, la notion de culture nécessite une restriction pragmatique. La compétence fédérale en matière de promotion de la culture, au sens de l'art. 69, al. 2, Cst., englobe la **culture au sens strict**. Cela comprend généralement la promotion de la création culturelle, la médiation artistique et culturelle, la protection des biens culturels ainsi que la gestion ou la promotion d'institutions culturelles telles que les musées, les archives ou les bibliothèques. 7

Il est incontestable que la notion de culture au sens de l'art. 69 Cst. englobe également les activités artistiques et la médiation artistique et que, dans ce cas, la liberté d'art (art. 21 Cst.) s'applique. Le Tribunal fédéral a défini de manière ouverte la **notion d'art** au sens constitutionnel, raison pour laquelle les décideurs doivent se prononcer au cas par cas sur la valeur artistique d'une 8

œuvre. Il convient à cet égard de se fonder sur les caractéristiques structurelles formelles, matérielles et institutionnelles propres à l'art, tout en tenant compte de la conception artistique de soi. La distinction entre la promotion de la culture et la promotion de l'art en tant que sous-catégorie est notamment pertinente parce que les compétences de la Confédération dans le domaine de la promotion de l'art sont plus étendues (voir N. 20).

9 Le concept plus récent de **patrimoine culturel immatériel** (art. 1, let. a, ch. 1, LPC) étend la compétence en matière de promotion culturelle aux traditions et pratiques sociales qui, selon l'Inventaire fédéral des traditions vivantes, englobent notamment les domaines « Pratiques sociales », « Expressions orales » et « Artisanat traditionnel ». Dans la pratique, la délimitation peut s'avérer complexe. Les compétences d'autres domaines culturels au sens large, tels que la protection de la nature et du patrimoine, la formation et la science, sont inscrites dans des articles constitutionnels spécifiques. La notion de culture globale et ouverte de l'UNESCO reste toutefois le point de référence de toute politique culturelle.

III. OBLIGATIONS DE DROIT INTERNATIONAL

10 La promotion de la culture par la Confédération et les cantons, conformément à l'art. 69 Cst., ne s'effectue pas dans un vide juridique. Au contraire, tant la Confédération que les cantons sont liés, dans le cadre de leurs compétences respectives, par des **obligations de droit international** concernant la protection et la promotion de la culture. Les accords et conventions internationaux soulignent l'importance capitale de la culture pour la paix, la dignité humaine et la cohésion sociale. Elles concrétisent et renforcent le mandat d'action de la Suisse en matière de politique culturelle et créent un cadre contraignant dans lequel la politique culturelle de l'État doit s'inscrire aux niveaux national et cantonal.

11 Le **droit international humanitaire** des débuts protégeait déjà les biens culturels (art. 27 de la Convention de La Haye (1907), puis de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels (1954)), ce qui souligne l'importance capitale de la culture pour la société moderne. La spoliation et la destruction de milliers de biens culturels pendant la Seconde Guerre mondiale ont trouvé leur écho dans l'ordre juridique international d'après-guerre. La Charte des Nations Unies oblige les États parties à coopérer dans le domaine de la culture et à promouvoir la stabilité, le bien-être et la paix (art.

55, let. b, de la Charte des Nations Unies). L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), fondée en 1945 pour répondre à ce postulat et à laquelle la Suisse adhère depuis 1949, s'engage en faveur de la préservation et de la promotion de la culture en tant que moyen de coopération et de promotion de la paix.

La Suisse a ratifié plusieurs **conventions internationales** sous l'égide de l'UNESCO, qui ont pour objet la protection du patrimoine culturel, la lutte contre le commerce illicite des biens culturels ainsi que la promotion de la diversité des expressions culturelles. Ces instruments définissent chacun leur propre champ d'application et poursuivent des objectifs différents. La protection et la promotion de la culture sont également l'expression des obligations en matière de droits de l'homme découlant des traités relatifs aux droits de l'homme auxquels la Suisse est liée (voir N. 24). 12

Au **niveau régional**, la Suisse s'est engagée, dans le contexte européen, à préserver et à garantir la culture en ratifiant une série de conventions culturelles adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe. Dans ce cadre, la protection du patrimoine culturel est également devenue de plus en plus un objet de la protection des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la protection des biens culturels comme un intérêt public légitime dans une société démocratique. Elle a également abordé la protection et la promotion de la culture en tant qu'élément constitutif de divers droits conventionnels (voir N. 24). 13

IV. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Souveraineté culturelle des cantons (al. 1)

La compétence en matière de protection et de promotion de la culture appartient aux cantons. Cela découle des principes généraux de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (art. 3 en relation avec l'art. 42 Cst.). La réserve impropre prévue à l'art. 69, al. 1, Cst. confirme la compétence originelle des cantons dans le domaine de la culture. L'inscription de cette disposition dans la nouvelle Constitution fédérale montre que la **répartition fédérale des compétences** dans le domaine de la culture doit continuer à revêtir une grande importance. 14

15 Les cantons mènent une politique de promotion culturelle fondée sur leurs propres critères. Ce **fédéralisme culturel** ainsi institutionnalisé reflète la diversité linguistique et culturelle de la Suisse, dont les cantons sont les principaux vecteurs. La majorité des constitutions cantonales prévoient un mandat étatique de promotion culturelle. Dans de nombreux cantons, ce mandat culturel englobe, outre la promotion des arts et de la culture, la protection et la conservation des biens culturels. Certains cantons se sont également donné pour mission de préserver les coutumes ou la culture populaire. L'étendue des compétences des cantons dans le domaine de la culture résulte généralement des dispositions des constitutions cantonales, des lois cantonales sur la promotion culturelle et de la pratique cantonale en matière de promotion.

16 La **collaboration intercantonale** dans le domaine de la culture est assurée depuis 1986 par la Conférence des délégués cantonaux à la culture (CDC). Depuis 2011, la Confédération, les cantons et les communes échangent leurs points de vue sur la politique culturelle dans le cadre du Dialogue national sur la culture et adoptent des recommandations, des rapports et des concepts sur les thèmes traités. Certains cantons et communes ont conclu entre eux des accords de soutien mutuel en faveur des institutions culturelles. En outre, la loi sur les jeux d'argent oblige les cantons à affecter l'intégralité des bénéfices nets provenant des loteries et des paris sportifs à des fins d'utilité publique, y compris la culture (art. 125, al. 1, LJAr). Les cantons reçoivent ainsi chaque année une somme substantielle qu'ils (doivent) utiliser, entre autres, pour promouvoir la culture.

B. Compétences de la Confédération en matière de promotion culturelle (al. 2)

1. Soutien aux activités culturelles d'intérêt national (al. 2, 1re partie)

17 En vertu de l'art. 69, al. 2, Cst., la Confédération peut «soutenir les initiatives culturelles d'intérêt national». Selon la doctrine dominante, il faut partir du principe qu'il existe une **compétence parallèle de promotion** de la Confédération, bien que celle-ci soit moins étendue que la compétence originelle des cantons en matière de promotion culturelle. Cela ressort d'une part de la formulation selon laquelle la Confédération peut « soutenir » les activités culturelles d'intérêt national. Ce terme impose à la Confédération

une certaine retenue en matière de promotion culturelle. Toutefois, *de facto*, la Confédération dispose d'une compétence autonome en matière de promotion culturelle, notamment dans les domaines où elle mène depuis des décennies une politique de promotion spécifique. La formulation au conditionnel accorde à la Confédération une large marge d'appréciation dans l'exercice de sa compétence.

18 La compétence de la Confédération en matière de promotion est limitée aux activités culturelles d'**intérêt national**. Compte tenu des réserves importantes émises par les cantons quant à l'intégration de cette disposition dans la Constitution fédérale révisée, ce terme doit être interprété de manière restrictive. Pour interpréter la notion constitutionnelle d'intérêt national, on peut notamment se référer à sa concrétisation légale à l'art. 6, al. 2, LEC. Il y a donc intérêt national notamment lorsqu'un bien culturel revêt une importance pour la Suisse ou ses communautés linguistiques, qu'un projet a des répercussions suprarégionales ou que le talent artistique d'une personne revêt une importance nationale ou internationale. Il en va de même lorsqu'une organisation contribue à la mise en réseau d'acteurs culturels, qu'un projet favorise l'innovation ou qu'une manifestation culturelle rayonne au niveau national ou international ; il en va de même lorsqu'un projet contribue de manière significative aux échanges culturels nationaux ou internationaux. La compétence de la Confédération en matière d'encouragement de la culture dans l'intérêt national comprend également la protection des biens culturels (cf. N. 44).

19 La liste figurant à l'art. 6, al. 2, LEC est non exhaustive ; la Confédération dispose d'une **marge d'appréciation** considérable. Les messages culturels de la Confédération reflètent d'ailleurs une interprétation très large de cette disposition. Dans une telle interprétation, l'encouragement fédéral de la culture se rapproche de plus en plus, en résultat, d'une compétence fédérale parallèle.

2. Encouragement des arts et de la musique dans le domaine de la formation (al. 2, 2e partie)

20 En ce qui concerne l'encouragement des arts et de la musique, en particulier dans le domaine de la formation, l'art. 69, al. 3, Cst. confère une **compétence d'encouragement autonome** en tant que compétence fédérale parallèle. La compétence de la Confédération dans ce domaine est plus étendue que celle

qu'elle exerce dans le domaine de la culture en général. Lorsque la Confédération encourage la formation dans les domaines de l'art et de la musique, elle doit respecter la souveraineté scolaire des cantons, ce qui favorise notamment les offres de soutien dans le domaine extrascolaire.

21 L'art. 67a Cst. complète tant les articles sur la formation que ceux sur la culture de la Constitution fédérale. En tant que *lex specialis* par rapport à l'art. 69, al. 2, Cst., cette disposition attribue à la Confédération des compétences d'encouragement plus étendues dans le domaine de la musique. Elle confère à la Confédération une compétence en matière de promotion dans le domaine de l'**éducation musicale**, en particulier pour les enfants et les jeunes (art. 67a, al. 1 et al. 2, 1ère phrase, Cst.). Elle oblige les cantons à promouvoir l'éducation musicale et à s'engager en faveur d'un enseignement musical de qualité dans les écoles (art. 67a, al. 1 et al. 2, 1ère phrase, Cst.). L'objectif est de renforcer l'éducation musicale des enfants et des jeunes. En application de l'art. 67a, al. 3, Cst. et du nouvel art. 12, al. 4, LEC, l'ordonnance « Jeunes talents musique » complète la législation fédérale.

Le programme «Jeunes talents musicaux» a pour objectif d'identifier précocement les enfants et les jeunes présentant des aptitudes et un potentiel musical supérieurs à la moyenne et de les encourager de manière ciblée et durable. La Confédération est responsable de la gestion globale du programme et fixe les conditions minimales pour les demandes de subvention cantonales.

C. Prise en compte de la diversité culturelle et linguistique du pays (al. 3)

22 L'art. 69, al. 3, Cst. oblige la Confédération, dans l'exercice de ses compétences en matière de culture, à prendre en compte la **diversité culturelle et linguistique** du pays. La diversité culturelle est une caractéristique essentielle de la Suisse. Elle est inscrite dans le préambule de la Constitution fédérale, dans son objectif (art. 2, al. 2, Cst.), dans les différents droits fondamentaux (en particulier l'art. 18 (liberté des langues), 21 (liberté artistique), 15 Cst. (liberté de religion)) et dans les articles de compétence pertinents. L'accent mis sur la diversité culturelle s'oppose à la préservation de la Suisse en tant qu'entité politique. La Constitution fédérale suisse se caractérise par la recherche de l'unité dans la diversité. Cette tension entre

diversité et unité se retrouve également dans les dispositions relatives à la promotion de la culture.

En raison de la **notion ouverte de culture** (voir N. 6 s.), la prise en compte de la diversité culturelle ne se limite pas au quadrilinguisme traditionnel (art. 4 Cst.) et à la diversité régionale de la Suisse. La notion ouverte de culture est une condition préalable à une conception moderne de la culture et ouvre la Constitution à des préoccupations culturelles de nature très diverse, ainsi qu'à l'évolution constante – parfois surprenante – de l'art et de la culture. La Constitution fédérale protège la diversité de la culture, quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente en tant qu'« élément mobile, voire fluide ». L'objectif est de garantir la diversité et l'évolution constante des activités culturelles et de permettre à tous les groupes de population de participer à la vie culturelle. 23

V. PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

A. Garantie de conditions-cadres favorables

La promotion culturelle de la Confédération et des cantons est, comme toute action de l'État, soumise aux droits fondamentaux. La Constitution fédérale impose la **réalisation des droits fondamentaux** dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 Cst.) . Plusieurs droits fondamentaux et droits de l'homme obligent la Confédération et les cantons, sur le plan programmatique, à préserver et à promouvoir la vie culturelle libre, en particulier la liberté d'art (art. 21 Cst.). Un droit à l'octroi de subventions à la culture ne peut toutefois être déduit ni des droits fondamentaux ni de l'art. 69 Cst. 24

Dans le domaine de la culture, l'**obligation de promotion découlant des droits fondamentaux** implique en premier lieu la tâche de créer un cadre politique et juridique permettant les échanges culturels, la formation et une création culturelle diversifiée, et garantissant l'« offre culturelle de base » du pays. La promotion de la culture est une condition préalable à l'exercice des libertés fondamentales (liberté *par l'*État). L'accès aux productions culturelles d'autrui et la confrontation avec celles-ci constituent une composante importante de l'expérience humaine et une condition préalable au développement multidimensionnel de la personnalité par le biais de la formation, de des arts, de la science et d'autres biens et pratiques culturels. La mission de mise en œuvre des droits fondamentaux implique, sur le plan 25

programmatique, l'obligation de créer les conditions juridiques et factuelles qui rendent possibles l'art et la culture, ce qui inclut la protection, la préservation, la promotion et la médiation de la culture.

26 Les **traités internationaux relatifs aux droits de l'homme** soulignent eux aussi l'imbrication entre la promotion de la culture et les sphères de liberté individuelles. L'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme protège le droit de participer librement à la vie culturelle de la communauté et de jouir des arts. Cette disposition repose sur l'idée que seule la libre participation à la vie culturelle d'une société permet l'épanouissement *libre d'*un individu. On retrouve la même idée à l'article 15 du Pacte I de l'ONU. Selon le Comité des droits sociaux, la promotion et le respect des droits culturels sont une condition préalable à la protection de la dignité humaine et à des interactions épanouissantes dans un monde culturellement diversifié. Dans un sens similaire, l'article 27 du Pacte II de l'ONU protège le droit des minorités à « cultiver leur propre vie culturelle ». L'UNESCO a également souligné à plusieurs reprises que la culture est un phénomène social qui résulte de la combinaison d'activités créatives individuelles et de coopérations. La Cour européenne des droits de l'homme protège divers aspects de la participation culturelle, notamment en appliquant la liberté d'expression (art. 10 CEDH) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).

B. Obligations de prévention et de protection

27 Au niveau de la prévention et de la protection, les droits fondamentaux en général et la liberté artistique en particulier garantissent une **interdiction d'instrumentalisation** de la culture à des fins étatiques. La promotion culturelle de l'État est au service des acteurs culturels soutenus. Elle doit viser à soutenir l'épanouissement de la personnalité et la diversité culturelle. Cela signifie, inversement, que l'État ne peut exercer qu'un contrôle limité sur la culture qu'il soutient.

28 Dans le cadre de l'administration des prestations, les autorités sont tenues d'adopter une attitude objective et impartiale à l'égard de la culture subventionnée. La question de savoir si l'État a une **obligation de neutralité** vis-à-vis de la culture n'a été abordée que de manière embryonnaire dans la doctrine et la jurisprudence. En principe, l'État doit garantir des mesures de soutien dans le domaine de la culture – tout comme celles destinées aux

médias ou à la science – de manière neutre sur le plan des valeurs et donc concevoir toutes ses actions de manière « neutre sur le plan des opinions ». Pour les institutions culturelles publiques, l'obligation de neutralité s'accompagne de prescriptions procédurales et de fond (voir N. 27). Il y a violation de l'obligation de neutralité notamment lorsque l'État prend position de manière unilatéralement évaluative sur des œuvres d'art protégées par les droits fondamentaux (interdiction d'évaluation). Du point de vue actuel, une déclaration officielle selon laquelle un monument funéraire de conception artistique « ne dépasse guère le niveau d'une sculpture de jardin » pose problème. En matière de mesures de soutien, il existe une interdiction d'identification. Il convient donc de rejeter l'argument selon lequel l'art serait soutenu par l'État « pour faire valoir notre pays, et non pour le dénigrer ».

29 Cela ne signifie toutefois pas que l'État doive se montrer indifférent, au sens négatif du terme, à l'égard des activités culturelles. L'État est au contraire tenu de garantir la diversité culturelle (voir N. 19) et, le cas échéant, de la promouvoir, c'est-à-dire de prendre des mesures actives et – si nécessaire – de prendre position et d'adopter des mesures de protection. L'**obligation de protection** découlant des droits fondamentaux se traduit par la promotion de la culture en la mettant en balance avec d'autres biens juridiques protégés, tels que la protection contre la discrimination ou des intérêts publics prépondérants. Si des formes d'expression culturelle portent atteinte de manière injustifiable aux droits fondamentaux de tiers ou à d'autres positions juridiques protégées, une exclusion des instruments de promotion culturelle peut être justifiée dans des cas particuliers dûment motivés. En cas de suspicion de violation de biens juridiques protégés par des œuvres ou des activités culturelles, il convient, au cas par cas, de procéder à un examen minutieux et à une mise en balance des intérêts en présence, en tenant compte du contexte global ; les droits procéduraux doivent être respectés (en particulier le droit d'être entendu [art. 29, al. 2, Cst.]) et l'autorité doit faire preuve de la plus grande objectivité et de la plus grande retenue possible dans sa décision.

C. Garanties procédurales

30 Même en cas de retenue de la part de l'État, la promotion culturelle exerce une influence déterminante sur la culture par l'attribution de ressources publiques. Il est d'autant plus essentiel que les instruments et les procédures

de promotion culturelle répondent aux **exigences de l'État de droit**. Le principe de non-arbitraire (art. 9 Cst.), le principe d'égalité devant la loi (art. 8 Cst.) et les droits procéduraux (art. 29 ss Cst.) doivent être respectés dans la promotion culturelle publique en général et dans l'octroi de subventions en particulier. L'égalité de traitement dans l'organisation de la promotion, la définition de critères de promotion équilibrés, la composition de l'instance compétente, la motivation transparente des décisions de promotion et la protection juridique revêtent une importance particulière.

31 Lors de l'octroi de mesures de promotion, le droit à un traitement égal et équitable prévu à l'art. 29, al. 1, Cst. doit être garanti. La garantie du droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.) exige que les procédures de promotion soient conçues de manière à permettre aux personnes concernées de faire valoir leurs arguments. Cette exigence est généralement satisfaite par la demande de projet. L'autorité doit examiner le contenu de la demande et motiver sa décision. La **motivation** doit être conçue de manière à reprendre le contenu de la demande de subvention et à exposer de manière compréhensible les raisons de la décision. L'étendue de l'obligation de motivation dépend des circonstances du cas d'espèce et de la marge d'appréciation de l'autorité.

32 La loi sur l'encouragement de la culture exclut le **moyen tiré de l'inadéquation** dans la procédure de recours contre les aides financières (art. 26, al. 2, LEC). Une partie de la doctrine porte un regard critique sur cette restriction au regard de la garantie d'accès aux voies de droit (art. 29a Cst.). Compte tenu de la précarité du secteur culturel et de la forte dépendance, parfois, des acteurs culturels et des institutions culturelles à l'égard des subventions publiques, une extension de la protection juridique serait souhaitable. Le Tribunal fédéral a jugé qu'au moins l'exclusion absolue d'un recours contre les décisions relatives aux subventions culturelles constituait une violation de la garantie d'accès aux voies de droit (art. 29a Cst.).

VI. ORGANISATION DE L'ENCOURAGEMENT DE LA CULTURE

A. Au niveau fédéral

La **loi fédérale sur l'encouragement de la culture (LEC)** concrétise la mission culturelle de la Confédération. Elle régit l'encouragement de la culture par la Confédération dans les domaines de la conservation du patrimoine culturel, de la création artistique et culturelle, y compris la promotion de la relève, de la médiation artistique et culturelle, des échanges entre les communautés culturelles et linguistiques en Suisse, des échanges culturels avec l'étranger et de l'organisation de la Fondation Pro Helvetia (art. 1 LEC). Il existe toutefois un nombre considérable de lois spéciales qui régissent certains domaines de l'encouragement culturel fédéral. Les actes législatifs relatifs à la Bibliothèque nationale, aux musées et collections de la Confédération, au cinéma, à la protection de la nature et du patrimoine ainsi qu'au transfert des biens culturels revêtent une importance particulière. 33

Pour mettre en œuvre ses compétences en matière de culture, la Confédération dispose de quatre **institutions culturelles** qui sont les principaux acteurs de sa politique culturelle : l'Office fédéral de la culture (OFC), la Fondation Pro Helvetia, la Bibliothèque nationale suisse et le Musée national suisse. Le message sur la culture adopté par l'Assemblée fédérale précise les axes prioritaires de la promotion culturelle de la Confédération et fixe les dépenses fédérales en faveur de la culture pour une période de promotion de quatre ans (art. 27 LPC). 34

La Confédération dispose de divers **moyens** pour promouvoir la culture et la participation culturelle. Elle encourage la création artistique et culturelle ainsi que la participation culturelle, notamment par le biais de subventions et de prix, et mène ainsi une politique de promotion tant de l'excellence que de la culture de masse. La conservation des œuvres d'art et des biens culturels s'effectue dans le cadre du droit de la protection des biens culturels ainsi que par des mesures d'archivage et de conservation dans les musées, les collections et les archives de la Confédération (voir N. 44 s.). Au niveau fédéral, le soutien à la médiation culturelle s'effectue principalement par le financement d'expositions et de programmes de médiation dans des institutions culturelles, telles que le Musée national suisse. 35

B. Dans les cantons

36 La plupart des cantons disposent d'une loi sur l'encouragement de la culture qui concrétise leur **mandat culturel** constitutionnel (voir N. 13). Sur cette base, ils définissent à chaque législature les lignes directrices de leur politique culturelle ainsi que les priorités et les mesures budgétaires. La mise en œuvre est généralement assurée conjointement par le canton et les communes, sur la base d'une répartition interne des tâches qui est parfois expressément inscrite dans la loi. Les communes disposent d'une marge de manœuvre plus ou moins grande dans l'élaboration de leur politique de promotion culturelle. Le champ d'application matériel des lois cantonales sur la promotion culturelle varie. En règle générale, elles englobent la promotion de la création culturelle et artistique, la médiation, la formation artistique, l'accès à la culture, la participation culturelle, le patrimoine culturel ainsi que l'organisation des institutions culturelles cantonales. Dans certains cantons, la protection du patrimoine culturel matériel et/ou immatériel est régie par des lois spéciales.

37 L'organisation des services cantonaux chargés de la promotion culturelle relève de l'**autonomie** des cantons. Étant donné que les cantons sont notamment chargés de la mise en œuvre des accords internationaux dans le domaine culturel, il peut s'avérer nécessaire d'adapter leurs structures institutionnelles en conséquence afin de respecter les obligations internationales (voir N. 6), comme par exemple après la ratification par la Suisse de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (voir N. 10). Les cantons de Fribourg et de Vaud disposent de structures spécifiques pour le patrimoine culturel immatériel.

38 La plupart des cantons agissent selon le **principe de subsidiarité**, selon lequel la promotion incombe en premier lieu à l'initiative de particuliers ainsi que d'organisations privées ou publiques. Les formes de promotion culturelle sont multiples. Les mesures de promotion centrales sont des contributions financières sous forme de subventions uniques ou récurrentes ; parallèlement, d'autres formes de promotion peuvent être prévues par la loi, telles que l'attribution de prix culturels et de bourses, l'achat d'œuvres ou la mise à disposition, à titre gratuit ou onéreux, d'espaces de production et de médiation, d'infrastructures ou de personnel.

C. Promotion en situation d'urgence

L'obligation de promouvoir la culture s'applique tout particulièrement dans les situations d'urgence, telles que les pandémies, les conflits armés, les catastrophes naturelles ou les cyberattaques. Cela découle de l'importance majeure que revêt la culture dans un État fédéral, ainsi que de la prise de conscience de son **importance systémique** dans une démocratie pluraliste. Le soutien à la culture par les pouvoirs publics contribue au développement démocratique de la communauté et favorise l'ouverture aux idées d'autrui, indispensable à l'exercice des droits et devoirs les plus fondamentaux des citoyens. 39

L'épidémie de COVID-19 entre 2020 et 2022 a confronté l'ensemble du secteur culturel à des difficultés économiques et structurelles considérables. Afin d'atténuer les conséquences sociales et économiques pour les acteurs culturels et les institutions culturelles, une série de mesures d'urgence a été prise. Ces mesures poursuivaient un triple objectif, à savoir atténuer les conséquences économiques de la pandémie pour les entreprises culturelles, les acteurs culturels et les associations culturelles du secteur amateur, aider les entreprises culturelles à s'adapter aux nouvelles conditions et préserver la diversité culturelle (art. 1 de l'**ordonnance sur la culture relative à la COVID-19**). Le système de gestion décentralisée de ces mesures ainsi que la collaboration renforcée entre les acteurs étatiques à tous les niveaux fédéraux, la société civile et le secteur privé ont été jugés positifs rétrospectivement. La pandémie a toutefois également mis en évidence les faiblesses systémiques du secteur culturel, en particulier les conditions de travail précaires des acteurs culturels et leur manque de protection sociale. 40

Les situations d'urgence soulignent la nécessité d'un **soutien public continu à la culture**, dans le cadre d'une étroite collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes, ainsi que de mesures de protection publiques, y compris une protection renforcée du patrimoine culturel. Comme ces situations dépassent souvent les frontières nationales, des instruments internationaux tels que la Convention de La Haye de 1954 et la Convention de l'UNESCO de 1970 revêtent une importance particulière. De plus, dans un contexte marqué par le changement climatique, la question de la durabilité prend de plus en plus d'importance. En tant qu'acteurs publics, les institutions culturelles ont justement une responsabilité à cet égard envers la société. Elles doivent s'engager, dans la mesure de leurs possibilités, en faveur du 41

développement durable. La mise en place d'un cadre d'action normatif transcendant les compétences culturelles de la Confédération et des cantons est décisive pour garantir une réaction rapide et efficace face aux situations d'urgence actuelles et futures de nature très diverse.

D. Soutien à la transformation numérique du secteur culturel

42 La transformation numérique offre de nouvelles opportunités au secteur culturel. Elle représente toutefois également un défi majeur pour l'ensemble du secteur et entraîne des changements profonds à toutes les étapes de la création culturelle.

De nouveaux canaux de diffusion et de médiation culturelles voient le jour, ainsi que de nouveaux moyens d'archivage et de conservation. Les technologies de la blockchain, les plateformes de streaming et l'utilisation croissante de l'intelligence artificielle dans la production et la distribution culturelles redéfinissent les relations entre les acteurs culturels, les institutions et le public. Ces évolutions soulèvent non seulement d'importantes questions relatives à la protection des données (art. 13 Cst.), mais posent également de nouveaux défis économiques liés au droit d'auteur, à la rémunération équitable et à la répartition équitable des revenus économiques (art. 27 Cst.). Parallèlement, elles touchent à des droits fondamentaux tels que la liberté d'art (art. 21 Cst.) et la liberté d'expression (art. 16 Cst.).

43 La Confédération a fait de la transition numérique une priorité de sa politique culturelle et entend développer des instruments de promotion tenant compte des nouvelles formes de production et de diffusion numériques. Dans le cadre de ses obligations constitutionnelles en matière de promotion culturelle, il lui incombe tout particulièrement de créer des conditions-cadres favorables à des **infrastructures numériques** équitables, accessibles et juridiquement sûres, et de promouvoir les compétences numériques dans le secteur culturel. La Confédération et les cantons sont tenus, dans le cadre de leurs compétences respectives, de répondre de manière appropriée à cette évolution, par exemple par des mesures d'encouragement ou l'adaptation des bases légales, notamment en matière de droit d'auteur.

VII. PROTECTION DES BIENS CULTURELS

A. Objectif et bases légales

La **protection des biens culturels** relève également de la promotion de la culture au sens de l'art. 69, al. 2, Cst. La protection des biens culturels est une condition préalable à la diversité culturelle et à la participation. Le droit des biens culturels a pour but de protéger les biens culturels contre la destruction, le vol, le pillage et l'importation et l'exportation illégales. 44

Sont considérés comme **biens culturels** les biens qui, pour des raisons religieuses ou laïques, revêtent une importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science et qui figurent dans l'une des catégories de la liste des biens culturels figurant dans la Convention de l'UNESCO de 1970 (art. 2, al. 1, LBC). La Suisse a ratifié la Convention de l'UNESCO pour la protection des biens culturels. Avec la ratification de la Convention de l'UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, la notion de biens culturels a été complétée à l'art. 2, al. 1, LBCB par la définition du patrimoine culturel subaquatique telle qu'elle figure dans la convention. Outre ces deux instruments juridiques internationaux, une série d'autres conventions internationales régissent les modalités de la protection des biens culturels. La Confédération a rempli son obligation de transposer en droit interne ses engagements de droit international dans la loi sur le transfert des biens culturels. Celle-ci régit l'importation de biens culturels en Suisse, leur transit et leur exportation, ainsi que leur restitution depuis la Suisse (art. 1 LBC). 45

Le commerce des biens culturels mobiliers est soumis à des restrictions afin de lutter contre le commerce illicite. Pour réglementer la circulation des biens culturels mobiliers, la Confédération s'appuie également sur sa compétence en matière de réglementation des activités du secteur privé conformément à l'art. 95, al. 1, Cst. La question de savoir dans quelle mesure la protection des biens culturels peut empiéter sur le libre marché est controversée. L'intérêt public d'une réglementation du marché libre visant à protéger les biens culturels est reconnu en principe tant en droit international qu'en droit constitutionnel. Dans son arrêt Beyeler c. Italie, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que le contrôle du marché des biens culturels par l'Italie relevait de l'intérêt public visant à protéger le patrimoine culturel et artistique d'un pays. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les 46

États parties disposent, dans le cadre de la protection de la propriété (art. 1, 1er du Protocole additionnel à la CEDH du 20 mars 1952 (non ratifié par la Suisse)), les États parties disposent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer ce qui relève de la protection des biens culturels dans l'intérêt public. Cette appréciation reste exigeante au cas par cas et ne doit pas être instrumentalisée à des fins étrangères à la protection des biens culturels, telles que le commerce de biens culturels.

B. Traitement des biens culturels chargés d'histoire

47 En 1998, la Suisse a adopté les « Directives de Washington » (également appelées Principes de Washington), qui définissent les principes régissant la restitution des biens culturels aux victimes de l'Holocauste et aux autres victimes des persécutions nazies. Dans ce cadre, la Confédération a pris une série de mesures visant à identifier les biens culturels spoliés et à mettre en œuvre ces directives, notamment par la création d'un service de référence pour l'art spolié et l'octroi de fonds pour la recherche de provenance. En adoptant la motion dite « Pult », l'Assemblée fédérale a franchi une nouvelle étape dans la mise en œuvre des principes de Washington et a chargé la Confédération de créer une commission chargée d'examiner les demandes en la matière. Avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2024, de l'ordonnance sur la Commission indépendante pour le patrimoine culturel chargé d'un passé historique (O-CIPCH), il est prévu de créer une commission administrative permanente ayant une fonction consultative et préparatoire au sens de l'art. 8a, al. 2, de l'OLOGA. L'ordonnance adoptée soulève une série de questions légitimes, notamment en ce qui concerne le principe de légalité, l'étendue du champ d'application et la procédure prévue. La révision partielle de la LPC a doté la commission a posteriori d'une base légale formelle et défini ses tâches. Par la suite, le Conseil fédéral a remplacé l'O-CPH par l'ordonnance sur la Commission pour le patrimoine culturel chargé d'un passé historique (OCPH) et a nommé les membres de la Commission pour le patrimoine culturel chargé d'un passé historique (CPH). La commission a commencé ses travaux peu après et élabore notamment un règlement de procédure pour le traitement des cas individuels. Il s'agit, en comparaison internationale, de la première commission à traiter des restitutions issues tant du contexte nazi que du contexte colonial.

Compte tenu des compétences limitées de la Confédération dans le domaine de la culture, on peut se demander si la mise en place d'une commission chargée de formuler des recommandations concernant la restitution d'œuvres d'art ou d'autres biens culturels provenant, par exemple, des collections **des musées cantonaux** relève de la compétence de la Confédération. Cette question, laissée en suspens par le Parlement, devra trouver une réponse lorsqu'un cas concret se présentera. 48

À propos des autrices

Vanessa Rüegger, avocate et médiatrice FSA, est professeure ordinaire de droit public à l'Université de Genève. Elle a obtenu son habilitation à l'enseignement supérieur à l'Université de Bâle avec une thèse sur la liberté artistique (art. 21 Cst.) et intervient en tant que conseillère et avocate pour les autorités culturelles aux niveaux fédéral et cantonal. Elle est membre du Conseil des musées du Musée national suisse.

Tatiana Holmer, MLaw, MA, est assistante de recherche et doctorante à l'Université de Genève. Sa thèse porte sur la réglementation relative à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel dans le droit suisse.

Remerciements

Les auteures remercient les éditeurs, la prof. Odile Ammann, LL.M., et Stefan Schlegel, ainsi que les deux relecteurs pour leur examen critique de ce commentaire.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Bandle Anne-Laure/Renold Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Basel 2022.

Dal Molin Gioia, Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern. Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980 (Diss. Zürich), Zürich 2018.

Freitag Markus/Zumbrunn Alina, § 3 Politische Kultur, in: Papadopoulos Yannis/Sciarini Pascal/Vatter Adrian/Häusermann Silja/Emmenegger Patrick/Fossati Flavia (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik/Manuel de la politique suisse, 7. Aufl., Basel 2022, S. 85 ff.

Graber Christoph Beat, Kulturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich et al. 2020, S. 2309 ff. (zit. Kulturverfassung).

Marx Lisa, Fédéralisme, art et démocratie. Fabriquer les politiques culturelles en Suisse (Diss. Genf), Zürich et al. 2025.

Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020.

Müller Georg, Kulturförderung als Staatsaufgabe und ihre Finanzierung, in: Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Droit et culture. Recueil de textes à l'occasion des 75 ans de Pierre Moor, Lausanne 2015, S. 83 ff.

Raschèr Andrea F.G./Bandle Anne Laure (Hrsg.), Kulturrecht Kunstrecht. Lehr- und Praxishandbuch, Zürich et al. 2026.

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit (Habil. Basel), Basel et al. 2020.

Valär Rico Franc, Wie viel Kulturpolitik braucht die Schweiz?, in: Kreis Georg (Hrsg.), Wie viel Staat braucht die Schweiz?, Basel 2019, S. 123 ff.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich et al. 2003.

Bandle Anne-Laure/Renold Marc-André, Droit de l'art et des biens culturels, Basel 2022.

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Kommentierung zu Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Benhamou Yaniv/Ferland Justine, Digitization of GLAM Collections and Copyright. Policy Paper, GRUR International, 71 (2022) 5, S. 403 ff., abrufbar unter https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160723, besucht am 17.3.2026.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Briel André/Waespi Oliver/Zimmermann Daniel, Kulturrecht des Bundes, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Bildungs-, Kultur- und Sprachenrecht, Basel 2018, S. 561 ff.

Catrina Ramona/Müller-Chen Markus, Unabhängige Eidgenössische Kommission für während des Nationalsozialsozialismus gestohlene resp. verfolgungsbedingt entzogene Kulturgüter?, in: Mosimann Peter/Schönenberger Beat (Hrsg.), Kunst & Recht 2022/Art & Law 2022, S. 97 ff.

Dal Molin Gioia, Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern. Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980 (Diss. Zürich), Zürich 2018.

Drittenbass Joel, Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Version 22.4.2025, abrufbar unter https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv13, besucht am 13.4.2026.

Engi Lorenz, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates. Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts (Habil. St. Gallen), Zürich et al. 2017.

Gavillet Aurélie, Kommentierung zu Art. 67a BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021.

Geiser Thomas/Graber Christoph Beat, Kommentierung zu Art. 71 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Graber Christoph Beat, Zwischen Geist und Geld. Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht (Diss. Florenz), Baden-Baden 1994 (zit. Zwischen Geist und Geld).

Graber Christoph Beat, Kulturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zürich et al. 2020, S. 2309 ff (zit. Kulturverfassung).

Gredig Markus, Der Schutz des UNESCO-Welterbes in der Schweiz. Gegenstand, Inhalt und Umsetzung des Übereinkommens zum Schutz des

Kultur- und Naturgutes der Welt vom 23. November 1972 (Diss. Freiburg), Bern 2014.

Häberle Peter, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: Häberle Peter (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Darmstadt 1982, S. 1 ff.

Hänni Peter/Epiney Astrid, Kommentierung zu Art. 67a, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Hauser Claude/Tanner Jakob, Einleitung: Pro Helvetia als Paradox, in: Hauser Claude/Seger Bruno/Tanner Jakob (Hrsg.), Zwischen Kultur und Politik. Pro Helvetia 1939 bis 2009, Zürich 2010, S. 11 ff.

Holland Andrew, Bundesstaatliche Kunstförderung in der Schweiz. Anregungen aus einem Rechtsvergleich mit den USA (Diss. St. Gallen), Zürich 2002.

Huster Stefan, Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung (Habil. Heidelberg), 2. Aufl., Tübingen 2017.

Kessler Franz, Die Schweizerische Kulturstiftung Pro Helvetia (Diss. Zürich), Zürich 1993.

Kiener Regina, § 57 Bildung, Forschung und Kultur, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 903 ff.

Kley Andreas, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Lehmann Hannah, Die schweizerische Restitutionspraxis im Lichte der Washingtoner Prinzipen (Diss. Bonn), Berlin et al. 2024.

Lenski Sophie-Charlotte, Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung, Tübingen 2013.

Merryman John Henry/Elsen Albert E./Urice Stephen K., Law, Ethics and the Visual Arts, 5. Aufl., Aalphen aan den Rijn 2007.

Müller Jörg Paul, Perspektiven der Demokratie. Vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Bern 2012 (zit. Perspektiven der Demokratie).

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Müller Jörg Paul, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, in: Blankenagel Alexander/Pernice Ingolf/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 17 ff. (zit. Einheit der Verfassung).

Nafziger James A.R./Kirkwood Paterson Robert/Dundes Renteln Alison, Cultural Law. International, Comparative, and Indigenous, Cambridge 2014.

Noël Yves, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021.

Odendahl Kerstin, Kulturgüterrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. Kulturgüterrecht).

Odendahl Kerstin, Kulturgüterschutz (Habil. Tübingen), Tübingen 2005 (zit. Kulturgüterschutz).

Petrig Anna/Stemmler Maria, UNESCO-Übereinkommen über den Schutz des Unterwasserkulturerbes. Unvollständige Umsetzung durch die Schweiz, ZSR 139 (2020) S. 47 ff.

Pfändler-Oling Brigitte, Die verfassungsrechtliche Grundlage der Kulturförderung im Bund, Kulturbegriff, Art. 69 BV im Verfassungszusammenhang (Diss. Basel), Basel 2010.

Raschèr Andrea F.G./Bandle Anne Laure (Hrsg.), Kulturrecht Kunstrecht. Lehr- und Praxishandbuch, Zürich et al. 2026.

Raschèr Andrea F.G./Bucheli Markus, Eine Brücke zwischen kirchlichem und staatlichem Kulturgüterrecht, AJP/PJA (2023) S. 190 ff.

Raschèr Andrea F.G., 1. Kapitel: Kultur und Kunst als Materie des Rechts. § 1 Kultur, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 7 ff. (zit. Kultur).

Raschèr Andrea F.G./Lohri Andrea/Maget Dominicé Antoinette, 3. Kapitel: Nationale Kulturpolitik und Völkerrecht, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 151 ff.

Raschèr Andrea F.G., 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 1 Grundlagen, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Rech. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 383 ff. (zit. Grundlagen).

Raschèr Andrea F.G./Renold Marc-André/Desboeufs Morgane, 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 4 Kulturgütertransfergesetz, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 439 ff.

Raschèr Andrea F.G., 6. Kapitel: Kulturgütertransfer. § 10 Raubkunst, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 581 ff. (zit. Raubkunst).

Raschèr Andrea F.G./Uhlig Kai-Peter/Neeser Marco, § 8 Kultur, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19. Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 247 ff.

Raschèr Andrea F.G./Christen Claudia/Tribolet Thomas, Kulturförderung des Bundes. Chancen und Grenzen des neuen Kulturartikels, AJP/PJA 9 (2001) S. 1035 ff.

Renold Marc-André/Morgane Desboeufs, Droit suisse, in: Cornu Marie/Fromageau Jérôme/Frigo Manlio/Négri Vincent/Renold Marc-André/Hance Clea/Wallaert Catherine (Hrsg.), Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel, 2. Aufl., Paris 2025, S. 164 ff.

Renold Marc-André/Mosimann Peter, 1. Kapitel: Kultur und Kunst als Materie des Rechts. § 2 Kunst, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 21 ff.

Renold Marc-André, Kulturgutschutz in der Schweiz, in: Von der Decken Kerstin/Fechner Frank/Weller Mathias (Hrsg.), Kulturgutschutzgesetz. Kommentar, Baden-Baden 2020, S. 86 ff. (zit. Kulturgutschutz).

Renold Marc-André, Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse. Questions choisies, ZSR 129 (2010) S. 137 ff.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rohr Adolf/Philipp Albert Stapfer, Minister der Helvetischen Republik und Gesandter der Schweiz in Paris 1798–1803, Baden 2005.

Rüegger Vanessa, Kunstfreiheit (Habil. Basel), Basel et al. 2020.

Rüegger Vanessa/Hafner Felix, Kommentierung zu Art. 21, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schack Heimo, Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, 4. Aufl., Tübingen 2024.

Schmidt-Gabain Florian, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025.

Schönenberger Beat, Restitution von Kulturgut, Bern 2009.

Schorlemers Sabine/Stoll Peter-Tobias (Hrsg.), The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes, Berlin 2014.

Schweizer Rainer J./Bernet Stephanie Andrea, Kommentierung zu Art. 67a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schweizer Rainer J./Bernet Stephanie Andrea/Fankhauser Kim, Kommentierung zu Art. 69 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schweizer Rainer J., Der neue Kulturartikel der Bundesverfassung, ZSR 120 (2001) S. 185 ff.

Schwenkel Christof/Ritz Manuel/Pestoni Amélie, Evaluation der Covid-19-Hilfen im Kulturbereich. Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Kultur (BAK), Luzern et al. 2023, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/covid19/abschluss-covid-unterstuetzung.html, besucht am 17.3.2026.

Solt Judit, Le courage d'expérimenter, Schweizer Museumszeitschrift 24 (2024), S. 12 f., abrufbar unter https://www.museums.ch/de/fachwelt/angebote/publikationen/museumszeitschrift-nr-24-5813.html, besucht am 17.3.2026.

Stadler Hansjörg, Die verfassungsrechtlichen Befugnisse des Bundes zur Förderung der Kultur (Diss. Freiburg), Zürich 1984.

Töndury Andrea, Kultur zwischen Einheit, Vielfalt und Föderalismus, in: Hotz Sandra/Zelger Ulrich (Hrsg.), Kultur und Kunst. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich et al. 2010, S. 175 ff.

Uhlmann Felix/Eckstein Franca, Die Schaffung der unabhängigen Kommission für historisch belastetes Kulturerbe in der Schweiz, in: Mosimann Nicolas/Rüegger Vanessa/Schüpbach Lionel (Hrsg.), Kunst & Recht 2025/Art & Law 2025, S. 5 ff.

Uhlmann Felix, Der Fall Curt Glaser als Brennpunkt der Herausforderung der Schweizer Kunstmuseum unter den Washington Principles, in: Haldemann Anita/Rauser Judith (Hrsg.), Der Sammler Kurt Glaser. Vom Verfechter der Moderne zum Verfolgten, Berlin 2022, S. 156 ff. (zit. Der Fall Curt Glaser).

Uhlmann Felix/Raschèr Andrea F.G./Scheifele Eva/Wilhelm Martin, 4. Kapitel: Kulturförderung, in: Mosimann Peter/Renold Marc-André/Raschèr Andrea F.G. (Hrsg.), Kultur, Kunst, Recht. Schweizerisches und internationales Recht, 2. Aufl., Basel 2020, S. 223 ff.

Uhlmann Felix/Bognuda Cristina, Zehn Thesen zu Kunstfreiheit und Kunstförderung, ZSR 127 (2008) S. 363 ff.

Uhlmann Felix, Die Neutralität der Verwaltung, ZBI 108 (2007) S. 211 ff. (zit. Neutralität der Verwaltung).

Vittoz Sarah, Les subventions aux arts de la scène. Aperçu et questions choisies en droit cantonal vaudois, in: Largey Thierry/Boillet Véronique

(Hrsg.), Environnement et justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Bern 2024, S. 135 ff.

Waldmann Bernhard, Wegkreuze und Gipfelkreuze im Visier, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich 2011, S. 591 ff.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung, Nationalrat, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. AB 1998 N).

Amtliches Bulletin der Bundesverfassung 1998 zur Reform der Bundesverfassung, Ständerat, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. AB 1998 S).

Botschaft zu dem Entwurf eines Beschlusses betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 3.6.1887, BBl 1887 III 515 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10013591&action=open, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft Förderung und Hebung der Kunst).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 14.12.1938, BBl 90 II 985 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10033812&action=open, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung).

Botschaft zur «Eidgenössische Kulturinitiative» vom 18.4.1984, BBl 1984 II 501 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10049319&action=open, besucht am 17.3.2026.

Botschaft über einen Kulturförderungsartikel in der BV (Art. 27^{septies} BV) vom 6.11.1991, BBl 1992 I 533 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10052119&action=open, besucht am 17.3.2026.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996 und Verfassungsentwurf 1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft BV).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2025–2028 vom 1.3.2024, BBl 2024 753 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2024/753/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2024-753-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2025–2028).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021–2024 vom 26.2.2020, BBl 2020 3131 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/725/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-725-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2021–2024).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2016–2020 vom 28.11.2014, BBl 2015 497 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2015/45/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2015-45-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2016–2020).

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2012–2015 vom 23.2.2011, BBl 2011 2971 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2011/455/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2011-455-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Kulturbotschaft 2012–2015).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 8.6.2007, BBl 2007 4819 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/681/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-681-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft KFG).

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten vom 13.11.2013, BBl 2013 8987 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2013/1805/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2013-1805-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026.

Botschaft zum Übereinkommen zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes vom 21.9.2007, BBl 2007 7251 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/1109/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-1109-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft immateriellen Kulturerbe).

Botschaft zum Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 21.9.2007, BBl 2007 7297 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2007/1112/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2007-1112-de-pdf-a.pdf, besucht am 17.3.2026 (zit. Botschaft kulturelle Ausdrucksformen).

Bundesamt für Kultur (BAK), Rahmenkonzept «Junge Talente Musik». Ein Förderprogramm des Bundes, Juni 2022, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/sprachen-und-gesellschaft/musikalische-bildung/jung-talente-musik.html, besucht am 17.3.2026 (zit. Rahmenkonzept).

Bundesbeschluss über die «Eidgenössische Kulturinitiative» vom 20.12.1985, BBl 1986 I 45 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1986/1_45_46_46/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer schweizerischen Landesbibliothek vom 28.6.1894, BBl 1894 III 140 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1894/3_140_46_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss über einen Kulturförderungsartikel in der Bundesverfassung (Art. 27^{septies} BV) vom 18.6.1993, BBl 1993 II 870 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/2_870_845_782/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 22.12.1887, BBl 1888 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1888/1_1_1_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung eines schweizerischen Landesmuseums vom 27.6.1890, BBl 1890 III 640 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1890/3_640_914_/de, besucht am 17.3.2026.

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12.6.1994 (Kulturförderung; Einbürgerungsfragen; Friedenserhaltung) vom 16.8.1994, BBl 1994 III 1251 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/3_1251_1232_/de, besucht am 17.3.2026.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21.12.2009), U.N. Doc. E/C.12/GC/21.

Deutsche UNESCO-Kommission, Weltkonferenz über Kulturpolitik. Schlussbericht der von der UNESCO vom 26.7 bis 6.8.1982 in Mexiko-Stadt veranstalteten internationalen Konferenz, UNESCO-Konferenzberichte, Nr. 5, München 1983.

Eidgenössischen Departements des Innern (EDI), Die Arbeiten des Bundes im Bereich der NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021. Bericht zuhanden des Bundesrats, 10.6.2022, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/raubkunst/die-anlaufstelle-raubkunst.html, besucht am 17.3.2026 (zit. NS-Raubkunst im Zeitraum von 2017–2021).

Eidgenössischen Expertenkommission für Fragen einer schweizerischen Kulturpolitik, Beiträge für eine Kulturpolitik in der Schweiz, Bern, August 1975, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/kulturfoerderungsgesetz/geschichte-der-bundesstaatlichen-kulturfoerderung.html#-1964039506, besucht am 17.3.2026 (zit. Clottu-Bericht).

Erläuterungen zum Verfassungsentwurf 1995, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/archiv/bundesverfassung.html, besucht am 17.3.2026 (zit. Erläuterungen VE 95).

Human Rights Committee (HRC), Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights (3.2.2016), U.N. Doc. A/HRC/31/59.

Human Rights Committee (HRC), Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (21.3.2011), U.N. Doc. A/HRC/17/38.

Nationaler Kulturdialog, Ökologie im Kulturbereich. Abschlussbericht, November 2024, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

Nationaler Kulturdialog, Empfehlungen zur Entschädigung von Kunstschaffenden in der Schweiz, 22.4.2024, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

Nationaler Kulturdialog, Konzept zur Bewahrung und Pflege des Kulturerbes der Schweiz, 13.11.2023, abrufbar unter https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/themen/nationaler-kulturdialog.html, besucht am 17.3.2026.

UNESCO, MONDIACULT 2022 Final Declaration, UNESCO World Conference on Cultural Policies and Sustainable Development, Mexico City, 28–30.9.2022, MONDIACULT-2022/CPD/6.

COMMENTAIRE

Art. 74 Cst.

Un commentaire de Clémence Demay

PROPOSITION DE CITATION

Clémence Demay, Commentaire de l'art. Art. 74 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Demay, art. 74 Cst. N. XXX.

Art. 74 Protection de l'environnement

[1] La Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes.

[2] Elle veille à prévenir ces atteintes. Les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent.

[3] L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse et contexte 893
A. L'art. 24septies aCst. 894
B. L'essor du droit international de l'environnement et l'adoption de la LPE 897
II. Commentaire proprement dit 901
A. Remarques générales 901
B. Art. 74 al. 1 – La protection contre les atteintes nuisibles et incommodantes ... 902
C. Art. 74 al. 2 – Les grands principes 905
1. Le principe de prévention 908
2. Le principe de précaution 909
3. Le principe de causalité 912
D. Art. 74 al. 3 – Exécution cantonale 914
III. Conclusion 915
Bibliographie 916

I. GENÈSE ET CONTEXTE

L'art. 74 Cst. – introduit dans sa première mouture en 1971 au sein de la Constitution – est le fruit d'un long débat législatif. En trame de fond de ce débat, deux constats : l'augmentation des pollutions durant la période de croissance économique postérieure à la Seconde Guerre mondiale[575] et la nécessité de faire face à ces nuisances[576]. Ces considérations, couplées à une convergence de facteurs politiques favorables à la prise en considération des besoins de protéger l'environnement[577], ont été les forces motrices des discussions. Cette disposition constitutionnelle a ainsi évolué de concert avec la **prise de conscience politique, collective et sanitaire** de la fragilité écologique et du caractère intrinsèquement lié de l'environnement et de l'existence humaine. La progression de ces préoccupations en droit international public[578] a également joué un rôle crucial dans l'évolution de l'art. 74 Cst.[579]. 1

Dans ce contexte, la vocation de cette disposition est de clarifier les compétences de la Confédération en matière de protection de l'environnement au sens large et de servir de ligne directrice, aux côtés du principe du développement durable (art. 73 Cst.), pour la section 4 du chapitre 2 du Titre 3 de la Constitution intitulée « Environnement et aménagement du territoire ». L'art. 74 Cst. inaugure le **« catalogue de compétences »**[580] environnementales de la Confédération, des cantons et des communes. Ce catalogue s'est formé par strates successives et reflète le morcellement des sources du droit de l'environnement au sein de l'ordre juridique suisse, la 2

575. Notamment la période dite du « syndrome des années 1950 » ou de « Grande Accélération », Pfister/Wanner, p. 328 ss; Pfister, p. 47 ss.
576. Recordon, p. 14.
577. Favre, Protection, pp. 1-8; Hottlier, p. 520-521.
578. Voir *infra* N. 7 ss; Epiney, p. 5 et 10 ss; Sands/Peel, pp. 3-6; Halvorssen, p. 27; Favre, Protection, p. 8.
579. Petitpierre-Sauvin, p. 4 ; Favre, Constitution, N. 3. L'art. 74 Cst. n'est par ailleurs pas la seule disposition qui a muté sous l'influence de ces facteurs. C'est l'ensemble de la section 4 de l'actuelle Constitution qui en a été affectée. A cet égard, on peut notamment se référer aux motivations qui ont conduit à l'évolution de l'art. 78 Cst. Demay/Eggerschwiler, p. 220 ss; Rausch, p. 138 ss.
580. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 1

matière s'étant complexifiée et développée au fil de l'accroissement progressif des connaissances scientifiques en la matière[581].

A. L'art. 24^{septies} aCst.

3 L'art. 74 Cst. actuel est une reprise de l'art. 24^{septies} aCst. Cette première mouture de compétence environnementale a été introduite à la suite d'une motion parlementaire déposée par le Conseiller national issu du parti démocrate-chrétien **Julius Binder**[582] le 13 mars 1964, à une époque où la Suisse connaissait une progression importante des pollutions[583]. Par son intervention, cet homme politique enjoignit les autorités suisses à prendre des mesures de lutte contre le bruit, les trépidations, les émissions de fumées ou de gaz « s'accroissant de manière alarmante [... et faisant] peser un important danger sur la santé de l'homme et des animaux »[584]. Son texte reçut un large écho lors de son dépôt. En effet, il avait pour ambition de combiner une approche anthropocentrique et écocentrique[585] de la protection de l'environnement, ce qui le distinguait d'autres prises de position de l'époque et lui permit d'obtenir un soutien auprès d'une diversité d'acteurs. Le Parlement adopta la motion Binder sans opposition, bien que la majorité du Conseil fédéral y était défavorable[586]. Ce dernier fut alors tenu d'y donner suite et choisit de le faire au moyen de l'introduction d'une disposition idoine de protection de l'environnement au sein de la Constitution qui reprend le libellé de la motion.

---

581. BSK BV-Griffel, art. 74 BV N. 1; Epiney, p. 6.
582. Julius Binder était avocat de profession et docteur en droit. Il était originaire d'Argovie, cf. Steigmeier, en ligne : https://hls-dhs-dss.ch/fr/art.s/006185/2002-10-25/, consulté le 15.10.2025.
583. Rausch, p. 138 ss; Pfister, p. 19; SGK BV- Morell/Vallender /Hettich, art. 74 N. 1.
584. FF 1970 I 773.
585. Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 1. En philosophie de l'environnement, l'approche écocentrique désigne le courant de pensée qui accorde une valeur intrinsèque à la nature, indépendamment de son utilité pour l'être humain. Dans une telle conception, les droits de la nature existent comme limite aux droits humains et en expriment simultanément une dimension particulière. A ce sujet, voir Frigerio, pp. 342 et 343. Il convient de constater que cette approche n'a – bien souvent – pas été suivie dans la législation de mise en œuvre de l'art. 74 Cst., puisqu'une majorité des normes entérinent un rapport uniquement anthropocentré de la protection de l'environnement et ses différentes composantes cf. Favre, Généalogie, N. 129.
586. Rausch, p. 138.

Avant l'adoption de cet art. 24^septies aCst., **l'environnement** était certes mentionné dans la Constitution, mais seuls des éléments précis tels que l'eau, les forêts ou le patrimoine y étaient inclus. Il était avant tout saisi au niveau fédéral au travers de réglementations de police liée aux problématiques suscitées par l'exercice des droits de chasse ou de pêche[587] et sa protection était assurée par des initiatives prises au niveau des cantons[588]. A cette époque, l'environnement constituait au sein de la législation fédérale un sujet de préoccupation juridique principalement en raison de ses aléas – tels que les crues ou les glissements de terrain par exemple –, ou encore au travers de problématiques sectorielles spécifiques (lutte contre le déboisement, encadrement de l'industrie chimique et de ses pollutions des eaux, etc.). Il n'était pas abordé de manière **holistique**, en tenant compte de ses qualités essentielles au déploiement des vies humaines et non humaines. Seule la planification territoriale comprenait alors une composante environnementale, mais qui restait marginale[589]. 4

Ce n'est que lors de la seconde moitié du XX^ème siècle que la notion d'environnement trouva sa place au sein de la Constitution comme sujet de protection à part entière[590]. 5

Dans son Message de 1970 relatif à l'introduction de **l'art. 24^septies aCst.,** le Conseil fédéral indique que cette disposition devait servir de fondement à « une protection générale de droit public contre les atteintes nuisibles et incommodantes »[591]. *De facto*, face à un accroissement des nuisances, la

587. Voir : art. 24 à 25 a Cst. du 29 mai 1984, AF du 29 mai 1874 – RO 1 37; FF 1873 II 909 IV 309, 1874 I 685 II 528; Lammers, p. 936; BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 2-4. On pense par exemple à des conflits liés à des enjeux de braconnage, de bornage des terrains et d'entretien des forêts et cours d'eau.

588. Stutz, p. 278 ss. L'Office fédéral de l'environnement (OFEV) a recensé les réglementations cantonales concernant la protection de l'environnement adoptées depuis 1815 dans la publication suivante : OFEFP, Matériaux pour l'histoire de l'environnement en Suisse, Berne 1999. Ainsi, parmi d'autres, on souligne l'existence de décrets visant à la protection des animaux dans le canton de Bâle et de Lucerne en 1853 et 1870 déjà, puis de protection des plantes en Argovie en 1873, ainsi qu'une ordonnance zurichoise contre le dépôt de déchets dans les eaux en 1881, etc. (voir OFEFP, p. 30 ss). On constate donc que certains aspects de la préservation de l'environnement étaient d'ores et déjà parties intégrantes des préoccupations de la population avant les années 60. Cf. OFEFP, p. 4-65; Walter/Pfister /Haefeli-Waser, en ligne : https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/024598/2014-01-14/, consulté le 23.9.2025.

589. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 2 et 4.

590. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 5.

591. FF 1970 I 773.

motion Binder avait révélé l'insuffisance du cadre législatif existant – en particulier les dispositions concernant le droit de voisinage et la responsabilité privée[592] – pour faire face à l'ampleur des atteintes et leurs conséquences. Le Conseil fédéral, à la suite de ce constat, considéra qu'il existait un manque d'expertise spécialisée dans le domaine de l'environnement, une nécessité d'adopter des mesures harmonisées pour le protéger[593], mais également que les cantons n'avaient fait qu'un usage restreint de leur possibilité de réglementer la protection de l'environnement[594], de sorte que le besoin de pallier ce manque d'action s'imposait. Les **domaines de préoccupation prioritaires** du Conseil fédéral dans son Message étaient avant tout les dégradations de la qualité de l'air et l'augmentation du bruit liés à l'industrie[595]. En outre, à l'appui de son Message, le Conseil fédéral mit l'emphase sur ce qui semblait une évidence : l'explosion croissante des pollutions et des atteintes causées à l'environnement est « toujours [le produit de] l'activité humaine »[596] et non pas un processus terrestre contingent, comme une partie de l'opinion publique et certains milieux politiques ont essayé de le faire valoir depuis[597].

6 L'art. 24^{septies} fut **adopté avec une importante majorité populaire en 1971**[598], au terme d'une procédure de consultation dont les retours étaient pour la plupart enthousiastes[599]. L'art. 24^{septies} aCst. entérina ainsi une compétence fédérale pour légiférer et prendre des mesures afin de lutter contre les atteintes nuisibles et/ou incommodantes[600].

592. Arts. 679 et 684 CC et art. 41 CO.
593. FF 1970 778.
594. FF 1970 I 781.
595. Lammers, p. 939; CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 2; SGK BV- Morell/Vallender /Hettich, Art. 74 N. 13; Pfister, p. 47 ss.
596. FF 1970 I 774.
597. A ce sujet, voir les études de Hornsey/Lewandowsky et Milfont/Abrahamse/MacDonald qui cartographient et étudient les ressorts psychopolitiques du climatoscepticisme dans différents États. Selon les dernières études en la matière, ce scepticisme porte principalement sur la cause anthropique du dérèglement climatique et non sur le constat de son existence (la littérature parle d'« attribution skepticism » par opposition au « trend skepticism »), cf. Rahmstof et De Graaf/Stok /De Wit/Bal, pp. 102068 ss.
598. 92,7 % des suffrages et l'ensemble des cantons, ce qui en fait le deuxième article constitutionnel dont l'adoption a été la plus soutenue dans l'histoire des révisions constitutionnelles depuis 1848, comme le relèvent Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 1 ;Rausch, p. 139 ss ; Hänggi, p. 17. Il s'agit en outre du premier scrutin consécutif à l'octroi du suffrage féminin à l'échelle nationale.

B. L'essor du droit international de l'environnement et l'adoption de la LPE

Après la période de pollution débridée liée à la relance économique des années suivant la Seconde Guerre mondiale, les années 70 annoncèrent l'amorce d'un **virage en faveur de la protection de l'environnement** en droit suisse. Le débat politique y était dominé par une crainte de la population portant sur le déclin des forêts, en sus de la menace des pollutions[601]. Dans ce contexte, l'adoption de l'art. 24^{septies} aCst. offrit un certain soulagement à l'électorat, car il paraissait témoigner d'une volonté politique de prendre des mesures et d'adopter – dans un horizon temporel proche – une législation protectrice générale de l'environnement. 7

Sur la scène internationale, en raison de la dimension supranationale et transfrontalière des enjeux – les effets des nuisances ne connaissant pas les frontières et certains biens communs risquant d'importantes dégradations, voire une disparition –, les États se positionnèrent également[602]. On assista à l'essor du droit international de l'environnement[603]. Sous l'égide des Nations Unies, une première conférence sur l'environnement fut organisée[604]. Elle aboutit en 1972 à **la Déclaration de Stockholm**[605] et à la création du **Programme des Nations Unies pour l'environnement** (PNUE)[606]. De manière analogue à l'art. 24^{septies} aCst., le principe 2 de cette déclaration traduit l'engagement des États envers la préservation de l'environnement et enjoignait à la lutte contre différentes formes de pollutions[607]. 8

599. RO 1971 905 et FF 1970 I 784. Seules quelques critiques furent émises lors de la consultation. Elles portaient sur la centralisation des compétences de l'État fédéral induit par l'adoption de cet article, mais aucunement sur le constat d'un besoin général de protection de l'environnement. La commission d'experts chargée du projet dirigée par le Prof. Aubert était elle aussi ferme à cet égard.
600. Cf. infra II.B.
601. Recordon, p. 16.
602. Halvorssen, p. 31; Sands/Peel, p. 4.
603. Dupuy/Vinuales, p. 8 ss; Epiney, p. 13 ss; Sands/Peel, p. 4.
604. Voir en particulier : Dupuy/Vinuales, pp. 8 à 10.
605. Le texte de la Déclaration est disponible sous le lien suivant : https://www.un.org/fr/conferences/environment/stockholm1972.
606. Voir : Nations Unies, en ligne : https://www.unep.org/fr. C'est l'UNEP qui fonda en 1988 le Groupe international d'expert·e·s pour le Climat (GIEC) en collaboration avec l'organisation météorologique internationale.

9 Si cette décennie attesta d'une effervescence au sujet des menaces pesant sur l'environnement, se furent cependant 14 années[608] qui s'écoulèrent entre l'adoption de l'art. 24septies aCst et sa concrétisation à travers la **Loi sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983** (LPE), laquelle entra en vigueur le 1er janvier 1985[609]. Les travaux législatifs débutèrent pourtant rapidement après l'adoption de la disposition constitutionnelle[610], sous l'égide d'une commission d'expert·e·s présidée par le Prof. Leo Schürmann[611]. Néanmoins, l'avant-projet soumis à la consultation en 1974 fut jugé trop ambitieux par les milieux économiques et certaines formations politiques[612], car il prévoyait notamment la possibilité de contraindre les cantons à adopter des normes d'application[613]. Son texte peut rétrospectivement être qualifié de « visionnaire »[614], en raison de sa référence au concept de « développement durable »[615]. Face aux critiques visant ce projet et pour des questions politiques, le Conseiller fédéral en charge du dossier[616] opta pour l'immobilisme, ce jusqu'en 1977, année au cours de laquelle une nouvelle commission d'expert·e·s présenta un avant-projet revisité[617]. Ce nouveau projet intégrait les développements du droit international de l'environnement intervenus entretemps, ainsi que les critiques formulées dans le cadre de la

607. « Les ressources naturelles du globe [...] doivent être préservées dans l'intérêt des générations présentes et à venir. » Rapport de la Conférence des Nation-Unies sur l'environnement, Déclaration de Stockholm 1972.
608. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 7 ; Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 1.
609. RS 814.01. Voir en outre : Griffel/Rausch, Vorbemerkungen zu Art. 11-25, N. 12 à 14.
610. Avant-projet de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 18 décembre 1973, voir FF 1979 III 746.
611. Leo Schürmann était Professeur de droit commercial et administratif à l'Université de Fribourg, avocat et membre du PDC. Wallner, en ligne : https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/003081/2011-08-23/, consulté le 26.10.24.
612. FF 1979 III 741 ; Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 4 ; BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 7 ; Rausch, p. 144 ; Brunner/Keller, p. 2 ; Hänggi, p. 24. Ce dernier souligne que ce texte dérangea en raison de sa critique de la croissance économique comme frein à la protection de l'environnement.
613. Müller, p. 21.
614. Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 4 ; BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 7 ; Hänggi, p. 25 ; Brunner/Keller, p. 2.
615. La consécration de ce concept est intervenue au niveau international seulement en 1992, raison pour laquelle le texte est jugé avant-gardiste. Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 4. ; Barral/Dupuy, pp. 158 ss.
616. Hans Hürlimann, membre du PDC, avocat et docteur en droit, cf. Morsoli, en ligne : https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/004729/2009-09-03/ (consulté le 26.10.2024). Häggni, p. 24.
617. FF 1979 III 741. Voir en outre : Brunner/Keller, p. 2 ss.

première consultation de 1974, ce qui lui permit d'obtenir l'aval des différents partis politiques[618]. La LPE fut donc adoptée le 7 octobre 1983 au terme de ce fastidieux cheminement.

L'art. 1 al. 2 LPE consacre les principes de prévention et de précaution (cf. infra II.B et II.C) et l'art. 2 LPE le principe dit du « pollueur-payeur » (cf. infra II.D), lesquels seront ultérieurement inscrits à l'art. 74 al. 2 Cst.[619]. Si cette loi fédérale n'est pas la seule qui concrétise le mandat constitutionnel de protection de l'environnement, elle joue un rôle central à cet égard en raison de son caractère transversal et général[620]. La doctrine présente d'ailleurs la LPE comme une forme de « **partie générale** » du droit de l'environnement[621]. 10

Une décennie après le processus ayant conduit à l'adoption de la LPE, le droit international de l'environnement s'est également développé. Une nouvelle **conférence des Nations Unies a été organisée à Rio entre les 3 et 14 juin 1992**. Elle a abouti sur une nouvelle Déclaration[622] qui précise l'engagement des États pour la protection de l'environnement et les invite à légiférer à ce sujet[623]. La Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (CCNUCC)[624] a été adoptée à cette occasion. Elle témoigne de l'évolution du champ des préoccupations environnementales des États face à des menaces spécifiques telles que l'évolution du climat, la perte de biodiversité ou la désertification[625]. La CCNUCC consacre le principe de 11

618. Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 4. Il ressort du Message que seuls deux partis politiques se prononcèrent défavorablement au texte, car cette nouvelle loi était considérée comme entrainant « d'insupportables charges financières » et des « restrictions de la liberté ». Les autres milieux concernés trouvèrent pour leur part le projet « satisfaisant » ou « bon », FF 1979 III 761.
619. Moor/Favre/Flückiger, Introduction LPE N. 8.
620. Romy, p. 83 ; Biaggini, N. 3-7, cf. infra II.B.
621. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 21 et 23 (ce dernier qualifie même la LPE de « super-loi » (« Super-Gesetz ») ; CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 12 ; Hänggi, p. 4. Pour le surplus, cf. infra II.B.
622. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, A/CONF.151/26 du 12 août 1992.
623. « Les États doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. [...] » Déclaration de Rio, principe 11.
624. Nations Unies, en ligne : https://www.un.org/fr/climatechange/un-climate-conferences.
625. Raedler, p. 192; Petitpierre-Sauvin, p. 37. Voir en outre les Convention sur la diversité biologique (CDB) et la Convention sur la lutte contre la désertification (CLD) également adoptées à Rio.

responsabilité commune, mais différenciée des acteurs dans le réchauffement climatique et généralise le principe de causalité[626]. C'est à l'aune de ces différents principes que le libellé de l'art. 24^{septies} aCst. fut adapté lors de la révision totale de la Constitution fédérale de 1999[627].

12 En effet, dans le cadre de cette **révision de la Constitution de 1999**, il fut prévu de modifier le texte de l'art. 24^{septies} aCst. pour y inclure une référence à ces principes généraux et de supprimer les mentions du bruit et de la pollution atmosphérique, afin d'octroyer une portée englobante à cette disposition[628]. Les Chambres considérèrent le texte des dispositions relatives aux compétences environnementales consensuel. Seul leur réagencement au sein du nouveau titre de la section « Environnement et aménagement du territoire » fit l'objet de discussions lors des sessions[629]. En définitive, les Chambres s'accordèrent pour que la compétence fédérale environnementale précède celle qui porte sur l'aménagement du territoire, car elle constitue un préalable à ce dernier[630]. L'art. 24^{septies} aCst. devint ainsi l'art. 74 Cst.

13 En mai 2018, une initiative populaire fédérale visant à modifier l'art. 74 Cst. en y ajoutant un al. 2bis a été déposée[631]. Intitulée « Pour une Suisse libre de pesticides de synthèses », elle visait à interdire l'usage de ce type de pesticide dans l'agriculture. Elle a été rejetée dans les urnes le 13 juin 2021 par 60 % des membres du corps électoral. Des considérations liées au risque de renchérissement du prix des produits agricoles et à la volonté de ne pas empiéter sur les choix des agriculteurs·trices semblent avoir été déterminantes dans le choix des votant·e·s, quand bien même l'opposition à l'usage de pesticides constitue une préoccupation largement partagée au sein de la population selon les sondages[632]. L'art. 74 Cst. est donc resté inchargé depuis la révision de 1999.

626. Dupuy/Vinuales, pp. 12 ss.
627. Thurnherr, pp. 34-35.
628. FF 1997 I 247; Wagner Pfeifer, p. 4 ; Rausch, p. 142.
629. Lammers, p. 949; Rausch, p. 142.
630. BO 1998 76, 96.091. Aux yeux de la Professeure Favre, ce changement est bienvenu et il aurait été judicieux de poursuivre la réflexion pour débuter cette section par les principes de l'art. 74 al. 2 Cst. Ceux-ci auraient pu être rassemblés à l'art. 73 Cst. – avec le principe de développement durable – afin de refléter leur importance pour l'ensemble de cette section. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 20.
631. FF 2020 7395.

II. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

A. Remarques générales

L'art. 74 Cst. forme **« l'épicentre » du droit de l'environnement** en Suisse[633]. Il constitue le socle de référence en matière de droit constitutionnel suisse de l'environnement en raison de sa dimension transversale[634]. Sa vocation est en effet d'orienter l'ensemble des politiques environnementales[635]. Il est le pendant de l'art. 191 TFUE en droit de l'Union européenne[636] et reflète quelques principes généraux du droit international de l'environnement (principe de prévention, de précaution et de causalité). 14

Ainsi, tout comme les art. 2 al. 2 et 4. Cst. et 73 Cst., l'art. 74 Cst. souligne la nécessité de préserver des conditions favorables à la vie sur la planète pour les êtres vivants et les générations futures[637]. À cette fin, il attribue à la Confédération **une compétence générale** dont la vocation est d'appréhender l'environnement dans ses différentes facettes[638]. Les art. 75 à 80 Cst. précisent pour leur part ce mandat en lien avec des aspects particuliers ayant trait à l'environnement et ses composantes[639]. 15

La **responsabilité** instaurée par l'art. 74 Cst. concerne les **autorités publiques**. Cette disposition ne mentionne pas les acteurs privés. Il est cependant attendu de ces derniers qu'ils tiennent compte des informations qui leur sont données relativement au besoin de protection de l'environnement, afin de les encourager à adopter des comportements volontaires en ce sens[640]. Les autorités publiques sont en outre habilitées à 16

632. Selon les résultats de l'enquête VOX menée par GFS.Bern sur mandat de la Chancellerie fédérale, GFS, Complément d'enquête et analyse à propos de la votation populaire suisse du 13 juin 2021, Berne janvier 2022, p. 2. Il ressort également de cette analyse que les milieux agricoles se sont mobilisés plus intensément qu'à l'accoutumée dans le cadre de ce scrutin, leur participation étant quantitativement importante.
633. Petitpierre-Sauvain, p. 98.
634. Hänni, p. 403; CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 7.
635. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 3; Biaggini, N. 1.
636. La disposition est organisée selon une structure similaire à l'art. 74 Cst., puisqu'elle prévoit en premier lieu le mandat de protection et rappelle en second lieu les principes généraux qui doivent régir l'activité en matière de protection de l'environnement.
637. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 3; SGK BV- Morell/Vallender/Hettich, Art. 74 N. 5; Hänggi, p. 4.
638. Joly, p. 163; SGK BV- Morell/Vallender /Hettich, Art. 74 N. 12 ; Favre, Constitution N. 11; Wagner Pfeifer, p. 6 ss.
639. Joly, p. 163.

prendre des mesures contre ces entités privées, en vertu de la compétence qui leur est attribuée.

B. Art. 74 al. 1 – La protection contre les atteintes nuisibles et incommodantes

17 Le premier alinéa de l'art. 74 Cst. instaure une compétence législative concurrente non limitée aux principes en faveur de la Confédération[641]. Le droit cantonal peut donc subsister ou compléter le droit fédéral, pour autant que la Confédération n'ait pas épuisé sa compétence ou réservé cette dernière[642]. S'agissant des moyens par lesquels l'autorité envisage de remplir son mandat, ils ne sont pas précisés à l'art. 74 Cst., de sorte que la **marge de manœuvre du législateur fédéral** en la matière est importante[643].

18 Cette marge de manœuvre est plus limitée s'agissant des **taxes environnementales**. A cet égard, l'autorité doit respecter les exigences imposées en matière de fiscalité, à savoir un degré de précision important et une loi au sens formel pour l'introduction d'un impôt (art. 127 Cst.). Concernant les taxes incitatives, qui n'impliquent pas de contrepartie étatique spécifique ou une universalité[644], ces exigences sont plus souples. De telles taxes[645] peuvent en effet trouver leur origine dans une compétence du type de celle consacrée à l'art. 74 Cst. Leur existence doit néanmoins satisfaire les

640. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 8; l'art. 4 al. 3 LCO2 en est un exemple. A ce sujet, voir en particulier, Kellenberger, pp. 46 ss, qui souligne que le choix de promouvoir des mesures volontaires est avant tout le résultat de l'opposition des partis bourgeois à l'introduction de mesures plus contraignantes lors des différents processus législatifs de mise en œuvre du droit de protection de l'environnement. Il démontre également que le résultat de ces mesures volontaires est mitigé, car entravé par « le manque de crédibilité » d'un système ne sanctionnant pas ses manquements et les coûts administratifs que ces mesures engendrent.

641. Hänni, p. 405; Joly, p. 163; CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 15; SGK BV- Morell/Vallender/Hettich, Art. 74 N. 6. Pour la jurisprudence, voir: Arrêt du TF 2C_79/2023 du 23.2.2024 consid. 5.5.1.

642. Joly, p. 164. Voir par exemple ATF 150 I 120, consid. 5.5.1 et 5.5.3 en matière de réglementation de la profession de taxis et de l'exigence d'une « étiquette énergie ».

643. Joly, p. 164.

644. Aubry Girardin, N. 21.

645. La littérature dans le domaine de la science politique relève que les instruments de mise en œuvre que sont les taxes d'orientation ou d'incitation soulèvent bien souvent une forte opposition politique, puisqu'ils affectent directement les finances des individus. Une telle opposition ne s'observe en revanche pas face à des mesures volontaires ou plus générales, dont l'effet concret est cependant plus mitigé. A cet égard, cf. Kellenberger, pp.46 ss.

exigences du principe de la légalité. Dès lors, l'adoption de taxes telles que celles prévues aux art. 29 ss LCO2 ou 32e LPE est admissible en principe, car elle constitue un impôt à but spécial, dont les principes de perception et les montants maximaux sont réglés au niveau de la loi[646].

19 L'objet de la protection du mandat octroyé à la Confédération est l'être humain et son environnement. Ce champ d'application a été **concrétisé à l'art. 1 LPE**, qui indique que cette législation a pour objectif de protéger « les hommes, les animaux et les plantes, leurs biocénoses et leurs biotopes contre les atteintes nuisibles ou incommodantes, et de conserver durablement les ressources naturelles, en particulier la diversité biologique et la fertilité du sol ». De manière analogue, la notion d'atteinte a été précisée dans la LPE, laquelle se concentre sur les atteintes causées par l'homme et ses installations sous forme de pollutions (art. 7 al. 1 LPE)[647]. Cette loi constitue la mise en œuvre législative la plus importante de la compétence constitutionnelle fédérale[648], raison pour laquelle ses ressorts principaux sont brièvement rappelés ci-après.

20 La LPE distingue deux types d'atteintes contre lesquelles prendre des mesures : les atteintes nuisibles et les atteintes incommodantes. Par atteinte nuisible au sens de la LPE, on entend les « influences qui nuisent à la vie ou à la santé physique ou psychique de l'homme ou qui causent un dommage à son milieu naturel »[649], tandis que les atteintes incommodantes « sont caractérisées par le fait qu'elles gênent les hommes dans leur existence, sans toutefois leur causer un véritable dommage. [...] Il en résulte une atteinte à la personnalité et par là même à la liberté de ceux qui sont touchés »[650]. Ainsi, face à des nuisances sonores par exemple (lesquelles ne causent pas une atteinte à l'intégrité physique, mais dont il est avéré qu'une exposition prolongée à leur effet peut influer sur le rythme cardiaque et causer une

646. Or, dans l'ATF 131 II 127, consid. 5.3 et 7.3, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de constater que l'art. 32e LPE ne répond pas aux exigences de l'art. 127 Cst. en matière de perception de taxe d'assainissement d'une décharge souterraine. Par le jeu de l'art. 190 Cst., cette disposition reste cependant protégée.

647. Ainsi, sont notamment exclus du champ d'application de la LPE : la protection contre les atteintes naturelles, les atteintes relevant de l'esthétique des bâtiments ou encore les immissions négatives en droit du voisinage : ATF 126 III 223.

648. Cf. supra note 39.

649. FF 1979 III 788; ATF 126 III 223; Favre, art. 7 LPE N. 28 ss.

650. FF 1979 III 788; ATF 126 III 223; Favre, art. 7 LPE N. 28 ss.

gêne), la qualification d'atteinte nuisible sera retenue[651]. Cette qualification a pour conséquence que les entités non humaines exposées à des atteintes similaires ne seront quant à elle pas protégées dans un tel cas de figure et qu'une action visant à la limitation des atteintes incommodantes pour une population uniquement animale sera vouée à l'échec, faute de préjudice mesurable. Cette distinction est représentative de **l'anthropocentrisme** qui caractérise le droit suisse de l'environnement et auquel la LPE n'échappe pas[652].

21 Le mécanisme de protection qui constitue le cœur de la LPE pour atteindre son objectif est la **limitation des atteintes en deux temps** (art. 11 LPE)[653]. Il s'agit, au travers de ce mécanisme, de prévenir les atteintes par une action sur leur lieu d'émission, indépendamment des atteintes à l'environnement déjà existantes, par exemple par le biais de prescriptions de construction[654]. Pour respecter les valeurs limites, une première mesure s'effectue directement sur le lieu d'émission, puis, dans un second temps, sur le lieu où les effets des émissions se produit[655]. À travers ce dispositif, cette loi fédérale concrétise les principes généraux de prévention et de précaution, ainsi que le principe de causalité – dans sa composante d'imputation des coûts –, puisque les mesures doivent être supportées par l'installation émettrice en premier lieu[656]. Des seuils sont donc édictés sous forme de valeurs d'émission ou d'immission qui doivent être respectées. En cas de violation, des mesures d'assainissement ou de protection pourront être exigées. En parallèle, les **études d'impact** et les **recours des associations** sont deux instruments complémentaires qui visent, eux aussi, à assurer le respect du mandat constitutionnel de l'art. 74 al. 1 Cst.[657].

22 En raison de son caractère principalement technique, la LPE contient un certain nombre de clauses de délégation en faveur du Conseil fédéral. De

651. Favre, art. 7 LPE N. 28; Arrêt du TF 1C_601/2018 = RDAF 2020 I p.332 ss; ATF 124 II 219; ATF 146 II 17.

652. Caluori, pp. 21 ss, bien que ce n'était pas l'ambition première de l'art. 74 Cst. Voir: BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 24-27. Dans la jurisprudence, voir not. : ATF 146 II 17 (analyse de l'interdiction des feux d'artifice causant un stress important aux chiens); Arrêt du TF 1C_13/2020 du 13.10.2020.

653. Rouiller, p. 213; Wagner Pfeifer, pp. 156 ss; Griffel/Rausch, pp. 185 ss.

654. OFEV, p. 32.

655. Il s'agit par exemple du bruit mesuré à la fenêtre d'une habitation. Hänni, pp. 408-411. Pour une autre illustration, cf. notamment Arrêt du TF 1C_601/2018 = RDAF 2020 I p. 332 ss.

nombreuses ordonnances dépendantes complètent par conséquent la mise en œuvre de cette loi et *a fortiori* le mandat de l'art. 74 Cst. En raison de ce procédé, une certaine adaptabilité du droit est garantie, ce qui peut constituer un avantage. Corrélativement, il en résulte cependant un désavantage sous la forme d'une perte de légitimité démocratique. En effet, les ordonnances ne sont pas le produit du corps législatif élu, mais de l'administration fédérale, et elles ne sont pas soumises à référendum ou à une procédure de consultation externe analogue aux lois fédérales. Par conséquent, des éléments essentiels ayant trait notamment aux seuils admissibles de concentration d'une substance ou de nuisances échappent au contrôle citoyen[658]. Ainsi, dans le domaine du bruit ferroviaire par exemple, le Conseil fédéral – en contradiction avec son devoir d'exemplarité et le mandat de protection délégué – a renoncé à édicter de valeurs limites d'immissions pour des motifs économiques, un assainissement constituant une trop grande charge pour l'État, ce qui illustre les tensions pouvant apparaitre entre la volonté populaire et sa mise en œuvre[659].

Au côté de la LPE, **d'autres lois fédérales** concrétisent le mandat de l'art. 74 Cst.[660], telles que la loi sur le CO2[661] ou la loi sur le génie génétique[662], pour n'en citer que quelques-unes. Ces normes s'ajoutent à l'arsenal de la législation de protection de l'environnement. 23

C. Art. 74 al. 2 – Les grands principes

L'al. 2 de l'art. 74 Cst. consacre trois grands principes du droit de l'environnement, à savoir ceux de prévention (1.), de précaution (2.) et de causalité (3.). Ces principes revêtent tous trois une **portée transversale et programmatique** pour l'ensemble du droit de l'environnement suisse[663]. 24

656. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 24.
657. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 19; voir en outre art. 55 LPE et 10a ss LPE.
658. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 39-48.
659. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 43.
660. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 20; BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 13-15; SGK BV-Morell/Vallender /Hettich, Art. 74 N. 20.
661. RS 641.71. On souligne que la révision récente de cette loi a soulevé différentes critiques notamment sous l'angle du respect du principe de prévention inscrit à l'art. 74 al. 2 Cst. ; cf. notamment Rouiller, pp. 213 ss et Brunner/Hauser/Von Büren, pp. 497 ss.
662. RS 814.91.
663. Favre, Constitution, N. 50; Thurnherr, p. 39.

Tous les organes étatiques sont tenus de les respecter[664]. Il s'agit de principes impartissant des obligations de mise en œuvre aux autorités[665]. En cas de lacune ou de carence de protection, les justiciables pourront les invoquer à titre interprétatif pour justifier d'un besoin d'action, quand bien même ces principes se retrouvent souvent également concrétisés dans des normes infraconstitutionnelles avec une portée qui peut être analogue[666].

25 **Aucun droit subjectif** n'est directement déductible de l'art. 74 Cst., bien que la question ait été débattue. En effet, la jurisprudence et la doctrine considèrent que le pouvoir législatif ne l'a pas souhaité et qu'il n'est en conséquence pas possible pour des justiciables de se prévaloir de cette disposition pour obtenir des prestations de l'État[667].

26 À cet égard, plusieurs précisions méritent cependant d'être effectuées. En premier lieu, il convient de relever que les principes consacrés à l'art. 74 Cst. **doivent être mis en œuvre** et qu'une carence de législation ou de concrétisation peut être invoquée en lien avec d'autres droits à l'occasion de litiges[668].

27 En second lieu, cette absence de consécration de droits subjectifs ne prive pas d'effectivité et d'applicabilité la **jurisprudence de la CourEDH** rendue en matière de droits humains et d'atteintes à l'environnement. Ainsi, même en l'absence de consécration d'un « droit à un environnement sain » à part entière au sein de la Convention[669] ou de la Constitution, les droits humains comprennent différentes composantes relatives aux effets des carences de protection de l'environnement pour les individus, en lien notamment avec les droits consacrés aux art. 2, 6, 8, 10 et 11 CEDH (droit à la vie, procès équitable,

664. Griffel, Grundprinzipien, p. 55; Wagner Pfeifer, pp. 21 et 25.

665. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 27 et 28; Brunner, N. 369; Jungo, p. 157; Griffel, Grundprinzipien, pp. 58 ss.

666. SGK BV-Morell/Vallender/Hettich, Art. 74 N. 22; Petitpierre-Sauvain, p. 8 et 9; Griffel, Grundprinzipien, pp. 58 ss; Marti, p. 149 et 164 ss. La Professeure Favre désigne le statut particulier de ces principes de « partiellement directement applicables et justiciables », CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 27. Pour le surplus, cf. supra II.A. ; Thurnherr, p. 40-41.

667. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst N. 8 et les références citées; Thurnherr, p. 40-41; SGK BV-Morell/Vallender/Hettich, Art. 74 ; CourEDH (Grande Chambre) *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n°53600/20 du 9.4.2024, §§ 130 à 132 ; Arrêt du TF 1C_693/2021 du 3.5.2023 ; Arrêt du TF 1C_694/2021 du 3.5.2023. Relevons qu'une minorité d'experts ayant travaillé à l'élaboration de l'art. 24a^{septies} était favorable à la consécration de droits fondamentaux en matière environnementale rattachés à cette disposition. FF 1970 I 773.

668. Cf. infra II.C ; Griffel, pp. 20 et 58 ss ; Magristro, p. 244 ss.

droit à la vie privée et liberté d'expression et d'association)[670]. Or, dans le contexte du contentieux relevant de ces différents droits, les principes de l'art. 74 Cst. déploient un effet et doivent être pris en considération dans l'évaluation du respect des obligations étatiques. Ainsi, dans le cadre de l'arrêt *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, la CourEDH a examiné les obligations positives de l'État en matière de politique climatique[671]. Au terme de son analyse, la CourEDH a conclu à la violation des art. 6 et 8 CEDH par la Suisse, car celle-ci n'avait pas adopté des objectifs suffisants de réduction des émissions de gaz à effet de serre (absence de budget carbone ou d'autre instrument de quantification et de mesures adaptées pour satisfaire à des objectifs de réduction suffisamment précis) et qu'elle avait failli à garantir l'accès à la justice des requérantes[672]. La CourEDH a rappelé à l'occasion de cette décision que le principe de précaution occupe une place nodale dans l'examen du respect des droits humains par les États dans le contexte environnemental, lui donnant une portée – si elle n'est pas celle d'un droit subjectif indépendant – intrinsèquement liée à ces autres droits subjectifs[673].

28 En troisième lieu, il est également relevé que **la Convention d'Aarhus**[674], ratifiée par la Suisse en date du 3 mars 2014, prévoit que l'accès aux juges doit être garanti afin de faire constater des carences de protection du climat et de l'environnement[675], droit actuellement rattaché en doctrine à l'art. 74 Cst. en présence d'une lacune de protection[676].

669. Conseil de l'Europe, § 71. L'ONU a cependant adopté une Résolution reconnaissant un tel droit universel à un environnement sain, cf. Résolution *Droit à un environnement propre, sain et durable* A/HRC/RES/48/13 du 8 octobre 2021; Hänni, p. 403. Au sujet du statut du droit à un environnement sain, voir également l'avis consultatif portant sur les obligations des État en matière de changement climatique du 23 juillet 2025 rendu par la Cour internationale de justice et Keller, en ligne.

670. Conseil de l'Europe, Environnement ; CourEDH (Grande Chambre) *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n°53600/20 du 9.4.2024, §§ 445 à 451.

671. A l'appui de cet examen, les Aînées ont expressément requis de la CourEDH qu'elle examine la portée de l'art. 74 Cst. en lien avec ces obligations : CourEDH (Grande Chambre) *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n°53600/20 du 9.4.2024, §§ 22, 26 et 121.

672. CourEDH (Grande Chambre) *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n°53600/20 du 9.4.2024, §§ 554 ss. Voir en outre : Zimmermann, pp. 500 ss.

673. La doctrine observe que la CourEDH, en raisonnant de la sorte – soit en considérant la dimension préalable de l'environnement comme nécessaire à l'exercice d'autre droit – opère un « verdissement » des droits fondamentaux (« greening »). Voir: notamment Lavrysen, p. 54; Knox, p. 79 ss.

674. RS 0.814.07.

675. Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, p. 172 ss.

29 En dernier lieu, en lien avec l'art. 74 Cst. et les évolutions que l'on vient de rappeler, une partie grandissante de la doctrine considère qu'un **droit constitutionnel non écrit d'accès aux autorités judiciaires** en matière environnementale devrait être reconnu et rattaché à l'art. 74 Cst., interprété à l'aune de la Convention d'Aarhus[677], mais aussi des art. 6 et 8 CEDH. Un tel droit aurait pour but de « faire constater une carence de protection législative, dans la mise en œuvre de la législation ou en l'absence d'autres voie des recours en la matière »[678].

30 Au vu de ce qui précède, il convient de constater que si l'art. 74 Cst. ne consacre pas de droits subjectifs, il recèle néanmoins un **important potentiel** en matière de contentieux environnemental et de droits humains. Sa portée programmatrice demeure également.

1. Le principe de prévention

31 Le principe de prévention implique de réduire au minimum toute atteinte qui, seule ou combinée avec d'autres, pourrait devenir nuisible ou incommodante. Comme le précise le Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, il traduit en termes juridiques la devise **« mieux vaut prévenir que guérir »**[679]. Face à différentes pollutions, il impose la prise de mesures de réduction des risques tant au stade de la planification que de l'exécution[680]. Un risque environnemental connu ou certain doit exister pour permettre d'invoquer ce principe, ce qui nécessite des connaissances scientifiques[681].

32 En application du principe de prévention, des mesures peuvent être exigées tant dans le domaine des déchets que du bruit ou encore s'agissant de la

676. Blattner, Klima-Seniorinnen, p. 992.
677. En lien avec l'art. 9 de la Convention, Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, pp. 261 ss ; Blattner, Klima-Seniorinnen, pp. 976 et 992.
678. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 13 et les références citées; Hänggi, pp. 196 ss. On se rallie volontiers à l'analyse de ces derniers, tant cette conclusion s'impose à l'aune de la prise en compte des normes internationales, de la jurisprudence conventionnelle et de la Convention d'Aarhus. Les analyses effectuées au sujet de l'arrêt des KlimaSeniorinnen permettent en particulier de soutenir ce raisonnement (cf. Blattner, Klima-Seniorinnen, p. 992; Zimmermann, p. 506).
679. FF 1997 I 247 ss.
680. Petitpierre-Sauvain, p. 8 et 9; Thurnherr, p. 10 et 22 ss.
681. Thurnherr, pp. 25-26; Baumann, p. 122. La CourEDH considère que le principe de prévention exige « un degré certain de certitude scientifique eu égard au lien de causalité entre le danger présumé et l'atteinte au droit individuel », cf. Boillet/Demay, p. 168.

concentration de substances polluantes[682]. Ces dernières peuvent notamment porter sur l'adoption de mesures d'assainissement. Le principe de prévention se retrouve dans le mécanisme de protection à deux niveaux de la LPE, qui impose d'agir en premier lieu sur les émissions issues des installations[683]. L'art. 1 al. 2 LPE indique d'ailleurs que « les atteintes qui pourraient devenir nuisibles ou incommodantes seront réduites à titre préventif et assez tôt ». Il s'agit donc d'une **obligation de résultat**[684].

33 La jurisprudence de la CourEDH reconnaît également le principe de prévention en des termes analogues[685]. Les conclusions de la décision *Osman* ont été étendues aux risques environnementaux au fil des ans et à mesure de l'émergence d'un **consensus européen** portant sur le besoin de protection de l'environnement en lien avec les autres droits humains[686]. Le principe de prévention a ainsi été appliqué notamment pour évaluer des violations des art. 2 ou 8 CEDH[687]. La CourEDH a également considéré que le rôle de l'accès à l'information par les citoyens·nes est essentiel en matière de prévention des atteintes à l'environnement dans le cadre d'activités dangereuses[688], soulignant le potentiel de ce principe en lien avec les droits garantis par la Convention d'Aarhus.

2. Le principe de précaution

34 Ce second principe fondamental de l'arsenal du droit de l'environnement complète le principe de prévention là où une **incertitude scientifique** existe au sujet des effets d'une substance, d'une installation ou d'une action et qu'une intervention de l'État s'avère néanmoins nécessaire[689]. Ainsi, ce

682. Hänni, p. 443 ss; CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 40; Thurnherr, p. 10.
683. Griffel, Grundprinzipien, pp. 58 ss.
684. ATF 131 II 431 en lien avec l'art. 11 al. 2 LPE.
685. Ce principe a été consacré pour la première fois dans l'affaire *Osman c. Royaume-Uni* de 1998, qui a été considérée sous l'angle des obligations positives relatives à l'art. 2 CEDH. Les faits à l'origine de cette affaire concernent l'assassinat d'un père de famille qui avait averti les forces de l'ordre du risque qu'il soit victime d'une telle infraction, et qui n'en a pas été protégé. Pour le surplus, voir Sudre, p. 1041.
686. Boillet/Demay, p. 687; Morrow, p. 42 ss.
687. Voir en particulier CourEDH, *Erdal Muhammet Arslan et autres c. Türkiye*, n°42749/19 du 21.11.2023, § 128 (pollution liée à une décharge) et CourEDH, *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00 du 9.6.2005, §§ 99-134 (pollution par une aciérie).
688. A cet égard : CourEDH (Grande Chambre) *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n°53600/20 du 9.4.2024, § 538 et Conseil de l'Europe, p. 63

principe joue un rôle central dans les domaines des nouveaux produits ou des technologies[690]. Le principe de précaution peut se résumer par l'adage latin *in dubio pro securitate*[691], ce qui revient à inviter à « ne pas faire preuve d'un optimisme forcené lorsqu'il s'agit de protection de l'homme et de son environnement et prévenir ainsi les dommages même si les risques sont incertains »[692].

35 D'un point de vue philosophique, selon Dunia Brunner, l'essor de ce second principe est le témoin d'une évolution du rapport humain à la science, cette dernière étant désormais également appréhendée avec ses incertitudes et non uniquement lorsqu'elle est le fruit d'un raisonnement déductiviste[693]. Une partie de la doctrine a encore souligné la parenté de ce principe avec la **vertu aristotélicienne de prudence**, qui permet d'insister sur la dimension humaine et faillible de toute science et invite à constituer l'ensemble du vivant et son environnement comme une même communauté de destin traversée par l'incertitude[694].

36 Le principe de précaution est l'un des **principes généraux du droit international de l'environnement**[695]. Il se retrouve à l'art. 15 de la Déclaration de Rio, qui prévoit que « [p]our protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »[696]. Il est également présent dans la jurisprudence de la CourEDH[697], au sein de laquelle il a fait son apparition

689. Petitpierre-Sauvain, p. 9; Fasel/Sprumont, p. 191; Marti, pp. 156-157; Hänggi, p. 37 ss. Dans la jurisprudence, voir ATF 132 II 305, c. 4.3.

690. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 26. En particulier ces dernières années, les installations de téléphonie 5G ont donné lieu à une importante jurisprudence. Voir: Arrêt du TF 1C_693/2021 du 3.5.2023; Arrêt du TF 1C_100/2021 du 14.2.2023.

691. Griffel, Grundprinzipien, p. 61.

692. Fasel/Sprumont, p. 195.

693. Brunner, N. 367.

694. Fasel/Sprumont, p. 191; Papaux, pp. 220 ss; Rausch, pp. 165 et 166.

695. Proelss, pp. 120 ss; Epiney, pp. 17 ss.

696. De manière analogue, l'art. 3 n° 3 2e phrase, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 prévoit que « l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de [...] mesures » lorsqu'il y a un « risque de perturbations graves ou irréversibles ».

avec l'affaire *Tatar c. Roumanie*[698]. La CourEDH y indique qu'un risque hypothétique peut suffire pour admettre une violation des obligations positives[699]. De nombreux autres instruments de droit international de l'environnement se réfèrent également la précaution dans un sens identique[700].

La lettre de l'art. 74 al. 2 ne mentionne pas explicitement la précaution[701]. Il ne 37
fait cependant plus aucun doute que ce principe y est rattaché et inclus. En effet, les travaux préparatoires et législatifs y relatifs ont toujours désigné le principe de précaution comme étant **l'un des piliers fondamentaux du droit de l'environnement** consacré par cette disposition[702]. Il est en outre concrétisé en droit interne dans de nombreuses dispositions, en particulier à l'art. 11 al. 3 LPE, l'art. 4 LEnu[703] ou à l'art. 9 de la loi sur les épizooties[704].

Le principe de précaution instaure une **obligation de moyens**[705]. En 38
pratique, son application doit être mise en balance avec le principe de la proportionnalité et l'intérêt public[706]. En effet, si la prudence est de rigueur en matière environnementale, le risque zéro est impossible à garantir[707]. Ainsi, pour être admissible, encore faut-il que le risque envisagé apparaisse comme plausible et *a minima* fondé sur une évaluation rationnelle[708]. À ce sujet, depuis quelques années, la notion de « limites planétaires »[709] redéfinit les

697. Conseil de l'Europe, p. 106.
698. CourEDH, *Tatar c. Roumanie*, n°67021/01 du 27.1.2009; Baumann; Sudre, p. 1043; Morrow, p. 55.
699. Sudre, p. 1043. Au sujet de l'évolution de ce concept en droit conventionnel, voir Boillet/ Demay, p. 676 ss; Morrow, p. 55.
700. Notamment : art. 3 al. 3 CCNUCC, art. 1 Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (RS 0.814.03), Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (RS 0.451.431), art. 3 Convention sur la diversité biologique (RS 0.451.43), ou encore art. 2 al. 5 Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (RS 0.814.20).
701. La version allemande de l'art. 74 al. 2 Cst. utilise la locution « *sorgen für* », qui peut tout à la fois comprendre la prévention et la précaution. Les textes français et italien ne mentionnent quant à eux que la prévention. Marti, p. 147.
702. Griffel, Grundprinzipien, pp. 51ss; Jungo, p. 126; Fasel/Sprumont, p. 195; Marti, pp. 147 et 148.
703. RS 732.1.
704. RS 916.40.
705. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 26; Proelss, p. 122.
706. SGK BV-Morell/Vallender /Hettich, Art. 74 N. 25 ss; Brunner N. 369; Fasel/ Sprumont, p. 205.
707. Brunner N. 369; Marti, p. 159; ATF 139 II 185.

contours de la précaution, puisque des dépassements de ces seuils ne peuvent plus être tenus pour des risques incertains et que ce principe leur est donc applicable[710]. Enfin, outre la notion de plausibilité, pour que la précaution l'emporte dans une situation donnée, l'intervention de l'autorité doit paraître exigible et ne pas porter atteinte de manière disproportionnée à d'autres droits[711]. Une telle mise en balance induit inévitablement une tension vis-à-vis de droits tels que la garantie de la propriété ou la liberté économique notamment[712]. Par conséquent, en l'absence de hiérarchie entre ces garanties et en cas de conflits de droits fondamentaux, d'autres droits pourraient venir faire échec à l'application du principe de précaution dans sa composante de préalable à un droit à un environnement sain, y compris en présence d'un risque plausible, si des circonstances particulières importantes le justifient[713].

3. Le principe de causalité

39 Le principe de causalité, également connu sous le nom de principe du « pollueur-payeur », a pour objectif de **faire porter le coût des mesures de**

708. Le TF a eu l'occasion de préciser que « le principe de prévention est réputé respecté en cas de respect de la valeur limite de l'installation dans les lieux à utilisation sensible où cette valeur s'applique. [...] » et que « seuls de solides éléments démontrant de nouvelles connaissances fondées scientifiquement justifient de remettre en cause ces valeurs », ce qui n'a pas été jugé comme étant le cas en présence de la technologie 5G. Voir: Arrêt du TF 1C_693/2021 du 3.5.2023; Arrêt du TF 1C_100/2021 du 14.2.2023.
709. Steffen et al., pp. 736 ss.
710. Brunner, N. 370.
711. Fasel/Sprumont, p. 194; Flückiger, p. 606 ss.
712. Par exemple en matière d'interdiction de chauffages électriques (ATF 150 I 106), de démolition d'une pompe à chaleur (ATF 141 II 476), ou encore de téléphonie 5G, cf. supra ndp 133. Dans la jurisprudence de la CourEDH, cette tension s'est matérialisée lors de l'examen de situations d'expropriation, cf. notamment CourEDH, *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c. Grèce*, n° 35332/05, du 11.4.2011. Pour une proposition théorique de réflexion à ce sujet, cf. Grinlinton, p. 202 ss.

protection de l'environnement à celui ou celle qui provoque des atteintes[714]. Son application a pour finalité de « [...] favorise[r] le passage d'une attitude dangereuse et dommageable pour l'environnement à un comportement marqué par le facteur coût [... et a] pour effet de corriger ou d'éliminer les distorsions de la concurrence dans la mesure où [l'internalisation des coûts] renchérit des procédés de fabrication bon marché, mais nuisibles à l'environnement au profit de produits fabriqués selon des procédés plus coûteux, mais aussi plus respectueux de l'environnement »[715]. Derrière ce principe, on retrouve l'influence des théories économiques dites de la « fiscalité redistributrice »[716] – dont la pierre angulaire consiste à souligner le coût social des pollutions et l'impossibilité de compter à ce sujet sur une simple auto-régulation des marchés[717] - et de la fiscalité environnementale[718].

En droit international de l'environnement, ce principe est **ancré** à l'art. 16 de la Déclaration de Rio. Il avait d'ores et déjà été formulé en 1972 dans le cadre des Recommandations de l'OCDE[719]. En droit interne, le principe du « pollueur-payeur » a notamment été concrétisé aux art. 2 LPE, 32 LPE, 3a LEaux, 4 LRaP, ainsi qu'aux art. 59 LPE et 54 LEaux[720]. 40

713. Critiques de ce constat : Fasel/Sprumont, p. 205. La préservation de l'environnement étant pourtant reconnue comme un préalable à l'ensemble des droits humains, cet équilibre de valeur – qui constitue donc un déséquilibre – semble en effet digne d'interrogation. Voir en particulier: Assemblée générale des Nations Unies (ONU), Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, A/74/161 du 15 juillet 2019 et l'avis consultatif portant sur les obligations des État en matière de changement climatique du 23 juillet 2025 rendu par la Cour internationale de justice. Le résultat de cette mise en balance des intérêts a cependant également conduit à des situations de primauté de la protection de l'environnement sur la liberté économique ou la garantie de propriété : ATF 149 I 291 TF; Arrêt du TF 1C_600/2023 du 26.4.2024, consid.6.1. Voir en outre: Hänggi, p. 59 ss.
714. Griffel, Grundprinzipien, p. 161 ss; Romy, p. 84; Petitpierre-Sauvain, pp. 11 à 13.
715. FF 1997 I 247 ss.
716. Dont l'ouvrage pionnier *Economics of Welfare* a été rédigé par l'économiste Arthur Pigou en 1920.
717. Petitpierre-Sauvain, p. 13; Rotillon, pp. 108 ss.
718. La fiscalité environnementale préconise que les seuils définis par les politiques publiques soient respectés en recourant à des mesures de taxation qui permettent, à un moindre coût, d'atteindre les objectifs fixés. Voir: Noël, p. 979; Occiali, p. 101037et les références citées.
719. OCDE, Recommandation du Conseil, du 26 mai 1972, sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international [C(72)128]; Petitpierre-Sauvain, p. 13.
720. Plus généralement, au sujet de la concrétisation législative de ce principe, voir : Refondini, p. 41; Noël, p. 981.

41 Pour que le principe de causalité s'applique, il convient que les mesures à prendre puissent être attribuées à **une entité responsable**[721]. Tel est le cas si l'identification de « ceux à qui on peut imputer une action ou une omission spécifique ayant entraîné l'atteinte »[722] est possible. Il faut ensuite qu'il existe un lien de causalité entre le comportement adopté par cette entité et l'atteinte[723]. Enfin, c'est la loi qui précise jusqu'à quelle hauteur le paiement des coûts d'une mesure est exigible d'une entité perturbatrice, ainsi que les moyens de protection qui devront être financés[724] par sa contribution.

D. Art. 74 al. 3 – Exécution cantonale

42 L'alinéa 3 de l'art. 74 Cst. rappelle explicitement le principe général de l'art. 46 al. 1 Cst., qui prévoit que les cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi[725]. Cet alinéa 3 revêt donc une **portée juridique déclarative**[726].

43 En dérogation au principe général susmentionné, la Confédération s'est réservé **une compétence d'exécution propre** dans le domaine du **génie génétique et des déchets**[727]. Dans les autres domaines, la Confédération conserve une mission de surveillance de l'exécution cantonale. Cette tâche a notamment été concrétisée aux art. 37 et 38 LPE.

44 Dans le cadre du contrôle effectué, la Confédération ne dispose pas d'outils de sanction spécifiques envers les cantons qui n'adoptent pas les mesures nécessaires ou ne s'y attèlent que de manière défaillante[728]. À cet égard, une

721. FF 1979 III 788.
722. Petitpierre-Sauvain, p. 13
723. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 31, cette dernière relève que si l'on tente de tenir compte de l'ensemble des coûts sociaux globaux des pollutions, un tel lien est bien souvent trop ténu pour imputer une responsabilité particulière à un acteur donné.
724. Romy, p. 84.
725. Joly, p. 164.
726. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 35; BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 37-38; SGK BV- Morell/ Vallender /Hettich, Art. 74 N. 39; Joly, p. 164.
727. Art. 30 LGG et art. 41 LPE.
728. A cet égard, cf. le rapport, désormais daté, commandité par l'OFEV concernant la mise en œuvre du droit de l'environnement, dont il ressort que les carences d'exécution se divisent en trois catégories (les carences factuelles, structurelles ou matérielles) et qu'elles concernent avant tout la mise en œuvre de la LPN. (Rieder/Lienhard, p. 14 et p.16; Rieder, p. 581 ss). Voire, en outre, Stutz p. 283.

partie de la doctrine dénonce une **carence de mise en œuvre**, regrettable sous l'angle de l'effectivité du droit de l'environnement[729].

III. CONCLUSION

L'art. 74 Cst. a été pensé comme une disposition permettant une action large et préventive contre les atteintes à l'environnement. Il recèle en conséquence **un grand potentiel**[730]. Néanmoins, à ce jour, cette disposition ne remplit pas sa promesse initiale, en raison de lacunes dans son exécution et d'une faible volonté politique d'adopter des mesures contraignantes dans les secteurs les plus émetteurs[731]. 45

Face à un tel constat, on assiste à une **myriade d'initiatives de la société civile** pour renforcer le droit de l'environnement. Par leur engagement, les mouvements citoyens pressent en effet les autorités et les autres membres de la société à adopter une vision plus holistique de l'environnement[732]. Ainsi, des voix s'élèvent, que ce soit par exemple pour souligner l'insuffisance d'une approche axée sur les installations face à l'omniprésence des atteintes en matière d'immissions[733] ou s'agissant de l'absence de prise en considération des intérêts des entités non-humaines ou des besoins de protéger la biodiversité[734]. La participation de ces mouvements permet de poser des **questions démocratiques essentielles** au développement d'un régime de protection émancipateur pour toutes et tous, telles que : « comment les décisions de politique technique et écologique sont-elles prises 46

729. CR Cst.-Favre, art. 74 Cst. N. 35; Hänngi, p. 4; Brunner, N. 370; Rausch, p. 158. La Confédération ne dispose que des possibilités de dialogue et d'élaboration d'instructions à l'attention des cantons prévues par l'art. 186 al. 4 Cst.
730. Hänngi (Republik), p. 4, qui souligne que l'Allemagne envisage par ailleurs de s'inspirer des dispositions constitutionnelles suisses tant elles sont jugées complètes en la matière
731. BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 43, qui donne l'exemple du transport routier ou de l'aviation, deux secteurs pour lesquels des exceptions sont prévues notamment dans la loi CO2. Voir également : Rausch, pp. 149 ss et 157ss; Hänggi, pp. 180 ss, insiste également sur le rôle joué par les lobbys dans le processus d'information éclairé des citoyen·ne·s qui conduit à favoriser des connaissances parfois contrefactuelles sur les effets environnementaux de certaines pratiques.
732. Lammers, p. 949; Demay/Eggerschwiler, p. 227 ss.
733. Petitpierre-Sauvain, p. 5; BSK BV-Griffel, Art. 74 BV N. 30, qui plaide en faveur de la définition d'une « stratégie d'intervention globale ».
734. Préoccupations dont la littérature juridique se fait l'écho, cf. notamment Favre, Généalogie, à paraitre; Blattner, Changing, p. 95 ss; Dupont/Largey, p. 211; Défago/Wyssbord, p. 213.

actuellement ? Par qui ? Et dans l'intérêt de qui ? »[735]. Ce n'est qu'en adressant ces problématiques que des ébauches de solutions efficaces et servant l'intérêt public seront esquissées et que le mandat de l'art. 74 Cst. pourra pleinement être rempli.

À propos de l'auteure

Clémence Demay est docteure en droit et avocate. Elle a obtenu le prix Bippert, le prix Walther Hug et le prix de l'Association suisse pour la philosophie du droit et la philosophie sociale pour sa thèse de doctorat intitulée « Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un objet juridique non identifié ? », Schulthess Genève/Zurich 2022. Après avoir terminé son stage d'avocate, elle a débuté un projet de recherche à l'Université de Lausanne (UNIL) au sein du programme Sustainable Transformation Research Initiative (STRIVE) en février 2025. Elle y exerce une charge de cours et y poursuit ses recherches sur les droits humains, l'environnement, les liens entre droit et société et le contentieux stratégique. Clémence Demay est membre du FRI – Institut suisse d'études juridiques féministes et Gender Law – et du Centre d'études interdisciplinaires Walras Pareto. Ses publications peuvent être consultées au moyen du lien suivant : https://orcid.org/0000-0001-7394-3083.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Aubry Girardin Florence, art. 127 Cst., in : Dubey Jacques/Martenet Vincent (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021

Barral Virginie/Dupuy Pierre-Marie, Sustainable Development through Integration, in : Viñuales Jorge (édit), The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary, Oxford 2015, pp. 157 ss.

Baumann Pascal, Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris 2021.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

735. André Gorz, Leur écologie et la nôtre, réédition, Paris 2020, p. 279.

Blattner Charlotte, Separation of Powers and KlimaSeniorinnen, VerfBlog 4/30 2024, https://doi.org/10.59704/3f49776eda0e8e72.

Blattner Charlotte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Grosse Kammer, Urteil 53600/20 vom 9. April 2024, Verein Klima-Seniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, PJA 2024, pp. 976 ss.

Blattner Charlotte, Animal Impact Assessments: Contesting Denial, Changing the Future?, in : Randall Abate (éd.), What Can Animal Law Learn from Environmental Law?, St. Paul 2020, pp. 95 ss.

Boillet Véronique/Demay Clémence, L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses, Revue trimestrielle des droits de l'homme (135) 2023, pp. 676 ss.

Brunner Dunia, Vers une économie circulaire durable en Suisse, thèse, Fribourg 2023.

Brunner Ursula/Hauser Matthias/Von Büren Nina, Massnahmen zur Anpassung an die Klimaveränderung und ihre Abstützung auf Art. 74 BV, URP 2019, p. 4 ss.

Brunner Ursula/Keller Hellen, 20 Jahre Umweltschutzgesetz – Rückblick und Würdigung, ZBl (106) 2005, p. 1 ss.

Caluori Corina, Rechtsprechung zum Umweltschutzgesetz 2016-2020, URP (1) 2022, pp. 1 ss.

Conseil de l'Europe, Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Environnement, Strasbourg 2024.

Conseil de l'Europe, Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, fiche thématique, avril 2024.

Defago Valérie/Wyssbord Valérie, Du silo au parapluie : pour une approche nommée de la biodiversité, in : Largey Thierry/Boillet Véronique/Brunner Dunia/Martenet Vincent (édits.), Environnement et Justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Berne 2024, pp. 199 ss.

Demay Clémence/Eggerschwiler Myriam, Du Rothenthurm au col du Simplon – Droit de l'environnement et mobilisations citoyennes : un duo gagnant ?, in : Largey Thierry/Boillet Véronique/Brunner Dunia/Martenet Vincent (édits.),

Environnement et Justice. Mélanges en l'honneur de la Professeure Anne-Christine Favre, Berne 2024, pp. 217 ss.

De Graaf Janna/Stok Marijn/De Wit John/Bal Michael, The climate change skepticism questionnaire: Validation of a measure to assess doubts regarding climate change, Journal of Environmental Psychology (89) 2023, pp. 102068 ss.

Dupont Valérie/Largey Thierry, La consécration légale de l'infrastructure écologique à l'aune des principes de conservation de la biodiversité, DEP 2023, pp. 343 ss.

Dupuy Pierre-Marie/Viñuales Jorge, International Environmental Law, 2ème ed., Cambridge 2018.

Epiney Astrid, Gegenstand, Entwicklung, Quellen und Akteure des internationalen Umweltrechts, in : Proelß Alexander (édit.), Internationales Umweltrecht, 2ème ed., Berlin/Boston 2022, pp. 1 ss.

Epiney Astrid/Diezig Stefan/Pirker Benedikt/Reitemeyer Stefan, Aarhus-Konvention, Bâle 2018.

Fasel Brigitte/Sprumont Dominique, Le principe de précaution, in : Rapports suisses présentés au XVIIème Congrès international de droit comparé, Utrecht 2006, pp. 191 ss.

Favre Anne-Christine, Le principe de protection de l'environnement, une perspective de droit comparé. Etude pour le service de recherche du Parlement européen, Bruxelles 2025.

Favre Anne-Christine, art. 74 Cst., in : Dubey Jacques/Martenet Vincent (édit.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle 2021.

Favre Anne-Christine, La Constitution environnementale, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Volume III, Zurich/Bâle/Genève 2020, pp. 2121 ss

Favre Anne-Christine, art. 7 LPE, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Loi sur la protection de l'environnement, Commentaire Stampfli, 1ère tranche, Berne 2010.

Favre Brian, Généalogie du sujet de droit. Perspective en droit animalier, thèse, Lausanne 2026, à paraître.

Flückiger Alexandre, Droit de l'homme et environnement, in : Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (édit.), Introduction aux droits de l'homme, Genève 2014, pp. 606.

Frigerio Veronica, Réception de la biodiversité en droit, thèse, Lausanne 2021.

Griffel Alain, Art. 74 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2ème éd., Bâle 2025.

Griffel Alain, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, thèse d'habilitation, Zurich 2001.

Griffel Alain/Rausch Heribert, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zurich/Bâle/Genève 2011.

Grinlinton David, The Intersection of Property Rights and Environmental Law, Environmental Law Review (25) 2023, pp. 202, https://doi.org/10.1177/14614529231193804.

Halvorssen Anita M., The origin and development of international environmental law, in : Techera Erika (édit.), Routledge Handbook of International Environmental Law, pp. 25 ss.

Hänggi Marcel, Tun, was Recht ist, Die Republik, online 21.10.2024.

Hänggi Marcel, Weil es Recht ist. Vorschläge für eine ökologische Bundesverfassung, Zurich 2024.

Hänni Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7ème éd., Berne 2022.

Hottelier Michel, Constitution et environnement. Rapport suisse. Annuaire international de justice constitutionnelle 2020/35-2019, pp. 519, https://doi.org/10.3406/aijc.2020.2778.

Hornsey Matthew/Lewandowsky Stephan, A toolkit for understanding and addressing climate skepticism, Nature Human Behavior, 2022/6, pp. 1454, https://doi.org/10.1038/s41562-022-01463-y.

Kellenberger Stephan, Les instruments volontaires dans la politique climatique et énergétique suisse : motifs de leur introduction et chances de leur application, Cahiers de l'IDEHEAP 221, Lausanne 2004.

Keller Helen, A Right to a Clean and Sustainable Environment. Or Perhaps Not (Yet) ?, Völkerrechtsblog, 5 août 2025, https://voelkerrechtsblog.org/a-right-to-a-clean-healthy-and-sustainable-environment/.

Joly Rebecca, La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne, Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité, thèse, Bâle 2020.

Jungo Fabia, Le principe de précaution en droit de l'environnement suisse, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2012.

Knox John, Constructing the Human Right to a Healthy Environment, Annual Review of Law and Social Science (16) 2020, pp. 79 ss.

Lammers Guillaume, Le développement de la constitution environnementale, in : Boillet Véronique/ Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Prof. Etienne Poltier, Bâle 2020, pp. 935 ss.

Lavrysen Laurens, Greening the European Convention on Human Rights: How to Determine the Substance of Environmental Human Rights?, in : Schoukens Hendrik/Bouquelle Farah (édit.), The Right to a Healthy Environment in and Beyond the Anthropocene, Cheltenham UK 2024, pp. 53 ss.

Magistro Francesca, Le droit à un environnement sain revisité, thèse, Genève 2017.

Marti Ursula, Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2011.

Milfont Taciano/Abrahamse Wokje/MacDonald Edith, Skepticism of anthropogenic climate change: Additional evidence for the role of system-justifying ideologies, Personality and Individual Differences, 168 (2021), pp. 110237, https://doi.org/10.1016/j.paid.2020.110237.

Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre, Introduction, in : Moor Pierre/Favre Anne-Christine/Flückiger Alexandre (édit.), Loi sur la

protection de l'environnement, Commentaire Stampfli, 1ère tranche, Berne 2010.

Morell Reto/Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 74, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundserverfassung, St. Galler Kommentar, 4ème éd., Saint-Gall 2023.

Morrow Karen, The ECHR, Environment-Based Human Rights Claims and the Search for Standards, in: Turner Stephen/Shelton Dina/Razzaque Jona/McIntyre Owen/May James (édit.), Environmental Rights: The Development of Standards, Cambridge 2019, pp. 41 ss.

Morsoli Renato, Hans Hürlimann, in : Dictionnaire historique de la Suisse DHS, https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/004729/2009-09-03/.

Müller Hans Ulrich, Einführung in das Umweltschutzgesetz, Zurich 1992.

Noël Yves, Il pleut des taxes..., in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Prof. Etienne Poltier, Lausanne 2020, pp. 979 ss.

Occhiali Giovanni, Obstacles and appeal of environmental taxation, Environmental Development, 2024/51, pp. 101037 ss. https://doi.org/10.1016/j.envdev.2024.101037.

OFEFP, Matériaux pour l'histoire de l'environnement en Suisse. Documents environnement n°106. Recherche, Berne 1999.

OFEV, Le droit de l'environnement, Berne 2022.

Papaux Alain, Introduction à la philosophie du « droit en situation », Genève/Zürich/Bâle 2006.

Petitpierre-Sauvin Anne, Droit de l'environnement. Vers un droit économique au service de l'environnement, Genève/Zurich/Bâle 2012.

Pfister Christian, Les origines du stress climatique à l'échelle globale, Didactica Historica (7) 2021, pp. 45, http://doi.org/10.33055/didactica historica.2021.01.07.045.

Pfister Christian/Wanner Heniz, Climate and Society in Europe – the Last Thousand Years, Berne 2021.

Proelss Alexander, Prinzipen des internationalen Umweltrechts, in : Proelß Alexander (édit.), Internationales Umweltrecht, 2ème ed., Berlin/Boston 2022, pp. 95 ss.

Raedler David, Responsabilité de l'État pour le défaut de mesures en faveur du climat, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 181 ss.

Rahmstorf Stefan, The Climate Sceptics, Potsdam 2004.

Rausch Heribert, Zum 50-Jahre-Jubiläum des Umweltschutzartikels der Bundesverfassung – Ein kritischer Essay, URP 2022, pp. 129 ss.

Recordon Luc, Responsabilité civile et environnementale dans l'histoire politique suisse, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 13 ss.

Refondini Antoine, Atteintes à l'environnement, quelle place pour la responsabilité civile, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 41 ss.

Rieder Stefan, Umsetzung des Umweltrechts: Stärken und Schwächen des föderalen Vollzugs, URP 2015, pp. 581 ss.

Rieder Stefan/Lienhard Andreas, Stärkung des Vollzugs im Umweltbereich, Interface (11) 2013.

Romy Isabelle, Répartition contractuelle des risques liés aux responsabilités environnementales de droit public, in : Chappuis Christine (édit.), Environnement et responsabilité, Genève/Zurich/Bâle 2021, pp. 81 ss.

Rotillon Gilles, La fiscalité environnementale : outil de protection de l'environnement ? Regards croisés sur l'économie (1) 2007, pp. 108 ss, https://doi.org/10.3917/rce.001.0108.

Rouiller Felise, Révision de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO2, PJA 2020, pp. 213 ss.

Rouiller Florence, Le droit à l'information environnementale et sa justiciabilité : la mise en œuvre de la convention d'Aarhus dans la législation suisse, Revue Européenne de Droit de l'Environnement (4) 2003, pp. 397 ss.

Sands Philippe/Peel Jacqueline, Principles of international Environmental Law, 4ème éd., Cambridge 2019.

Steigmeier Andreas, Julius Binder, in : Dictionnaire historique de la Suisse DHS, https://hls-dhs-dss.ch/fr/art.s/006185/2002-10-25/.

Steffen Will et al., Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, Science (347) 2015, pp. 736 ss, https://doi.org/10.1126/science.1259855.

Stutz Hans, Spielräume für das kantonale Umweltrecht, URP 2020, pp. 247 ss.

Sudre François, La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution, Revue française de droit administratif 2017, pp. 1039 ss.

Thurnherr Daniela, Vorsorgeprinzip. Verpflichtungen und Grenzen für die Verwaltung und weitere staatliche Akteure. Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt, Basel 2020.

Wagner Pfeifer Beatrice, Umweltrecht. Allgemeine Grundlagen, Zurich/Saint-Gall 2017.

Wallner Thomas, Leo Schürmann, in : Dictionnaire historique de la Suisse, https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/003081/2011-08-23/.

Walter François/Pfister Christian/Haefeli-Waser Ueli, Environnement, in : Dictionnaire historique de la Suisse, en ligne: https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/024598/2014-01-14/.

Zimmermann Nesa, Klimawandel und die Rolle der Gerichte, ZBl (125) 2024, pp. 500 ss.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 75b Cst.

Un commentaire de Fabian Mösching

PROPOSITION DE CITATION

Fabian Mösching, Kommentierung zu Art. 75b BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Citation abrégée: OK-Mösching, art. 75b FC N. XXX.

Art. 75*b* Résidences secondaires

[1] Les résidences secondaires constituent au maximum 20 % du parc des logements et de la surface brute au sol habitable de chaque commune.

[2] La loi oblige les communes à publier chaque année leur plan de quotas de résidences principales et l'état détaillé de son exécution

Art. 197 Dispositions transitoires après acceptation de la Constitution du 18 avril 1999

Dispositions transitoires ad art. 75b (Résidences secondaires)

[1] Le Conseil fédéral édicte par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires sur la construction, la vente et l'enregistrement au registre foncier si la législation correspondante n'est pas entrée en vigueur deux ans après l'acceptation de l'art. 75*b* par le peuple et les cantons.

[2] Les permis de construire des résidences secondaires qui auront été délivrés entre le 1er janvier de l'année qui suivra l'acceptation de l'art. 75*b* par le peuple et les cantons et la date d'entrée en vigueur de ses dispositions d'exécution seront nuls.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 928
A. Les problèmes liés aux résidences secondaires 928
1. L'emprise étrangère sur le sol suisse 928
2. Surexploitation des paysages de montagne suisses 928
3. Acceptation et entrée en vigueur de l'initiative sur les résidences secondaires 929
B. Problèmes de mise en œuvre 929
C. Solutions possibles 930
1. L'ordonnance du 22 août 2012 sur les résidences secondaires (aZWV) 930
2. Décisions du Tribunal fédéral du 22 mai 2013 930
a. Applicabilité directe 930
b. Traitement des autorisations de construire 931
3. Loi sur les résidences secondaires 932
II. Art. 75b al. 1 Cst. 933
A. Relation avec d'autres normes constitutionnelles 933
1. Aménagement du territoire 933
2. Proportionnalité et garantie de la propriété 934
B. Champ d'application 934
1. Champ d'application matériel 934
2. Champ d'application territorial 935
C. Notion de "résidence secondaire 936
1. Logement 936
2. Résidence principale ou secondaire 937
3. Calcul de la part de résidences secondaires 937
D. Interdiction des résidences secondaires et logements toujours autorisés 937
1. Nouveaux logements avec restrictions d'utilisation 938
2. Nouveaux logements sans restrictions d'utilisation 938
E. Abus de droit en relation avec les restrictions d'utilisation 939
F. Garantie des droits acquis ; logements régis par l'ancien droit 940
1. Réglementation d'exception 940
2. Préoccupations et conséquences possibles 941
III. Art. 75b al. 2 Cst. 942
IV. Art. 197, ch. 9, al. 1 Cst. 944
V. Art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. 945
VI. Analyse des effets 946
A. Aspects économiques 946
B. Aspects juridiques 948
C. Résumé 949
Lectures complémentaires recommandées 949
Bibliographie 951

I. HISTORIQUE

A. Les problèmes liés aux résidences secondaires

1. L'emprise étrangère sur le sol suisse

1 La première réglementation fédérale concernant les résidences secondaires a été introduite comme mesure contre l'aliénation de terrains indigènes à des personnes étrangères en 1961. Les arrêtés fédéraux urgents ont été transférés dans la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 211.412.41), qui limite ces acquisitions et les soumet à autorisation. Cette réglementation, appelée entre-temps "Lex Koller", a pour but d'empêcher l'envahissement du sol indigène par des étrangers. Depuis son introduction, elle a toutefois perdu beaucoup de son efficacité. D'une part, elle se limite à la seule demande étrangère, la part des résidences secondaires appartenant à des étrangers étant estimée à seulement 20 %. D'autre part, la conclusion de l'accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE a encore réduit le champ d'application de la Lex Koller, puisque les citoyens de l'UE/AELE résidant en Suisse ont été assimilés aux nationaux.

2. Surexploitation des paysages de montagne suisses

2 En raison notamment de son efficacité limitée, le Conseil fédéral a tenté en 2007 d'abroger la Lex Koller, mais a échoué au Parlement. Néanmoins, son article 8, al. 2 et 3, conçu comme des mesures d'accompagnement, a été transféré dans la LAT (RS 700) le 1er juillet 2011. Après le rejet de l'abrogation de la "Lex Koller", les deux normes ont été transformées en contre-projet indirect à l'initiative sur les résidences secondaires, qui a entre-temps abouti, et qui visait à renforcer le contrôle de la construction de résidences secondaires par l'aménagement du territoire.

3 En mettant un terme à la construction de résidences secondaires, l'initiative visait à préserver le paysage et les terres agricoles, ce qui devait permettre aux régions de montagne de rester attractives en tant qu'espaces touristiques et de créer des logements abordables pour la population locale. Les objectifs visés ne laissent aucun doute sur le fait que les problèmes liés aux résidences secondaires ont évolué avec le temps. Entre-temps, les préoccupations écologiques sont devenues prioritaires, en particulier l'utilisation du sol pour

des logements qui ne sont utilisés que quelques semaines par an (problème des "lits froids"), mais la population a également pris davantage conscience des conséquences économiques négatives pour la population locale et l'économie touristique.

3. Acceptation et entrée en vigueur de l'initiative sur les résidences secondaires

Le 11 mars 2012, l'initiative populaire "Pour en finir avec les constructions envahissantes de résidences secondaires !" a finalement été acceptée par 50,6% des voix et par 13,5 cantons, et la Constitution fédérale a été complétée par le présent art. 75b ainsi que par l'art. 197, ch. 9. L'art. 8 al. 2 et 3 LAT a de nouveau été abrogé le 1er janvier 2016 dans le cadre de l'introduction de la loi sur les résidences secondaires ; une partie du contenu de la norme a alors été intégrée dans les art. 3 et 12 de la loi fédérale du 20 mars 2015 sur les résidences secondaires (loi sur les résidences secondaires, LRS ; RS 702). 4

B. Problèmes de mise en œuvre

L'acceptation de l'initiative a entraîné l'entrée en vigueur immédiate de ses dispositions (cf. art. 195 Cst.). En revanche, de nombreux autres points sont restés flous en raison de la formulation peu soignée, peu structurée et globalement déficiente des nouvelles normes constitutionnelles. Tout d'abord, il n'y avait pas de consensus sur la question de savoir si l'initiative pouvait être appliquée directement ou non (cf. n. 8 ss infra) ; la notion centrale de "résidence secondaire" n'était même pas définie. L'utilisation simultanée des termes "logement" et "unités d'habitation", la double échelle de calcul basée sur les logements et la "surface brute de plancher", cette dernière notion n'étant pas non plus suffisamment définie, ont également posé problème. En outre, l'initiative se composait d'une succession arbitraire de directives d'application directe (art. 75b, al. 1, Cst.) et de mandats donnés au législateur (art. 75b, al. 2, et art. 197, ch. 9, al. 1, Cst.). La limitation de l'initiative à la "construction" de résidences secondaires (cf. titre de l'initiative) et des mesures aux autorisations de construire a créé une confusion supplémentaire (sur tout cela, cf. II. ci-après) ; de même, la concentration sur un "plan de quotas de résidences principales", ce terme étant en outre utilisé de manière équivoque (cf. III. ci-après). A cela s'ajoutaient la limitation du contenu des dispositions d'exécution, qui devaient en outre être édictées dans les deux ans 5

suivant l'acceptation de l'initiative (cf. IV.), ainsi que le sort incertain des permis de construire délivrés entre le 1er janvier 2013 et l'entrée en vigueur des dispositions d'exécution (cf. V.).

6 Le fait qu'au maximum une poignée de communes concernées par l'initiative l'aient approuvée n'a pas facilité les choses. Des frictions supplémentaires lors de la mise en œuvre et en particulier lors de l'élaboration de la loi d'application (LRS) étaient tout à fait prévisibles. Malgré de nombreuses décisions de la plus haute instance judiciaire, les problèmes persistent.

C. Solutions possibles

1. L'ordonnance du 22 août 2012 sur les résidences secondaires (aZWV)

7 Avant même l'entrée en vigueur de la LRS, le Conseil fédéral a édicté le 22 août 2012 une ordonnance sur les résidences secondaires afin de répondre au mandat législatif de l'initiative et d'éliminer les incertitudes juridiques les plus pressantes. Cette ordonnance est entrée en vigueur le 1er janvier 2013 et s'appliquait aux communes dans lesquelles les résidences secondaires représentaient plus de 20% du parc total de logements (art. 1 al. 1). L'annexe contenait une liste des communes pour lesquelles il existait une présomption réfutable que la part des résidences secondaires était supérieure à 20% (art. 1 al. 2 et 3). En outre, l'article 2 donnait une première définition (ratée) de la notion de "résidence secondaire" ; il définissait également le traitement et les possibilités de changement d'affectation des logements et des établissements hôteliers déjà existants ou déjà autorisés par une décision entrée en force (article 3).

8 La procédure du Conseil fédéral n'a pas fait l'unanimité en raison de son urgence et des questions de compétence qui y sont liées (voir à ce sujet N. 47 ci-après). Cette ordonnance, à ne pas confondre avec celle qui existe entre-temps sur la base de la LRS, a été abrogée avec l'introduction de la LRS le 1er janvier 2016.

2. Décisions du Tribunal fédéral du 22 mai 2013

a. Applicabilité directe

9 Enfin, suite à de nombreuses demandes de construction de résidences secondaires, le Tribunal fédéral a eu l'occasion, dès mai 2013, de se prononcer

sur différentes questions liées à la mise en œuvre de l'art. 75b et de l'art. 197 ch. 9 Cst. En ce qui concerne l'applicabilité directe de l'initiative sur les résidences secondaires, il a constaté qu'il existait une clarté et une précision des faits et des conséquences juridiques en ce qui concerne les utilisations résidentielles qui tombent indubitablement sous la notion de résidences secondaires et qui sont envisagées dans une commune où la part de résidences secondaires est clairement excessive. Les situations ainsi prises en compte ("lits froids") sont relativement simples à délimiter et ne sont pas complexes. Rien ne s'oppose donc à l'applicabilité immédiate de ce "noyau dur" de la nouvelle norme constitutionnelle spéciale, même si elle implique une restriction non négligeable de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.).

Toutefois, l'art. 75b Cst. devrait encore être largement concrétisé, notamment en ce qui concerne la construction de résidences secondaires exploitées, le changement d'affectation de résidences principales et secondaires ainsi que l'agrandissement et le remplacement de résidences secondaires existantes. L'applicabilité directe de l'art. 75b al. 1 en relation avec l'art. L'art. 197, ch. 9, al. 2 Cst. se limite en conséquence à une interdiction préventive de délivrer des permis de construire pour des résidences secondaires dans les communes concernées jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions d'exécution, ce qui équivaut en fin de compte à une zone de planification. Cette interdiction doit être interprétée de manière large afin de ne pas anticiper sur le législateur et d'éviter de préjuger des futures dispositions d'exécution. Dans l'ensemble, il s'agit d'une simple restriction temporaire de la garantie de la propriété jusqu'à l'adoption des dispositions d'exécution. Pour une telle mesure préventive et limitée dans le temps, il n'y a pas lieu de poser des exigences élevées quant à la précision de la norme. 10

Ces arrêts ont été rendus bien qu'une grande partie de la doctrine se soit prononcée contre l'applicabilité directe de l'initiative. Ils ont notamment critiqué la définition lacunaire de la notion de "résidence secondaire", qui ne permettait guère aux personnes concernées d'orienter leur comportement en fonction de la nouvelle norme et de prévoir suffisamment les conséquences de leur comportement. 11

b. Traitement des autorisations de construire

La manière de traiter les autorisations de construire des résidences secondaires délivrées après l'acceptation de l'initiative le 11 mars 2012 a 12

également été contestée. Le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'art. 197, ch. 9, al. 2, Cst., qui prévoit la nullité des permis de construire délivrés à partir du 1er janvier 2013 jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions d'exécution, n'est pas une disposition transitoire dérogatoire, mais qu'il ne fait qu'aggraver la conséquence juridique (nullité au lieu d'annulabilité). Les principes habituels de validité intertemporelle du droit s'appliquent donc (pour plus de détails sur les conséquences qui en découlent, voir V.).

3. Loi sur les résidences secondaires

13 Le 1er janvier 2016, la LRS tant attendue et son ordonnance sur les résidences secondaires du 4 décembre 2015 (ORR ; RS 702.1) - à ne pas confondre avec celle du 22 août 2012 (supra n. 7) - sont finalement entrées en vigueur. Le législateur a ainsi rempli le mandat de l'art. 197 ch. 9 al. 1 Cst. et a édicté la législation d'exécution. La LRS définit notamment la notion de résidence secondaire (art. 2, al. 4) et, pour la délimiter, les résidences principales ainsi que les logements assimilés aux résidences principales. Elle règle le calcul de la part des résidences secondaires (art. 4 s.) et contient une précision sur l'interdiction des résidences secondaires prévue à l'art. 75b Cst. Elle contient également des dispositions relatives à la construction de nouveaux logements (art. 7 ss.) et à la modification de logements régis par l'ancien droit dans les communes comptant plus de 20% de résidences secondaires. Elle contient en outre des dispositions d'exécution (art. 15 ss), des dispositions pénales (art. 21 ss) et des dispositions finales relatives à l'exécution et au transfert (art. 23 ss).

14 La LRS a été précédée d'un compromis extraparlementaire entre une délégation de conseillers nationaux et le comité d'initiative. En échange de concessions sur le contenu de la loi, les initiants ont assuré qu'ils renonceraient à un référendum. Le compromis trouvé a ensuite été adopté sans grande résistance par le Parlement.

15 Les réactions au résultat ont été majoritairement critiques. Biaggini est d'avis que " [l]a mise en œuvre législative (...) ne fait pas partie des heures de gloire de la méthodologie législative et du parlementarisme ". Alig/Griffel parlent même du fait que la loi sur les résidences secondaires constitue essentiellement une réglementation d'exception à la limitation des résidences secondaires prévue par la Constitution, accompagnée de dispositions d'exécution et de sanctions. Néanmoins, de bonnes raisons plaident en faveur du compromis trouvé. Ainsi, l'approbation explicite des initiants est un indice

fort que la LRS tient compte du sens et du but des nouvelles dispositions constitutionnelles. Après l'acceptation de l'initiative, il n'était pas forcément clair comment il fallait interpréter la volonté du peuple et quels étaient les objectifs poursuivis par l'initiative.

Par ailleurs, il était impératif de concilier les dispositions apodictiques de l'art. 75b Cst. avec d'autres normes constitutionnelles (notamment l'aménagement du territoire, le principe de proportionnalité, la garantie de la propriété, la liberté d'établissement). Il serait donc faux de parler d'un simple compromis législatif boiteux ou - comme le souligne à nouveau Biaggini - que les Chambres ont rarement eu autant de chance que l'art. 190 Cst. déclare déterminant le résultat du travail législatif parlementaire et l'exclut de l'examen par le juge. Toujours est-il que la LRS constitue désormais une base pour la gestion de la construction de résidences secondaires, sur la base de laquelle il est possible de s'attaquer à la suppression des ambiguïtés existantes. Les conséquences concrètes des dispositions d'exécution sur les différentes dispositions de l'initiative sont présentées ci-après à l'aide des différentes normes. 16

II. ART. 75B AL. 1 CST.

A. Relation avec d'autres normes constitutionnelles

1. Aménagement du territoire

L'acceptation de l'initiative confère à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine des résidences secondaires. A mon avis, cette compétence constitue un simple complément à la législation de base dans le domaine de l'aménagement du territoire selon l'art. 75 LAT et doit être appliquée de manière restrictive. Mais elle peut aussi être considérée comme une compétence globale en matière de résidences secondaires. D'une manière ou d'une autre, la Confédération est habilitée à régler toutes les questions juridiques relatives aux résidences secondaires. Il s'agit en outre d'une compétence concurrente, c'est-à-dire d'une compétence dérogatoire a posteriori. Le droit cantonal n'a cessé d'être en vigueur qu'avec l'adoption de la LRS et seulement dans la mesure où la compétence fédérale est effectivement épuisée. Comme la limitation de la construction de résidences secondaires est une tâche fédérale, les autorisations de construire à cet égard 17

peuvent également être attaquées par les organisations de protection de la nature et du patrimoine au moyen d'un recours des organisations conformément à l'art. 12 LPN, ce qui permet de tenir compte des "intérêts de la protection de la nature et du patrimoine" (art. 78 al. 2 Cst.).

18 L'art. 75b Cst. et la législation d'exécution qui en découle laissent encore aux cantons et aux communes la possibilité d'adopter certaines réglementations sur les résidences secondaires. Ainsi, l'art. 3 al. 2 LRS permet aux cantons d'édicter des prescriptions qui limitent la construction et le changement d'affectation des logements plus strictement que ne le prévoit la loi sur les résidences secondaires, par exemple au moyen de contingents ou d'impôts sur les résidences secondaires. L'exécution de l'initiative est également laissée aux cantons ainsi qu'aux communes (cf. art. 23 LRS).

2. Proportionnalité et garantie de la propriété

19 En principe, toutes les normes de la Constitution sont de même rang, tant que le constituant n'a pas délibérément accordé la priorité à une réglementation particulière. La limitation stricte de la part des résidences secondaires à 20% par l'art. 75b al. 1 Cst. empêche les évaluations au cas par cas, ce qui constitue d'une part une atteinte à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et d'autre part une violation du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). On se trouve dans une situation comparable à celle de l'art. 78 al. 5 Cst. (protection des marais), dans laquelle une réglementation revendique la priorité sur d'autres normes constitutionnelles. Dans de telles circonstances, les restrictions des droits fondamentaux doivent être acceptées par la Constitution elle-même. La présente priorité ne vaut toutefois que par rapport aux dispositions constitutionnelles qui viennent d'être mentionnées ; on ne peut pas déduire de l'art. 75b, al. 1, Cst. que d'autres normes doivent également être reléguées au second plan.

B. Champ d'application

1. Champ d'application matériel

20 L'art. 75b al. 1 Cst. est une norme à la fois conditionnelle et finale. Il exige, d'une part, que lorsque 20% du parc total de logements est occupé par des résidences secondaires (état de fait), une limitation à cette limite (au sens

d'une interdiction) soit prévue comme conséquence juridique et que, par conséquent, aucune autorisation de construire ne puisse plus être délivrée.

Diverses voix s'élèvent pour demander que la même conséquence juridique s'applique lorsque la part des résidences secondaires dans la surface brute de plancher utilisée à des fins d'habitation dépasse 20% dans une commune. D'après le texte de la norme, c'est sans aucun doute le cas. Toutefois, il n'existe à ce jour aucune définition valable de la notion de "surface brute de plancher" en Suisse et il n'a pas non plus été possible de mettre à disposition un relevé utilisable dans la pratique ; la LRS renonce par conséquent à déterminer la surface brute de plancher. La limitation des surfaces occupées par des résidences secondaires n'est prise en compte que par le fait que les changements d'affectation et les agrandissements de logements régis par l'ancien droit sont limités (cf. art. 12 LRS). En outre, dans le cadre du contrôle de l'efficacité (art. 19 LRS), il convient de vérifier, à l'aide des résultats de la statistique des bâtiments et des logements publiés chaque année, si l'hypothèse invoquée pour justifier cette démarche, à savoir que les résidences secondaires sont de toute façon généralement plus petites que les résidences principales, est effectivement vérifiée. Le premier rapport d'impact au moins n'a pas pu réfuter cette hypothèse. Dans ces conditions, le reproche de violation de la Constitution adressé au législateur dans le cadre de l'abandon de la surface brute de plancher paraît à mon avis plus dramatique qu'il ne l'est en réalité. 21

Le contenu final de l'art. 75 Cst. se manifeste d'autre part dans le fait qu'il fixe la limite de 20% comme rapport à atteindre entre résidences principales et secondaires. D'une part, les communes sont tenues de prendre des mesures pour que le seuil de 20% ne soit pas atteint. D'autre part, les communes ayant un taux de résidences secondaires supérieur à 20% doivent prendre des mesures pour réduire ce taux. L'art. 12, al. 1, LRS et l'art. 3, al. 1, LRS mettent en œuvre ces dispositions de manière plutôt discrète au niveau de la loi, les cantons étant simplement tenus de prendre des mesures si nécessaire. 22

2. Champ d'application territorial

Le champ d'application territorial de l'art. 75b Cst. s'étend à toute la Suisse, dans la mesure où toutes les communes doivent établir un inventaire des logements (ainsi que l'art. 4 LRS ; cf. ci-après III.). C'est sur cette base que l'on décide si une commune tombe également dans le champ d'application de la 23

limitation conditionnelle des résidences secondaires selon l'art. 75 al. 1 Cst. Si tel est le cas, la limitation s'applique (bien entendu) à l'ensemble du territoire communal et pas seulement à la zone à bâtir. En outre, en raison du but final, toutes les communes sont tenues d'empêcher le dépassement de la part de 20% de résidences secondaires (voir aussi art. 6 al. 1 LRS).

24 Il est possible pour les communes de se soustraire au champ d'application local des mesures de limitation si, suite à des fusions ou des scissions, leur part de résidences secondaires tombe en dessous de la limite de 20%. A cet égard, seules les communes nouvellement créées dont le territoire n'est pas contigu et qui ont fusionné ou se sont scindées dans le seul but de contourner l'art. 75b peuvent être considérées comme ayant commis un abus de droit. On doute toutefois fortement que la Confédération ait des moyens d'action contre de telles manœuvres, pour autant qu'elles puissent être prouvées. En tout cas, aucun exemple n'est connu à ce jour.

C. Notion de "résidence secondaire

25 La notion de résidence secondaire (cf. supra n. 11) a été définie en détail à l'art. 2 LRS. Elle est décrite de manière négative ; c'est-à-dire qu'un logement est considéré comme résidence secondaire selon son al. 4 lorsqu'il n'est ni une résidence principale ni assimilé à une résidence principale.

1. Logement

26 L'art. 2 al. 1 let. a - e LRS énumère les exigences auxquelles un logement doit répondre de manière cumulative. Est ainsi considéré comme logement un ensemble de pièces qui sont adaptées à un usage d'habitation, qui forment une unité de construction, qui ont un accès soit de l'extérieur, soit d'une zone à l'intérieur du bâtiment utilisée en commun avec d'autres logements, qui disposent d'un équipement de cuisine et qui ne constituent pas un meuble. Normalement, un logement se compose de plusieurs pièces, mais une seule pièce peut remplir à elle seule toutes les conditions (logement d'une seule pièce). Le droit d'usage du logement ne joue aucun rôle, c'est-à-dire qu'il importe peu que le logement soit la propriété de l'utilisateur ou qu'il lui soit loué.

2. Résidence principale ou secondaire

Une résidence principale est, quant à elle, un logement utilisé par au moins une personne établie dans la commune où se trouve le logement (art. 2 al. 2 LRS). Outre diverses autres exceptions, les logements occupés en permanence à des fins d'acquisition ou de formation sont notamment assimilés à des résidences principales (cf. art. 2 al. 3 let. a-h LRS) et ne sont donc pas réprouvés dans l'esprit du législateur. 27

La notion de résidence secondaire ainsi définie par le législateur n'est pas contestable et devrait correspondre aux objectifs poursuivis par l'initiative sur les résidences secondaires. En principe, les logements qui sont rarement utilisés et/ou qui servent en premier lieu de placement de capitaux et qui ne sont pas mis à disposition pour une longue durée en tant que logement (ce qu'on appelle les "lits froids" ; supra n. 3) doivent être considérés comme des résidences secondaires. 28

3. Calcul de la part de résidences secondaires

Sur la base de la notion susmentionnée, la part des résidences secondaires peut également être calculée avec précision. Elle est obtenue en divisant le nombre de logements considérés comme résidences secondaires par le total de tous les logements (multiplié par 100). Il convient de noter que seul un relevé correct de l'utilisation des logements permet d'obtenir un résultat correct. Dans le cas contraire, la part des résidences secondaires est surestimée. Les communes situées dans la zone frontalière feraient bien d'exiger un recensement en bonne et due forme (cf. N. 43 ci-après). 29

D. Interdiction des résidences secondaires et logements toujours autorisés

Les nouvelles résidences secondaires au sens de l'art. 2 LRS ne peuvent plus être autorisées sur la base de l'art. 6 al. 1 LRS dans les communes dont la part de résidences secondaires est supérieure à 20%. Cela précise l'interdiction des résidences secondaires de l'art. 75b Cst. qui, selon la jurisprudence, existait déjà avant l'entrée en vigueur de la loi en raison de son applicabilité directe, mais qui ne comprenait qu'un "noyau dur" (supra n. 9 ss.). 30

1. Nouveaux logements avec restrictions d'utilisation

31 L'interdiction porte sur la construction d'une résidence secondaire, que ce soit par une nouvelle construction ou par la transformation d'une construction existante qui ne contenait pas de logements auparavant. Dans les communes concernées, les nouveaux logements ne peuvent en principe être construits qu'avec une restriction d'utilisation spécifique (art. 7 al. 1 LRS), dont la modification est normalement soumise à autorisation (de construire) (art. 13 LRS). Est alors autorisée l'utilisation en tant que résidence principale et logements assimilés à celle-ci (let. a) ainsi qu'en tant que logement exploité à des fins touristiques (let. b). Est considéré comme tel un logement qui est proposé de manière durable pour une utilisation exclusivement de courte durée par des hôtes, aux conditions usuelles du marché et du lieu, et qui : a. est situé dans le même immeuble que celui où le propriétaire a son domicile (logement indépendant) ou b. n'est pas adapté aux besoins personnels du propriétaire et est exploité dans le cadre d'un établissement d'hébergement structuré (art. 7 al. 2 LRS). Conformément à l'art. 7 al. 3 LRS, l'autorité compétente pour les autorisations de construire ordonne dans l'autorisation de construire, au moyen d'une condition d'utilisation, la restriction d'utilisation en question. Il s'agit d'une interdiction de changement d'affectation.

2. Nouveaux logements sans restrictions d'utilisation

32 Sont exclus de l'interdiction de résider dans des résidences secondaires au sens de l'art. 6 LRS, notamment les logements qui ont été autorisés en tant que logements sans restriction d'utilisation sur la base d'une dérogation au sens des art. 8 ou 9 LRS. Il s'agit d'une part de logements destinés au financement transversal d'établissements d'hébergement structurés, qu'il s'agisse d'établissements existants ou de nouveaux établissements à construire (cf. art. 8 LRS). D'autre part, il s'agit de logements situés à l'intérieur de la zone à bâtir dans des bâtiments protégés ou caractéristiques du site (art. 9 LRS), l'objectif étant la conservation du bâtiment.

33 Les logements autorisés sur la base d'un plan d'affectation spécial lié à un projet au sens des art. 26 s. LAT sont également autorisés. LRS, et ceux qui tombent sous le coup des dispositions transitoires de l'art. 25 al. 2 et 4 LRS, bien qu'ils ne soient pas expressément mentionnés à l'art. 6 al. 2 LRS.

Du point de vue de l'art. 75b Cst., c'est en particulier l'art. 8 LRS (logements destinés au financement croisé d'établissements d'hébergement structurés) qui pose problème, car il permet aux établissements hôteliers de créer, dans certaines circonstances, de nouveaux lits "froids" (supra N. 3), ou de transformer jusqu'à 50% de leur surface utile principale en lits "froids". En revanche, les lits "chauds" créés dans des logements exploités à des fins touristiques conformément à l'art. 7 al. 1 let. b LRS peuvent sans autre être conciliés avec les objectifs de l'art. 75b Cst. Les exceptions prévues à l'art. 9 LRS sont fondées sur l'intérêt public à la conservation des bâtiments protégés. L'al. 1 vise les bâtiments protégés ou caractéristiques d'un site à l'intérieur de la zone à bâtir, tandis que l'al. 2 concerne les bâtiments situés hors de la zone à bâtir. En fin de compte, l'exception prévue à l'al. 2 ne sert pas seulement à assurer la pérennité de la construction, mais aussi celle du paysage culturel qui l'entoure, et répond aux exigences de l'art. 75b Cst. 34

E. Abus de droit en relation avec les restrictions d'utilisation

Sur la base de l'art. 14 al. 1 LRS, il est possible de suspendre la restriction d'utilisation en tant que résidence principale pour une durée déterminée, ce qui doit permettre d'éviter les cas de rigueur qui peuvent survenir en cas d'application stricte et schématique de la loi, indépendamment des circonstances concrètes. Une suspension est possible soit dans des cas de rigueur personnels (décès, changement de domicile ou d'état civil (let. a), soit dans des cas de rigueur structurels (appel d'offres infructueux pour une utilisation légale (let. b). 35

Selon le Tribunal fédéral, l'introduction de la possibilité prévue à la let. b a notamment accru le potentiel d'abus en relation avec la construction de nouveaux logements dans des communes tombant dans le champ d'application de l'art. 75b Cst. En conséquence, il a durci sa jurisprudence en matière d'abus de droit dans le domaine de la construction de logements dans les communes concernées. Concrètement, il convient d'examiner d'office s'il existe des indices spécifiques qui font apparaître comme irréaliste l'intention ou la possibilité d'utiliser le projet de construction comme résidence principale. 36

F. Garantie des droits acquis ; logements régis par l'ancien droit

37 La garantie des droits acquis est régulièrement mentionnée en relation avec les effets de l'art. 75b Cst. sur les logements déjà existants. Celle-ci garantit que les bâtiments construits légalement et rendus illégaux par de nouveaux actes législatifs peuvent être entretenus et continuer à être utilisés de la même manière. Elle n'a pas d'effet direct sur l'art. 75b Cst., car son application aux constructions existantes n'est pas prévue. Les constructions existantes ne sont pas devenues illégales avec l'entrée en vigueur de l'art. 75b Cst. L'art. 75b al. 1 Cst. ne fixe qu'une proportion maximale de résidences secondaires par commune ; il n'est pas possible de dire quelle résidence secondaire a entraîné le dépassement de la limite. Il n'existe pas non plus de clause de rétroactivité (en principe problématique).

1. Réglementation d'exception

38 Comme la garantie des droits acquis ne concerne que l'utilisation antérieure, les logements régis par l'ancien droit qui étaient utilisés comme résidences principales ne peuvent en principe plus être transformés en résidences secondaires après l'entrée en vigueur de l'art. 75b Cst. Sans dérogation à cette règle, les résidences principales préexistantes dans les communes concernées perdraient toutefois beaucoup de leur valeur, car une partie du prix couvrirait la possibilité d'une transformation. Ce processus désavantagerait les propriétaires de résidences principales (la population locale), tandis qu'en raison de la raréfaction de l'offre, les résidences secondaires régies par l'ancien droit - dont les propriétaires sont le plus souvent extérieurs à la commune - prendraient de la valeur. L'art. 11 al. 1 LRS prévoit donc désormais que les logements construits selon l'ancien droit - sous réserve des restrictions d'utilisation existantes ou futures prévues par le droit cantonal ou communal - sont libres quant à leur mode d'utilisation. Ils peuvent donc en principe être utilisés sans restriction comme résidences principales ou secondaires, un logement étant considéré comme relevant de l'ancien droit s'il existait légalement ou était autorisé par une décision entrée en force le 11 mars 2012 (art. 10 LRS ; voir aussi N. 53 infra). Ces logements régis par l'ancien droit peuvent être rénovés, transformés et reconstruits dans le cadre de la surface utile principale existante (art. 11, al. 2, LRS). De même, ils peuvent être agrandis à l'intérieur des zones à bâtir de 30% au maximum de la surface utile

principale préexistante, pour autant qu'aucun logement supplémentaire ne soit créé (art. 11 al. 3 LRS).

2. Préoccupations et conséquences possibles

39 En relation avec le changement d'affectation illimité de logements relevant de l'ancien droit à des fins de résidences secondaires, le Conseil fédéral craint deux évolutions indésirables majeures. D'une part, en raison de la raréfaction de l'offre de résidences secondaires, les résidents locaux seraient fortement incités financièrement à vendre leur résidence principale soumise à l'ancien droit, située dans un endroit central, à des personnes extérieures qui souhaiteraient l'utiliser comme résidence secondaire. Avec le bénéfice réalisé, ils pourraient ensuite construire ou acquérir une nouvelle résidence principale plus grande, située en périphérie, en bordure du village. Cela conduit à un vidage des centres des villages et à un mitage supplémentaire ; lorsque ce processus se déroule au sein d'une commune, on parle d'"effet donut". D'autre part, le libre changement d'affectation des résidences principales en résidences secondaires dans les communes touristiques peut évincer les résidents locaux, car les résidences principales deviennent plus rares et plus chères.

40 Afin d'empêcher de telles évolutions indésirables, l'art. 3 al. 4 aOAS prévoyait déjà une interdiction des changements d'affectation abusifs. Cette disposition s'est toutefois révélée inapplicable en raison de ses lacunes juridiques et pratiques. L'art. 12 al. 1 LRS prévoit désormais uniquement que les cantons et les communes prennent, si nécessaire, des mesures pour empêcher les abus et les développements indésirables résultant d'un changement d'affectation. Il est possible de limiter le changement d'affectation de logements utilisés jusqu'ici comme résidences principales à des résidences secondaires ainsi que les possibilités de modification des logements relevant de l'ancien droit. En outre, ces modifications d'affectation et de construction peuvent être soumises à l'obligation d'obtenir un permis de construire, dans la mesure où ce n'est pas encore le cas (art. 12, al. 2, LRS). Dans sa forme actuelle, l'art. 12 LRS est toutefois en grande partie redondant, car les cantons peuvent déjà prendre les mesures proposées en se fondant sur l'art. 3 al. 2 LRS, qui les autorise à édicter des prescriptions restreignant l'utilisation des logements plus fortement que ne le fait la LRS. Bien que cela ne soit pas expressément

mentionné, il serait également possible d'introduire des mesures fiscales de restriction sur la base de l'art. 3 al. 2 LRS.

41 Diverses personnes considèrent que la conception indirecte des mesures visant à empêcher les abus et les développements indésirables n'est pas assez large et qu'elle est anticonstitutionnelle compte tenu du sens et du but de l'art. 75b Cst. Toutefois, les abus redoutés n'ont pas eu lieu jusqu'à présent, raison pour laquelle les cantons et les communes ont fait preuve de retenue ; une introduction à titre préventif semblerait également erronée. Cela ne serait-ce que parce que les mesures demandées, qui n'autoriseraient le changement d'affectation de résidences principales en résidences secondaires que dans des cas exceptionnels, seraient liées à de graves atteintes aux droits fondamentaux des personnes concernées (en particulier la liberté d'établissement et la garantie de la propriété) et que leur mise en œuvre nécessiterait un contrôle à peine proportionné des conditions de vie personnelles. En outre, les frictions économiques seraient difficilement contrôlables.

III. ART. 75B AL. 2 CST.

42 Comme plusieurs autres notions figurant à l'art. 75b Cst., celle de "plan de répartition des résidences principales" est utilisée de manière extrêmement ambiguë. Dans le présent contexte, l'expression "plan de quotas de résidences principales" est habituellement utilisée comme synonyme de réglementation des quotas de résidences principales, qui fixe la proportion de résidences principales dans une commune. Dans la mise en œuvre légale de l'art. 75b al. 2 Cst., cette notion est toutefois manifestement comprise comme devant renseigner sur le mode d'utilisation de l'ensemble des logements d'une commune, afin de pouvoir déterminer quelle est la proportion de résidences secondaires. Il s'agit donc d'un inventaire ou d'un registre et non d'une mesure de planification. L'art. 4 LRS, qui met en œuvre le mandat législatif de l'art. 75b al. 2 Cst., utilise donc la notion d'"inventaire des logements" au lieu de celle de "plan des résidences principales". En vertu de l'art. 4 al. 1 LRS, toutes les communes suisses sont donc tenues d'établir chaque année un inventaire des logements, quelle que soit la proportion de résidences secondaires qu'elles abritent. Celui-ci doit mentionner au moins le nombre total de logements ainsi que le nombre de résidences principales (art. 4 al. 2 LRS).

L'art. 75b al. 2 Cst. lui-même ne peut pas être appliqué directement en raison de sa nature de mandat législatif.

Concrètement, chaque commune doit fournir à l'OFS ses données sur les habitants chaque année, avec comme date de référence le 31 décembre, au plus tard le 31 janvier de l'année suivante. Jusqu'à la même date, les communes doivent également mettre à jour leurs données dans le Registre des bâtiments et des logements (RegBL) (art. 1 al. 1 OLC). Sur la base des données communales figurant dans le RegBL, l'Office fédéral du développement territorial (ARE) détermine pour chaque commune, jusqu'au 31 mars de chaque année, si sa part de résidences secondaires est supérieure à 20% ou non (art. 2 al. 2 OLD). La décision de l'ARE peut d'abord faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral. Si une commune se contente de collecter les données minimales, elle présentera toutefois régulièrement une proportion de résidences secondaires plus élevée que celle qui existe effectivement sur son territoire. Cela s'explique par le fait que, dans le RegBL, seuls les logements qui peuvent être attribués à des personnes établies dans la commune constituent des résidences principales. Les logements qui ne peuvent être attribués à aucune personne établie dans la commune sont considérés comme des résidences secondaires potentielles. Ainsi, tous les logements assimilés à des résidences principales en vertu de l'art. 2 al. 3 LRS sont statistiquement considérés comme des résidences secondaires, bien que cela ne soit pas le cas. Pour éviter cela, les communes peuvent saisir séparément, en plus des résidences principales, la catégorie des logements assimilés à des résidences principales au sens de l'art. 2, al. 3, LRS et les compter parmi les résidences principales. Ils ne sont alors plus considérés comme des résidences secondaires, ce qui fait baisser la proportion de résidences secondaires dans la commune. Seule cette procédure permet de déterminer avec précision la part de résidences secondaires (cf. supra n. 29). 43

Les communes dont la part de résidences secondaires évolue en permanence dans la zone limite de 20% (communes dites à ascenseur) ne devraient donc pas se contenter du contenu minimal de l'art. 4 al. 2 LRS lors de la collecte des données pour l'établissement de l'inventaire des résidences secondaires, mais choisir la procédure de l'al. 3 et surveiller en outre de près l'évolution de la part de résidences secondaires. Une utilisation différente de quelques logements peut déjà avoir pour conséquence qu'une commune soit soumise 44

ou non au champ d'application de l'art. 75b Cst. Si la part de résidences secondaires devait être inférieure à 20%, la base pour les restrictions d'utilisation selon l'art. 7 al. 1 LRS disparaîtrait après coup. Bien que la base légale pour la restriction d'utilisation disparaisse, la suppression de cette condition ne se fait pas d'office, mais une demande du propriétaire est nécessaire pour que l'autorité compétente ordonne à l'office du registre foncier de radier la mention (art. 25 al. 3 LRS). La situation n'est pas claire lorsque le seuil de 20% n'est pas atteint et que les restrictions d'utilisation sont radiées. La LRS ne règle pas cette situation, de sorte que ces logements ne sont ni des logements neufs ni des logements régis par l'ancien droit. Il conviendra de clarifier la manière dont leurs possibilités d'utilisation et d'extension doivent être traitées. En revanche, il est déjà incontesté, sur la base de l'art. 75b al. 1 Cst., que l'autorisation de construire ne peut pas être accordée pour une résidence secondaire qui entraîne un dépassement de la limite (art. 6 al. 1 phrase 2 LRS).

IV. ART. 197, CH. 9, AL. 1 CST.

45 Cette disposition transitoire autorisait le Conseil fédéral à édicter par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution nécessaires concernant l'établissement, la vente et l'inscription au registre foncier si, dans un délai de deux ans (c'est-à-dire jusqu'au 11 mars 2014), la législation nécessaire à la mise en œuvre de l'art. 75b n'était pas entrée en vigueur. Il s'agissait manifestement de mettre le législateur sous pression. Comme on pouvait s'y attendre, la loi nécessaire n'était pas encore en vigueur à la date en question, mais le Conseil fédéral a agi (de manière surprenante) avant cette date et a édicté une première ordonnance sur les résidences secondaires, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2013 (aOrdonnance sur les résidences secondaires, à ne pas confondre avec l'actuelle OROEM ; supra n. 7 s.). Il voulait ainsi garantir une application à droit constant des nouvelles normes constitutionnelles jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation d'exécution.

46 La question s'est toutefois posée de savoir si le Conseil fédéral était à ce moment-là habilité à édicter une telle ordonnance. Alors que celui-ci s'estimait compétent pour le faire en vertu de l'art. 182 al. 2 Cst. - selon lequel il veille à l'exécution de la législation et édicte les prescriptions nécessaires à cet effet -, une partie importante de la doctrine était d'un avis contraire. Selon elle, seule une loi existante permet à la Confédération d'édicter une

ordonnance sur la base de l'art. 182 al. 2 Cst. De manière diplomatique, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé de manière définitive sur ce litige, se contentant de constater qu'il serait en tout cas exagérément formaliste d'exiger du Conseil fédéral qu'il édicte une seconde fois l'OACI, cette fois sur la base de l'art. 197, ch. 9, al. 1 Cst.

Après le 11 mars 2014 et jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi exigée par l'art. 75b Cst., l'aOrgA était alors considérée comme une ordonnance au sens de l'art. 197 ch. 9 al. 1 Cst. et disposait alors sans aucun doute d'une base de compétence assurée. Avec l'entrée en vigueur de la LRS, l'aZWV a finalement été abrogée le 1er janvier 2016 (supra n. 8). 47

V. ART. 197 CH. 9 AL. 2 CST.

La portée de l'art. 197, ch. 9, al. 2, Cst. a également fait l'objet de désaccords avant les arrêts du Tribunal fédéral qui ont servi de guide. La majeure partie de la doctrine ainsi que les tribunaux cantonaux partaient du principe que cette disposition transitoire précisait l'art. 75b al. 1 Cst. et qu'elle lui était supérieure en tant que lex specialis. En tant que conséquence juridique de l'art. 75b al. 1 Cst., l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. établit sans équivoque la nullité des autorisations de construire à partir du 1er janvier 2013 seulement et non pas dès l'entrée en vigueur de l'initiative. Il en résulte la conclusion inverse impérative que l'ancien droit continue de s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2012 et que les permis de construire délivrés restent valables. 48

Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que l'art. 197, ch. 9, al. 2, Cst. n'était pas une norme transitoire, mais un renforcement de la conséquence juridique de l'art. 75b, al. 1, Cst. Ainsi, les règles habituelles de validité intertemporelle du droit s'appliquent et la légalité d'un acte administratif s'apprécie en fonction de la situation juridique au moment où il a été émis. Les modifications du droit qui n'interviennent qu'au cours de la procédure de recours ne doivent normalement pas être prises en compte, à moins qu'un intérêt public important n'impose l'application du nouveau droit ou que celui-ci ait été adopté dans l'intérêt de l'ordre public. Selon le Tribunal fédéral, de tels motifs impérieux, respectivement un intérêt public prépondérant, n'existaient toutefois pas. 49

En raison de l'applicabilité directe de l'art. 75b al. 1 Cst. la situation juridique se présente donc comme suit : Pour les demandes de permis de construire 50

délivrées avant le 11 mars 2012 et contestées par la suite, le droit applicable est celui en vigueur au moment de l'évaluation en première instance par les autorités cantonales. Le nouveau droit s'applique aux permis de construire qui ont été délivrés après le 11 mars 2012 ; ils peuvent être contestés même s'ils ont été déposés avant l'acceptation de l'initiative. Si le permis de construire n'a été délivré en première instance qu'après le 1er janvier 2013, il est nul et non avenu. Il ne peut en être décidé autrement qu'en présence de constellations particulières de protection de la confiance ainsi que de déni de justice ou de retard dans l'application du droit.

51 La conséquence de ces arrêts du Tribunal fédéral serait en fait que les logements qui ont été autorisés en première instance avant le 11 mars 2012 sont également considérés comme relevant de l'"ancien droit", même s'ils ont encore fait l'objet d'une procédure de recours après cette date. En revanche, l'art. 10 LRS stipule désormais qu'un logement régi par l'ancien droit au sens de la loi n'est qu'un logement qui existait légalement ou qui était autorisé par une décision entrée en force le 11 mars 2012. Le législateur n'a pas donné de justification pour cette restriction.

VI. ANALYSE DES EFFETS

52 Pendant la campagne de votation, les partisans de l'initiative l'ont présentée comme un moyen simple de mettre un terme au mitage du territoire dans les régions de montagne et d'offrir à la population locale des logements à des prix avantageux (supra n. 3). Comme d'autres initiatives récentes, elle était plutôt axée sur une formulation simple, mais tranchante, en vue de ses chances de succès dans les urnes, plutôt que de se pencher sérieusement sur des solutions durables aux problèmes thématisés. Par la suite, la réalité s'est avérée - comme souvent - bien plus complexe que prévu et le bilan de l'initiative sur les résidences secondaires est par conséquent mitigé.

A. Aspects économiques

53 Les conséquences économiques négatives redoutées se sont produites dans les communes concernées - comme les experts l'avaient prédit et donc sans surprise - bien que cela ait été systématiquement nié avant la votation. Ainsi, les inégalités patrimoniales ont augmenté, car les résidences principales autorisées sans restriction ont subi une perte de valeur par rapport aux résidences secondaires contingentées. En d'autres termes, les propriétaires de

logements de vacances existants (probablement la plupart du temps des étrangers) en ont profité, alors que les propriétaires de résidences principales indigènes font partie des perdants économiques. De plus, le chômage a augmenté dans les régions déjà structurellement faibles. Selon la première analyse des effets, il ne s'agit toutefois pas de difficultés économiques substantielles, même si les effets de l'art. 75b Cst. sur la valeur ajoutée brute, l'emploi et les recettes fiscales devraient se faire davantage sentir à l'avenir. Malgré les dommages collatéraux sur le plan économique, l'étalement urbain ne s'est pas ralenti de manière significative dans les communes concernées.

Quant aux prix de l'immobilier dans les communes concernées, ils ont généralement baissé au cours des premières années suivant l'acceptation de l'initiative - et ce contrairement aux attentes des spécialistes. Ce n'est qu'en 2021, et surtout sous l'influence de la pandémie de Corona à partir de 2020, que les prix ont atteint le même niveau qu'ils auraient probablement eu sans l'initiative. En fait, on partait du principe que la division du marché en deux parties, les logements relevant de l'ancien droit et ceux relevant du nouveau droit, entraînerait directement des hausses de prix, puisque même après l'adoption de l'art. 75b Cst. 90% des transactions concernaient toujours des logements relevant de l'ancien droit. Deux raisons principales ont été à l'origine de l'évolution paradoxale des prix de l'immobilier : D'une part, les problèmes économiques déjà évoqués des communes entrant dans le champ d'application de l'art. 75b Cst. ont entraîné une baisse de la demande locale en biens immobiliers. D'autre part, les incertitudes juridiques et économiques liées à l'initiative ont entraîné une réticence à effectuer des transactions immobilières. 54

Les développements futurs sur le marché du logement des communes concernées sont incertains. Certes, il faut partir du principe que la hausse des prix des logements régis par l'ancien droit devrait intervenir avec retard, renforcée par le besoin de logements supplémentaires dans des lieux décentralisés en raison de la pandémie et de la possibilité accrue de travailler à domicile. En revanche, il ne faut pas s'attendre à des logements supplémentaires abordables pour la population locale. Les logements relevant de l'ancien droit deviennent plus difficilement abordables pour les autochtones, tandis que le marché des logements relevant du nouveau droit reste restreint (notamment en raison de la raréfaction des terrains à bâtir due à la nouvelle LAT) et que ces derniers restent donc chers. Si, contre toute 55

attente, le nombre de logements relevant du nouveau droit devait augmenter - après tout, les propriétaires indigènes de logements relevant de l'ancien droit ont une incitation financière à les vendre et à financer ainsi des logements moins chers relevant du nouveau droit - le mitage indésirable s'en trouverait renforcé. L'"effet beignet" déjà évoqué se produirait quand même avec du retard. Jusqu'à présent, il n'a pas été constaté ou à peine.

56 Il n'est pas possible de prédire de manière fiable si l'utilisation des résidences secondaires va s'intensifier en raison de la tendance au home office qui se renforce sous l'effet de la pandémie Covid-19, voire si les prises de domicile dans les régions périphériques vont augmenter, ce qui ferait baisser durablement la part des résidences secondaires.

B. Aspects juridiques

57 D'un point de vue juridique, il faut tout d'abord critiquer le fait que la formulation peu réfléchie de la mise en œuvre de l'initiative a donné du grain à moudre aux juristes. Selon l'analyse des effets de la loi sur les résidences secondaires, une pratique juridique a pu se développer en relativement peu de temps sur quelques questions essentielles. Avec la LRS, le Parlement a au moins exploré les limites de l'art. 75b Cst. dans une tentative d'aller à la rencontre des communes concernées et de leurs problèmes spécifiques dans le domaine des résidences secondaires. Cette approche s'explique aussi par le fait que l'art. 75b Cst., en annulant sciemment le principe de proportionnalité par la limite absolue de 20%, empêche de trouver des solutions adaptées à la situation spécifique d'une commune. La prééminence par rapport à d'autres dispositions constitutionnelles s'ajoute ainsi à la liste peu glorieuse des initiatives récentes qui sapent sciemment l'équivalence des normes et acceptent que des principes juridiques élémentaires soient vidés de leur substance. Ce phénomène contemporain est préoccupant du point de vue du droit constitutionnel.

58 Pour l'avenir, il conviendrait notamment de prêter davantage attention aux besoins des régions peu touristiques ; les régions de montagne concernées par l'initiative ne se limitent pas à St-Moritz, Zermatt ou Verbier. Une application pragmatique de l'interdiction des résidences secondaires est particulièrement indiquée dans les régions périphériques et structurellement faibles, sans quoi l'exode de la population locale s'aggravera encore en raison des mauvaises perspectives économiques. Le législateur fédéral n'est pas le seul à être

sollicité, les communes concernées devraient elles aussi faire davantage usage des possibilités dont elles disposent d'ores et déjà en matière d'aménagement du territoire et de fiscalité.

C. Résumé

Dans l'ensemble, les deux objectifs visés par l'art. 75b Cst. (arrêt du mitage du territoire et logements à loyer modéré) n'ont pas pu être atteints jusqu'à présent. Pour l'avenir proche, l'arrêt du mitage semble incertain, tandis que le logement bon marché pour la population locale devrait rester une utopie. En raison de la durée relativement courte depuis l'entrée en vigueur de l'art. 75b Cst., les résultats de la première analyse d'impact sont toutefois encore limités, notamment sur le plan économique ; nous espérons que cela changera à l'avenir. 59

A propos de l'auteur

Fabian Mösching, docteur en droit, avocat, LL.M. (University of Sydney), est greffier à la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse à Lausanne. Il a rédigé sa thèse sur les mesures de limitation des résidences secondaires.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Alig Jonas/Griffel Alain, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 2016, S. 227 ff.

Amonn Anton Alfred, Besteuerung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 1997.

BAK Basel Economics AG, Auswirkungen der Zweitwohnungsinitiative auf die touristische und regionalwirtschaftliche Entwicklung – Ausgangslage, Wirkungszusammenhänge und Szenarioanalyse, Bericht im Auftrag des SECO, Basel 2013, abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung/beispiele-rfa/zweitwohnung/zweitwohnungsinitiative-auf-die-touristische-und-regionalwirtsch.html (besucht am 16.5.2023).

Besse Marc-Olivier, Art. 75b BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires: une première approche, ZBGR 96 (2015), S. 293 ff.

Bianchi Francois/Gros Sarah; Loi sur la résidences secondaires: Questions choisies, not@lex 2019, S. 87 ff.

Bodevin Valérie, Les « hôtels » en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Diss. Fribourg 2021.

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz, Bericht an den Bundesrat vom 12.5.2021, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Griffel Alain, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.

Marantelli Adriano, Tourismus- und Zweitwohnungsabgaben – eine Bestandesaufnahme, Jusletter 2.2.2015.

Mösching Fabian, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014.

Ruch Alexander, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Rütter Soceco, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Analyse der Auswirkungen mit volkswirtschaftlichem Fokus, Schlussbericht an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Rüschlikon, 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Steffen Daniel, Der kausale Effekt der Zweitwohnungsinitiative auf Immobilienpreise, Swiss Real Estate Journal, 23 (2021) S. 4 - 12.

Wolf Stephan/Lienhard Andreas (Hrsg.), Schweizerische Zweitwohnungsgesetzgebung – inbesondere praktische Umsetzungsfragen

und Rechtsvergleich mit den Grundverkehrsbeschränkungen in Tirol, INR Band 15, Bern 2014.

Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Zufferey Jean-Baptiste/Bodevin Valérie, «Lex Weber» et «logement touristique»: les premières explications, Baurecht 5 (2017), S. 304 ff.

BIBLIOGRAPHIE

Alig Jonas/Griffel Alain, Art. 75b BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar Basel 2015.

Alig Jonas, Das Zweitwohnungsgesetz, ZBl 2016, S. 227 ff.

Besse Marc-Olivier, Art. 75b BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bianchi François, La loi sur les résidences secondaires: une première approche, ZBGR 96 (2015), S. 293 ff.

Bianchi François/Gros Sarah; Loi sur la résidences secondaires: Questions choisies, not@lex 2019, S. 87 ff.

Bodevin Valérie, À quelles conditions peut-on transformer des bâtiments protégés ou caractéristiques du site en résidences secondaires ?, Baurecht 2 (2022), S. 82 ff. (zit. Bodevin, Conditions).

Bodevin Valérie, Les « hôtels » en droit public de la construction, Lex Weber – Lex Koller – LAT, Diss. Fribourg 2021 (zit. Bodevin, Hôtels).

Botschaft vom 19.2.2014 zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen, BBl 2014 2287, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/409/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Zweitwohnungen).

Botschaft vom 29.10.2008 zur eidgenössischen Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!», BBl 2008 8757, abrufbar unter https://

www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2008/1556/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Volksinitiative).

Botschaft vom 4.7.2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Flankierende Massnahmen zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland), BBl 2007 5756, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/793/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Raumplanung).

Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 4.7.2007, BBl 2007 5743, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/791/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft Aufhebung Lex Koller).

Botschaft zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken von Personen im Ausland und zur Volksinitiative «gegen den Ausverkauf der Heimat» vom 16.9.1981 BBl 1981 III 585, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_585_553_521/de (besucht am 16.5.2023) (zit. Botschaft BewG).

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Bericht an den Bundesrat, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Evaluation des Vollzugs, Bern 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Erläuternder Bericht des ARE vom 17.8.2012 zur Verordnung über Zweitwohnungen, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/erlaeuternder_berichtzurverordnungueberzweitwohnungen.pdf.download.pdf/erlaeuternder_berichtzurverordnungueberzweitwohnungen.pdf (besucht am 16.5.2023).

Erläuterungen des ARE vom 26.6.2013, Bundesgesetz über Zweitwohnungen, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/

erlaeuterungen_zumbundesgesetzueberzweitwohnungenentwurf.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_zumbundesgesetzueberzweitwohnungenentwurf.pdf (besucht am 16.5.2023).

Griffel Alain, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, S. 59 ff.

Hauser Ernst/Jäger Christoph, Art. 13 – 14, Vorbem. Vor Art. 21 – 22, 21 – 28 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Hilber Christian/Schöni Olivier, On the economic impacts of constraining second home investments, Journal of Urban Economics 118, 2020. Abrufbar unter https://www.researchgate.net/publication/342091174_On_the_Economic_Impacts_of_Constraining_Second_Home_Investments (besucht am 16.5.2023).

Mösching Fabian, Ab welchem Zeitpunkt ist die Zweitwohnungsinitiative anwendbar?, Jusletter 10.12.2012 (zit. Mösching, Zeitpunkt).

Mösching Fabian, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss. Bern 2014 (zit. Mösching, Massnahmen).

Mösching Fabian, Art. 1 – 6, 12 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021 (zit. SHK-Mösching zu Art.).

Pfammatter Aron, Art. 7, 8, 10 und 11 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Ruch Alexander, Art. 75b BV in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Rütter Soceco, Wirkungsanalyse Zweitwohnungsgesetz: Analyse der Auswirkungen mit volkswirtschaftlichem Fokus, Schlussbericht an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Rüschlikon, 2020, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/

publikationen/raumplanungsrecht/wirkungsanalyse-zweitwohnungsgesetz.html (besucht am 16.5.2023).

Stalder Beat/Heim Tina, Art. 9, 15 – 20 ZWG, in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Steffen Daniel, Der kausale Effekt der Zweitwohnungsinitiative auf Immobilienpreise, Swiss Real Estate Journal, 23 (2021), S. 4 - 12.

Tschannen Pierre, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008.

Waldmann Bernhard, Zweitwohnungsbau: Zulässigkeit von neuen Zweitwohnungen, die auf einem früheren Sondernutzungsplan beruhen, Baurecht 2 (2016), S. 279 ff.

Wolf Stephan/Nuspliger Isabelle, Einleitung in: Wolf Stephan/Pfammatter Aron (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Zweitwohnungsgesetz (ZWG) – unter Einbezug der Zweitwohnungsverordnung (ZWV), 2. Aufl., Bern 2021.

Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Diss., Bern 2020.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 77 Cst.

Un commentaire de Martin Looser / Alexander Lueger

PROPOSITION DE CITATION

Martin Looser/Alexander Lueger, Commentaire de l'art. Art. 77 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Looser/Lueger, art. 77 Cst. N. XXX.

Art. 77 Forêts

[1] La Confédération veille à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, économique et sociale.

[2] Elle fixe les principes applicables à la protection des forêts.

[3] Elle encourage les mesures de conservation des forêts.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique des origines 957
II. Contexte 960
A. Remarques préliminaires 960
B. Durabilité (art. 73 Cst.) 960
C. Protection de l'environnement, de la nature et du patrimoine (art. 74 et 78 Cst.) 961
D. Aménagement du territoire (art. 75 Cst.) 962
III. Commentaire au sens strict. 963
A. Remarques préliminaires 963
B. Forêts 963
1. Définition qualitative et quantitative de la forêt 963
2. Notion de forêt dynamique et statique 966
C. Alinéa 1 : Objectif 967
D. Alinéa 2 : Compétence législative de base 968
E. Alinéa 3 : Encouragement des mesures de conservation 969
Lectures complémentaires recommandées 971
Bibliographie 974
Matériaux 977

I. HISTORIQUE DES ORIGINES

La répartition actuelle des forêts et la structure du paysage en Suisse sont essentiellement dues au déboisement intensif de la forêt qui a débuté au Moyen-Âge et s'est poursuivi jusqu'au 19e siècle. Pendant plusieurs siècles, la forêt a été une **source indispensable de matières premières et de nourriture** et a servi différents intérêts d'exploitation, parfois contradictoires (notamment l'économie du bois, de la cueillette et du feu). 1

A la fin du 18e siècle et dans la première moitié du 19e siècle, le déboisement et la destruction de la forêt qui en résulte ont atteint leur apogée. L'industrialisation a entraîné une forte augmentation de la demande en bois. La séparation de la sylviculture et de l'agriculture et la professionnalisation qui en a résulté ont également contribué à l'intensification de l'exploitation du bois. La surexploitation massive de la forêt a fini par **provoquer de graves catastrophes naturelles**, notamment des inondations et des avalanches. 2

Malgré cette évolution inquiétante, la Constitution fédérale du 12 septembre 1848 ne contenait aucune disposition sur la sylviculture. Cela s'explique d'une part par le fait que la Constitution fédérale nouvellement créée était une « solution minimale » qui voulait **laisser le plus de compétences possible aux cantons**. D'autre part, les autorités et la population n'avaient pas conscience de l'urgence d'agir. La compétence législative en matière de sylviculture est donc restée pour l'instant du ressort des cantons. La législation forestière cantonale n'a toutefois guère réussi à empêcher le déboisement de la forêt. La plupart des textes législatifs n'étaient pas axés sur la protection de la forêt, mais sur la mise en place de barrières commerciales motivées par des considérations économiques. 3

Ce n'est qu'après les **inondations dévastatrices** survenues à l'automne 1868 dans les cantons du Tessin, des Grisons, de Saint-Gall, du Valais et d'Uri que la nécessité d'agir a été reconnue au niveau fédéral. Cette catastrophe naturelle est d'ailleurs qualifiée d'« événement décisif pour la création d'un pouvoir fédéral en matière forestière », voire d'« appel au réveil ». 4

C'est dans ce contexte que l'art. 24 aCst. a été introduit dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874. L'al. 1 conférait à la Confédération le **droit d'exercer la haute surveillance sur la police des eaux et des forêts en haute montagne** et lui donnait en même temps une compétence législative de 5

principe. L'al. 2 obligeait la Confédération à soutenir la correction et l'aménagement des torrents ainsi que le reboisement de leurs sources et à établir les dispositions de protection nécessaires à la conservation de ces ouvrages et des forêts déjà existantes. Le 24 mars 1876, la première loi sur la police des forêts a été promulguée sur la base de la norme constitutionnelle nouvellement créée. Cette loi visait la conservation quantitative de la forêt en interdisant dans une large mesure la réduction de la surface forestière. Malgré ces efforts, la loi sur la police des forêts n'a pas permis d'améliorer sensiblement la situation dans la pratique. Cela était dû en premier lieu aux déficits d'application dans les cantons de montagne, qui ne disposaient pas des moyens financiers et des ressources nécessaires pour mettre en place un service forestier.

6 En raison du manque de succès de la loi sur la police des forêts du 24 mars 1876 et des exigences croissantes de contributions fédérales pour les reboisements en dehors du domaine forestier fédéral, la limitation de la compétence fédérale à la haute montagne a finalement été supprimée lors de la modification de la Constitution du 11 juillet 1897. L'adaptation de la loi sur la police des forêts qui en a découlé est entrée en vigueur le 1er août 1898. L'importance de cette révision ne se limitait toutefois pas à l'extension du champ d'application géographique. Ainsi, le **mandat de protéger également les forêts du Jura et du Plateau suisse** était l'expression de la reconnaissance importante que « ces forêts, avec leurs fonctions différentes, font également partie intégrante des bases naturelles de la vie » et qu'elles doivent donc être conservées.

7 L'élargissement du champ d'application et la « variabilité beaucoup plus grande des conditions à réglementer » nécessitaient de nouvelles adaptations des bases légales. L'Assemblée fédérale a donc adopté le 11 octobre 1902 une **révision totale de la loi sur la police des forêts**. Les instruments d'encouragement ont été fortement développés par le biais de subventions fédérales, notamment pour soutenir les reboisements. Les ordonnances ont également joué un rôle important en définissant la notion de forêt et de défrichement et, à partir de 1965, en fixant de manière contraignante les conditions de défrichement. Ces mesures ont été efficaces, puisque la surface forestière a augmenté de plus de 40% en Suisse au cours du 20e siècle.

8 Dans la seconde moitié du XXe siècle, la situation a fortement évolué par rapport à l'époque de la promulgation de la loi sur la police des forêts en 1902.

L'attention s'est portée sur le dépérissement des forêts, qui a fait son apparition dans la conscience politique dans les années 1980, sur la pression croissante exercée sur l'écosystème forestier par l'urbanisation croissante et sur la situation économique des entreprises forestières qui se détériorait en raison de la baisse des rendements. En outre, la population a pris davantage conscience des **fonctions de la forêt en tant que protection contre les phénomènes naturels, habitat naturel et zone de loisirs**. Par ailleurs, la politique a reconnu qu'une simple protection quantitative de la forêt ne suffisait pas pour préserver les fonctions de la forêt. Des mesures de conservation qualitative par le biais d'un entretien et d'une gestion actifs de la forêt sont devenues nécessaires.

A la lumière de ces nouveaux défis, la loi sur la police des forêts du 11 octobre 1902 a fait l'objet d'une nouvelle révision totale à la fin du 20e siècle. Le 4 octobre 1991, l'Assemblée fédérale a adopté la **loi sur les forêts** actuellement en vigueur. Celle-ci est entrée en vigueur le 1er janvier 1993, en même temps que l'ordonnance sur les forêts du 30 novembre 1992. Du point de vue du droit constitutionnel, la loi sur les forêts repose sur une base plus large que l'ancienne loi sur la police des forêts. Sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, elle se fondait non seulement sur l'art. 24 aCst. mais aussi sur les art. 24sexies (protection de la nature et du paysage), 24septies (protection de l'environnement) et 31bis (défense nationale économique) aCst. La loi sur les forêts contient une réglementation complète des principes du droit forestier ; son entrée en vigueur a également marqué le passage d'une conception purement quantitative de la conservation des forêts à une conception renforcée par des éléments qualitatifs. 9

La loi sur les forêts a également constitué le point de départ de la nouvelle version de l'art. 24 aCst. dans le cadre de la **révision totale de la Constitution fédérale du 18 avril 1999**. Conformément à l'objectif explicite de la révision, la disposition constitutionnelle devait simplement être mise à jour et remaniée sur le plan rédactionnel. La partie de l'art. 24, al. 1, aCst. qui concerne les forêts a été transférée dans l'actuel art. 77, al. 2, Cst. La notion de haute surveillance, qui comprenait également la compétence de légiférer sur les principes (supra, N. 5), a disparu du texte constitutionnel, tout comme celle de police des forêts. Dans une formulation moderne, la disposition stipule simplement que la Confédération fixe les principes relatifs à la protection des forêts. Les éléments de l'art. 24, al. 2, aCst. concernant les 10

forêts se retrouvent à l'art. 77, al. 3, Cst. sous une forme linguistique adaptée. Les fonctions de la forêt déjà mentionnées à l'art. 1 LFo (fonctions de protection, d'exploitation et de bien-être) sont désormais également inscrites à l'art. 77, al. 1, Cst. et donc au niveau constitutionnel. La teneur de l'art. 24 aCst. en matière de police des eaux a été intégrée à l'art. 76 Cst.

11 L'art. 77 Cst. n'a **subi aucune modification** depuis l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, le 1er janvier 2000. En 2005, la Fondation Helvetia Nostra a déposé une initiative populaire intitulée « Sauver la forêt suisse » visant à modifier l'art. 77 Cst. Celle-ci visait notamment un renforcement de l'interdiction de défricher et une pratique de construction forestière proche de la nature. L'Assemblée fédérale n'est pas entrée en matière sur le contre-projet indirect soumis par la suite par le Conseil fédéral. Le comité d'initiative a alors déclaré le retrait de l'initiative populaire. Par la suite, des révisions partielles de la loi sur les forêts ont abouti sans nécessiter de modifications constitutionnelles (2012 : assouplissement de la politique forestière en matière de surface ; 2016 : amélioration de la prévention des dangers biotiques et du changement climatique, promotion de la filière bois, nouvelle réglementation de la formation forestière).

II. CONTEXTE

A. Remarques préliminaires

12 Du point de vue thématique, l'art. 77 Cst. est rattaché à la section 4 « Environnement et aménagement du territoire ». Cette intégration montre déjà que la forêt ne doit pas être comprise isolément, mais « en concert avec les autres dispositions de cette section ». Il existe notamment **des liens étroits** avec la durabilité (art. 73 Cst.), la protection de l'environnement, de la nature et du patrimoine (art. 74 et art. 78 Cst.) ainsi qu'avec l'aménagement du territoire (art. 75 Cst.), d'autant plus que la loi sur les forêts s'appuie en partie sur ces dispositions constitutionnelles (supra, N. 9). En outre, l'art. 77 Cst. est également lié à la protection des eaux (art. 76, al. 3, Cst.) et à la pêche et à la chasse (art. 79 Cst.).

B. Durabilité (art. 73 Cst.)

13 L'art. 73 Cst. ancre expressément le principe de durabilité au niveau constitutionnel. Selon ce principe, la Confédération et les cantons s'efforcent

d'établir durablement un rapport équilibré entre la nature et sa capacité de renouvellement, d'une part, et son exploitation par l'homme, d'autre part. Le principe de durabilité a été **développé à l'origine dans le domaine de la sylviculture**. C'est dans ce contexte qu'il a été mentionné pour la première fois (du moins implicitement) au niveau de la Constitution fédérale. Ainsi, l'art. 24 al. 2 aCst. (supra, N. 5) prévoyait que les « forêts déjà existantes » devaient être conservées. Comme la durabilité est désormais inscrite à l'art. 73 Cst. en tant que principe constitutionnel qui prime les dispositions du droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, on a pu renoncer à la mentionner à nouveau à l'art. 77 Cst. Le principe de durabilité continue donc de s'appliquer sans restriction au droit forestier. Il se manifeste par exemple dans l'obligation de conserver les forêts conformément à l'art. 1, al. 1, let. a, et à l'art. 3 LFo, et est expressément mentionné comme principe d'exploitation à l'art. 20, al. 1, LFo. Enfin, l'objectif principal de la « Politique forestière : objectifs et mesures 2021 - 2024 », approuvée le 26 mai 2021 par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, est également de garantir une gestion durable des forêts.

C. Protection de l'environnement, de la nature et du patrimoine (art. 74 et 78 Cst.)

Comme la forêt fait partie de l'environnement naturel, la protection de l'environnement réglée à l'art. 74 Cst. se recoupe en partie avec le contenu de l'art. 77 Cst. Il existe des liens thématiques avec la protection de l'air et la protection contre les substances dangereuses pour l'environnement (art. 18 LFo). En outre, la forêt, en tant qu'**habitat pour la faune et la flore**, relève du domaine de réglementation de la protection de la nature et du paysage selon l'art. 78 Cst. (en particulier l'al. 4 sur la protection des espèces et des biotopes et l'al. 5 sur la protection des marais et des sites marécageux). Ces références croisées apparaissent également dans la législation d'exécution pertinente. Ainsi, la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage contient des dispositions sur la protection d'associations forestières particulières (art. 18, al. ^{1bis}, LPN), sur l'exploitation forestière (art. 18c, al. 1, art. 19 et art. 23d, al. 2, let. a, LPN) et sur la végétation des rives (art. 21 LPN). Les ordonnances du Conseil fédéral sur les inventaires pour la protection des zones alluviales ainsi que des marais et des sites marécageux englobent également les forêts alluviales et les forêts marécageuses et servent ainsi à leur conservation. 14

15 Le **rapport entre le droit forestier et la législation sur la protection de l'environnement, de la nature et des sites** est entaché de certaines incertitudes. Jusqu'à présent, la jurisprudence ne s'est exprimée que de manière ponctuelle. Ainsi, le Tribunal fédéral a estimé que le droit forestier était *lex specialis* par rapport à l'art. 32d LPE (prise en charge des coûts d'assainissement des sites pollués). En se référant notamment à cet arrêt, la doctrine défend l'idée que le droit forestier prime en principe sur la législation relative à la protection de l'environnement, de la nature et du paysage. Toutefois, dans la mesure où la forêt doit être protégée dans sa fonction de biotope, les dispositions relatives à la protection des espèces et des biotopes primeraient. Selon le point de vue défendu ici, les dispositions du droit forestier et de la législation sur la protection de l'environnement, de la nature et du patrimoine s'appliquent en principe côte à côte, d'autant plus qu'il est parfois difficile de délimiter les dispositions qui relèvent du droit forestier. Les éventuels conflits de normes doivent être résolus dans le cadre de l'interprétation de la loi. Comme le Tribunal fédéral n'a pas motivé les considérations qui lui ont permis d'affirmer la primauté du droit forestier dans le cas concret, il n'est pas possible de tirer de l'arrêt, hormis le rapport entre le droit forestier et l'art. 32d LPE, d'autres conclusions sur le rapport avec la législation sur l'environnement et la protection de la nature et des monuments.

D. Aménagement du territoire (art. 75 Cst.)

16 L'art. 75 Cst. confère à la Confédération la compétence législative de principe en matière d'aménagement du territoire. Comme l'aménagement du territoire est important pour toutes les tâches de l'État ayant des effets sur le territoire, il a une **fonction transversale**. La forêt est également soumise à l'aménagement du territoire, comme le montrent l'art. 1 al. 2 let. a et l'art. 3 al. 2 let. e LAT, selon lesquels la forêt et ses fonctions doivent être protégées par des mesures d'aménagement du territoire.

17 Il existe une particularité concernant les plans d'affectation. Dans ce contexte, l'art. 18 al. 3 LAT prévoit que l'aire forestière est décrite et protégée par la législation forestière. Par conséquent, la forêt est **exclue du plan d'affectation, qui couvre par ailleurs l'ensemble du territoire**, et soumise à la place au régime de la législation forestière, sans pour autant être exclue du champ d'application du droit de l'aménagement du territoire. La constatation

de la forêt est régie par l'art. 10 LFo. Selon cet article, quiconque justifie d'un intérêt digne de protection peut faire constater par le canton qu'une surface est une forêt (al. 1). En outre, lors de l'adoption et de la révision des plans d'affectation selon la LAT, une constatation de la forêt doit être ordonnée dans les régions où les zones à bâtir jouxtent la forêt ou doivent la jouxter à l'avenir (let. a) et en dehors des zones à bâtir où le canton veut empêcher une augmentation de la forêt (let. b).

On retrouve donc dans la loi sur les forêts **différentes prescriptions relevant du droit matériel de l'aménagement du territoire**, qui se réfèrent parfois aussi au plan d'affectation afin d'assurer une certaine coordination. Il convient de mentionner en premier lieu les art. 11 ss. LFo dans la section « Forêts et aménagement du territoire », qui règlent le rapport entre l'autorisation de défrichement et l'autorisation de construire (art. 11 LFo), l'affectation des forêts à une zone d'affectation (art. 12 LFo) ainsi que la délimitation des forêts et des zones d'affectation (art. 13 LFo). En outre, la loi sur les forêts se réfère au droit de l'aménagement du territoire à l'art. 5 al. 2 let. b (autorisation exceptionnelle de défrichement), à l'art. 10 al. 2 (constatation des forêts lors de l'adoption et de la révision des plans d'affectation) et à l'art. 17 (distance à la forêt). 18

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Remarques préliminaires

L'art. 77 Cst. se divise en trois alinéas. Selon l'al. 1, la Confédération veille, au sens d'un objectif, à ce que la forêt puisse remplir ses fonctions de protection, d'exploitation et de bien-être. Dans ce but, et afin de garantir une certaine harmonisation du droit forestier, l'al. 2 attribue à la Confédération une compétence législative de principe. Enfin, l'al. 3 confère à la Confédération une compétence obligatoire en matière de promotion de la conservation des forêts. 19

B. Forêts

1. Définition qualitative et quantitative de la forêt

La Constitution fédérale ne précise pas comment il faut définir la notion de forêt utilisée à l'art. 77 Cst. Une **définition légale** correspondante se trouve 20

toutefois dans la législation d'exécution à l'art. 2 LFo en relation avec l'art. Art. 1 OFo. Elle comprend des caractéristiques qualitatives et quantitatives et repose pour l'essentiel sur l'ancienne description juridique de l'ordonnance d'exécution du 1er octobre 1965 ainsi que sur la jurisprudence du Tribunal fédéral.

21 Les **caractéristiques qualitatives** découlent de l'art. 2, al. 1, LFo. Selon cet article, est considérée comme forêt toute surface couverte d'arbres ou d'arbustes forestiers et pouvant remplir des fonctions forestières. L'origine, le type d'utilisation et la désignation au registre foncier ne sont pas déterminants. La caractéristique déterminante de la notion est que la surface concernée doit être apte à remplir des fonctions de protection, d'exploitation ou de bien-être au sens de l'art. 1 al. 1 let. c LFo (infra, N. 30). Il suffit que la surface à évaluer remplisse l'une des fonctions susmentionnées. La présence d'un sol forestier caractéristique, d'une lisière et d'un climat interne à la forêt est un argument typique en faveur de l'existence d'une forêt. Enfin, l'art. 2, al. 2 et 3, LFo et l'art. 2 et 3 OFo définissent plus précisément la notion qualitative de forêt au moyen d'un catalogue positif et négatif, en incluant ou en excluant certains phénomènes.

22 Afin de simplifier et de schématiser quelque peu l'évaluation de la qualité de la forêt, notamment pour les petits peuplements, l'art. 2, al. 4, 1re phrase, LFo donne aux cantons la possibilité de concrétiser la notion qualitative indéterminée de forêt par des **caractéristiques quantitatives**. Les cantons peuvent donc fixer la largeur, la surface et l'âge à partir desquels une surface en croissance ainsi que la largeur et la surface à partir desquelles un autre peuplement est considéré comme forêt. Lors de cette fixation, ils doivent s'en tenir au cadre fixé par le Conseil fédéral à l'art. 1, al. 1, OFo (cf N. 23). Si les valeurs seuils ainsi fixées sont atteintes, l'accomplissement des fonctions forestières et donc la qualité de la forêt (sous réserve de circonstances exceptionnelles) sont considérés comme acquis. En revanche, si les valeurs ne sont pas atteintes, on ne peut pas conclure sans autre qu'il n'y a pas de forêt, mais il faut procéder à une évaluation sur la base des caractéristiques qualitatives (cf. également N. 25 ci-après).

23 Lors de la **fixation des critères quantitatifs**, les cantons doivent veiller à ce que ceux-ci ne vident pas de sa substance la notion qualitative de forêt, mais se contentent de la préciser. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral est parti du principe que les surfaces boisées à partir d'une taille d'environ 500

mètres carrés, d'une largeur de 12 mètres et d'un âge de 15 ans sont régulièrement aptes à remplir des fonctions forestières. Il est donc contraire à la notion qualitative de forêt que les cantons se basent « de manière schématique et indifférenciée » sur les valeurs maximales mentionnées à l'art. 1, al. 1, OFo. Dans ce cas, les valeurs susmentionnées définies par le Tribunal fédéral s'appliquent en lieu et place des critères fixés par les cantons.

L'art. 2, al. 4, 2e phrase, LFo et l'art. 1, al. 2, OFo prévoient une réglementation spéciale, reprise dans la loi de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon ces dispositions, un peuplement est toujours considéré comme forêt de par le droit fédéral, indépendamment de sa surface, de sa largeur ou de son âge, si le peuplement remplit dans **une mesure particulière des fonctions de bien-être ou de protection**. Si tel est le cas, les valeurs seuils ne s'appliquent pas d'emblée. En d'autres termes, les dispositions prévoient qu'en cas d'importance fonctionnelle particulière du peuplement, les critères quantitatifs ne doivent pas être pris en compte. Il s'agit notamment des petits boisements le long des cours d'eau (ripisylves selon l'art. 18 al. ^{1bis} LPN) ainsi que de ceux qui revêtent une importance particulière en raison de leur composition (associations forestières rares selon l'art. 18 al. ^{1bis} LPN). Sont également concernés les petits peuplements qui, en raison de leur situation, marquent particulièrement le paysage. 24

La réglementation spéciale doit donc garantir que, dans certaines conditions, des peuplements qui n'atteignent pas les critères minimaux cantonaux puissent être considérés comme des forêts. Dans ce cas, il ne suffit pas que les surfaces puissent remplir des fonctions forestières (cf. art. 2, al. 1, en relation avec l'art. 1, al. 1, let. b, LFo). Au contraire, selon le texte de la loi et de l'ordonnance, de tels peuplements n'acquièrent la qualité de forêt, au sens d'une **qualification**, que s'ils remplissent « dans une mesure particulière » des fonctions de bien-être ou de protection (supra, N. 24). Cette condition qualifiante ne s'applique toutefois pas à chaque fois que les critères cantonaux minimaux ne sont pas respectés : La réglementation spéciale n'est pertinente que si les critères minimaux cantonaux ont été fixés de telle sorte qu'ils *précisent* la notion qualitative de forêt au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral (supra, N. 23). Selon le Tribunal fédéral, cela doit toujours être nié lorsqu'un canton exploite pleinement et de manière indifférenciée vers le haut le cadre du droit fédéral. Dans de tels cas, le Tribunal fédéral ne limite pas son examen à la question de savoir si un peuplement remplit dans une 25

mesure particulière des fonctions de bien-être ou de protection, mais se base sur les conditions qualitatives selon l'art. 2 al. 1 en relation avec l'art. art. 1, al. 1, let. b, LFo ; ceci en tout cas pour les surfaces boisées à partir d'une taille d'environ 500 mètres carrés, d'une largeur de 12 mètres et d'un âge de 15 ans (cf. supra, N. 23).

26 Enfin, la question de savoir dans quelle mesure l'exigence selon laquelle le boisement doit remplir « dans une mesure particulière » des fonctions de bien-être ou de protection pose **des exigences plus élevées en matière de fonctions forestières** par rapport à la notion qualitative de la forêt n'a pas été clarifiée jusqu'à présent. Il en va de même pour la question de savoir si l'art. 2, al. 4, LFo et l'art. 1, al. 2, OFo exigent que les fonctions de bien-être ou de protection soient *effectivement* remplies (comme le suggère le texte) ou si, comme pour l'art. 2, al. 1, LFo (supra, N. 21), l'aptitude à les remplir suffit déjà. Ces questions dépassent toutefois le cadre du présent commentaire de l'art. 77 Cst.

2. Notion de forêt dynamique et statique

27 La notion de forêt renonce à une délimitation spatiale. Au contraire, la forêt peut être créée partout, pour autant qu'une surface plantée d'arbres ou d'arbustes forestiers réponde aux caractéristiques qualitatives et quantitatives de la notion. L'extension de la forêt peut être volontaire ou involontaire. La forêt détermine « son champ d'application local et son objectif d'utilisation par sa propre force, en vertu du droit fédéral ». Si l'extension de la forêt va à l'encontre des plans d'affectation cantonaux et communaux, ces derniers sont évincés. C'est pourquoi la jurisprudence et la doctrine parlent d'une **notion dynamique de la forêt**. La notion dynamique de forêt est toutefois rompue à deux égards. Elle est remplacée, dans le cadre d'une constatation de forêt, par la **notion statique de forêt** dans les régions où des zones à bâtir jouxtent la forêt ou sont appelées à la jouxter à l'avenir (art. 10, al. 2, let. a, LFo) ou - en dehors des zones à bâtir - dans les régions où le canton veut empêcher une augmentation de la forêt (art. 10, al. 2, let. b, LFo). Dans le deuxième cas, les zones correspondantes doivent être désignées dans le plan directeur cantonal conformément à l'art. 12a OFo. Ensuite, les limites pertinentes de la forêt doivent être inscrites dans les plans d'affectation (art. 13, al. 1, LFo), avec pour conséquence que les nouveaux peuplements situés en dehors de ces limites ne sont pas considérés comme des forêts (art. 13, al. 2, LFo). Sur les surfaces

correspondantes, l'élimination de tels boisements est par conséquent autorisée sans autorisation de défrichement.

C. Alinéa 1 : Objectif

Conformément à l'art. 77, al. 1, Cst., la Confédération doit veiller, au sens d'un **objectif**, à ce que les forêts puissent remplir leurs fonctions protectrice, productive et sociale. Contrairement à l'art. 24 aCst. qui était principalement axé sur la fonction protectrice, une « conception plus large de la fonction de la forêt » est désormais ancrée dans la Constitution (supra, N. 5). Cela concrétise en même temps l'orientation de la compétence législative de principe selon l'art. 77 al. 2 Cst. ou de la compétence d'exécution édictée sur cette base. Les objectifs fixés à l'art. 77 al. 1 Cst. doivent également être respectés dans le cadre de l'interprétation de la loi. En outre, cette disposition a un impact sur la définition de la propriété, dans la mesure où l'utilisation autorisée est décrite plus précisément (notamment dans la législation d'exécution). Même si, contrairement à l'art. 76, al. 1, Cst., le texte constitutionnel ne mentionne pas que la Confédération doit veiller à l'accomplissement des fonctions forestières « dans le cadre de ses compétences », l'art. 77, al. 1, Cst. ne confère pas à la Confédération de compétences supplémentaires par rapport à celles prévues aux al. 2 et 3. 28

La **fonction protectrice** de la forêt réside dans la protection des personnes ou des biens contre les phénomènes naturels, tels que les avalanches, les glissements de terrain, l'érosion et les chutes de pierres (cf. art. 1, al. 2, LFo). La **fonction d'exploitation** est notamment évoquée lorsque du bois est prélevé dans la forêt comme matière première à des fins de construction ou d'énergie. Ensuite, la forêt remplit une **fonction de bien-être** lorsque « par sa situation, sa structure, son peuplement et son aménagement, elle sert d'espace de détente à l'homme ». Cette dernière fonction se manifeste en outre par le fait que la forêt marque le paysage, protège des influences environnementales néfastes (par exemple du bruit), garantit la qualité et la quantité des réserves d'eau et offre un habitat aux animaux et aux plantes. 29

Les différentes fonctions de la forêt ne sont pas hiérarchisées, mais sont en principe **équivalentes**. Les cantons sont toutefois tenus d'assurer une gestion durable des forêts et d'édicter à cet effet des prescriptions en matière de planification et de gestion (art. 20, al. 1 et 2, LFo). En vertu de l'art. 18, al. 2, OFo, les documents de planification forestière doivent au moins préciser les 30

conditions de la station ainsi que les fonctions de la forêt et leur pondération. Ainsi, malgré l'égalité de priorité des fonctions forestières, une priorité est fixée. Pour des raisons historiques et traditionnelles, la fonction protectrice revêt une importance déterminante (cf. art. 20, al. 5, LFo).

31 Enfin, le **principe de conservation des forêts** découle (au moins implicitement) des objectifs contenus dans l'art. 77, al. 1, Cst. Il est expressément mentionné à l'art. 77, al. 3, Cst. Alors que la conservation de la forêt était auparavant comprise dans le sens d'une protection quantitative de la forêt (supra, N. 5), elle est désormais comprise dans un sens plus large, incluant également la protection qualitative de la forêt. L'interdiction fondamentale de défricher selon l'art. 5 LFo reste centrale à cet égard. Il convient en outre de se référer à la législation d'exécution des art. 14 ss (protection contre les atteintes diverses) et 20 ss. LFo (Entretien et exploitation des forêts).

D. Alinéa 2 : Compétence législative de base

32 L'art. 77 al. 2 Cst. confère à la Confédération la compétence législative de principe en matière de protection des forêts. Cela s'est encore exprimé à l'art. 24, al. 1, aCst. par l'attribution à la Confédération du droit de haute surveillance sur la police des forêts (supra, N. 5). La question de savoir si et dans quelle mesure les deux formulations sont synonymes est controversée. Dans la doctrine, certains sont d'avis que le pouvoir de légiférer découlant de la haute surveillance correspond à la compétence de légiférer sur les principes, mais qu'il en découle également le pouvoir de faire appliquer le droit par la Confédération. Ailleurs, l'expression « haute surveillance » est interprétée de manière restrictive en ce sens que la Confédération ne peut faire usage de cette compétence qu'à titre subsidiaire, dans la mesure où la haute surveillance est nécessaire. Indépendamment de ces anciennes ambiguïtés terminologiques, il semble clair, selon le droit en vigueur, que **la Confédération peut disposer de la compétence d'exécution en vertu de la législation** (art. 46, al. 1, Cst.), même si celle-ci n'est plus expressément accordée par l'art. 77 Cst. Dans ce contexte, il convient notamment de se référer à l'art. 49, al. 1, LFo, selon lequel la Confédération surveille l'exécution de la loi sur les forêts et exécute les tâches qui lui sont directement confiées par la loi.

La compétence législative de principe permet à la Confédération d'édicter des prescriptions minimales sur le plan législatif dans le sens de l'objectif de l'art. 77, al. 1, Cst. et de veiller à l'harmonisation juridique nécessaire, tout en laissant aux cantons leur propre marge de manœuvre en matière de réglementation. Cela n'exclut toutefois pas que la Confédération puisse également créer des normes directement applicables et régler en détail des aspects jugés particulièrement importants. Dans certains domaines, la loi sur les forêts présente un **contenu réglementaire à la fois large et profond** . Elle contient par exemple des dispositions directement applicables au défrichement et à la constatation des forêts (art. 4 ss LFo) ainsi qu'à l'aménagement du territoire (art. 11 ss LFo). Lors de la création de la loi sur les forêts, la réglementation complète a été justifiée par le fait que la Constitution fédérale « place la responsabilité des forêts entre les mains de la Confédération », raison pour laquelle le législateur devait tenir compte de ce principe. Les aspects décisifs pour la conservation des forêts devaient donc être réglés dans la loi. Étant donné qu'au moment de l'adoption de l'art. 77 Cst. le degré de réglementation de la loi sur les forêts était déjà connu, il faut partir du principe que la formulation « principes relatifs à la protection des forêts » doit être comprise au sens large. Même si l'on devait considérer que le contenu de certaines dispositions va au-delà de la compétence de légiférer sur les principes, l'art. 190 Cst. s'opposerait à une non-application. 33

E. Alinéa 3 : Encouragement des mesures de conservation

L'art. 77, al. 3, Cst. consacre une compétence obligatoire de la Confédération en matière d'encouragement à la conservation des forêts. Les mesures doivent être axées sur la conservation quantitative et qualitative des forêts. Elles doivent donc servir à **prévenir les dangers pour la forêt**. L'aménagement concret des instruments de promotion est laissé à la législation d'exécution. On pense en premier lieu à l'octroi de subventions (art. 35 ss LFo), mais aussi aux mesures de prévention contre les organismes nuisibles (art. 27a LFo) et aux mesures d'adaptation au changement climatique (art. 28a LFo), ainsi qu'à l'encouragement de la formation, du conseil, de la recherche et de l'acquisition de bases (art. 29 ss LFo). Les limites découlent de la liberté économique selon l'art. 27 Cst. Ainsi, il est interdit à la Confédération d'exercer une influence sur l'économie forestière et l'économie du bois au moyen de mesures d'orientation de l'économie, car il n'existe pas de base constitutionnelle à cet effet, comme le prévoit par exemple l'art. 104, al. 2, Cst. 34

pour l'agriculture. Ce n'est qu'en cas de catastrophe forestière ou de production exceptionnelle de bois qu'une dérogation est possible sur la base de l'art. 102, al. 2, Cst. ainsi que des art. 28 et 38a, al. 1, let. c, LFo.

35 La loi sur les forêts a entraîné un renforcement des subventions. Ainsi, les fonds fédéraux disponibles et les taux de contribution ont été augmentés, dans le but de garantir l'existence des entreprises forestières, qui devaient à leur tour assurer la conservation quantitative et qualitative des forêts. La loi sur les forêts prévoyait initialement un système complexe de subventions. Les indemnités et les aides financières étaient ensuite accordées en fonction des projets et de la capacité financière des cantons. Avec la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) le 1er janvier 2008, les tâches, les compétences et les flux financiers entre la Confédération et les cantons ont été désenchevêtrés autant que possible et de manière judicieuse. Désormais, le soutien aux cantons se fait en principe sous la forme de **programmes pluriannuels avec conventions d'objectifs ainsi que de contributions globales et forfaitaires** au lieu de subventions individuelles. Les conventions-programmes (contrats de droit public) entre la Confédération et les cantons servent d'instrument pour l'octroi des subventions (art. 46, al. 2, Cst.). La loi sur les forêts a également été modifiée en conséquence, notamment les art. 36 ss. LFo, selon lesquels les subventions doivent être accordées sur la base de conventions-programmes. Les dispositions légales correspondantes sont concrétisées sur le plan matériel aux art. 39 ss. OFo et, sur le plan formel, aux art. 46 ss. OFo. Les deux conventions-programmes « Forêt » et « Ouvrages de protection et données de base sur les dangers » ont été conclues sur la base de ces dispositions. La première convention-programme citée comprend les programmes partiels « Forêts protectrices », « Biodiversité en forêt » et « Gestion forestière ». L'octroi de subventions par voie de décision n'est plus prévu que dans des cas exceptionnels, lorsque le projet nécessite une évaluation au cas par cas par la Confédération (art. 36, al. 2, et art. 37a, al. 2, LFo) ou en cas d'événements extraordinaires (art. 37, al. ^{1bis}, et art. 38a, al. 2, let. b, en relation avec l'al. 1, let. c, LFo).

A propos des auteurs

Martin Looser a étudié le droit à l'Université de Berne et a travaillé comme assistant scientifique dans différentes chaires à Berne et à Bâle. Aujourd'hui, il est partenaire chez ettlersuter Rechtsanwälte à Zurich et représente des

particuliers, des organisations, des entreprises ainsi que la collectivité dans des affaires de droit public, notamment dans les domaines du droit de l'environnement, de la planification et de la construction, du droit de l'égalité des personnes handicapées ainsi que du droit des animaux. Il effectue en outre des expertises.

Alexander Lueger a étudié le droit à l'Université de Lucerne et a travaillé pendant plusieurs années dans une chaire de droit privé et de droit privé comparé. Depuis 2022, il est avocat chez ettlersuter Rechtsanwälte. Il exerce une activité de conseil et de contentieux en droit public, avec un accent particulier sur le droit de l'environnement, de la planification et de la construction, ainsi qu'en droit privé.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Abt Thomas, Zehn Jahre Waldgesetzgebung des Bundes: Eine Zwischenbilanz aus kantonaler Sicht, SZF 2002, S. 356 ff.

Bloetzer Gotthard, Zur Entwicklung der schweizerischen Forstgesetzgebung, SZF 1992, S. 607 ff.

Bolgè Roberto/Schmutz Adrian, Neue Massnahmen für die Waldpolitik, Wald und Holz 2022, S. 37 ff.

Brändli Urs-Beat/Abegg Meinrad/Allgaier Leuch Barbara, Schweizerisches Landforstinventar, Ergebnisse der vierten Erhebung 2009–2017, Birmensdorf 2020, DOI: 10.16904/envidat.146.

Bühlmann Lukas/Kissling Samuel, Waldrodung für Siedlungszwecke?, Rechtsgutachten für den Kanton Zürich, Raum & Umwelt 2/2013, S. 1 ff.

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Waldpolitik 2020 vom Bundesrat gutgeheissen am 31.8.2011, BBl 2011 8731 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/1502/de, besucht am 4.10.2024.

Depenheuer Otto/Möhring Bernhard (Hrsg.), Waldeigentum, Dimensionen und Perspektiven, Berlin et al. 2010.

Favre Anne-Christine/Jungo Fabia, Chronique du droit de l'environnement, Deuxième partie, La protection de la forêt, des biotopes et du paysage, RDAF 2008, S. 307 ff.

Griffel Alain, Wald und Recht (Essay), SZF 2012, S. 304 ff.

Keel Alois/Zimmermann Willi, Der Wald im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZF 2009, S. 263 ff.

Keel Alois/Zimmermann Will, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Waldgesetzgebung 2000–2008, URP 2009, S. 237 ff.

Keller Peter M., Rechtliche Aspekte der neuen Waldgesetzgebung, AJP 1993, S. 144 ff.

Landolt-Parolini Daniel, Einflüsse der Landwirtschaftspolitik des Bundes auf den Wald, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 153 ff.

Lieberherr Eva/Coleman Evelyn/Ohmura Tamaki/Wilkes-Allemann Jerylee/ Zabel Astrid, Optimierung der Waldpolitik, Bericht im Auftrag des Bundesamts für Umwelt, 2023, abrufbar unter https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/externe-studien-berichte/optimierung-der-waldpolitik-2020.pdf.download.pdf/Optimierung_der_Waldpolitik_2020.pdf, besucht am 4.10.2024.

Nay Giusep, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur neuen Waldgesetzgebung, SZF 2002, S. 362 ff.

Ohmura Tamaki/Norer Roland/Lieberherr Eva, Waldpolitischer Jahresrückblick 2021, SZF 2022, S. 230 ff.

Pettenella Davide, Strumenti innovativi nel marketing dei prodotti e servizi forestali: i pagamenti volontari per servizi ambientali e ricreativi, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 135 ff.

Schmidhauser Albin, Neuregelung von Verfügungsrechten in der Luzerner Waldwirtschaft, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 171 ff.

Sonanini, Das neue Waldgesetz und die Raumplanung, BR 1992, S. 83 ff.

Spörri Andy/Steg Carmen/Bronzini Luca/Meier Fabienne/ Perch-Nielsen Sabine/Willi Christian/Steinmüller Karlheinz, Zukunftsszenarien Wald und

Holz 2050, Schlussbericht im Auftrag des Bundesamts für Umwelt vom 9.1.2023, abrufbar unter https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/dokumente/wald-holz/externe-studien-berichte/zukunftsszenarien-wald-und-holz-2050.pdf.download.pdf/Zukunftsszenarien_Wald_und_Holz_2050_DE.pdf, besucht am 4.10.2024.

Steinmann Kathrin/Lieberherr Eva/Zimmermann Willi, Waldpolitik der Schweiz, Ein Lehrbuch, Zürich et al. 2017.

Weisz Leo, Forstpolitik und Forstverwaltung in der Helvetik, SZF 1948, S. 187 ff.

Wild Florian, Die Rodungsbewilligung im Rahmen der Neuregelungen des Bundes über die Verfahrenskoordination und über die Aufsicht im Bereich der Walderhaltung, ZBl 2002, S. 113 ff.

Wild-Eck Stephan, Der Wald: Die Sportanlage Nummer 1 im Spannungsfeld unterschiedlicher Interessen, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 189 ff.

Wilkes-Allmann Jerylee/Zabel Astrid/Coleman Brantschen Evelyn/Ohmura Tamaki/Lieberherr Eva, Eine Evaluation der Waldpolitik 2020 und ein Ausblick, SZF 2023, S. 132 ff.

Williams Michael, Dark Ages and Dark Areas: Global Deforestation in the Deep Past, Journal of Historical Geography 200, S. 28 ff.

Wullschleger Erwin, Die Erfassung der Waldunktionen, Bericht Nr. 238 der Eidgenössischen Anstalt für das forstliche Versuchswesen, Birmensdorf 1982.

Wulz Christian, Grundlagen und Kompetenzordnung beim präventiven Umgang mit Naturgefahren im Wasser-, Wald-, Raumplanungs- und öffentlichen Baurecht, Zürich et al. 2020.

Zimmermann Willi/Keel Alois, Rechtsgutachten zu den Schwächen in der biodiversitätsrelevanten Gesetzgebung und entsprechenden Verbesserungsmöglichkeiten, Zürich 2010.

Zufferey Roger, Aspects juridiques des activités de loisirs et de détente en forêt, URP 2010, S. 337 ff.

BIBLIOGRAPHIE

Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas, Kommentierung der Einleitung, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bloetzer Gotthard, Die Oberaufsicht über die Forstpolizei nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, Zürich 1978.

Brunner Ursula/Looser Martin, Das Verhältnis von Luft und Wald im Spiegel politischer Herausforderungen, in: Bisang Kurt/Hirschi Christian/Ingold Karin (Hrsg.), Umwelt und Gesellschaft im Einklang?, Festschrift für Willi Zimmermann, Zürich et al. 2011, S. 71 ff.

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Waldpolitik: Ziele und Massnahmen 2021 – 2024, Bern 2021 (zit. Waldpolitik).

Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Handbuch Programmvereinbarungen im Umweltbereich 2020 – 2024, Bern 2018 (zit. Programmvereinbarungen).

Epiney Astrid/Kern Markus/Diezig Stefan, Zur Implementierung des Smaragd-Netzwerks in der Schweiz: Perspektiven der Einbindung der Schweiz in ein europäisches Naturschutzgebietsnetz, Zürich et al. 2013.

Errass Christoph, Kommentierung zu Art. 73 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Griffel Alain, Umweltrecht, in a nutshell, Zürich et al. 2019.

Grossmann Heinrich, Die schweiz. Forstwirtschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, SZF 1949, S. 464 ff. (zit. Forstwirtschaft).

Grossmann Heinrich, Forstgesetzgebung und Forstwirtschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1803–1848), SZF 1948, S. 379 ff. (zit. Forstgesetzgebung).

Hoffmann Kristin/Griffel Alain, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.

Hürlimann Katja, Holzwirtschaft, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 8.1.2008, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/014025/2008-01-08/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024.

Irniger Margrit, Wald, 2. Mittelalter und frühe Neuzeit, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 29.4.2015, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/007849/2015-04-29/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024.

Jagmetti Riccardo, Kommentierung zu Art. 24 aBV, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern 1996 (zit. Kommentar BV 1874).

Jaissle Stefan M., Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung, Eine Darstellung der Waldgesetzgebung unter raumplanungsrechtlichen Aspekten, Zürich 1994.

Jenni Hans-Peter, Kommentierung der Vorb. zu Art. 1 WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Jenni Hans-Peter, Vor lauter Bäumen den Wald doch noch sehen: Ein Wegweiser durch die neue Waldgesetzgebung, Bern 1993 (zit. Wegweiser).

Kilchhofer Christian, Kommentierung der Vorb. zu Art. 35 ff. WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Largey Thierry, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Mader Luzius, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP 1999, S. 698 ff.

Mahon Pascal, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Aubert Jean-François / Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du avril 1999, Zürich et al. 2003 (zit. Petit commentaire).

Malanima Paolo, Energy Crisis and Growth 1650–1850: The European Deviation in a Comparative Perspective, Journal of Global History 2006, S. 101 ff.

Marti Arnold, Kommentierung zu Art. 77 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Marti Arnold, § 10 Waldrecht, in: Haller Walter (Hrsg.), Umweltrecht, Ein Lehrbuch, Zürich et al. 2004, S. 139 ff. (zit. Waldrecht).

Mather Alexander, The Transition from Deforestation to Reforestation in Europe, in: Angelsen Arild/Kaimowitz David (Hrsg.), Agricultural Technologies and Tropical Deforestation, Wallingford 2001, S. 35 ff.

Muggli Rudolf, Kommentierung zu Art. 18 RPG, in: Aemisegger Heinz, Moor Pierre, Ruch Alexander, Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich et al. 2016 (zit. Praxiskommentar).

Norer Roland, Kommentierung zu Art. 2 WaG, in: Abt Thomas/Norer Roland/Wild Florian/Wisard Nicolas (Hrsg.), WaG, Kommentar zum Waldgesetz, Zürich et al. 2022 (zit. Kommentar WaG).

Ruch Alexander/Hettich Peter, Kommentierung zu Art. 75 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Schuler Anton, Wald, 2. 19. und 20. Jahrhundert, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 29.4.2015, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/007849/2015-04-29/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024 (zit. Wald).

Schuler Anton, Forstgesetze, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 17.8.2007, abrufbar unter https://hls-dhs-dss.ch/de/export/articles/013802/2007-08-17/WebHome?format=pdf&pdftemplate=HLSCode.ArticlePdfExport, besucht am 4.10.2024 (zit. Forstgesetze).

Summermatter Stephanie, Die Prävention von Überschwemmungen durch das politische System der Schweiz von 1848 bis 1991, Bern 2017.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Wagner Pfeifer Beatrice, Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche, 2. Aufl., Zürich et al. 2021.

Waldmann Bernhard/Hänni Peter, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22.6.1979 über die Raumplanung (RPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2006.

MATÉRIAUX

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen (Waldgesetz, WaG) vom 29.6.1988, BBl 1988 III 173 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1988/3_173_157_137, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft WaG 1988).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft BV 1996).

Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 7.9.2005, BBl 2005 6029 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2005/976, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft NFA 2005).

Botschaft zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen («Swissness»-Vorlage) vom 18. November 2009, BBl 2009 8533, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2009/1471, besucht am 4.10.2024 (zit. Botschaft «Swissness»-Vorlage 2009).

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 81 Cst.

Un commentaire de Markus Schreiber

PROPOSITION DE CITATION

Markus Schreiber, Commentaire de l'art. 81 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Schreiber, art. 81 Cst. N. XXX.

Section 5 Travaux publics et transports

Art. 81 Travaux publics

La Confédération peut, dans l'intérêt du pays ou d'une grande partie de celui-ci, réaliser des travaux publics et exploiter des ouvrages publics ou encourager leur réalisation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 981
II. Contexte 982
III. Commentaire au sens strict 984
A. Nature de la compétence fédérale 984
B. Construction et soutien d'ouvrages publics 985
1. Notion d'« ouvrages publics » 985
2. « Dans l'intérêt de tout ou d'une grande partie du pays » 989
3. « Construire et exploiter » 990
4. « Soutenir leur construction » 991
5. Cas limites entre les deux variantes 991
C. Droit d'expropriation 992
D. Rapport avec d'autres compétences 992
E. Compétence et procédure 993
Lectures complémentaires recommandées 995
Bibliographie 996
Matériaux 1000

I. HISTORIQUE

L'art. 81 Cst. correspond dans une large mesure à l'art. 21 Cst. de 1848. Celui-ci régissait, à l'al. 1, le droit de la Confédération de construire ou de soutenir la construction d'ouvrages publics aux frais de la Confédération dans l'intérêt de celle-ci ou d'une grande partie de celle-ci. L'alinéa 2 prévoyait à cet effet un droit d'expropriation spécifique (« droit d'expropriation ») contre indemnisation intégrale. L'alinéa 3 autorisait l'Assemblée fédérale à interdire la construction d'ouvrages publics si ceux-ci portaient atteinte aux intérêts militaires de la Confédération. Cet article constitutionnel s'inspirait notamment des projets d'aménagement des cours d'eau, car l'aménagement de la Linth, réalisé environ 30 ans auparavant, ne s'était pas appuyé sur une base juridique suffisante. Les documents mentionnent toutefois en premier lieu la construction de lignes de chemin de fer comme objet de l'article. 1

La disposition a été reprise, avec quelques modifications mineures dans la formulation, mais sans autre changement, dans l'art. 23 Cst. 1874. 2

Lors de la révision totale, le contenu de l'al. 1 de l'art. 23 Cst. 1874 a été repris dans la Cst. 1999, seule la référence linguistique à la Confédération et à la prise en charge des coûts ayant été supprimée. En outre, outre la « construction », l'« exploitation » des ouvrages est désormais également mentionnée, bien qu'elle était déjà prévue dans la Constitution fédérale de 1874. Les alinéas 2 et 3 n'ont en revanche pas été repris, car ils ont été jugés superflus, d'une part en raison du droit d'expropriation déjà lié aux compétences matérielles et, d'autre part, en raison de la législation fédérale dans le domaine militaire. D'un point de vue systématique, la disposition a été déplacée des dispositions générales, où elle se trouvait entre les dispositions relatives à l'armée et à l'enseignement supérieur (Cst. 1848) et celles relatives à l'aménagement du territoire, à la protection des eaux et à la protection des forêts (Cst. 1874), vers une section distincte consacrée aux travaux publics et aux transports. Dans l'ensemble, le classement systématique de la norme dans le cadre de la révision totale s'est avéré difficile. 3

Les dispositions précédentes de la Constitution fédérale de 1848 et de 1874 ont d'abord pris une importance pratique surtout en ce qui concerne les corrections des cours d'eau et la construction de routes de cols. En 1897, la loi fédérale sur l'acquisition et l'exploitation de chemins de fer pour le compte de 4

la Confédération et sur l'organisation de l'administration des chemins de fer fédéraux suisses a été promulguée. Elle se fondait non seulement sur l'art. 26 de la Constitution fédérale de 1874 relatif à la construction et à l'exploitation des chemins de fer, mais aussi sur l'art. 23 relatif aux travaux publics. De même, certaines lignes de chemin de fer ont manifestement été construites sur la base de l'art. 23 de la Constitution fédérale de 1874. Même la simple aide financière accordée à une ligne ferroviaire en difficulté économique était fondée sur l'art. 23 Cst. 1874. En 1902, en l'absence de compétence fédérale dans le domaine de l'énergie, la loi sur l'électricité a été adoptée sur la base, entre autres, de l'art. 23 Cst. 1874.

5 Le législateur fédéral a parfois fondé les lois sur les infrastructures sur l'art. 81 Cst. (ou ses dispositions antérieures), bien qu'il existât une compétence fédérale spécifique dans le domaine en question. C'est le cas, par exemple, de la loi sur les conduites de 1962, qui se fondait non seulement sur l'article 26bis, récemment ajouté à la Constitution fédérale, mais aussi sur l'article 23 de la Constitution fédérale de 1874. On ne peut que supposer les raisons pour lesquelles le législateur fédéral se réfère également à la disposition constitutionnelle relative aux travaux publics dans les cas où une compétence matérielle aurait existé. Il pourrait s'agir, aujourd'hui comme hier, de mesures législatives qui, du point de vue du législateur fédéral, ne sont plus entièrement couvertes par la compétence matérielle. Dans ce cas, elles seraient « par mesure de précaution » fondées en outre sur la disposition relative aux travaux publics. Dans les versions précédentes, leur mention supplémentaire pourrait toutefois s'expliquer par le fait que ces versions contenaient encore leur propre réglementation en matière d'expropriation. La mesure dans laquelle la version actuelle contient, au moins implicitement, un droit d'expropriation est exposée ci-dessous au N. 33.

II. CONTEXTE

6 L'art. 81 Cst. a pour but de permettre la construction d'infrastructures dont la réalisation dépasserait les capacités des cantons ou qui, en raison de leur importance pour l'ensemble du pays, ne seraient pas réalisées par des cantons individuels. Comme le montre l'exemple historique des lignes de chemin de fer, cette norme peut également s'avérer pertinente lorsque, indépendamment des capacités et de la volonté des cantons, une planification et une coordination à l'échelle nationale semblent nécessaires.

Malgré sa position systématique au début de la section 5, l'art. 81 Cst. ne constitue pas une disposition « globale » relative à la constitution en matière d'infrastructures. Cela est d'autant plus vrai qu'un complément correspondant sous la forme d'un alinéa 2, qui aurait obligé la Confédération à fournir de manière générale des infrastructures performantes, a été rejeté. Il s'agit plutôt d'une norme subsidiaire par rapport aux bases de compétence plus spécifiques de la Confédération pour les ouvrages dont la construction par la Confédération ne pourrait autrement s'appuyer sur aucune base juridique spécifique. 7

Compte tenu des nombreuses compétences spécifiques dont dispose aujourd'hui la Confédération, cette disposition est parfois considérée comme superflue. Cependant, étant donné que la législation, et a fortiori la modification de la Constitution, ont tendance à être en retard sur le progrès technique («*legal lag*»), cette disposition pourrait conserver toute sa pertinence à l'avenir. Ainsi, la Confédération a fondé la loi fédérale sur le transport souterrain de marchandises (LTSM) non seulement sur l'art. 87 Cst., mais aussi sur l'art. 81 Cst. Étant donné que les projets correspondants présentent des différences par rapport aux chemins de fer aériens existants, on aurait pu se demander dans quelle mesure cette loi aurait pu se fonder uniquement sur l'art. 87 Cst. (voir ci-dessous N. 23). 8

Un autre exemple est la construction d'une infrastructure de transport de CO2 qui, dans le cadre de l'objectif « zéro émission nette » de gaz à effet de serre, pourrait être utilisée pour capter les émissions de CO2 inévitables (par exemple dans les usines d'incinération des ordures ménagères ou certaines installations industrielles) sur place, puis soit les utiliser ailleurs (par exemple pour produire des gaz synthétiques à partir de sources d'énergie renouvelables), soit (ce qui est nettement plus controversé) les stocker sous terre. Une infrastructure de transport de CO2 ne peut toutefois pas être incluse dans la compétence fédérale en matière de conduites prévue à l'art. 91, al. 2, Cst., car le CO2 n'est pas un combustible ou un carburant. Dans la doctrine, il a déjà été avancé que la construction d'une infrastructure de conduites correspondante par la Confédération pourrait se fonder sur l'art. 81 Cst. (en relation avec l'art. 74 Cst.). 9

Malgré les critiques parfois exprimées, cette disposition peut donc continuer à gagner en importance compte tenu de l'évolution technique constante. À cet égard, il semble très pertinent de retenir l'avis exprimé dans la littérature 10

selon lequel le fait que l'art. 81 Cst. soit rarement invoqué ne remet pas en cause son importance, mais découle précisément de sa fonction de rattrapage.

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Nature de la compétence fédérale

11 Selon une interprétation courante, l'art. 81 Cst. doit permettre à la Confédération de fournir les prestations correspondantes en se fondant directement sur la Constitution, c'est-à-dire sans législation préalable. Il s'agit donc d'une compétence administrative (directe). Cette interprétation est remise en question dans la doctrine récente, qui invoque le principe de légalité. La forme sous laquelle la Confédération doit décider des mesures au sens de l'art. 81 Cst. ne peut toutefois être déterminée de manière abstraite, mais dépend, dans chaque cas concret, de la mesure dans laquelle le droit est établi (ou seulement appliqué) et des exigences à poser en matière de niveau et de densité normatifs en application des principes généraux et (par exemple en droit fiscal) spéciaux (cf. N. 39 ss). L'art. 81 Cst. ne confère pas à la Confédération le mandat de créer des ouvrages correspondants, mais laisse à son appréciation la décision d'intervenir ou non.

12 Malgré l'absence de référence à la prise en charge des coûts par la Confédération, contrairement à l'art. 23, al. 1, Cst. de 1874, il est évident que l'exercice de la compétence administrative peut donner lieu à l'octroi de moyens provenant du budget fédéral.

13 On peut se demander dans quelle mesure l'art. 81 Cst. confère en outre à la Confédération une compétence législative. Étant donné que le soutien et, en particulier, l'exploitation éventuelle de grands ouvrages ne peuvent souvent être réglementés de manière judicieuse que par une législation appropriée, on peut supposer que l'art. 81 Cst. confère, outre la compétence administrative, une compétence législative limitée. Cela correspond également aux déclarations figurant dans les documents. En outre, la création de bases légales appropriées peut constituer une aide essentielle de la Confédération.

14 En l'absence d'une compétence fédérale en matière ferroviaire (qui n'a été créée que deux ans plus tard par l'art. 26 Cst. 1874), la loi sur les chemins de fer de 1872 s'appuyait manifestement uniquement sur la disposition qui a précédé l'art. 81 Cst., à savoir l'art. 21 Cst. 1848. Une loi adoptée sur la seule

base de l'art. 81 Cst. doit toutefois se limiter, sur le fond, aux dispositions nécessaires à la réalisation de l'ouvrage concret. Cela sera notamment le cas dans la première variante (« construire et *exploiter* ») en ce qui concerne l'entretien. Les conditions et les modalités du soutien financier pourraient également y être réglementées. Dans la littérature, en revanche, on estime que la Confédération ne peut, en vertu de l'art. 81 Cst., que permettre la réalisation d'ouvrages axés sur le résultat, mais pas les réglementer. Compte tenu de la complexité des infrastructures innovantes, on peut se demander si cette approche serait viable dans la pratique. En tout état de cause, la variante dans laquelle la construction est soutenue par des tiers et l'exploitation ultérieure réglementée serait à considérer comme inadmissible.

B. Construction et soutien d'ouvrages publics

1. Notion d'« ouvrages publics »

La notion d'« ouvrages publics » est au cœur de cette disposition. Les travaux préparatoires à la Constitution fédérale de 1999 n'apportent aucune précision à ce sujet. La formulation semble donc très ouverte. Le mot « ouvrage » seul ne permet pas nécessairement de déduire l'exigence d'une matérialité, comme le montre par exemple la notion d'œuvre en droit d'auteur, qui englobe entre autres les programmes d'ordinateur (art. 2, al. 3 LDA). À première vue, le lien avec le verbe « réaliser » dans la version allemande de la norme semble plaider en faveur d'une limitation aux œuvres matérielles. Il convient toutefois de noter que les autres versions linguistiques contiennent une formulation qui pourrait également s'appliquer à des œuvres immatérielles (« réaliser », « realizzare »). 15

Par rapport aux versions allemande et italienne, la version française se distingue en outre par l'utilisation de deux termes différents (« *travaux* » et « *ouvrages* »). Il n'apparaît toutefois pas clairement qu'il s'agisse ici d'une distinction conceptuelle, d'autant plus que les deux termes peuvent être traduits par « œuvre ». 16

L'interprétation historique de la disposition montre qu'elle englobe en tout état de cause les grands projets d'infrastructure tels que les installations ferroviaires et autres ouvrages techniques. Il apparaît clairement ici que le terme « ouvrages » dans la Constitution fédérale de 1848 et celle de 1878 désignait en premier lieu des « constructions ». Il devait toutefois également 17

englober des travaux visant par exemple à réparer des dommages ou à rétablir un état antérieur. L'art. 23 de la Constitution fédérale de 1874 soulignait à plusieurs reprises que la transformation du sol était une caractéristique essentielle de l'« ouvrage ».

18 L'interprétation systématique penche en faveur des ouvrages (liés aux transports), car l'art. 81 de la Constitution fédérale est réglementé dans une section commune avec les infrastructures de transport. Dans le même temps, l'importance de la position systématique pour l'interprétation doit être relativisée dans la mesure où le classement de la disposition dans le cadre de la révision totale a posé des difficultés. La comparaison avec les termes « ouvrage » et les termes apparentés d'autres domaines juridiques n'est pas non plus très significative, car ceux-ci diffèrent considérablement entre eux et par rapport à l'art. 81 Cst.

19 Ainsi, une interprétation architecturale rapproche la notion d'ouvrage des « constructions et installations » au sens de l'art. 22 LAT, qui ne permet toutefois pas d'interpréter l'art. 81 Cst. La notion d'ouvrage au sens du droit civil (art. 363 CO) se distingue nettement de celle de l'art. 81 Cst., car elle peut englober, du moins en partie, des œuvres purement intellectuelles. Il semble plus logique de se référer à la responsabilité du propriétaire d'ouvrage selon l'art. 58 CO. Cependant, comme nous le montrerons ci-après, la notion d'ouvrage qui y est utilisée semble trop restrictive au regard de la conception moderne de l'art. 81 Cst., car elle fait référence à un lien fixe, au moins temporaire, avec le sol.

20 L'interprétation téléologique plaide en faveur d'une conception large de la notion d'ouvrage. Étant donné que l'art. 81 Cst. doit servir de norme subsidiaire pour les domaines dans lesquels la Confédération ne dispose d'aucune compétence spécifique, la définition de l'ouvrage ne doit pas être trop restrictive et doit notamment être ouverte aux évolutions techniques. La question de savoir si les satellites (en tant qu'installations non terrestres) ou les infrastructures virtuelles ou numériques peuvent être considérés comme des ouvrages fait donc l'objet d'un débat légitime. L'importance de ces dernières est mise en évidence par les événements de juillet 2024, lorsqu'une mise à jour logicielle défectueuse a causé des dommages dans le monde entier et entraîné, entre autres, l'annulation de milliers de vols. En fin de compte, pour la population, peu importe que l'avion reste au sol parce que la piste d'atterrissage est endommagée ou parce qu'il y a eu une perturbation de

l'infrastructure informatique de l'aéroport. Une extension à ces infrastructures serait particulièrement conforme à l'objectif de l'art. 81 Cst. si leur construction dépassait les compétences des cantons, mais ne relevait pas de la compétence spécifique de la Confédération. Une interprétation qui s'en tient à la conception des infrastructures pertinentes du XIXe siècle serait contraire à la confirmation de cet article dans le cadre de la révision totale de 1999. On ne peut pas supposer que le constituant ait voulu à l'époque conserver un article ou le réintroduire dans une nouvelle formulation qui, compte tenu des compétences spécifiques existant dans le domaine des infrastructures, n'aurait a priori aucune importance. Dans son message relatif à la loi fédérale sur l'identification électronique (« e-ID »), le Conseil fédéral s'est rallié à une interprétation selon laquelle la mise à disposition d'une « infrastructure de confiance » numérique dans le cadre d'un « paysage administratif électronique uniforme » pourrait également être couverte par la notion d'ouvrage au sens de l'art. 81 Cst.

Néanmoins, les infrastructures de construction peuvent continuer à jouer un rôle, par exemple dans la gestion des effets du changement climatique. Afin de ne pas enfreindre la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale par une interprétation trop extensive, l'application de l'art. 81 Cst. doit de toute façon rester limitée aux ouvrages qui ont un lien, même lointain, avec les infrastructures. Les prestations purement intellectuelles telles que les brevets ou autres propriétés intellectuelles ne sont pas non plus couvertes, tant qu'elles ne se traduisent pas par une infrastructure concrète. En outre, le champ d'application est limité par l'exigence selon laquelle l'ouvrage doit être dans l'intérêt de l'ensemble ou d'une grande partie du pays (cf. ci-dessous N. 25 ss). 21

La question se pose de savoir quand une œuvre peut être considérée comme « publique ». Cela doit en tout cas être supposé pour les œuvres exploitées par l'État lui-même dans l'intérêt public. L'examen historique montre toutefois que, sur la base de cette disposition, des entreprises ferroviaires privées ont également été soutenues, par exemple. La propriété ne devrait donc pas être déterminante, d'autant plus que, selon le libellé de la disposition, la Confédération n'est pas tenue d'exploiter elle-même les œuvres, mais peut se contenter de soutenir leur construction. Pour qu'une œuvre soit considérée comme « publique », il faut donc (uniquement) qu'elle serve l'intérêt public. Comme dans le contexte de l'art. 36, al. 2, Cst., les biens de police tels que la 22

sécurité publique peuvent notamment être protégés, comme ce serait le cas pour les installations servant à la protection contre les inondations. Comme le montre le classement systématique dans la section 5, le développement des transports dans certaines régions du pays doit également constituer un intérêt public pertinent. Selon un point de vue, les ouvrages à l'étranger peuvent également être d'intérêt public au sens de l'art. 81 Cst. tant que leur utilité profite au moins en partie au territoire national. On peut en tout cas souscrire à cette opinion pour les ouvrages situés à proximité de la frontière qui servent à relier la Suisse à des infrastructures étrangères. Les intérêts publics entrant en ligne de compte ne peuvent finalement pas être définis de manière exhaustive, et la Confédération dispose à cet égard d'une marge d'appréciation considérable. Sont toutefois exclus les ouvrages qui servent essentiellement des intérêts particuliers (notamment financiers).

23 Certains soulignent que l'art. 81 Cst., compte tenu de son caractère subsidiaire et de sa faible densité normative, ne s'applique qu'à des cas particuliers, raison pour laquelle il ne peut servir de base à la construction de toute une catégorie d'ouvrages. Toutefois, dans le cas des grandes infrastructures telles que les installations de transport souterraines ou les conduites de CO2 mentionnées ci-dessus, on peut supposer qu'elles ne peuvent être conçues de manière judicieuse que si elles s'étendent sous forme de réseau sur l'ensemble du territoire ou, en tout cas, sur une grande partie de celui-ci. Dans une telle configuration, on pourrait éventuellement envisager la création de toute une « catégorie » d'ouvrages de ce type. Si cela n'était pas couvert par la disposition, sa pertinence pratique serait considérablement réduite. L'exemple historique des lignes de chemin de fer montre également qu'il serait difficile, dans la pratique, de faire la distinction entre les ouvrages individuels et les catégories d'ouvrages. Dans ce domaine, de nombreux projets ont été réalisés par la Confédération sur la base des dispositions antérieures de l'art. 81 Cst. Dans l'ensemble, on ne peut donc guère parler de cas individuels, mais selon les documents, la construction de lignes ferroviaires devrait être couverte par la disposition constitutionnelle relative aux travaux publics (cf. ci-dessus N. 1).

24 Il semble toutefois exact que la compétence *législative* limitée accordée par l'art. 81 Cst. (cf. ci-dessus N. 11 ss) ne peut être utilisée pour créer un cadre légal général pour des catégories entières d'ouvrages, indépendamment de la construction concrète d'un ouvrage. Dans ce contexte, la loi fédérale sur le transport souterrain de marchandises, compte tenu de son approche globale

(cf. art. 1 et 2 de la loi), ne pose aucun problème en matière de compétences si l'on considère que l'art. 87 Cst., qui y est également mentionné, constitue une base de compétence appropriée.

2. « Dans l'intérêt de tout ou d'une grande partie du pays »

Cette disposition présuppose que l'action de la Confédération soit dans l'intérêt de l'ensemble ou d'une grande partie du pays. La question se pose notamment de savoir ce qu'il faut entendre par « une grande partie » du pays. En tout état de cause, on ne peut exiger ici que la majorité des cantons soient concernés, car il n'est pas question d'une « grande partie » du pays. Dans le même temps, les intérêts de plus d'un canton (même si celui-ci a une grande superficie ou une population importante) doivent être concernés, car la disposition vise précisément à permettre la réalisation d'ouvrages publics qui ne sont pas seulement dans l'intérêt d'un seul canton. Les ouvrages d'intérêt purement local ou régional n'entrent donc pas dans son champ d'application. La Confédération n'est donc pas autorisée, sur la base de l'art. 81 Cst., à promouvoir la construction d'écoles, de salles polyvalentes ou d'autres bâtiments similaires. En outre, la Confédération ne peut intervenir que lorsque le secteur privé ou les cantons ne fournissent pas déjà des infrastructures suffisantes. Cela découle déjà du principe de subsidiarité, qui n'est que partiellement normalisé dans les art. 5a et 43a Cst. 25

Ce n'est pas la taille et l'étendue géographique de l'ouvrage qui sont déterminantes pour l'importance de l'intérêt, mais ses effets réels sur le bien public. Ainsi, un ouvrage limité géographiquement à un seul canton peut revêtir une importance pour d'autres cantons. Par exemple, un tunnel construit sur le territoire d'un seul canton peut desservir plusieurs cantons en termes de transport. Si l'ouvrage fait partie d'un réseau plus vaste d'installations, la contribution de l'ouvrage concret à ce réseau doit pouvoir être prise en compte ; toutefois, l'importance globale du réseau dans son ensemble ne peut être invoquée pour justifier l'intérêt requis. 26

Dans l'ensemble, les exigences en matière d'intérêt ne doivent pas être exagérées. Ainsi, du point de vue de la Confédération, même des ouvrages de moindre importance, tels que des ponts isolés, peuvent, dans certaines circonstances, présenter un intérêt pour « l'ensemble du pays ». La Confédération dispose à cet égard d'une marge d'appréciation considérable. 27

Les intérêts purement fiscaux de la Confédération ne justifient toutefois pas l'application de l'art. 81 Cst.

3. « Construire et exploiter »

28 Selon la première variante, la Confédération peut construire et exploiter elle-même l'ouvrage. Le lien avec le mot « et » doit en effet être compris en ce sens que si la Confédération construit elle-même un ouvrage (et ne se contente pas de soutenir sa construction), elle doit alors (du moins en principe, selon les documents) l'exploiter elle-même. Dans la littérature, cette variante est toutefois parfois interprétée comme se référant principalement à la prise en charge des coûts. Selon cette interprétation, il devrait être possible de confier la gestion concrète à des tiers, par exemple dans le cadre d'un *partenariat public-privé*, pour autant que la Confédération assume la responsabilité finale de l'exploitation. Il convient en tout état de cause d'approuver l'avis selon lequel la Confédération ne doit pas nécessairement agir directement en tant que responsable et que le transfert à une unité administrative de la Confédération ou l'externalisation à une société de droit privé peut notamment être envisagé.

29 Certains estiment que la Confédération ne devrait construire et exploiter elle-même une installation que si les cantons (avec le simple soutien de la Confédération) renoncent à l'exploiter. Dans le cas de l'entreprise Linth, une installation construite et initialement exploitée par la Confédération a ensuite été transférée par la loi à un établissement créé par les cantons concernés. En outre, le principe de la liberté économique impose certaines limites à la construction d'ouvrages fédéraux en concurrence avec l'économie privée. En ce qui concerne le principe de subsidiarité, cette première variante soulève donc une question plus spécifique : dans le contexte de l'intérêt « de tout ou d'une grande partie du pays » (ci-dessus N. 25 ss), la question se pose de savoir si, selon le principe de subsidiarité, une intervention de la Confédération est réellement nécessaire. En ce qui concerne la variante de la construction et de l'exploitation, il convient en revanche d'examiner s'il est nécessaire que l'exploitation soit assurée par la Confédération elle-même ou si, par exemple, une exploitation par le canton n'est pas envisageable, la Confédération se contentant de soutenir financièrement la construction de l'ouvrage (voir ci-dessous la deuxième variante). Il reste à voir si la variante « construction et

exploitation », jusqu'à présent peu pertinente, pourrait gagner en importance à l'avenir dans le cadre des infrastructures numériques (cf. ci-dessus N. 20).

4. « Soutenir leur construction »

Une variante beaucoup plus pertinente dans la pratique que la construction et l'exploitation par la Confédération elle-même consiste à se limiter à soutenir la construction par des tiers. Ce soutien peut être de nature financière, mais aussi logistique, conceptuelle ou coordinatrice. En outre, la Confédération peut mettre à disposition des connaissances spécialisées, par exemple par l'intermédiaire de ses autorités compétentes. Outre les cantons, les tiers qui construisent et exploitent l'ouvrage sont principalement des particuliers, pour autant que l'ouvrage soit d'intérêt public (cf. ci-dessus N. 22). Même des États étrangers peuvent être des bénéficiaires potentiels. Cela peut être pertinent, par exemple, lorsqu'il s'agit de promouvoir des installations ferroviaires situées au-delà de la frontière et qui servent à relier la Suisse. 30

Selon le libellé, seule la construction de l'ouvrage peut être subventionnée, et non son exploitation et son entretien. En revanche, le soutien de la Confédération à l'acquisition d'un ouvrage existant par les cantons ou des tiers devrait être couvert par l'art. 81 Cst. Le montant de l'aide est largement laissé à l'appréciation de la Confédération, mais le principe d'égalité de traitement (art. 8 Cst.), le principe d'ordre de la liberté économique (art. 94 Cst.) et le principe de subsidiarité (art. 5a Cst.) fixent certaines limites. 31

5. Cas limites entre les deux variantes

Par rapport à la première variante, la Confédération devrait avoir la possibilité de soutenir dans un premier temps la construction par des tiers, puis de reprendre l'ouvrage pour l'exploiter elle-même. Il est difficile de subsumer sous les termes allemands et italiens des deux variantes le cas où la Confédération souhaite soutenir un ouvrage déjà construit ou le reprendre, par exemple en cas de difficultés financières de l'exploitant privé. En ce qui concerne cette dernière reprise par la Confédération, certains estiment qu'elle est incluse dans la variante de la construction. En effet, il semblerait très formaliste d'interdire la reprise par la Confédération si une démolition hypothétique et une reconstruction ultérieure par la Confédération étaient autorisées. En fin de compte, on peut s'orienter vers l'idée directrice selon laquelle la Confédération, lorsqu'elle s'engage à long terme dans l'exploitation, 32

doit en supporter les coûts, mais sous la forme d'une exploitation propre et non d'une subvention permanente à des tiers. La version française, avec la variante « exploiter des ouvrages publics », offre la meilleure possibilité de subsumer ces cas sous le libellé de l'article.

C. Droit d'expropriation

33 La version précédente prévoyait encore expressément le droit de la Confédération de procéder à des expropriations aux fins de la construction de l'ouvrage (art. 23, al. 2, Cst. 1874). La non-reprise de cette partie de la disposition a été justifiée par le fait que la Confédération dispose déjà du droit d'expropriation en raison de ses nombreuses compétences matérielles et que la réglementation spéciale est donc superflue. Toutefois, étant donné que la norme est précisément destinée à jouer un rôle de rattrapage lorsqu'il n'existe pas de compétence matérielle propre à la Confédération, cette opinion est tout à fait discutable. Compte tenu de l'historique de la disposition, il semble préférable d'autoriser l'expropriation sur la base de l'art. 81 Cst., du moins lorsqu'il n'existe pas de compétence matérielle spécifique de la Confédération qui englobe un droit d'expropriation.

D. Rapport avec d'autres compétences

34 L'art. 81 Cst. est subsidiaire par rapport aux compétences matérielles spécifiques régies par la Cst. Même si l'art. 81 Cst. est pertinent précisément lorsqu'il n'existe pas de compétences matérielles spécifiques de la Confédération, son application ne doit pas servir à contourner les conditions requises pour ces bases de compétence plus spécifiques. Il peut être difficile, dans certains cas, de faire la distinction entre une fonction subsidiaire admissible et une violation de la répartition constitutionnelle des compétences.

35 L'article 75 Cst. sur l'aménagement du territoire ne confère généralement pas de compétences supplémentaires à la Confédération, car la compétence législative fondamentale qui y est prévue ne correspond pas à l'approche au cas par cas de l'art. 81 Cst. Dans le passé, le législateur a toutefois invoqué à titre isolé la compétence en matière d'aménagement du territoire prévue à l'art. 22^{quater} Cst. 1874 pour promouvoir des projets d'infrastructure au sens large.

Nous avons évoqué précédemment une éventuelle violation de la répartition constitutionnelle des compétences par une interprétation trop extensive de l'art. 81 Cst. (ci-dessus N. 34). En revanche, le cas où les restrictions des compétences fédérales résultent uniquement d'une réglementation de droit commun devrait être particulièrement pertinent. Ainsi, la loi sur l'énergie autorise le soutien de projets géothermiques au moyen de garanties fédérales, mais limite l'étendue de ces garanties. Étant donné que cette législation repose sur les compétences matérielles prévues aux art. 64, 74 à 76, 89 et 91 Cst., la question se pose de savoir si la Confédération peut, sur la base de l'art. 81 Cst., accorder un soutien allant au-delà de cette réglementation de droit commun. Du point de vue de la hiérarchie des normes, cela ne semble pas poser de problème, pour autant que les conditions prévues à l'art. 81 Cst. soient remplies, car cette restriction ne découle pas des compétences matérielles prévues dans la Constitution fédérale elle-même. Certains estiment toutefois qu'une telle réglementation de droit commun, en tant que concrétisation de la compétence matérielle correspondante, s'oppose à l'invocation de l'art. 81 Cst. Étant donné qu'une loi fédérale simple (malgré l'effet de fait de l'art. 190 Cst.) ne peut modifier la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale, cet avis doit être rejeté. 36

Lorsque des compétences cantonales existent, l'art. 81 Cst. établit une compétence fédérale parallèle qui ne supplante pas les compétences cantonales. Dans ce cas, la nature de l'ouvrage concerné détermine dans une large mesure dans quelle mesure la Confédération agit uniquement en complément des cantons ou seule. En fin de compte, l'art. 81 Cst. permet toutefois à la Confédération de se charger de la construction de certaines infrastructures. Si la Confédération ne construit pas les ouvrages, les cantons peuvent continuer à construire eux-mêmes des infrastructures d'importance supracantonale. 37

E. Compétence et procédure

La compétence pour les mesures à prendre en application de l'art. 81 Cst. appartient à l'Assemblée fédérale, c'est-à-dire au pouvoir législatif. Compte tenu de la nature première de la compétence fédérale en tant que compétence administrative (N. 11 ss ci-dessus), cela ne va pas de soi. 38

Selon l'art. 163 Cst., la forme sous laquelle l'acte législatif sera adopté dépend en premier lieu du fait qu'il s'agisse ou non de dispositions législatives. 39

Conformément à l'art. 163, al. 1, Cst., ces actes législatifs doivent être adoptés sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. Les autres actes législatifs sont adoptés sous la forme d'un arrêté fédéral, conformément à l'art. 163, al. 2, Cst. Selon l'interprétation simple de l'art. 22, al. 4, LParl, les dispositions « normatives » sont celles qui imposent des obligations, confèrent des droits ou fixent des compétences de manière directement contraignante et générale-abstraite. Cela peut également inclure des « actes législatifs purement constitutifs et organisationnels » tels que la LCFF. Compte tenu de la complexité des projets d'infrastructure actuels, une réglementation légale est souvent nécessaire dans la pratique. De toute façon, la distinction entre les dispositions législatives et les autres actes législatifs s'avère souvent difficile.

40 Une loi fédérale peut notamment être nécessaire lorsqu'une base légale formelle est requise selon les principes relatifs au niveau normatif (voir en particulier l'art. 164, al. 1, Cst.). Cela peut être le cas, par exemple, en cas d'atteinte grave aux droits fondamentaux au sens de l'art. 36, al. 1, Cst. ou en cas de perception d'une taxe. En outre, en cas de restriction des droits constitutionnels conformément à l'art. 164, al. 1, let. b, Cst. ainsi que dans les autres cas prévus à l'art. 164, al. 1, Cst., les dispositions fondamentales doivent en tout état de cause être réglées dans une loi fédérale.

41 Si, en revanche, selon ces critères, il ne s'agit pas de dispositions législatives et qu'aucune loi fédérale n'est nécessaire, un arrêté fédéral peut être adopté. La question se pose alors de savoir si celui-ci doit prendre la forme d'un arrêté fédéral simple (art. 29, al. 1, LParl en relation avec l'art. 163, al. 2, Cst.) ou d'un arrêté fédéral soumis au référendum (art. 29, al. 2, LParl en relation avec l'art. 163, al. 2, Cst.).

42 Selon la formulation – parfois vivement critiquée – de l'art. 29, al. 2, LParl, cela dépend s'il existe une base légale pour la décision dans la Constitution fédérale ou dans une loi fédérale. Si la compétence législative complémentaire découlant de l'art. 81 Cst. (voir ci-dessus N. 13 ss) est utilisée et qu'une loi fédérale est d'abord adoptée, un arrêté fédéral simple peut alors être utilisé pour les détails supplémentaires.

43 Toutefois, en l'absence de base légale particulière, la question se pose de savoir si l'art. 81 Cst. constitue en soi une base constitutionnelle suffisante ou si l'arrêté fédéral doit être soumis au référendum (facultatif). Si l'on part du principe que l'art. 81 Cst. confère une compétence administrative découlant

directement de la Constitution (voir ci-dessus N. 11), l'application de l'art. 29, al. 1, LParl et donc le choix d'un arrêté fédéral simple s'imposent. Dans la doctrine récente, on fait toutefois valoir que le caractère imprécis de l'art. 81 Cst. s'oppose à ce qu'il soit considéré comme une base suffisante pour une décision concrète au sens de l'art. 29, al. 2, LParl ; c'est pourquoi, conformément au principe de légalité, une décision soumise au référendum est nécessaire.

Si l'on interprète l'art. 29, al. 2, LParl à la lumière de l'art. 5, al. 1, Cst., , il n'est possible de renoncer au référendum que si le peuple avait la possibilité de le demander lors de la création de la base légale dans la Constitution fédérale ou dans une loi fédérale (art. 140, al. 1, let. a, Cst. ou, à titre facultatif, art. 141, al. 1, let. a, Cst.). Dans le cas de l'art. 81 Cst., toutefois, cela n'a guère d'effet en raison de son imprécision et de la multitude de cas d'application envisageables. Le principe constitutionnel de légalité n'est respecté que si la mesure est soumise au référendum. 44

La pratique de l'Assemblée fédérale est très hétérogène. Ainsi, des mesures fondées sur l'art. 81 Cst. (ou ses dispositions antérieures) ont déjà été adoptées sous la forme d'une loi fédérale, d'un arrêté fédéral soumis au référendum et d'un arrêté fédéral simple. 45

À propos de l'auteur

Markus Schreiber, Dr en droit, est professeur assistant en droit public et blockchain au Zug Institute for Blockchain Research (ZIBR) de l'Université de Lucerne.

Remerciements

L'auteur remercie Sanna Neuhauser pour son aide dans la recherche bibliographique et la révision anonyme par les pairs, ainsi que les éditeurs Prof. Dr Odile Ammann et Dr Stefan Schlegel pour leur relecture critique du manuscrit et leurs commentaires utiles.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Beyeler Martin/Diebold Nicolas, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Die Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 17.10.2010, BBl 2010 8665.

Dörr Oliver, Vierter Beratungsgegenstand, 1. Referat: Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht, Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrerin Greifswald vom 2. bis 5.10.2013, Berlin 2014.

Hauser Petra Martina Hedwig, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Zürich 2009.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020, Band 3, S. 2283-2308.

Ruch Alexander, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Auflage, Zürich 2001, S. 929-942 (Hinweis: Dieses Kapitel findet sich nicht in der konzeptionell stark veränderten zweiten Auflage).

Vogel Stefan, Rechtsgutachten zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain, Fällanden 19.8.2016 (zit. Vogel, Rechtsgutachten CST).

BIBLIOGRAPHIE

Affolter Sian/Epiney Astrid/Prantl Janine, Rechtliche Vorgaben für die CO2-Speicherung im Untergrund – EU-Recht, Rechtsvergleich und Implikationen für das Schweizer Recht, Zürich 2024.

Auer Andreas, Les actes de l'Assemblée fédérale et les droits populaires, LeGes 3 (2000), S. 61–70.

Baumann Phil, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Zürich et al. 2019.

Beyeler Martin/Diebold Nicolas, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar - Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Biaggini Giovanni, Kommentierung zu Art. 43 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Bundesamt für Justiz, Rechtsgrundlagen für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, Gutachten 22. Dezember 2011.

Dubey Jaques, Kommentierung zu Art. 36 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Dziejarski Bartosz/Krzyżyńska Renata/Andersson Klas, Current status of carbon capture, utilization, and storage technologies in the global economy: A survey of technical assessment, 342 Fuel 2023 127776.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes 3 (2000), S. 13–27.

Gabrielli Paolo/Gazzani Matteo/Mazzotti Marco, The Role of Carbon Capture and Utilization, Carbon Capture and Storage, and Biomass to Enable a Net-Zero-CO2 Emissions Chemical Industry, 59 Industrial & Engineering Chemistry Research 15 (2020), S. 7033–7045.

Hauser Petra Martina Hedwig, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektion, Zürich 2009.

Heß Alfred, Die Eisenbahnfinanzen, in: Ein Jahrhundert Schweizer Bahnen 1847-1947. Jubiläumswerk des Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartementes in fünf Bänden, Thiessing René (Hrsg.), Erster Band: Allgemeines - Geschichte - Finanzen - Statistik - Personal, Frauenfeld 1947, S. 417-454.

Hettich Peter, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 3, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 2283–2308.

Jagmetti Riccardo, Kommentierung zu Art. 23 BV 1874, in: Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René A./Schindler Dietrich, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Lfg. 6, Basel/Zürich/Bern 1996.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 1. Aufl., Basel 2015.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 87 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kern Markus, Kommentierung zu Art. 91 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kessler, Martin A., Kommentierung zu Art. 58 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019.

Kost Gregor, Präventiver Hochwasserschutz durch Bundesrecht unter besonderer Berücksichtigung raumplanerischer Hochwasserschutzmassnahmen und der Hochwasserschutzfunktion der Gewässerräume sowie Fragen im Zusammenhang mit Enteignungen, Luzern 2019.

Lehmann Lorenz/Zimmermann Rahel, Technologien zur CO2-Abscheidung, Entnahme und Speicherung in der Schweiz: Neue gesetzliche Entwicklungen und deren Lücken, Umweltrecht in der Praxis (URP) 5 (2023), S. 465–482.

Mahon Pascal, L'article 163 de la Constitution et les «autres» actes de l'Assemblée fédérale, LeGes 3 (2000), S. 41–59.

McLaughlin Hope/Littlefield Anna A./Menefee Maia/Kinzer Austin/Hull Tobias/Sovacool Benjamin K./Bazilian Morgan D./Kim Jinsoo/Griffiths Steven, Carbon capture utilization and storage in review: Sociotechnical implications

for a carbon reliant world, 177 Renewable and Sustainable Energy Reviews 2023 113215.

Moll Kurt, Das Gebot der Wirksamkeit im Alpenschutz - Evaluation in der Verlagerungspolitik, Bern 2016.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss - Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004, S. 159–163.

Neier Christina, Kommentierung zu Art. 43a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar Bundesverfassung, Version 28.4.2024, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv43a.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Kommentierung zu Art. 29 ParlG, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Basel 2024.

Ostovari Hesam/Müller Leonard/Skocek Jan/Bardow André, From Unavoidable CO2 Source to CO2 Sink? A Cement Industry Based on CO2 Mineralization, 55 Environmental Science & Technology 2021, S. 5212–5223.

Richli Paul/Winistörfer Marc M., Entstehung und Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftsrechts in der Schweiz von 1848-2022, Bern 2024.

Ruch Alexander, Öffentliche Werke und Verkehr, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Hrsg.: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, Zürich et al. 2001, S. 929–942.

Seidel Kurt, Das grosse Buch der Furka-Oberalp-Bahn - Wissenswertes u. Technisches, Ernstes und Heiteres aus der ereignisreichen Geschichte einer einzigartigen, zukunftsorientierten Schmalspurbahn der Schweizer Alpen, Mainz 1982.

Tschannen Pierre, Kommentierung zu Art. 163 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Uhlmann Felix/Schaffhauser René, Kommentierung zu Art. 91 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Vieweg Klaus, Reaktionen des Rechts auf Entwicklungen der Technik, in: Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?, Hrsg.: Schulte Martin, Heidelberg 1997, S. 35–54.

Vogel Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer - Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Zürich 2000 (zit. Vogel, Staat als Marktteilnehmer).

Vogel Stefan, Kommentierung zu Art. 81 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Vogel Stefan, Rechtsgutachten zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain, Fällanden 19.8.2016 (zit. Vogel, Rechtsgutachten CST).

Walther Reto, Kommentierung zu Art. 5a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar Bundesverfassung, Version 28.4.2024, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a.

Zindel Gaudenz G./Schott Bertrand G., Vorbemerkungen vor Art. 363 – 379 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019.

MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend einen Bundesbeitrag für die Maggiabrücke bei Ascona (Tessin) vom 15.11.1887, BBl 1887 IV 508, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1887/4_508__/de, besucht am 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung zum revidirten Bundesgesetz über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen im Gebiete der

schweizerischen Eidgenossenschaft vom 16.6.1871, BBl 1871 II 647, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1871/2_647__/de, besucht 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den Anschluss der Ost- und Westschweiz an das europäische Eisenbahn-Hochleistungsnetz (HGV-Anschluss-Gesetz) vom 26.5.2004, BBl 2004 3743, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/659/de, besucht am 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über den unterirdischen Gütertransport vom 28.10.2020, BBl 2020 8849, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2362/de, besucht 16.10.2025.

Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1, Bern 1996, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 16.10.2025.

Revisionskommission, Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung, vom 8. April 1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Beilage zum Theil IV des Abschieds der ordentlichen Tagsatzung von 1847. Litt. C, Bern 1848, https://doi.org/10.3931/e-rara-24304, besucht am 16.10.2025.

Staatspolitische Kommission des Nationalrates, Parlamentarische Initiative - Parlamentsgesetz (PG), Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates, BBl 2001 3467, https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2001/3467.pdf, besucht am 16.10.2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 96 al. 1 Cst.

Un commentaire de Andreas Heinemann

PROPOSITION DE CITATION

Andreas Heinemann, Commentaire de l'art. 96 al. 1 Cst., in: Stefan Schlegel/ Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Heinemann, art. 96 al. 1 Cst. N. XXX.

Art. 96 Politique en matière de concurrence

[1] La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence.

TABLE DES MATIÈRES

I. Conception générale de l'art. 96 Cst. et place dans la constitution économique .. 1005
A. Structure de l'art. 96 Cst. 1005
B. Lien avec la liberté économique et le marché intérieur 1006
C. Protection des consommateurs 1007
D. Autres références constitutionnelles 1007
E. Plan de l'exposé 1008
II. Genèse de l'art. 96, al. 1, Cst. 1009
A. Les « nouveaux » articles économiques de 1947 : l'« ancien » article sur les cartels 1009
B. L'article sur les cartels de la Constitution fédérale révisée 1010
III. Contexte 1013
A. Portée de l'art. 96, al. 1, Cst. 1013
B. Les notions de « principe d'abus » et de « principe d'interdiction » 1014
C. Fixation sur le principe de l'abus ? 1016
D. Conclusion 1019
IV. Commentaire au sens strict 1020
A. « édicte » 1020
B. «Prescriptions» 1020
C. « Effets préjudiciables » 1021
D. « Préjudiciable à l'économie nationale ou à la société » 1024
E. « des cartels et autres restrictions à la concurrence » 1026
F. « contre » 1028
G. Perspectives 1028
Lectures complémentaires recommandées 1029
Bibliographie 1031
Matériaux 1035

I. CONCEPTION GÉNÉRALE DE L'ART. 96 CST. ET PLACE DANS LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE

A. Structure de l'art. 96 Cst.

L'art. 96 Cst. regroupe en un seul article les compétences fédérales dans trois domaines importants du droit économique : l'al. 1 concerne le **droit des cartels**, l'al. 2, let. a, le **droit de la surveillance des prix** et l'al. 2, let. b, le **droit de la concurrence déloyale**. Dans l'ancienne Constitution fédérale, ces trois domaines étaient répartis entre différentes dispositions : la compétence en matière de droit des cartels était inscrite à l'art. 31bis, al. 3, let. d, aCst., qui avait été adopté en 1947 en tant que l'un des « nouveaux articles économiques ». L'art. 31^{septies} aCst. relatif à la surveillance des prix résultait d'une initiative populaire acceptée en 1982. Quant à la compétence fédérale en matière de droit contre la concurrence déloyale, elle n'était pas spécialement réglementée, mais découlait notamment de la compétence en matière de réglementation des activités lucratives de droit privé (art. 31bis al. 2 aCst.). 1

Le point commun entre ces trois domaines de compétence est le **lien avec la concurrence**. La Constitution ne définit pas ce qu'elle entend par concurrence, mais laisse au législateur le soin d'en préciser les contours. On peut toutefois esquisser comme suit les prémisses relatives à ces trois domaines : alors que le droit des cartels protège la liberté et l'efficacité de la concurrence, le droit contre la concurrence déloyale vise à garantir l'équité dans le processus économique. Le droit des cartels lutte donc contre le « refroidissement » de la concurrence, à savoir les restrictions contraires à son fonctionnement, tandis que le droit contre la concurrence déloyale lutte contre la « surchauffe », à savoir les excès contraires à son fonctionnement. En raison de son orientation vers le pouvoir de marché, le droit de la surveillance des prix relève systématiquement du droit des cartels et protège les acteurs du marché contre les déficits de concurrence en matière de prix. En raison du mandat législatif spécifique de l'art. 96, al. 2, let. a, Cst., il constitue un pilier autonome de la politique de la concurrence. Le classement technique dans l'alinéa 2, avec le droit contre la concurrence déloyale, n'est pas convaincant compte tenu du caractère antitrust de la surveillance des prix. 2

3 L'art. 96 Cst., intitulé « Politique de la concurrence », peut donc être qualifié dans son ensemble d'**article sur la concurrence**, qui comprend un **article sur les cartels** (art. 96, al. 1, Cst.), un **article sur la surveillance des prix** (art. 96, al. 2, let. a, Cst.) et un **article sur la concurrence déloyale** (art. 96, al. 2, let. b, Cst.). Sur le plan typologique, l'art. 96 Cst. est une norme de compétence matériellement limitée, avec effet dérogatoire a posteriori, qui attribue à la Confédération la compétence (législative) dans les domaines mentionnés. Dans la mesure où la Confédération ne fait pas usage de sa compétence législative, les cantons restent compétents. Dans le domaine du droit des cartels et de la surveillance des prix, le législateur fédéral a fait usage de sa compétence de manière exhaustive, de sorte qu'il ne reste aucune marge de manœuvre aux cantons en matière de droit des cartels ou de surveillance des prix. Il en va de même pour le droit contre la concurrence déloyale, à cette différence près que les cantons ont conservé des compétences en matière de police du commerce.

B. Lien avec la liberté économique et le marché intérieur

4 Le regroupement des trois domaines partiels dans un seul article souligne l'importance de la protection de la concurrence dans l'ensemble de la constitution économique. Il existe un lien étroit avec la **liberté économique** garantie par l'art. 27 Cst. en tant que droit fondamental et par l'art. 94 Cst. en tant que garantie institutionnelle : D'une part, l'initiative entrepreneuriale doit être protégée contre les restrictions étatiques. D'autre part, les entreprises ne doivent pas nuire à la concurrence par des cartels ou d'autres restrictions de concurrence, ni la fausser par un comportement déloyal. Ces deux objectifs de protection se rejoignent lorsque la concurrence est restreinte par des entreprises publiques. Il découle déjà du principe de la neutralité en matière de concurrence que le droit des cartels s'applique de la même manière aux entreprises privées et publiques. L'affirmation parfois avancée selon laquelle le droit des cartels a pour fonction de lutter contre les restrictions « privées » à la concurrence est donc réductrice. D'une manière générale, il s'agit de restrictions à la concurrence par des entreprises (dans le domaine du droit contre la concurrence déloyale, également par d'autres acteurs du marché), qu'elles soient privées ou publiques. Le constituant économique confère au législateur la mission de constituer, dans le domaine économique, un ordre fondé sur l'économie de marché et sur le **principe de la concurrence**.

L'art. 95 Cst., en particulier son al. 2, vise également à supprimer les restrictions publiques au commerce. Un espace économique suisse uniforme doit permettre d'éliminer les restrictions intercantonales. La création d'un marché intérieur à l'échelle nationale sert à la réalisation de la liberté économique. La loi sur le marché intérieur concrétise ces prescriptions. 5

C. Protection des consommateurs

Il existe également un lien étroit avec la **protection des consommateurs**. Seule une concurrence efficace permet aux consommateurs de bénéficier de produits aussi bon marché, innovants et de haute qualité que possible. L'économie concurrentielle garantit la **souveraineté des consommateurs**, c'est-à-dire qu'elle laisse aux acteurs situés à la fin de la chaîne de valeur le soin de décider ce qui doit être produit dans l'économie nationale. Si le mécanisme de la concurrence est perturbé par des restrictions ou des distorsions, les consommateurs perdent leur souveraineté. En raison de ce lien étroit, le projet de constitution de 1995 prévoyait encore d'intégrer la compétence fédérale en matière de protection des consommateurs dans l'article sur la concurrence (art. 78, al. 3, AP 95). Mais comme les questions de protection des consommateurs dépassent celles de la concurrence, le choix s'est finalement porté sur un article consacré à la protection des consommateurs, à savoir l'art. 97 Cst. Il faut toutefois toujours tenir compte de l'interaction entre la concurrence et la protection des consommateurs : la protection de la concurrence protège aussi les consommateurs. Et des consommateurs bien informés veillent à ce que la concurrence puisse remplir ses fonctions. 6

D. Autres références constitutionnelles

L'économie de marché n'est pas un état naturel, mais nécessite diverses **garanties** pour se réaliser. La propriété doit être garantie (art. 26 Cst.), tant la propriété privée et publique acquise que la propriété intellectuelle. La liberté contractuelle doit prévaloir, qui est comprise dans le droit fondamental et le principe de la liberté économique. Il en va de même pour le droit de regrouper les forces et les moyens de plusieurs personnes, par exemple au sein d'une société. Le bon fonctionnement de l'économie de marché dépend d'une monnaie stable (cf. art. 99 Cst. et LBN). Enfin, l'égalité devant la loi doit être garantie (art. 8 Cst.). 7

8 Il existe également des tensions entre le principe de la concurrence et certaines dispositions constitutionnelles. Ainsi, l'art. 28 Cst. garantit aux travailleurs et aux employeurs la **liberté d'association**, c'est-à-dire le droit de négocier collectivement les conditions d'emploi et de travail et de conclure des conventions collectives de travail. Si les partenaires sociaux ne dépassent pas ces limites, le droit des cartels n'est pas applicable et le mécanisme de la concurrence est suspendu dans cette mesure.

9 Enfin, la Constitution fédérale contient, dans et en dehors de la section consacrée à l'économie, de nombreux **domaines politiques** et **secteurs économiques** pour lesquels des dispositions particulières sont prévues, par exemple les travaux publics et les transports (art. 81 ss Cst.), l'énergie et la communication (art. 89 ss Cst.), l'agriculture (art. 104 Cst.) et le logement, le travail, la sécurité sociale et la santé (art. 108 ss). Ces dispositions n'autorisent que rarement la Confédération à déroger au principe de la liberté économique (cf. par ex. art. 104, al. 2, Cst.). Le principe de la libre concurrence n'est pas pour autant supprimé ; les mesures doivent par exemple respecter le principe de la neutralité en matière de concurrence.

E. Plan de l'exposé

10 Les trois domaines réglementés à l'art. 96 Cst., à savoir le droit des cartels, le droit
de la surveillance des prix et le droit de la concurrence déloyale, visent à **protéger une concurrence efficace et non faussée** ou à corriger des dérives lorsque la concurrence a déjà été lésée. Elles le font de différentes manières et avec différents instruments, de sorte que les trois compétences fédérales intégrées dans l'article sur la concurrence sont présentées séparément ci-après. Conformément à l'ordre prévu dans l'article constitutionnel, la présentation de l'**article sur les cartels**, c'est-à-dire de l'art. 96, al. 1, Cst.

II. GENÈSE DE L'ART. 96, AL. 1, CST.

A. Les « nouveaux » articles économiques de 1947 : l'« ancien » article sur les cartels

Les **« nouveaux articles économiques »** introduits dans la Constitution fédérale en 1947 visaient à créer les bases constitutionnelles de mesures qui, jusqu'alors, relevaient du droit d'urgence. Parmi celles-ci figurait l'art. 31bis aCst., qui conférait à la Confédération, à l'al. 2, la compétence d'édicter des prescriptions sur l'exercice des professions et de prendre des mesures d'encouragement, mais uniquement dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie. L'al. 3 prévoyait des exceptions à cette exigence : lorsque l'intérêt général le justifiait, la Confédération était habilitée à édicter « au besoin en dérogeant à la liberté du commerce et de l'industrie » certaines règles, dont, selon la let. d, des prescriptions « contre les effets économiques ou sociaux nuisibles des cartels et des organisations similaires ». 11

Le message relatif aux nouveaux articles sur l'économie a rappelé le **contexte historique**. Selon le message, les associations et les cartels ont, par un « réseau de liens et de restrictions », « rendu la liberté du commerce et de l'industrie pratiquement inexistante ». Au cours d'un processus de formation des associations qui a duré environ 100 ans, chaque profession s'est dotée d'une association. La formation d'associations avait « largement supprimé l'une des conditions fondamentales du libéralisme économique, à savoir que la vie économique est une interaction libre entre des forces individuelles d'importance à peu près égale, dont les intérêts s'équilibrent sur le marché ». Il fallait lutter contre ce phénomène en donnant à la Confédération la compétence d'édicter des règles contre les cartels nuisibles et les organisations similaires. 12

Pour comprendre la **tendance au cartel** de l'économie suisse, il convient de mentionner la ligne favorable aux cartels adoptée par le Tribunal fédéral au cours de ces décennies. La décision rendue par le Tribunal fédéral dans l'affaire du boulanger *Vögtlin* en 1896 est fondamentale. Un boulanger qui cassait les prix a été boycotté par l'association des boulangers. Le Tribunal fédéral a estimé que « la libre fixation d'un prix minimum en dessous duquel les membres de l'association ne peuvent vendre leurs produits [...] ne viole en soi ni les bonnes mœurs ni l'ordre juridique général » et a ainsi légalisé le 13

principe des cartels. Cela n'a toutefois pas empêché le Tribunal fédéral de protéger les outsiders par d'autres moyens : l'appel au boycott devait être qualifié d'atteinte illicite, à savoir d'atteinte au droit du commerçant à la « reconnaissance de sa personnalité ». Un modèle de base a ainsi été établi : le principe de la « liberté de cartel » s'appliquait. Les individus étaient toutefois protégés contre les pires excès (par exemple contre un boycott collectif) par le droit de la personnalité.

14 Les nouveaux articles économiques s'appuient sur ce rapport entre règle et exception. Conformément à l'esprit favorable aux cartels qui régnait à l'époque, le Conseil fédéral a déclaré dans son message « qu'il ne s'agit pas d'empêcher ou de combattre les cartels en tant que tels, mais uniquement de les contrôler, en particulier d'introduire une certaine obligation de publicité et de lutter contre les abus et les excès qui peuvent se produire ».» Le respect pour cette problématique « très complexe et difficile » allait si loin que toute déclaration « sur les modalités précises d'une future législation sur les cartels » était jugée « prématurée ». L'insertion d'un article sur les cartels dans la Constitution fédérale de l'époque s'est donc faite **avec réserve**.

15 Il a fallu attendre 1962 pour que la première loi sur les cartels soit adoptée, laquelle a été remplacée par la loi sur les cartels de 1985. La loi sur les cartels de 1995, qui a été révisée à plusieurs reprises depuis, est actuellement en vigueur. Alors que les lois sur les cartels de 1962 et 1985 peuvent être qualifiées de faibles tant sur le plan matériel que sur le plan institutionnel, la **loi sur les cartels de 1995** est une loi moderne, qui vise systématiquement à protéger une concurrence efficace. Les trois lois sur les cartels étaient fondées sur l'art. 31bis, al. 3, let. d, aCst. Les modifications apportées depuis 2000 se réfèrent à l'article sur les cartels de la nouvelle Constitution fédérale, c'est-à-dire à l'art. 96, al. 1, Cst. La référence dans le préambule de la loi sur les cartels a été adaptée en conséquence.

B. L'article sur les cartels de la Constitution fédérale révisée

16 La formulation de l'art. 96, al. 1, Cst. s'inspire étroitement de celle de l'art. 31bis, al. 3, let. d, aCst., mais présente **trois différences** de portée considérable. Premièrement, la Confédération n'est plus seulement « habilitée » à légiférer en matière de cartels, mais elle « édicte » de telles prescriptions, elle y est donc tenue. Deuxièmement, il n'est plus fait référence aux effets préjudiciables des « cartels et autres organisations analogues » (ancienne

Constitution fédérale), mais à ceux des « cartels et autres restrictions à la concurrence », ce qui supprime la restriction organisationnelle (cf. à ce sujet N. 56 s. ci-dessous). Et troisièmement, l'art. 96, al. 1, Cst. se distingue par la suppression des ajouts « lorsque l'intérêt général le justifie » et « si nécessaire en dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie ».

Alors que les deux premières modifications doivent être examinées dans le cadre du commentaire individuel (ci-dessous N. 40 s., N. 56 ss.), il convient ici de souligner la signification de la suppression mentionnée. L'ancienne Constitution fédérale partait du principe qu'il existait une contradiction entre la liberté du commerce et de l'industrie, d'une part, et le droit des cartels, d'autre part. Lorsque l'intérêt général le justifie et « si nécessaire », il est possible de déroger à la liberté du commerce et de l'industrie afin de mettre un terme aux excès du cartel (voir ci-dessus N. 14). Ce ne sont donc pas les cartels, mais le droit des cartels qui ont été interprétés comme une dérogation à la liberté économique. 17

L'art. 96, al. 1, Cst. se passe de telles réserves. Selon le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, la phrase introductive de l'ancienne Constitution fédérale est « superflue et n'a pas besoin d'être reprise dans le projet, car le but de la politique en matière de concurrence est de garantir un ordre économique libéral ». Étant donné que le droit de la concurrence sert « à soutenir et à renforcer le principe de la liberté économique », il n'y a donc **pas de dérogation au principe de la liberté économique**, raison pour laquelle il n'est plus nécessaire de réserver la possibilité de déroger à ce principe si nécessaire. Le droit des cartels ne restreint pas la liberté économique de manière contraire aux principes fondamentaux, mais exprime ses limites immanentes. 18

Une doctrine qui avait déjà défendu, à l'époque de l'ancien article sur les cartels, que l'application du droit des cartels ne devait pas être considérée comme une dérogation contraire aux principes fondamentaux de la liberté du commerce et de l'industrie s'est ainsi imposée. Zaccaria Giacometti avait par exemple déjà expliqué très tôt que la liberté contractuelle n'était couverte par le principe de la liberté économique que « dans la mesure où son exercice ne porte pas atteinte au système de la libre concurrence ; en d'autres termes, les restrictions à l'autonomie privée visant à protéger le système de la libre concurrence sont compatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie ». En renonçant à la réserve, la nouvelle Constitution fédérale exprime 19

clairement qu'il n'y a **pas de contradiction entre la législation sur les cartels et la liberté économique**. La lutte contre les cartels et autres restrictions à la concurrence, à laquelle le législateur est désormais non seulement habilité, mais aussi tenu de se livrer, ne constitue donc pas une restriction de la liberté économique, mais sert à garantir durablement cette liberté. La liberté économique n'inclut pas le droit de supprimer cette liberté par des cartels ou d'autres restrictions à la concurrence. Cette modification traduit un changement fondamental dans la conception de la liberté, qui reconnaît le **paradoxe de la liberté** dans le domaine économique.

20 Cette étape philosophique importante en matière de politique de la concurrence a inversé la perspective. Il ne s'agit plus seulement de lutter contre les excès du cartel (voir ci-dessus N. 14). Le constituant charge plutôt le législateur de protéger la liberté économique contre son auto-abolition. La tolérance à l'égard des restrictions à la concurrence qui sous-tendait l'ancien article sur les cartels est remplacée par une **vision critique du cartel**.

21 Il est remarquable que les avis divergent considérablement dans la littérature sur la signification de ce processus. Alors que certains qualifient la suppression de la phrase introductive de « changement de paradigme », d'autres n'accordent aucune importance particulière à cette modification. À y regarder de plus près, il n'y a toutefois aucune différence sur le fond. Pour ceux qui, déjà sous l'ancienne Constitution fédérale, ne voyaient pas dans le droit des cartels une restriction à la liberté du commerce et de l'industrie, il est logique de ne pas accorder d'importance particulière à la suppression de la réserve dans le nouvel article sur les cartels. Cette position semble avoir été majoritaire depuis le milieu des années 1980. Mais tous n'ont pas suivi cette nouvelle interprétation, continuant à partir du principe de la liberté des cartels et voyant dans l'article et la législation sur les cartels une « atteinte au principe de l'autonomie privée dans l'organisation économique ». Dans la mesure où la suppression de la phrase introductive a clarifié la situation en faveur de l'opinion majoritaire, il convient d'accorder une **importance fondamentale** à cette modification.

22 Cette affirmation se réfère à la dimension institutionnelle de la liberté économique. Il convient de distinguer le *principe fondamental* de la liberté économique (art. 94, al. 1, Cst.) du *droit fondamental* à la liberté économique (art. 27 Cst.). Du point de vue des droits fondamentaux, le droit des cartels constitue une restriction de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst.,

qui est soumise aux exigences de l'art. 36 Cst. On ne peut toutefois en déduire qu'il existe (encore) une «**liberté de cartellerie**», aussi limitée soit-elle. Le droit des cartels est plutôt un exemple de **collision entre un droit fondamental et le principe de la liberté économique**. D'une part, le droit des cartels restreint les droits fondamentaux ; d'autre part, il soutient et renforce un ordre concurrentiel libéral et réalise ainsi le principe de la liberté économique. L'article sur les cartels (art. 96, al. 1, Cst.) résout cette ambivalence : il précise que la protection d'une concurrence efficace est un intérêt public au sens de l'art. 36, al. 2, Cst., de sorte que l'atteinte au droit fondamental est légitime si les autres conditions de l'art. 36 Cst. sont également remplies. Au regard du droit constitutionnel en vigueur, on ne peut donc plus parler **de « liberté des cartels »**.

23 L'**initiative populaire « Stop à l'île aux prix élevés – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) »**, déposée le 12 décembre 2017, aurait ajouté à l'art. 96, al. 1, Cst. une deuxième phrase libellée comme suit : « Il [scil. la Confédération] prend notamment des mesures pour garantir l'approvisionnement non discriminatoire en biens et services à l'étranger et pour empêcher les restrictions à la concurrence causées par le comportement unilatéral d'entreprises puissantes sur le marché. » Une disposition transitoire à l'art. 197 Cst. aurait obligé le Conseil fédéral à édicter, jusqu'à l'entrée en vigueur des modifications législatives, des dispositions d'exécution qui auraient notamment intégré la notion de pouvoir de marché relatif dans le droit des cartels et la garantie d'un achat en ligne non discriminatoire dans le droit contre la concurrence déloyale. Le législateur a mis en œuvre les principales revendications de l'initiative pour des prix équitables par la révision de la loi sur les cartels du 19 mars 2021 (RO 2021 576). L'initiative a ensuite été retirée le 25 mars 2021, de sorte que l'article constitutionnel sur les cartels est resté inchangé.

III. CONTEXTE

A. Portée de l'art. 96, al. 1, Cst.

24 L'art. 96, al. 1, Cst. place la concurrence en tant qu'**institution** au centre de ses préoccupations. Cela n'exclut toutefois pas que l'on puisse également déduire de cette disposition une protection individuelle. La **protection individuelle** des concurrents et des autres acteurs du marché est toutefois

principalement assurée par l'art. 27 Cst., qui est donc également mentionné dans le préambule de la loi sur les cartels. L'art. 96, al. 1, Cst. ne se limite pas à attribuer à la Confédération la compétence législative en matière de droit des cartels, mais ajoute – contrairement, par exemple, à la norme de compétence relative au droit contre la concurrence déloyale de l'art. 96, al. 2, let. b, Cst. – des prescriptions de fond : Les dispositions à édicter doivent viser « à empêcher les effets économiques ou sociaux nuisibles des cartels et autres restrictions à la concurrence ». L'art. 96, al. 1, Cst. constitue donc une **disposition de compétence assortie d'une directive matérielle**.

25 La signification à donner à cette directive est controversée. Une tendance traditionaliste en déduit que le droit suisse des cartels doit être soumis au **principe de l'abus**. Il se distinguerait ainsi de la plupart des autres régimes de droit des cartels, qui suivent le **principe de l'interdiction**. À cela s'opposent des opinions selon lesquelles l'art. 96 al. 1 Cst. ne contient aucune fixation sur le principe de l'abus, ou qui considèrent la distinction entre principe d'interdiction et principe de l'abus comme obsolète, peu significative ou non pertinente. La discussion, parfois menée de manière assez apodictique, souffre du fait que, méconnaissant en partie la notion d'abus, on choisit des définitions divergentes qui conduisent à une confusion terminologique. Il convient donc tout d'abord de clarifier la terminologie.

B. Les notions de « principe d'abus » et de « principe d'interdiction »

26 À l'origine, la signification de la notion de « principe d'abus » en droit des cartels faisait l'unanimité. Ainsi, le message relatif à la loi sur les cartels de 1962 décrit le principe d'abus comme suit : « Une loi sur les cartels doit en principe autoriser les cartels et les organisations similaires et se limiter à lutter contre leurs excès ». Derrière cela se cache une **vision positive des cartels** : ils sont considérés comme une forme d'organisation économique fondamentalement bonne. C'est pourquoi ils restent autorisés dans un premier temps (tout comme les autres restrictions à la concurrence) ; seules les pratiques abusives en matière de formation de cartels doivent être combattues. Le principe de l'abus correspond à la reconnaissance d'un principe de « **liberté des cartels** » qui ne peut être enfreint que dans des cas individuels justifiés. Sous le règne du principe de l'abus, la concurrence occupe une place secondaire.

Cela a des conséquences sur le **plan des effets juridiques** : dans un régime de droit des cartels qui suit le principe de l'abus, les accords cartellaires sont d'abord valables et ne deviennent nuls que lorsqu'une instance chargée d'appliquer le droit a interdit le cartel de manière définitive (nullité *ex nunc*). En revanche, en vertu du principe d'interdiction, les contrats contraires au droit des cartels sont nuls dès le départ (nullité *ex tunc*). Cette terminologie était bien connue du législateur lors de l'adoption de la loi sur les cartels de 1995. Le message relatif à la LCart 1995 précise : « Le principe de l'abus ne permet pas la nullité ex tunc, mais uniquement la nullité ex nunc. » 27

Il en résulte, en matière de **sanctions**, que, selon le principe de l'abus, un comportement ne devient illégal qu'à partir du moment où une instance chargée d'appliquer le droit l'a interdit de manière exécutoire, de sorte qu'aucune sanction directe ne peut être prononcée, le comportement anticoncurrentiel étant légal dans le passé. Les sanctions directes sont en revanche compatibles avec le principe d'interdiction, le comportement étant contraire au droit des cartels dès le départ. 28

Une partie de la doctrine donne toutefois une **autre signification** à la notion d'abus : le principe de l'abus désignerait la directive matérielle de l'art. 96, al. 1, Cst., selon laquelle les dispositions du droit des cartels doivent viser les effets préjudiciables des cartels et autres restrictions à la concurrence. Selon cette doctrine, l'abus réside donc dans les effets négatifs d'un comportement concurrentiel. Ce glissement sémantique sert manifestement de bouée de sauvetage à cette partie de la doctrine pour résoudre son problème fondamental : l'art. 96, al. 1, Cst. ne parle pas d'« abus ». En s'écartant du sens traditionnel, elle attribue à la notion d'abus une signification conséquentialiste qui, certes, est inscrite dans l'article constitutionnel, mais qui doit être distinguée de la catégorie de l'« abus ». 29

Il convient en effet de distinguer **deux paires de catégories**, à savoir le principe d'interdiction et le principe d'abus d'une part, et l'approche fondée sur la forme et l'approche fondée sur les effets d'autre part. Le principe d'interdiction et le principe d'abus renseignent sur l'attitude fondamentale à l'égard des cartels et sur le mode d'action des normes du droit des cartels (attitude négative ou positive à l'égard des cartels ; interdiction initiale vs interdiction a posteriori), tandis que l'opposition entre forme et effet concerne les exigences de fond des infractions au droit des cartels (type de restriction de la concurrence vs effet de la restriction de la concurrence). Il 30

suffit de jeter un coup d'œil au droit américain de la concurrence pour constater que l'assimilation du principe d'abus à l'approche axée sur les effets est erronée : L'approche fondée sur les effets la plus répandue dans le monde est combinée au principe d'interdiction.

31 L'assimilation du principe d'abus à l'approche axée sur les effets donne lieu à de nombreux malentendus et compromet la comparabilité juridique en raison de l'utilisation d'une terminologie particulière. Dans les lignes qui suivent, nous distinguerons donc deux questions. Il convient tout d'abord de clarifier si l'art. 96, al. 1, Cst. impose au législateur le **principe de l'abus** (nous y reviendrons immédiatement), puis de déterminer dans quelle mesure les prescriptions constitutionnelles imposent au législateur une « **approche fondée sur les effets** » (cf. N. 44 ss ci-dessous).

C. Fixation sur le principe de l'abus ?

32 Le principe de l'abus se caractérise par une attitude fondamentalement positive à l'égard des cartels. Le message de 1937 relatif à l'ancien article sur les cartels (art. 31bis, al. 3, let. d, aCst.) s'inscrivait tout à fait dans cet esprit (cf. N. 14 ci-dessus). Toutefois, il précisait également qu'il ne fallait pas préjuger de la forme concrète que prendrait une éventuelle loi sur les cartels. Il convient donc de distinguer entre la grande marge de manœuvre offerte par la Constitution fédérale et la mise en œuvre concrète par le législateur ordinaire. Les lois sur les cartels de 1962 et 1985 suivaient clairement le principe de l'abus. Le législateur de la loi sur les cartels de 1995, qui a opéré un changement de paradigme en faveur de la protection d'une concurrence efficace et a ainsi inauguré une « nouvelle ère de la politique de la concurrence », a été le premier à émettre des doutes. Le message relatif à la loi sur les cartels de 1995 contient d'une part une relativisation de la législation en matière d'interdiction et d'abus. À d'autres endroits, cependant, le message se prononce expressément en faveur du principe de l'abus. Malgré cette ambivalence, il semble juste de qualifier également la **loi sur les cartels de 1995 de législation sur les abus**.

33 Selon l'avis défendu ici, la loi sur les cartels est toutefois **passée au principe de l'interdiction** avec l'introduction de sanctions directes par la révision de la LCart de 2003. Comme nous l'avons déjà exposé, les sanctions directes ne peuvent s'expliquer par le principe de l'abus (voir ci-dessus N. 28). En outre, le Tribunal fédéral a reconnu la nullité *ex tunc* des contrats contraires au droit

des cartels, ce qui est également caractéristique du principe d'interdiction (voir ci-dessus N. 27). Avec ces deux modifications, la loi sur les cartels a donc abandonné le principe de l'abus.

34 Dans le contexte constitutionnel qui nous occupe ici, il ne s'agit toutefois pas de déterminer quel principe s'applique au niveau de la loi simple, mais de savoir si l'**article sur les cartels de la nouvelle Constitution fédérale** autorise une législation prohibitive ou, à l'inverse, contient une consécration du principe de l'interdiction. Pour répondre à cette question, il convient d'appliquer les méthodes d'interprétation reconnues. Le **texte** de l'art. 96, al. 1, Cst. ne contient pas le terme « abus ». **Du point de vue historique**, il convient de rappeler que l'art. 31bis, al. 3, let. d, aCst., c'est-à-dire l'article sur les cartels de l'ancienne Constitution fédérale, était certes ancré dans l'esprit des cartels de l'époque, mais ne voulait pas imposer de limites strictes au législateur. Le nouvel article 96, al. 1, Cst. fait preuve, d'une part, de détermination : l'édiction d'une loi sur les cartels n'est plus laissée à la discrétion du législateur, mais devient une obligation. D'autre part, le message relatif au nouvel article sur les cartels stipule encore plus clairement que l'ancien message sur l'ancien article sur les cartels que celui-ci ne fixe aucune prescription quant aux « moyens de la politique en matière de cartels », que la marge de manœuvre du législateur en matière de cartels est « considérable » et qu'il peut « également recourir partiellement à l'interdiction des cartels ». Il s'agit là d'une réaction directe et d'un rejet clair du principe précédemment défendu, qui était « l'interdiction d'une législation prohibitive ». Seule l'interdiction générale des accords de concurrence est exclue. L'historique de l'article sur les cartels montre donc qu'il est **agnostique sur la question de principe** : le législateur est libre de décider s'il souhaite soumettre le droit des cartels (qui doit être adopté de manière contraignante) au principe de l'abus ou à celui de l'interdiction. Le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale ne mentionne même pas la notion d'abus (dans le contexte du droit des cartels). Il est vrai que le message relatif à la loi sur les cartels de 1995 indique que la Constitution fédérale prescrit le principe de l'abus, même si cette affirmation est relativisée à d'autres endroits (voir ci-dessus N. 32). Une déclaration relative à la législation simple ne saurait toutefois passer outre la normation au niveau constitutionnel, qui accorde au législateur en matière de cartels une grande marge de manœuvre, y compris la possibilité d'interdire partiellement certaines pratiques. Ceux qui accordent une valeur absolue à la déclaration contenue dans le message relatif à la loi sur les cartels de 1995 ne

tiennent pas compte de la hiérarchie des normes et oublient en outre que la déclaration du message relatif à la LCart se réfère à l'ancien article sur les cartels, alors que la doctrine récente et la modification de la Constitution en 2000 ont conduit à un changement de paradigme vers une vision critique de l'économie cartellaire (voir ci-dessus N. 18 ss).

35 D'un **point de vue systématique**, il convient de noter que la Constitution fédérale utilise bel et bien la notion d'abus à d'autres endroits, par exemple à l'art. 13, al. 2, 96, al. 2, let. a, 107, al. 1, 109, al. 1, 119, al. 1, et 120, al. 1, Cst. Si le constituant avait voulu que le législateur se limite à empêcher les abus en matière de cartels, il aurait très bien pu le formuler en s'inspirant des dispositions précitées, comme il l'a fait par exemple pour la surveillance des prix (art. 96, al. 2, let. a, Cst. : « Empêcher les abus dans la formation des prix »), mais il ne l'a pas fait dans le droit des cartels (art. 96, al. 1, Cst.). Même s'il l'avait fait, les conséquences ne seraient toutefois pas celles invoquées par les partisans du principe de l'abus, qui considèrent que les interdictions fondées sur ce principe sont exclues : Ainsi, l'obligation de protéger contre les abus de la génétique, inscrite à l'art. 120, al. 1, Cst., a pour fonction de distinguer ce qui est admissible de ce qui ne l'est pas. Pour la mettre en œuvre, le législateur peut édicter des interdictions, ce qu'il a fait aux art. 6 ss LTG. Il n'y a pas de contradiction avec le principe constitutionnel de l'abus applicable au droit de la génétique. Les interdictions sont un instrument permettant d'empêcher les abus.

36 D'**un point de vue téléologique**, il est fondamental que la nouvelle Constitution fédérale ait supprimé la mention selon laquelle il est possible, si nécessaire, de déroger à la liberté du commerce et de l'industrie (voir déjà ci-dessus N. 18 ss). La liberté économique doit être protégée contre son autodestruction : ce n'est plus le droit des cartels qui est identifié comme un problème, mais les cartels eux-mêmes. L'attitude positive à l'égard des cartels est remplacée par la reconnaissance des limites immanentes de la liberté économique. Le législateur est désormais tenu d'édicter des prescriptions en matière de droit des cartels et, partant, de protéger la concurrence effective. Il est « tenu de s'opposer à toute usurpation de pouvoir de droit privé ». L'objectif de l'article sur les cartels s'oppose donc également à ce que le législateur soit enfermé dans un carcan de principes et a fortiori à ce qu'il soit tenu de suivre une doctrine favorable aux cartels en matière d'abus.

En résumé, on peut retenir que l'article constitutionnel sur les cartels laisse une large marge de manœuvre au législateur : l'art. 96, al. 1, Cst. est une **norme de finalité** qui fixe au législateur l'objectif d'empêcher les atteintes causées par les cartels et autres restrictions à la concurrence, mais lui laisse une grande liberté dans le choix des moyens. Il ne fixe pas le principe de l'abus. Seule une interdiction générale des cartels assortie d'une réserve d'autorisation est exclue par les dispositions de l'article sur les cartels. Il ne serait donc pas conforme à la Constitution d'introduire un système de notification et d'autorisation tel que celui qui était en vigueur dans l'ancienne Communauté européenne jusqu'en 2004. Cela ne change toutefois rien à la grande importance que le législateur fédéral doit accorder à la protection de la concurrence. L'adoption d'une « liberté des cartels », aussi limitée soit-elle, doit donc être rejetée. Le législateur est plutôt chargé de « protéger le bien qu'est la concurrence ». 37

En conséquence, les arguments invoqués devant les tribunaux qui se fondent de manière générale sur le principe de l'abus ne sont pas recevables. Le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral n'ont certes pas encore expressément reconnu la validité du principe d'interdiction. Toutefois, les deux tribunaux rejettent comme **non pertinents** les arguments des parties qui se réfèrent au principe de l'abus. 38

D. Conclusion

Le principe de l'abus en droit des cartels signifie que les cartels sont reconnus comme une **bonne forme d'organisation économique** et que, par conséquent, seules les pratiques abusives en matière de formation de cartels doivent et peuvent être combattues. Selon une partie de la doctrine, le principe de l'abus serait, à ce jour, imposé au législateur en matière de cartels par le droit constitutionnel. Une interprétation méthodologique de l'article constitutionnel sur les cartels donne une image différente : déjà l'art. 31bis, al. 3, let. d, aC, l'article sur les cartels de l'ancienne Constitution fédérale, était formulé de manière ouverte à cet égard. Malgré toute la sympathie que l'on pouvait avoir à l'époque pour les cartels, il ne fallait pas préjuger de la forme concrète que prendraient les futures lois sur les cartels. Au plus tard avec l'art. 96 al. 1 Cst., c'est-à-dire le nouvel article sur les cartels, il n'y a plus de référence au principe de l'abus. Le législateur en matière de cartels est 39

largement libre dans l'aménagement, si l'on fait abstraction de l'introduction d'un système d'annonce et d'autorisation (cf. ci-dessus N. 37).

IV. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. « édicte »

40 Les articles de la Constitution fédérale relatifs aux compétences sont souvent formulés de telle manière qu'une matière déterminée relève de la « compétence de la Confédération » (par exemple, le droit civil et le droit de procédure civile selon l'art. 122, al. 1, Cst., le droit pénal et le droit de procédure pénale selon l'art. 123, al. 1, Cst.). Dans d'autres contextes, la Constitution va plus loin et prévoit que la Confédération «édicte» des règles sur un sujet déterminé (cf. par ex. art. 38, al. 2, 74, al. 1, 80, al. 1, et 98, al. 1 et 3, Cst.). Lorsque l'art. 98, al. 1, Cst. stipule que la Confédération «édicte des dispositions sur le système des banques et des bourses», cela signifie qu'elle est **tenue d'édicter des dispositions** et que la non-réglementation n'est pas une option.

41 Il en va de même pour l'art. 96, al. 1, Cst. La disposition *oblige* le législateur fédéral à édicter des prescriptions en matière de droit des cartels. La **question de savoir s'il faut légiférer en matière de cartels** ne relève donc plus de son pouvoir discrétionnaire ; un « laissez-faire » en matière de politique de la concurrence est par conséquent exclu. Derrière cela se cache l'idée que la concurrence ne se maintient pas d'elle-même, mais qu'elle est menacée par son autodestruction sous forme de cartels et de monopoles (voir déjà ci-dessus N. 19 s.). L'État a donc la responsabilité de maintenir le système de concurrence.

B. «Prescriptions»

42 L'art. 96, al. 1, LCart oblige le législateur fédéral à édicter des « prescriptions » en matière de droit des cartels, tout en lui laissant **une liberté** quant à la technique législative. La solution retenue, à savoir une loi distincte sur les cartels, n'est pas imposée par la Constitution. Il serait conforme à la Constitution d'intégrer le droit des cartels dans une loi couvrant l'ensemble du marché, comme l'a fait la France avec le Code de commerce. On pourrait également imaginer une loi qui regroupe le droit des cartels au sens strict et le droit de la surveillance des prix, pour autant que la loi intégrée sur les cartels

et la surveillance des prix prévoie un instrument spécifique de surveillance des prix et l'institution d'un surveillant des prix. Il serait également envisageable de regrouper le droit des cartels et le droit contre la concurrence déloyale dans une seule loi, comme l'ont fait certains pays d'Europe centrale et orientale lors de leur transition vers l'économie de marché. La Constitution laisse au législateur une grande marge de manœuvre en matière de technique législative.

La différence de formulation entre l'art. 96, al. 1 («édicte des prescriptions») et al. 2 («prend des mesures») est purement terminologique. Elle ne signifie pas que la Confédération ne peut agir dans le domaine du droit des cartels (al. 1) qu'au niveau législatif et non au niveau administratif. Le législateur a ainsi fondé à juste titre les dispositions exécutoires relatives à l'application du droit des cartels par les autorités fédérales sur l'art. 96, al. 1, Cst. 43

C. « Effets préjudiciables »

En vertu de l'art. 96, al. 1, Cst., la Confédération édicte des prescriptions contre les « effets préjudiciables » aux intérêts économiques ou sociaux des cartels et autres restrictions à la concurrence. Alors que le message relatif à la disposition précédente indiquait encore « qu'il ne s'agit pas d'empêcher ou de combattre les cartels en tant que tels, mais uniquement de les contrôler, en particulier d'introduire une certaine obligation de publicité et de lutter contre les abus et les excès », l'**orientation du nouvel article sur les cartels** est différente : « L'alinéa 1 ne se prononce pas sur les moyens de la politique en matière de cartels. La marge de manœuvre du législateur en matière de cartels est considérable ; dans certaines circonstances, il peut également recourir partiellement à l'interdiction des cartels ». Il ne doit toutefois pas « interdire de manière générale les accords de concurrence en tant que tels ». 44

Même si la formulation « effets nuisibles » remonte à l'ancienne Constitution fédérale, **son sens s'est inversé dans le contexte de la nouvelle Constitution** : alors qu'à l'origine, les cartels étaient acceptés et qu'il était même question de « liberté des cartels », il s'agit désormais d'empêcher les cartels et autres restrictions à la concurrence (voir ci-dessus N. 36 s.). La loi sur les cartels de 1995 a anticipé le changement constitutionnel intervenu quelques années plus tard en replaçant la notion d'effets préjudiciables dans l'art. 1 LCart dans un contexte favorable à la concurrence : selon l'article définissant le but de la loi sur les cartels, celle-ci vise à « promouvoir la 45

concurrence dans l'intérêt d'un ordre économique libéral fondé sur le marché ». Par ordre libéral, on n'entend pas « l'absence de cartels », mais une liberté de concurrence globale. Cette interprétation avait déjà été développée dans la doctrine constitutionnelle pour l'ancien article sur les cartels, mais elle fait désormais partie du droit constitutionnel en vigueur depuis l'entrée en vigueur du nouvel article sur les cartels. Les cartels et l'abus de position monopolistique sont en principe interdits, car ils ont des effets préjudiciables. Il ne peut s'agir d'effets insignifiants. Conformément à ce principe, la loi exige donc, en matière d'ententes, qu'il y ait au moins une atteinte « sensible » à la concurrence (art. 5, al. 1, LCart). Un critère d'intervention particulier s'applique au contrôle des concentrations (art. 10, al. 2, LCart). En revanche, aucune qualification particulière n'est requise pour constater l'abus d'une position dominante, car dans de tels cas, la concurrence est déjà affaiblie en raison précisément de la position dominante et les marchés concernés doivent donc être protégés contre toute atteinte supplémentaire.

46 Certaines voix dans la doctrine vont plus loin en déduisant de l'art. 96, al. 1, Cst. que le législateur ne peut interdire qu'un comportement dont **les effets préjudiciables ont été prouvés dans des cas individuels**. La Constitution imposerait au législateur et aux autorités de droit une « approche fondée sur les effets ». La Constitution est donc interprétée comme imposant au législateur et aux instances chargées d'appliquer le droit une exigence relative à la résolution des cas individuels.

47 Ce point de vue méconnaît la fonction de la disposition constitutionnelle sur les cartels en tant que norme de compétence constitutionnelle. Selon les travaux préparatoires, le législateur dispose d'une **large marge de manœuvre** qui inclut la possibilité d'interdire (voir ci-dessus N. 34). L'«approche fondée sur les effets» est une approche développée aux États-Unis par les représentants de la *Chicago School* et répandue à partir des années 1970. Le constituant suisse, tant celui des nouveaux articles économiques de 1947 (alors que l'*école de Chicago* n'existait pas encore !) que celui de la Constitution fédérale de 2000, était loin de vouloir ancrer une théorie concrète de la politique de la concurrence dans la Constitution fédérale. Par ailleurs, l'objectif principal de l'*école de Chicago* était d'appliquer davantage l'analyse économique aux accords verticaux, aux pratiques unilatérales et au contrôle des concentrations. L'interdiction *per se* des cartels classiques dans le droit antitrust américain n'a pas été remise en cause et

continue d'être appliquée de manière cohérente. Il n'est donc pas admissible de donner à l'article sur les cartels, à partir de la notion d'« effects-based approach », une signification qui était étrangère au constituant.

La discussion de fond sur les **objectifs du droit des cartels** plaide également en faveur d'une interprétation restrictive. Il convient ici de distinguer entre les approches utilitaristes, qui mettent l'accent sur l'efficacité, et les conceptions déontologiques ou systémiques, qui protègent la concurrence en tant que telle (« théorie de la liberté de concurrence »). L'«approche fondée sur les effets» est une approche axée sur l'efficacité qui relève des descriptions utilitaristes des objectifs et qui, depuis les années 1990, est promue (mais pas érigée en principe absolu) par la Commission européenne sous le slogan «approche plus économique». Même des décennies plus tard, la mesure dans laquelle le critère d'efficacité doit être pris en compte dans les infractions au droit des cartels reste floue. Même les principaux représentants de la *Chicago School* étaient d'avis qu'il fallait éviter d'exagérer le critère d'efficacité. De nombreux arguments plaident en faveur d'une synthèse entre les positions fondamentales. Il est tout à fait inconcevable que le constituant ait voulu trancher le débat de fond sur la politique de la concurrence et imposer une école de pensée particulière au législateur en matière de cartels. La discussion sur les objectifs du droit des cartels permet donc également de conclure que la Constitution n'impose pas d'obligation générale d'adopter une « approche fondée sur les effets ». 48

La clé pour interpréter correctement la notion d'« effets préjudiciables » se trouve dans le message relatif à la loi sur les cartels de 1995 : selon celui-ci, l'article constitutionnel sur les cartels précise que la législation sur la concurrence **ne peut poursuivre des objectifs quelconques**, mais doit protéger contre les effets négatifs des cartels et autres restrictions à la concurrence. La théorie du solde, applicable en vertu des lois sur les cartels de 1962 et 1985, qui reconnaissait des objectifs non concurrentiels d'intérêt public, est ainsi exclue. Par ailleurs, la mention des effets préjudiciables est une évidence : lorsqu'il formule les éléments constitutifs du droit des cartels, le législateur se voit confronté à la tâche de distinguer les restrictions de concurrence préjudiciables de celles qui ne le sont pas. Cette tâche est tellement évidente que l'article sur les cartels mentionne « presque inutilement » les effets préjudiciables. 49

50 Il appartient au législateur ordinaire d'exécuter le mandat de l'article sur les cartels. Au niveau international, il est courant que les infractions au droit des cartels prévoient un **mélange de facteurs formels et liés aux effets**. Cette approche repose sur l'expérience selon laquelle il existe des comportements particulièrement anticoncurrentiels pour lesquels une analyse plus approfondie des effets serait disproportionnée. La solution adoptée par le législateur suisse en matière de cartels, à savoir un système de faits généraux, de présomptions et d'exemples d'application, s'inscrit dans cette évolution. Elle est compatible avec les prescriptions de l'article constitutionnel sur les cartels. C'est l'avis contraire qui est discutable sur le plan constitutionnel : l'exigence d'une analyse d'impact approfondie dans chaque cas individuel ne tient pas compte du fait qu'il existe des comportements particulièrement dangereux pour lesquels une analyse d'impact plus approfondie n'est pas nécessaire. L'affectation des ressources des autorités de la concurrence à une analyse des effets dans de tels cas réduit le potentiel de poursuite d'autres restrictions à la concurrence. L'absolutisation de l'analyse des effets torpille ainsi l'exigence posée par l'art. 96, al. 1, Cst. de mettre à disposition des instruments efficaces pour protéger la concurrence et garantir ainsi un « **régime de concurrence efficace** ».

51 En résumé, il ressort que la norme visée à l'art. 96, al. 1, Cst. n'oblige pas à examiner les effets préjudiciables dans chaque cas d'espèce, mais charge le législateur d'édicter des prescriptions en matière de droit des cartels qui garantissent une **protection efficace de la concurrence** afin d'éviter des dommages à l'économie et à la société. Le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre dans le choix ou la combinaison d'éléments fondés sur la forme ou sur les effets et peut également prévoir des interdictions partielles. Une interdiction générale des cartels assortie d'une réserve d'autorisation (voir ci-dessus N. 37), que personne ne souhaite introduire, est toutefois exclue par l'article sur les cartels.

D. « Préjudiciable à l'économie nationale ou à la société »

52 Le débat sur les effets préjudiciables des cartels et autres restrictions à la concurrence est généralement mené sous l'angle économique. On oublie toutefois que l'article sur les cartels se réfère également à des « **effets préjudiciables à la société** ». Les aspects sociaux jouaient un rôle important dans les anciennes lois sur les cartels, car selon la théorie du solde qui

prévalait à l'époque, ils devaient être intégrés dans un *bilan économique et social* global et mis en balance avec les intérêts économiques et les aspects de la concurrence. Ainsi, l'art. 29 LCart 1985, qui avait ancré la théorie du solde dans le droit positif, mentionnait les effets sur les régions du pays et les intérêts des travailleurs et des consommateurs concernés comme des biens juridiques devant être pris en considération. Avec la suppression de la théorie du solde, les aspects sociaux ont été retirés de la procédure ordinaire en matière de cartels, de sorte qu'ils ne sont plus mentionnés que dans le cadre de la procédure d'autorisation exceptionnelle par le Conseil fédéral.

Une telle restriction de la portée n'est pas conforme à la disposition générale de l'art. 96, al. 1, Cst. Le critère de la nocivité sociale s'applique de manière générale au droit de la concurrence. Il souligne la fonction sociopolitique du droit des cartels, qui va au-delà des fonctions économiques : celui-ci vise à empêcher la concentration du pouvoir économique entre les mains de quelques-uns, car l'expérience montre que les cartels et les monopoles, ainsi que leurs représentants, exercent également une grande influence sur la formation de la volonté politique. La prévention des accords restrictifs de concurrence, des abus de position dominante et des concentrations restrictives de concurrence revêt donc également une dimension sociale. 53

En particulier, c'est déjà la conclusion d'accords cartellaires, et non leur mise en œuvre, qui crée un **climat favorable aux cartels**, lequel est néfaste à l'économie concurrentielle. Ainsi, le Tribunal fédéral a statué, dans une interprétation conforme à la Constitution (à savoir en se référant à l'art. 96 Cst.), que « les accords, et non seulement la mise en pratique des types d'accords visés à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart, créent un climat hostile à la concurrence qui est « économiquement ou socialement nuisible » au fonctionnement normal de la concurrence ». La concurrence potentielle doit donc également être protégée. 54

En fin de compte, la référence aux dommages sociaux causés par la formation de cartels établit un lien entre une économie de marché sans cartels et la démocratie directe : les décisions doivent être prises de manière décentralisée, dans l'économie par les différents acteurs au niveau des marchés, dans la sphère politique en dernier ressort par les citoyens. La dimension sociale du droit des cartels établit ainsi un lien avec des principes fondamentaux de l'État et souligne l'importance du mandat confié au 55

législateur à l'art. 96, al. 1, Cst. de créer un environnement favorable à la concurrence.

E. « des cartels et autres restrictions à la concurrence »

56 L'**ancien article sur les cartels** ne mentionnait que les « cartels et organisations similaires ». À l'origine, la législation ne devait donc s'appliquer qu'aux cartels au sens strict (c'est-à-dire aux accords entre concurrents qui restreignent la concurrence, c'est-à-dire aux accords horizontaux) et aux organisations comparables. Selon le message relatif aux nouveaux articles sur l'économie, cela devait également inclure, par exemple, les trusts. Au fil du temps, la disposition a été interprétée de manière plus large. Le législateur de la loi sur les cartels de 1995 estimait par exemple que la formulation permettait de manière générale de prendre des mesures « contre les restrictions privées à la concurrence ». Cela incluait les règles contre les accords de concurrence verticaux (à savoir ceux entre des entreprises à différents niveaux du marché, par exemple les contrats de distribution), l'abus de position dominante et les concentrations anticoncurrentielles, c'est-à-dire les restrictions de concurrence qui ne relèvent pas nécessairement à première vue de la notion de « cartels et organisations similaires ».

57 Le **nouvel article sur les cartels** a complètement surmonté cette restriction organisationnelle. Le droit des cartels ne doit plus se limiter aux « cartels et organisations analogues », mais régir de manière générale les « cartels et autres restrictions à la concurrence ». Cette formulation englobe tous les comportements qui relèvent habituellement du droit des cartels, à savoir les règles relatives aux accords de concurrence (horizontaux et verticaux), aux abus de position dominante et au contrôle des concentrations. En outre, la formulation est suffisamment large pour inclure de nouvelles prescriptions dans la mesure où il s'agit de normes relatives aux entreprises qui visent à empêcher des restrictions de concurrence contraires à leur fonction. Cette disposition pourrait également servir de base à une surveillance des prix dans le cadre de la politique de la concurrence si l'art. 96, al. 2, let. a, Cst. ne prévoyait pas déjà une base compétente spécifique, qui prime en tant que règle plus spéciale. Cela n'exclut pas que les restrictions de concurrence liées aux prix relèvent également du droit général des cartels, par exemple en cas de cartels sur les prix ou d'abus de position dominante par des acteurs dominants sur le marché. Les violations de l'équité contraires à la fonction

relèvent en revanche du droit contre la concurrence déloyale. L'art. 96, al. 2, let. b, Cst. constitue la base de compétence appropriée à cet égard.

58 Le droit de l'UE prévoit, aux articles 107 et suivants TFUE, un **contrôle des aides d'État** qui constitue le quatrième pilier du droit européen de la concurrence (outre les règles relatives aux accords restrictifs de concurrence, aux abus de position dominante et au contrôle des concentrations) et qui est inscrit dans le chapitre consacré aux « règles de concurrence ». Le contrôle des aides ne vise toutefois pas les entreprises, mais les États membres qui octroient les subventions ou leurs subdivisions, et ne relève donc pas du droit des cartels au sens strict. Si le législateur fédéral souhaitait introduire un contrôle des subventions, l'art. 96, al. 1, Cst. ne constituerait donc pas une base compétente appropriée. Pour les subventions cantonales et communales, une compétence législative au sens de l'art. 95, al. 2, Cst. peut toutefois être envisagée ; pour les subventions fédérales, il faut supposer une compétence fédérale tacite.

59 Il découle de l'obligation du législateur fédéral d'édicter des prescriptions en matière de droit des cartels (cf. N. 40 s. ci-dessus), combinée à la conjonction « et » entre « cartels » et « autres restrictions de la concurrence » à l'art. 96, al. 1, Cst., que le législateur doit édicter des règles pour **tous les domaines reconnus du droit des cartels**. Il ne pourrait donc se contenter de règles sur les cartels sans aborder les accords verticaux. Il est également tenu d'édicter des prescriptions sur le comportement unilatéral des entreprises et sur le contrôle des concentrations.

60 Les effets néfastes des « cartels et autres restrictions à la concurrence » ne peuvent être évités que si les règles du droit des cartels sont efficaces. Les règles de droit matériel ainsi que les prescriptions relatives aux institutions et aux procédures doivent donc être conçues de manière à éviter ou à réparer les dommages économiques et sociaux causés par les cartels et autres restrictions à la concurrence. En ce qui concerne le droit matériel, les éléments constitutifs ne doivent pas imposer d'exigences excessives aux instances chargées d'appliquer le droit. En ce qui concerne les institutions et les procédures, il convient de distinguer entre **public** et **private enforcement**. Pour l'application du droit public, il faut disposer d'autorités et de tribunaux dotés de ressources suffisantes et des pouvoirs nécessaires pour faire respecter le droit matériel dans un délai raisonnable. Une mise en œuvre efficace du droit civil présuppose notamment qu'il n'existe aucune restriction

contraire au système en matière de légitimation active et que les tribunaux civils réagissent aux difficultés particulièrement importantes en matière de preuve dans le droit civil des cartels en exploitant pleinement la marge de manœuvre dont ils disposent en matière de mesure et d'administration de la preuve. Même si l'art. 96, al. 1, Cst. laisse une grande marge de manœuvre au législateur, celui-ci doit toujours veiller à ce que les dispositions du droit des cartels garantissent une **protection efficace de la concurrence**. Il découle donc de l'article sur les cartels une exigence contraignante pour le législateur et les applicateurs du droit, à savoir le **principe d'efficacité** : le droit matériel et le droit procédural doivent être conçus, interprétés et appliqués de manière à ce que l'application effective du droit des cartels ne soit pas rendue pratiquement impossible ou excessivement difficile par des moyens administratifs ou privés.

F. « contre »

61 Les dispositions à édicter doivent viser à « contrecarrer » les effets économiques ou sociaux préjudiciables des cartels et autres restrictions à la concurrence. Le législateur n'a pas repris cette préposition dans le titre de la loi sur les cartels, mais a choisi la formulation « loi fédérale *sur les* cartels et autres restrictions à la concurrence ». Le mot « sur » a été repris des lois sur les cartels de 1962 et 1985, qui datent donc d'une époque où l'on avait une attitude fondamentalement positive à l'égard des cartels. La loi sur les cartels de 1995 a certes opéré un changement d'orientation fondamental en faveur de la protection d'une concurrence efficace, mais elle n'a pas exprimé cette orientation dans son titre. Les effets néfastes des cartels et autres restrictions à la concurrence sont combattus par l'adoption de règles « contre » eux, comme le prévoit l'article constitutionnel sur les cartels. Le législateur est donc invité à modifier le titre de la loi en « loi fédérale contre les cartels et autres restrictions à la concurrence », à l'instar de la LCD, qui s'intitule « loi fédérale contre la concurrence déloyale ».

G. Perspectives

62 L'article sur les cartels de 2000 a inversé les prémices de la politique de la concurrence : les cartels ne sont plus reconnus comme une bonne forme d'organisation, mais comme une dérogation à la liberté économique et donc comme une menace pour l'ordre libéral de l'économie de marché. Les milieux

traditionalistes contestent ce changement de signification et s'accrochent à des principes favorables aux cartels qu'ils tirent de formulations de l'art. 96, al. 1, Cst. (à savoir les « effets préjudiciables »), que la Constitution fédérale de 2000 a effectivement repris de l'époque des cartels. Afin d'éviter d'emblée de telles interprétations erronées, il est temps de modifier l'**art. 96, al. 1, Cst.** Il convient de formuler la disposition comme suit : « La législation en matière de droit des cartels et de la concurrence est du ressort de la Confédération. » Il appartient alors au législateur d'élaborer des règles qui accordent la place qui leur revient à l'intérêt public fondamental que représente une économie concurrentielle qui fonctionne.

À propos de l'auteur

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, économiste diplômé, DIAP (ENA, Paris), est titulaire d'une chaire de droit commercial, économique et européen à l'Université de Zurich et professeur invité permanent à l'Université de Lausanne. Ses recherches portent principalement sur le droit économique suisse, européen et international, avec un intérêt particulier pour le droit des cartels et de la propriété intellectuelle. Il est membre du comité directeur et du comité exécutif de l'Institut européen de l'Université de Zurich (EIZ). De 2011 à 2022, il a été membre de la Commission suisse de la concurrence, dont il a été président depuis 2018. L'auteur vous invite à lui faire part de vos commentaires sur cet article à l'adresse andreas.heinemann@ius.uzh.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zu Art. 96 BV).

Diebold Nicolas/Rütsche Bernhard, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, Zürich 2023.

Gerber David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998.

Heinemann Andreas, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, S. 43–73.

Heinemann Andreas, Artikel 96 Bundesverfassung – Schutz des Wettbewerbs, in: Weerts Sophie u.a. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 179–184.

Heinemann Andreas, Fortschritt und Rückschritt im schweizerischen Kartellrecht, ZSR 2023 I, 43–66.

Jacobs Reto, Art. 96 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Kley Andreas, Vor Art. 1 KG, in: Zächer Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), KG – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

Martenet Vincent, Art. 96 LCart, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31bis BV, in: Aubert, Jean-François u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel 1991.

Rhinow René/Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Zäch Roger/ Zweifel Peter (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 93–144.

Rhinow René/Gurovits András A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3, 592–617.

Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795–810.

Stoffel Walter, Wirtschaftsfreiheit oder Kartellfreiheit? Der Wandel eines Begriffes im Spiegel der schweizerischen Kartellrechtsrevisionen, in: Hänni Peter (Hrsg.), Mensch und Staat, FS Thomas Fleiner, Freiburg 2003, S. 673–688.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Basel 2015.

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, 857–866.

BIBLIOGRAPHIE

Amstutz Marc/Carron Blaise, Art. 7 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Baldi Marino, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 316–322.

Baldi Marino/Borer Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz, WuW 1998, 343–356.

Baudenbacher Carl, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419–673.

Baudenbacher Laura Melusine, Vom gemeineuropäischen zum europäischen Rechtsmissbrauchsverbot, Baden-Baden 2016.

Baudenbacher Laura Melusine, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, Jusletter 30. Mai 2022.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Birkhäuser Nicolas, Art. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Borer, Jürg, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011.

Bork Robert H., The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself, New York 1993.

David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012.

Dumont, Janine/Trüten, Dirk, Divergierende wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidungen, in: Kellerhals Andreas/Trüten Dirk (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz – Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich 2023, S. 508–516.

Errass Christoph, Öffentliches Recht der Gentechnologie im Ausserhumanbereich, Bern 2006.

Gallmann Robert/Gersbach Andreas, Repetitorium Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2017.

Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Gygi Fritz, Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 1970 II 265–389.

Hänni Peter/Stöckli Andreas, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.

Hangartner Yvo, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, S. 439–441.

Heinemann Andreas, Demokratie und Marktwirtschaft – Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie – Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 121–134.

Heinemann Andreas, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht – Questions fondamentales en droit de la concurrence, Bern 2016, S. 7–33 (zit. Heinemann (2016), Erheblichkeit).

Heinemann Andreas, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016 I, S.v431–455.

Heinemann Andreas, Wettbewerbsrechtlicher Konsumentenschutz, in: Heiss Helmut / Loacker Leander D. (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 295–331.

Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2023.

Heinemann Andreas/Picht Peter G., Kartellrechtliche Methoden und wettbewerbspolitische Implikationen – ein Streifzug, in: Altwicker Tilman/Babusiaux Ulrike/Heiss Helmut/Hermstrüwer Yoan/Thier Andreas (Hrsg.), Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich 2025, S. 159–184.

Heizmann Reto A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005.

Hettich Peter, «Wirksamer Wettbewerb» – Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003.

Hettich Peter, Art. 98 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Hilty Reto M., Art. 1 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013.

Kaiser Patricia S., Art. 96 Abs. 2 lit. a BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv96abs2a (besucht am 15.8.2025)

Kobel Pierre, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, S. 1150–1162.

Künzler Adrian, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Tübingen 2008.

Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017.

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021.

Meier Martin, Ein «More Realistic Approach»?, Tübingen 2021.

Posner Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl., Chicago 2001.

Reinert Mani, Art. 4 Abs. 1 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021.

Reymond Jean-Marc, Art. 6 LCart, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013.

Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.

Richli Paul, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007.

Rubin Bernhard, Art. 1 KG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Bern 2007.

Schluep Walter R.: in Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988

Schott Markus, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zürich 2010.

Schürmann Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994.

Smith Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Erstausgabe von 1776), Washington D.C. 1998.

Stoffel Walter R., Wettbewerbsabreden, in: Ducrey Patrik/Zimmerli Daniel (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2: Kartellrecht, 2. Aufl., Basel 2023, S. 69 – 192.

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse, Bern 2014.

Sullivan Lawrence A./Grimes Warren S./Sagers Christopher L., The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, 3. Aufl., St. Paul 2016.

Tercier Pierre/Martenet Vincent, Introduction générale, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013.

Thier Andreas, Schweizerische Kartellrechtstradition und «more economic approach», in: Sethe Rolf u.a. (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 621–645.

Thouvenin Florent, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Köln 2007.

Vallender Klaus A., Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, S. 677–686.

Vallender Klaus A./Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung (vor Art. 94 BV), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Weber Rolf H./Volz Stephanie, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Zürich 2023.

Winistörfer Marc M., Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung – Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, Zürich 2021.

Zäch Roger, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP 1992, S. 857–866.

Zäch Roger/Heizmann Reto, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl., Bern 2023.

Zimmer Daniel (Hrsg.), The Goals of Competition Law, Cheltenham 2012.

MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10.9.1937, BBl 1937 II 833 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1937/2_833_829_719/de, besucht am 15.8.2025.

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht vom 8.2.1957, BBl 1955 I 347 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1955/1_365__/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und andere Organisationen vom 18.9.1961, BBl 1961 II 553 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1961/2_553_549_1381/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9.9.1981, BBl 1981 III 342 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_342_314_295/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I 468 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/1_468_472_389/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 15.8.2025.

Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24.5.2023, BBl 2023, 1463 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1463/de besucht am 15.8.2025.

Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 96 al. 2 lit. a Cst.

Un commentaire de Patricia S. Kaiser

PROPOSITION DE CITATION

Patricia S. Kaiser, Commentaire de l'art. 96 al. 2 lit. a Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Kaiser, art. 96 al. 2 lit. a Cst. N. XXX.

Art. 96 Politique en matière de concurrence

[2] Elle prend des mesures:

a. afin d'empêcher la fixation de prix abusifs par des entreprises ou des organisations de droit privé ou de droit public occupant une position dominante sur le marché

TABLE DES MATIÈRES

I. Contexte 1039
II. Historique 1039
A. Les premières surveillances des prix 1039
B. Initiative populaire "pour la prévention des prix abusifs". 1039
1. Initiative populaire et contre-projet du Conseil fédéral 1039
2. Premier texte constitutionnel 1040
C. Révision de la Constitution et nouvelle Cst. 1040
II. Commentaire au sens strict. 1041
A. Pouvoir de marché et abus dans la formation des prix (abus de prix) 1041
1. Terminologie du pouvoir de marché 1041
a. Points de repère constitutionnels 1041
b. Points de repère légaux 1041
2. Distinction entre pouvoir de marché et domination du marché 1043
3. Abus dans la formation des prix (abus de prix) 1044
a. Notion juridique indéterminée 1044
b. Prix - casuistique 1044
c. Examen des abus 1045
d. Prix bas 1045
B. Entreprises et organisations de droit privé et de droit public 1046
C. Forme d'organisation 1046
Lectures complémentaires recommandées 1048
Bibliographie 1050

I. CONTEXTE

L'art. 96 Cst. constitue la base légale de trois compétences fédérales distinctes : le droit des cartels (al. 1), le droit de surveillance des prix (al. 2, let. a) et le droit de la concurrence déloyale (al. 2, let. b). Ces trois compétences relèvent certes toutes du droit économique, mais elles concernent néanmoins des domaines réglementaires différents. Avant la révision totale de la Constitution fédérale, elles étaient d'ailleurs réparties dans différents articles. Elles font ici l'objet de trois commentaires distincts. 1

II. HISTORIQUE

A. Les premières surveillances des prix

La Suisse a connu une surveillance des prix dès l'entre-deux-guerres, pendant et après la Seconde Guerre mondiale. Celle-ci était conçue dans le cadre de la politique conjoncturelle. L'arrêté fédéral de 1972 visait à maîtriser la surchauffe conjoncturelle de l'époque, qui entraînait un excès de demande et provoquait ainsi une inflation considérable. Sans base constitutionnelle ordinaire, la durée de validité de cet arrêté fédéral - par conséquent extra-constitutionnel (art. 89bis al. 1 et 3 aCst.) - était limitée à fin 1975. Ainsi, l'arrêté fédéral suivant a dû faire face à une situation différente : la situation économique s'était refroidie et était entrée en récession, alors qu'il fallait continuer à maîtriser une inflation relativement élevée. 2

B. Initiative populaire "pour la prévention des prix abusifs".

1. Initiative populaire et contre-projet du Conseil fédéral

Encouragées par le bon résultat de l'arrêté fédéral de 1975 en votation populaire, les organisations de protection des consommateurs ont lancé une initiative populaire visant à instaurer durablement une surveillance des prix, non pas (plus) en tant que mesure de politique conjoncturelle, mais en tant que mesure motivée par la politique de la concurrence. Le Conseil fédéral, quant à lui, a opposé à l'initiative populaire un contre-projet prévoyant une surveillance des prix motivée par la politique conjoncturelle et limitée aux phases inflationnistes. Lors de la votation populaire du 28 novembre 1982, la 3

majorité du peuple et des cantons s'est toutefois prononcée en faveur de l'initiative populaire et donc d'une motivation liée à la politique de la concurrence.

2. Premier texte constitutionnel

4 Le nouvel art. 31septies aCst. - à l'époque - était libellé comme suit :

"Afin d'empêcher les abus dans la formation des prix, la Confédération légifère sur la surveillance des prix et des prix recommandés pour les marchandises et les prestations des entreprises et des organisations puissantes sur le marché, en particulier des cartels et des entités assimilées à des cartels, de droit public ou privé. Si le but l'exige, de tels prix peuvent être réduits".

5 Le but de ladite norme constitutionnelle était d'empêcher des prix élevés de la part de cartels et d'entreprises et organisations puissantes sur le marché en raison de l'absence d'une concurrence efficace, mais pas de créer une concurrence. Selon le message, il s'agit donc "d'une sorte de politique de remplacement de la concurrence [...] qui remplace le meilleur surveillant des prix reconnu", à savoir la concurrence.

6 L'instauration de la concurrence était réservée à l'article sur les cartels (art. 31bis al. 3 let. d aCst.) et à la législation d'exécution. Cette norme constitutionnelle aurait également suffi à instaurer une surveillance des prix en matière de politique de la concurrence, car elle offrait une base contre toute forme d'effets nuisibles, sur le plan économique ou social, des cartels et des entreprises puissantes sur le marché. Il existait une compétence "parallèle" de la Confédération. Toutefois, la base nouvellement créée de l'art. 31septies aCst. conférait au législateur fédéral un mandat législatif spécifique : garantir la surveillance efficace et rapide des prix des entités puissantes sur le marché. Cela exigeait un mandat spécifique et donc un instrument bien précis.

C. Révision de la Constitution et nouvelle Cst.

7 Les deux articles distincts ont été transférés dans la Cst. du 18 avril 1999 à l'art. 96, al. 1 et al. 2, let. a. Ce dernier alinéa donne à nouveau au législateur fédéral le mandat contraignant d'utiliser, en plus de l'instrument du droit des cartels, un instrument spécifique de la politique de la concurrence, à savoir la

surveillance des prix. L'art. 96 al. 2 let. a Cst. est une compétence législative ayant un effet dérogatoire subséquent.

Sur la base des règles générales d'interprétation des articles constitutionnels, il faut continuer à partir du principe que l'article sur les cartels et celui sur la surveillance des prix ont la même importance. Ainsi, la révision totale de la Constitution fédérale n'a rien changé à l'importance autonome des deux articles pour la Constitution économique suisse et l'ancien état juridique a été maintenu. 8

II. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Pouvoir de marché et abus dans la formation des prix (abus de prix)

1. Terminologie du pouvoir de marché

a. Points de repère constitutionnels

La condition préalable à l'intervention de l'État contre la formation abusive des prix est le pouvoir de marché d'une entreprise ou d'une organisation. La notion de pouvoir de marché (ou l'adjectif "puissant") n'est utilisée par la Cst. que dans le paragraphe en question. Mais au-delà, le marché n'est guère mentionné et n'est utilisé que dans l'agriculture (art. 104). Le terme "pouvoir" n'a pas non plus d'équivalent dans la Cst. Il n'est mentionné que dans le contexte de la "menace de guerre ou de politique de puissance" dans le cadre de la défense nationale (art. 102). 9

b. Points de repère légaux

Au niveau législatif, la LCart répète la notion de pouvoir de marché dans le champ d'application, mais ne la développe pas. En revanche, elle mentionne à l'art. 4 al. 2 les "entreprises dominantes sur le marché" et décrit leur statut en précisant qu'un comportement indépendant des autres acteurs du marché (concurrents, fournisseurs ou demandeurs) est possible dans une large mesure. 10

La loi sur la surveillance des prix (LSPr) n'aborde pas non plus la notion de pouvoir de marché dans son champ d'application (art. 1 s.) et se contente de 11

répéter qu'elle s'applique aux "entreprises de droit privé et de droit public ayant un pouvoir de marché". En ce qui concerne le principe de la politique de la concurrence de l'art. 12, elle contient toutefois à l'al. 1 l'affirmation selon laquelle il ne peut y avoir abus de prix que "si les prix sur le marché concerné ne sont pas le résultat d'une concurrence efficace". Le lien entre la notion de pouvoir de marché et l'absence de pression concurrentielle ou l'accès au contenu par le biais de la concurrence a également été établi par le Tribunal administratif fédéral, qui a déclaré qu'en principe, les prix qui sont le résultat d'une concurrence efficace ne sont pas abusifs. Et il a poursuivi : "Cette compréhension économique [systématique] fondamentale découle de la Constitution fédérale. Ainsi, la compétence de la Confédération de prendre des mesures contre les prix abusifs est expressément limitée aux abus dans la formation des prix par des entreprises et organisations puissantes sur le marché (cf. art. 96, al. 2, let. a, Cst.). Cette définition de la compétence ainsi que les droits fondamentaux que sont la garantie de la propriété (art. 26) et la liberté économique (27 Cst.) reposent sur une compréhension fondamentale du système économique, qui implique qu'il ne peut y avoir de prix abusifs que dans la mesure où il n'y a pas de concurrence efficace sur le marché concerné. Une concurrence efficace limite automatiquement la marge de manœuvre en matière de fixation des prix à un niveau non abusif [...]". Même si la "concurrence efficace" est donc considérée comme un principe directeur de la politique de la concurrence, il convient de préciser, pour la LSPr, que les effets de la concurrence doivent porter sur la formation des prix.

12 Alors que l'art. 94 Cst. - le principe de l'ordre économique - protège la concurrence privée de la déformation étatique, l'art. 96 Cst. se réfère en premier lieu à la protection de la concurrence contre les particuliers : L'élément qui relie les deux normes constitutionnelles dans la section commune Economie est donc la protection de la concurrence (cf. toutefois n. 12). Les dispositions ne peuvent pas être séparées sans faille et se complètent. La politique de la concurrence visée par l'art. 96 Cst. doit garantir un ordre économique axé sur la concurrence, ce qui est en principe en harmonie avec le principe de la liberté économique (art. 94 Cst.). La politique de la concurrence régie par l'art. 96 Cst. est en outre conforme au principe de la liberté économique (art. 27 Cst.). Ainsi, la première - des mesures motivées par le droit de la concurrence - peut également restreindre la seconde - des positions protégées par les droits fondamentaux - : le critère est l'art. 36 Cst. Cette systématique montre que la politique de la concurrence au sens de l'art.

96 Cst. constitue un intérêt valable au sens de l'art. 36 al. 2 Cst. et donc une restriction du droit individuel. La doctrine majoritaire en déduit que l'alinéa relatif à la surveillance des prix protège également la concurrence et que la protection de la concurrence constitue donc un intérêt légitime au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.

A notre avis, l'alinéa relatif à la surveillance des prix protège en revanche le revers de la médaille d'une concurrence efficace : les demandeurs privés et commerciaux doivent être protégés des conséquences de l'absence de concurrence. L'alinéa relatif à la surveillance des prix et, par conséquent, la LSPr s'appliquent précisément lorsque la concurrence ne joue pas suffisamment, ce qui est en premier lieu le cas pour des raisons juridiques (monopoles légaux, par exemple l'assurance immobilière) ou factuelles (monopoles naturels comme le réseau de gaz). Il est toutefois sans importance que la concurrence ne soit pas souhaitée pour des raisons d'intérêt public supérieur (comme par exemple dans le domaine de l'agriculture) ou qu'elle n'aboutisse pas (alors que le marché pourrait théoriquement jouer, comme par exemple pour les frais de transaction de Wordline, voir ch. 17 ci-dessous). Ainsi, l'absence de concurrence effective est la porte ouverte à l'intervention de l'Etat selon l'art. 36 al. 2 Cst. 13

2. Distinction entre pouvoir de marché et domination du marché

Le TAF a constaté qu'il existe une différence minime, mais essentielle, entre l'enquête sur les prix et l'enquête sur les abus de position dominante en droit des cartels. Comme la COMCO peut, contrairement au Surveillant des prix, infliger des sanctions administratives en cas d'exploitation des prix (art. 49a al. 1 LCart), le législateur a fixé pour elle "un seuil d'intervention nettement plus élevé". C'est pourquoi l'absence de concurrence effective suffit à l'intervention du Surveillant des prix en cas de pouvoir de marché. En revanche, la position dominante en tant que pouvoir de marché qualifié est pour la COMCO une condition d'intervention selon l'art. 7 LCart. Dans ce sens, le pouvoir de marché au sens de l'art. 2 al. 1 LCart est un critère d'intervention, mais pas un critère d'atteinte. Cela signifie que la LCart s'applique au pouvoir de marché (art. 2 al. 1), mais que les éléments constitutifs de l'art. 7 LCart ne s'appliquent qu'en présence d'une position dominante sur le marché (en plus d'un pouvoir de marché relatif) en relation avec une pratique illicite visée par les éléments constitutifs de l'infraction. Ceci à la différence de la LSPr, pour laquelle le 14

pouvoir de marché constitue le fait générateur de l'assujettissement et la condition d'intervention. Le pouvoir de marché se situe par conséquent "entre l'influence normale sur le marché et la domination du marché".

3. Abus dans la formation des prix (abus de prix)

a. Notion juridique indéterminée

15 L'abus de prix mentionné dans le texte constitutionnel ("abus dans la formation des prix") est une notion juridique indéterminée. Comme nous l'avons déjà mentionné, la LSPr ne connaît pas de définition légale de l'abus de prix, mais elle l'associe à une concurrence efficace et exclut l'abus de prix en présence d'une telle concurrence (art. 12 al. 1 LSPr).

b. Prix - casuistique

16 La LSPr "s'applique aux prix des biens et des services, y compris les crédits. Sont exclus les salaires et autres prestations découlant des rapports de travail ainsi que l'activité de crédit de la Banque nationale suisse" (art. 1).

17 D'un point de vue économique, le prix constitue "la valeur d'échange d'un bien exprimée en unités monétaires". C'est un "indicateur de rareté". Il s'ensuit que les impôts, en tant que taxes dues sans condition, ne peuvent pas être des prix au sens de la norme constitutionnelle et donc de la LSPr. De même, un droit de rappel de droit privé ou une amende ne sont pas des prix. Dans le cas des impôts communaux, il convient de clarifier la question de savoir si la part fiscale de la taxe est dominante : dans ce cas, ils ne constituent pas non plus un prix. En revanche, les taxes d'utilisation de toutes sortes, en tant que rémunération pour l'utilisation d'une prestation d'une entreprise publique, d'une installation ou d'un équipement, entrent dans le champ d'application matériel de la LSPr. Il s'agit par exemple des entreprises communales d'approvisionnement et d'élimination (centrales électriques, usines à gaz et à eau, usines d'incinération des ordures ménagères et stations d'épuration des eaux usées), des taxis pour les taxes de stationnement et de marché ainsi que des entreprises de transport ou des taxes d'aéroport. Dans la pratique, il convient donc toujours d'examiner la nature et le caractère de la taxe en question ainsi que la prestation à laquelle elle se rapporte.

18 Enfin, la rémunération de biens et de services fournis par des entreprises puissantes sur le marché constitue également un prix visé par l'infraction. A

titre d'exemple, on peut citer les frais de port des lettres ou des colis par La Poste Suisse SA, les frais de transaction de Worldline Suisse SA (SIX Payment Services SA avant novembre 2021) ou les prix des prestations intermédiaires des entreprises de télécommunication comme Swisscom SA.

Le recueil Droit et politique de la concurrence (DPC), qui contient dans sa cinquième partie les rapports annuels de la Surveillance des prix, donne une bonne vue d'ensemble des différents prix surveillés par la personne du Surveillant des prix. 19

c. Examen des abus

L'art. 13 LSPr fournit une liste d'éléments d'appréciation pour l'examen des abus en cas d'augmentation ou de maintien des prix. Cette liste n'est pas exhaustive ("notamment") et les différents éléments ne sont pas non plus dans un rapport hiérarchique. Par ailleurs, la personne du Surveillant des prix dispose d'un grand pouvoir d'appréciation dans son choix et son évaluation. Ainsi, "l'approche de la notion [...] doit donc partir de la finalité générale d'une surveillance des prix relevant de la politique de la concurrence". En effet, ces critères se prêtent également à la compréhension constitutionnelle de l'abus de prix. 20

L'exigence d'un abus exprime le fait qu'il s'agit d'une certaine "surenchère" du prix. Dans ce contexte, les entreprises doivent continuer à bénéficier d'un "bénéfice raisonnable" (art. 13, al. 1, let. b LSPr). Selon le Tribunal fédéral, le bénéfice doit comprendre un intérêt usuel sur le capital propre et une prime de risque conforme au marché. Le montant des provisions et des réserves ainsi que les distributions de bénéfices aux bailleurs de fonds constituent des indices de bénéfices excessifs. 21

d. Prix bas

Les prix abusivement bas ne sont en revanche pas couverts par l'infraction. Ils peuvent être soit l'expression d'une politique d'appât au sens de la LCD, soit l'expression d'une puissance d'achat et donc tomber dans le champ d'application de la LCart. La puissance d'achat ne peut donc pas être couverte par l'art. 96, al. 2, let. a, Cst. 22

B. Entreprises et organisations de droit privé et de droit public

23 Comme il ressort clairement du texte constitutionnel, le cercle des personnes visées est extrêmement large : la surveillance des prix englobe même les entreprises dominées par l'Etat ainsi que les collectivités publiques et donc certaines taxes publiques (voir N. 16). La formulation s'inspire du droit des cartels.

24 Les compétences du Surveillant des prix dans ce domaine sont en revanche limitées par la LSPr pour des raisons de démocratie directe. Si un prix est fixé ou approuvé par une autorité étatique, le Surveillant des prix ne dispose que d'un droit de recommandation renforcé (art. 14 s. LSPr).

C. Forme d'organisation

25 La doctrine ne répond pas de manière uniforme à la question de savoir si la personne du Surveillant des prix (art. 3 LSPr) et donc les instruments de la surveillance des prix sont prescrits par la Constitution. Certains estiment que la répartition des tâches s'est certes établie historiquement avec la personne du Surveillant des prix, mais que celle-ci pourrait aussi être supprimée. Le législateur est libre de fixer la répartition des tâches entre la COMCO et la Surveillance des prix. Cette décision est notamment motivée par des "questions de délimitation difficiles", car l'art. 16 al. 2 LSPr et l'art. 3 al. 3 LCart, qui règlent la répartition des tâches entre les deux autorités, se contredisent en partie et conduiraient à des procédures parallèles coûteuses et à des contradictions dans l'application du droit. Dans le quotidien des autorités, cette tragédie n'est pas ou peu perceptible. Ainsi, la personne du Surveillant des prix et la COMCO ne font pas que travailler ensemble (art. 5 al. 1 LSPr), mais s'orientent également sur les décisions importantes. Dans ce sens, la personne du Surveillant des prix participe également aux séances de la COMCO avec une voix consultative. En outre, les deux autorités se transmettent des cas à traiter, en fonction de l'état de fait et des aspects qui sont au premier plan.

26 A notre avis, l'opinion selon laquelle la personne du Surveillant des prix n'est pas exigée par la disposition constitutionnelle en vigueur n'est pas convaincante. Elle se réduit à une interprétation purement grammaticale. D'un point de vue systématique et historique, la fonction séparée de la Surveillance des prix, avec à sa tête le Surveillant des prix, s'explique par le

fait que la révision totale de la Constitution fédérale ne prévoyait aucune adaptation du contenu et que l'instrument de la surveillance des prix en matière de politique de la concurrence était clairement défini. Contrairement à d'autres domaines de l'administration en général et à la COMCO en particulier, la personne du surveillant des prix est celle qui a un "grand pouvoir de rayonnement" et qui doit essayer de "contribuer à un règlement consensuel par le biais de discussions". L'art. 9 LSPr - la norme relative à la recherche d'un règlement à l'amiable entre la personne du Surveillant des prix ou de la Surveillante des prix et les personnes concernées - a donc une fonction à la fois préventive et pédagogique. Cette fonction de médiation ne peut pas être exercée par un organe tel qu'une autorité de la concurrence, mais exige une personnalité de médiateur. Ainsi, la personne du Surveillant des prix occupe une position particulière en raison de son histoire. L'art. 9 LSPr - le noyau de la LSPr - poursuit les principes qui ont marqué la surveillance des prix en matière de politique conjoncturelle de 1973 à 1978. Il en ressort que la personne du Surveillant des prix est au centre de l'attention. Il se trouve, comme une sorte de délégué, au centre entre les entreprises concernées et les consommateurs. En outre, il convient de mentionner l'aspect suivant : pour la révision de la loi sur les cartels qui a eu lieu en même temps que l'initiative populaire "pour la prévention des prix abusifs" du 9 septembre 1981, la commission d'experts avait proposé l'intégration d'articles sur la surveillance des prix et leur exécution par la COMCO. Après la consultation, le Conseil fédéral les a toutefois supprimés en se référant à l'initiative populaire en suspens ainsi qu'à des interventions parlementaires. Ce processus renforce à mon avis le fait que la surveillance des prix ne doit et ne peut pas être mise en œuvre - seule - par un organe ou une autorité (COMCO ou Surveillance des prix). Même si cette fonction - considérée exclusivement de manière systématique - ne pouvait être créée que dans la loi, c'est l'interaction entre la systématique et l'histoire qui interdit cette conclusion erronée.

A propos de l'auteur

Patricia S. Kaiser, LL.M., a étudié le droit aux universités de Bâle, Fribourg-en-Brisgau et Strasbourg. Elle a ensuite travaillé pendant six ans à l'Office fédéral de la justice, où elle s'est principalement occupée du dossier des mesures de coercition à des fins d'assistance et des placements extrafamiliaux avant 1981. En cours d'emploi, elle a rédigé une thèse en droit international

public et s'est spécialisée en droit administratif. Après avoir terminé sa formation en médiation, elle a rejoint le service juridique du Surveillant des prix, qu'elle dirige aujourd'hui.

L'auteure se réjouit de recevoir des réactions au présent article sur patricia.kaiser@pue.admin.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Aeberhard Kurt, Der Preismissbrauch im schweizerischen Kartellrecht, Diss., Bern 1979.

Bonvin Jacques/Olivier Schaller, in Martenet, Bovet, Tercier (éditeurs), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2012, ad Art. 12 et 13 LSPr, p. 1739 ss.

Decker Christopher, Modern Economic Regulation, An Introduction to Theory and Practice Illustrated, 2. Aufl., Cambridge 2023.

Preisüberwachung, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber, Erste Fassung, Gekürzte Version ohne Vorwort, Bern 2006 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/netznutzungsentgelte.pdf, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von (akut-)stationären Spitaltarifen, Aktualisierte Version Bern 2022 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/Praxis%20des%20Preis%C3%BCberwachers%20bei%20der%20Pr%C3%BCfung%20von%20(akut-)station%C3%A4ren%20Spitaltarifen.pdf, besucht am 15.5.2023.

Preisüberwachung, Schweizer Gasmarkt und Kosten des Netzzugangs, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung für schweizerische Gasnetze, Erste Fassung, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf, besucht am 15.5.2023.

Richli Paul, Erste Eindrücke von der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, in: Peter Nobel/Robert E. Leu (Hrsg.), Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes, Jg. 41, Heft 4/1989, S. 191–209.

Schluep Walter R., «Wirksamer Wettbewerb», Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987.

Surveillance des Prix, Le marché suisse du gaz et la rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau gazier en Suisse, première version, Bern 2011 https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/schweizer_gasmarktundkostendesnetzzugangs.pdf.download.pdf/le_marche_suissedugazetlaretributiondelutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Pratique du Surveillant des prix dans l'examen des tarifs hospitaliers des soins stationnaires (aigus), version mise à jour, décembre 2022, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/praxis_des_preisueberwachers_bei_der_pruefung_von_akut_stationaeren_spitaltarifen.pdf.download.pdf/Pratique%20du%20Surveillant%20des%20prix%20dans%20l%E2%80%99examen%20des%20tarifs%20hospitaliers%20des%20soins%20stationnaires%20(aigus).pdf, besucht am 15.5.2023.

Surveillance des Prix, Rétribution de l'utilisation du réseau, Détermination de la rémunération du capital conforme au risque pour les gestionnaires du réseau électrique en Suisse, première version, https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/fr/dokumente/studien/netznutzungsentgelte.pdf.download.pdf/retribution_de_lutilisationdureseau.pdf, besucht am 15.5.2023.

Toller Marco, Die Preisüberwachung als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik, Diss., Zürich 1983.

Viscusi W. Kip/Harrington Jr. Joseph E./Sappington David E. M., Economics of Regulation and Antitrust, 5. Aufl., Cambridge/London 2018.

Volkart Rudolf/Wagner Alexander F., Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 7. Aufl., Zürich 2018.

BIBLIOGRAPHIE

Biaggini Giovanni, Art. 96 BV, in: Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovet Christian, Introduction à la Loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr) du 20 décembre 1985 (RS 942.20), in : Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercie Pierre, 2. Aufl., Basel 2013.

Dietrich Marcel/Bürgi Alexander, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: Amstutz Marc/Berger Mathis/Borer Jürg/Hilty Reto M./La Spada Anne-Virginie/Mathys Roland/Rigamonti Cyrill P./Thouvenin Florent/de Werra Jacques/Wild Gregor, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 2005, S. 179–88.

Jacobs Reto, Art. 96, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Kaiser Patricia S., Kooperatives und konsensuales Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2023.

Künzler Adrian/Richard Lötscher, Nr. 4 PüG, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, S. 276–278.

Lanz Rudolf, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Aufl., Basel 2020, S. 873–923.

Lanz Rudolf, Art. 3 Abs. 3 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2021.

Rhinow René, Art. 31^{septies}, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Band II, Basel/Zürich/Bern 1991.

Richli Paul, Zum Gesetzgebungsauftrag für die Preisüberwachung, in: Revue de droit suisse, Band 103, 1984, cahier 1.

Schürmann Leo/Schluep Walter R., Kartellgesetz + Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988.

Uhlmann Felix, Art. 96 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Weber Rolf H., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Bern 2009.

COMMENTAIRE

Art. 110 Cst.

Un commentaire de Nicolas Bueno / Yasmin Bellazrak-Dinari

PROPOSITION DE CITATION

Nicolas Bueno/Yasmin Bellazrak-Dinari, Commentary of art. 110 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Bueno/Bellazrak-Dinari, art. 110 FC N. XXX.

Art. 110 Travail

[1] La Confédération peut légiférer:

a. sur la protection des travailleurs;

b. sur les rapports entre employeurs et travailleurs, notamment la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel;

c. sur le service de placement;

d. sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail.

[2] Le champ d'application d'une convention collective de travail ne peut être étendu que si cette convention tient compte équitablement des intérêts légitimes des minorités et des particularités régionales et qu'elle respecte le principe de l'égalité devant la loi et la liberté syndicale.

[3] Le 1er août est le jour de la fête nationale. Il est assimilé aux dimanches du point de vue du droit du travail; il est rémunéré.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 1055
II. Contexte et systématique 1057
III. Commentaire proprement dit 1059
A. Art. 110 al. 1 Cst. : compétence législative 1059
1. Art. 110 al. 1 let. a Cst. : protection des travailleurs 1059
2. Art. 110 al. 1 let. b Cst. : rapports entre employeurs et travailleurs 1063
3. Art. 110 al. 1 let. c Cst. : service de placement 1064
4. Art. 110 al. 1 let. d Cst. : conventions collectives de travail 1065
B. Art. 110 al. 2 Cst. : conditions d'extension des conventions collectives 1067
C. Art. 110 al. 3 Cst. : 1er août 1068
Lectures complémentaires recommandées 1070
Bibliographie 1070

I. GENÈSE

La **révolution industrielle** a considérablement transformé la situation socio-économique des sociétés européennes du 19ème siècle. Elle a donné lieu à une classe ouvrière et urbaine souvent soumise à des conditions de vie difficiles. Soutenu idéologiquement par la pensée marxiste socialiste en Europe, le mouvement ouvrier a progressivement revendiqué le besoin d'être protégé légalement et acquis certains droits à l'origine du droit travail. 1

Ce besoin de protection s'est reflété dans les législations européennes relatives au travail. En Suisse, les premières règles de droit protégeant les ouvriers et ouvrières[736] ont vu le jour au début du **19ème siècle**, d'abord au niveau cantonal. Ce domaine relevait en effet de la compétence exclusive des cantons[737]. À l'origine, la protection s'étendait principalement au travail des femmes et des enfants et seulement dans les industries, bien que le secteur agricole occupât environ 50% de la population en Suisse en 1850[738]. En matière législative, le canton de Zurich fut précurseur en Suisse avec l'adoption du règlement cantonal du 7 novembre 1815 protégeant les enfants travaillant dans les fabriques[739]. Le canton de Thurgovie suivit l'exemple en adoptant une ordonnance comparable sur le travail des enfants le 22 décembre 1815. Le canton de Glaris fut le premier à étendre la protection aux travailleurs et travailleuses adultes dans les fabriques[740]. 2

Alors que la Constitution fédérale du 12 septembre 1848 a marqué l'institution de l'État fédéral suisse, il faudra attendre l'adoption de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.) pour que l'État acquière des **compétences législatives au niveau fédéral** en matière de protection des travailleurs et travailleuses[741]. L'art. 34 aCst. conférait tout d'abord à la Confédération la compétence de légiférer en matière de protection des travailleurs et 3

736. Cette contribution adopte un langage inclusif, sauf lorsque la législation en matière de travail fait expressément référence à un genre ou lorsqu'il est fait référence au texte (non inclusif) de la loi ou d'une décision judiciaire.
737. Böhmert, p. 28.
738. Baumann/Moser.
739. Règlement zurichois sur le travail des enfants et des jeunes dans les fabriques de filatures mécaniques du 7 novembre 1815.
740. Ordonnance glaronnaise sur le travail dans les fabriques du 14.1.1846 ; Perrenoud, p. 85.
741. Perrenoud, p. 23.

travailleuses dans certains domaines. L'alinéa 1 de cette disposition prévoyait que la Confédération a la compétence de « statuer des prescriptions uniformes sur le travail des enfants dans les fabriques, sur la durée du travail qui pourra y être imposée aux adultes, ainsi que sur la protection à accorder aux ouvriers contre l'exercice des industries insalubres et dangereuses ».

4 C'est sur cette base que la Confédération a adopté la **Loi fédérale du 23 mars 1877 sur le travail dans les fabriques**[742], acceptée par le peuple en référendum le 21 octobre de la même année. Cette loi interdisait le travail des enfants de moins de quatorze ans dans les fabriques, limitait à onze heures la durée d'une journée de travail, régulait le travail de nuit et introduisait la responsabilité causale de l'employeur pour les accidents de travail. Avec son adoption, la Suisse disposait alors d'une des législations les plus protectrices d'Europe[743].

5 La compétence fédérale restait toutefois limitée au travail dans les fabriques proprement dites. Avec l'entrée en vigueur de l'art. 34ter aCst. le 5 juillet 1908, la compétence législative de la Confédération fut étendue au **domaine des arts et métiers**, c'est-à-dire aux activités de l'artisanat et celles issues des corps de métiers[744]. Toutefois, cet élargissement excluait encore le secteur agricole.

6 Dans le contexte d'après-guerre, le peuple et les cantons acceptèrent une révision de certains articles économiques de la Constitution qui élargit encore un peu les compétences de la Confédération en matière de droit public du travail et d'assurances sociales[745]. Avec la révision de l'art. 34ter aCst., la Confédération obtint le droit de légiférer plus largement « sur **la protection des employés et ouvriers** », « les rapports entre employeurs et employés ou ouvriers, notamment sur la règlementation en commun des questions intéressant l'entreprise et la profession » ou encore sur « la force obligatoire générale de contrats collectifs de travail »[746].

7 L'actuel art. 110 Cst. reprend pour l'essentiel l'art. 34ter aCst. dans sa version de 1947. L'alinéa 3 sur la fête du 1er août reprend quant à lui l'art. 116bis aCst.

742. Loi fédérale du 23.3.1877 concernant le travail dans les fabriques (LFab ; RO 3 224) ; FF 1877 II 113.
743. Engermann, p. 36.
744. FF 1905 VI 26.
745. CR Cst-Mahon, art.110 N. 8.

tout en le précisant[747]. Cet alinéa a été ajouté à la Constitution de 1874 à la suite de l'acceptation d'une initiative populaire en 1993. En revanche, l'art. 34 aCst. sur le travail dans les fabriques a été jugé obsolète et n'a pas été repris[748].

Plusieurs **initiatives populaires** ont tenté en vain de modifier l'art 34ter aCst. ou l'art. 110 Cst. La plupart visait à davantage de congés ou à la protection des salaires, à l'image des initiatives « 6 semaines de vacances pour tous »[749], « pour une durée du travail réduite »[750] ou de l'initiative sur les salaires minimums[751]. L'initiative « 1:12 – Pour des salaires équitables » avait pour but de limiter à douze fois la différence entre le salaire le plus et le moins élevé au sein d'une entreprise[752]. Enfin, l'initiative populaire « pour un revenu de base inconditionnel »[753] a été rejetée le 5 juin 2016. Une nouvelle initiative sur le sujet, « vivre avec dignité – pour un revenu de base inconditionnel finançable », a dernièrement échoué au stade de la récolte des signatures.[754] 8

II. CONTEXTE ET SYSTÉMATIQUE

L'art. 110 Cst. est une disposition centrale en matière de droit (public) du travail. Il se trouve dans le chapitre 2 du titre III de la Constitution qui règle la **répartition des compétences** entre la Confédération et les cantons[755]. Cette disposition a pour fonction d'habiliter la Confédération à légiférer sur certains domaines du droit public du travail, notamment sur la protection des travailleurs et travailleuses. En matière de travail, la compétence de légiférer sur la politique conjoncturelle en matière d'emploi et sur l'assurance-chômage font l'objet de dispositions plus spécifiques, respectivement les articles 100 et 114 Cst. De plus, l'art. 122 al. 1 Cst constitue la base constitutionnelle relative 9

746. Art. 34ter aCst., accepté en votation populaire du 6.7.1947 (pour plus de détails cf. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 7).
747. L'art. 116bis aCst était formulé comme suit : « Le 1er août est fête nationale dans toute la Confédération » (al. 1); « Pour le droit du travail, ce jour est assimilé au dimanche. La loi règle les modalités de détail. » (al. 2).
748. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 1.
749. FF 2009 5123.
750. FF 1999 9107.
751. FF 2012 2845.
752. FF 2011 3505.
753. FF 2013 7771.
754. FF 2023 751.
755. Titre 3, Chapitre 2 Cst.

au droit privé du travail. Il confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile.

10 L'art. 110 Cst. n'est donc **pas une norme conférant des droits fondamentaux** aux individus en matière de travail. La Constitution ne garantit d'ailleurs que la liberté syndicale et le droit à la grève dans le titre consacré aux droits fondamentaux[756]. À la différence d'autres constitutions nationales, la Constitution fédérale ne garantit ainsi pas un droit fondamental à des conditions de travail justes et équitables, pourtant garanti par la Déclaration universelle des droits de l'homme[757] et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[758]. L'Organisation internationale du travail a également récemment ajouté le travail sûr et salubre à la liste de ses principes et droits fondamentaux au travail[759]. De manière générale, le constituant a également mis en avant la responsabilité individuelle de l'individu de subvenir à ses besoins (art. 6 Cst.) et ne garantit aucun droit à la sécurité sociale au-delà des situations de détresse (art. 12 Cst.).

11 Si la Constitution ne garantit que peu de droits fondamentaux en matière de travail, elle mentionne néanmoins certains **buts sociaux** en lien avec le travail. En vertu de l'art. 41 al. 1 let. d Cst., la Confédération et les cantons doivent par exemple s'engager à ce que toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables. Toutefois, aucun droit subjectif à des prestations de l'État ne peut être déduit de l'art. 41 Cst[760]. Ce but social s'inspire du droit fondamental au travail reconnu au niveau international[761]. Les articles 100 Cst. sur la politique conjoncturelle et 110 Cst. sur le travail, qui habilitent la Confédération à prendre des mesures en matière d'emploi et à légiférer sur la protection des travailleurs et travailleuses, permettent à la Confédération de concrétiser ce but social, sans toutefois l'y obliger[762]. En comparaison internationale, la

---

756. Art. 28 Cst.
757. Art. 23 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.
758. Art. 7 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
759. Organisation internationale du travail, Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, Adoptée à la 86e session (1998) de la Conférence internationale du Travail et amendée à la 110e session (2022), para. 2 lit. e.
760. Art. 41 al. 4. Cst. ; cf. BSK BV-Cardinaux, art. 110 N. 4.
761. Bueno, p. 578-579.
762. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 8.

Constitution fédérale peut toutefois être décrite comme plutôt « libérale » que « sociale », pour le moins en ce qui concerne la protection des travailleurs et travailleuses[763].

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

L'art. 110 Cst. se compose de trois alinéas. La fonction de l'article 110 al. 1 est d'attribuer une compétence législative à la Confédération sur certains domaines du « travail ». Ceux-ci portent essentiellement sur le **droit public du travail** et accessoirement sur le droit collectif du travail qui a trait aux conventions collectives de travail. En revanche, l'art. 110 al. 1 Cst. ne constitue pas le fondement de la compétence fédérale pour la législation en matière de droit privé du travail, laquelle est conférée à l'art. 122 al. 1 Cst[764]. L'art. 110 al. 2 Cst. précise ensuite les conditions auxquelles une convention collective de travail peut acquérir force obligatoire pour l'ensemble d'une profession ou d'une branche économique. Enfin, l'art. 110 al. 3 Cst. règle les conséquences du jour de la fête nationale du 1er août du point de vue du droit du travail. 12

A. Art. 110 al. 1 Cst. : compétence législative

Les domaines sur lesquels la Confédération est habilitée à légiférer en vertu de l'art. 110 al. 1 Cst. sont la protection des travailleurs (let. a), les rapports entre employeurs et travailleurs (let. b), le service de placement (let. c) et l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail (let. d). Ces domaines sont présentés à tour de rôle. 13

1. Art. 110 al. 1 let. a Cst. : protection des travailleurs

En vertu de l'art. 110 al. 1 lit. a Cst., la Confédération est habilitée à légiférer « **sur la protection des travailleurs** ». Il y a lieu tout d'abord de présenter le champ d'application personnel de cette disposition, au travers de la notion de « travailleurs », avant d'aborder le champ d'application matériel de la « protection » dans la pratique du Tribunal fédéral. 14

En ce qui concerne le **champ d'application personnel** de l'art. 110 al. 1 let. a Cst, il n'a pas toujours été question de « travailleurs ». Comme mentionné dans la genèse de l'art. 110 Cst. (*supra*, N. 4 et 5), la compétence fédérale a tout 15

763. Fabre, p. 15.
764. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 8.

d'abord porté sur les seules personnes travaillant dans les fabriques, puis dans les « arts et métiers », avant de s'appliquer plus généralement aux « employés et ouvriers » et enfin aux « travailleurs ». Malgré cette évolution, certaines personnes actives restent sans protection de nature de droit public, soit parce que la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence, soit parce qu'elles n'entrent pas dans la qualification de travailleur.

16 D'une part, la Confédération n'a pas entièrement fait usage de sa compétence en adoptant la **Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et commerce (LTr)**. Cette loi est devenue la norme essentielle du droit public en matière de travail[765]. Elle règle les questions de santé et de durée du travail, y compris du travail du dimanche, et contient des dispositions spéciales de protection pour les jeunes travailleurs et travailleuses, les femmes enceintes et les mères qui allaitent. Bien que son champ d'application soit large, elle ne s'applique pas par exemple aux personnes travaillant dans des entreprises agricoles et des ménages privés.[766] La plupart des fonctionnaires sont soumis à un régime fédéral ou cantonal spécial[767].

17 D'autre part, la doctrine est unanime sur le fait que la protection s'applique exclusivement aux **personnes salariées**, c'est-à-dire à une personne offrant une prestation de travail dépendante à un employeur en contrepartie d'une rémunération[768]. Une relation de travail doit exister et cette notion exclut donc tout travail indépendant et tout travail non rémunéré comme le travail bénévole.

18 À cet égard, l'apparition de nouvelles formes de travail, parfois considérées comme « néolibérales », soulève des questions sur la qualification du statut professionnel.[769] C'est le cas notamment du statut professionnel des personnes travaillant dans les activités dites de **plateformes**, par exemple dans le domaine du transport de personnes et la livraison à domicile, mais également pour toute une série de « freelancer ». Si certaines de ces

765. Loi fédérale du 13.3.1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr ; RS 822.11).
766. Art. 2 al. 1 let. d. et g. Ltr.
767. Loi fédérale du 24.3.2000 sur le personnel de la Confédération (LPers), au niveau fédéral.
768. CR Cst-Mahon, art. 110 N. 9 ; BSK-BV Cardinaux, art. 110 N. 5 ; CR Cst-Lempen, art. 110 N. 22.
769. Tomassetti, p. 117 ; cf. CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 61.

personnes sont qualifiées et à haut revenu, d'autres sont contraintes d'accepter de nouvelles formes de travail, peut-être plus flexibles, mais souvent aussi moins rémunérées et ne bénéficiant pas des avantages économiques qu'un employeur doit garantir pour une prestation similaire dans une relation de travail. Cette problématique a récemment amené la Commission européenne à proposer une directive visant à clarifier le statut professionnel des travailleurs et travailleuses de plateforme en prévoyant une présomption légale de relation de travail[770]. En Suisse, le Tribunal fédéral a également confirmé l'existence d'une relation de travail et non l'exercice d'une activité indépendante des chauffeurs dans les affaires Uber.[771]

19 En ce qui concerne le **champ d'application matériel** de la « protection » des travailleurs et travailleuses, il s'interprète de manière large. Il comprend tous les aspects de la personnalité, notamment la santé, la sphère privée et le droit de ne pas subir de discrimination[772]. Hormis la LTr, c'est également en partie sur la base de l'art. 110 al. 1 let. a. Cst. qu'ont été adoptées la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité[773] et la Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés du 8 octobre 1999[774]. En pratique, le Tribunal fédéral a déterminé qu'en vertu de son champ d'application, la LTr règle de manière exhaustive la protection des travailleurs et travailleuses[775]. Les cantons n'ont donc en principe plus de compétence en la matière. Cependant, même lorsque la règlementation fédérale est **exhaustive**, une solution cantonale n'est pas exclue lorsqu'elle poursuit un but différent que la protection des travailleurs et travailleuses[776]. Ce cas de figure s'est présenté notamment en ce qui concerne la fermeture des magasins le dimanche, l'introduction d'un salaire minimum cantonal et l'interdiction de la fumée passive, comme présenté ci-dessous.

20 Sur la question de la fermeture des magasins le dimanche, le Tribunal fédéral rappelle de manière constante que les dispositions cantonales en matière de travail dominical et d'ouverture des magasins ne peuvent pas avoir pour but la

770. Commission européenne, Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, COM/2021/762 final, 9.12.2021.
771. TF, arrêts du 30.5.2022, 2C_575/2020 et 2C_34/2021.
772. CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 27.
773. Loi fédérale du 24.3.1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).
774. CR Cst-Lempen, art. 110 N. 28 et N. 38.
775. ATF 143 I 403, consid. 7.5.2.
776. ATF 139 I 242, consid. 3.1.

protection des travailleurs et travailleuses, car cette question est réglée de manière exhaustive par la LTr[777]. La LTr réserve toutefois aux cantons les **prescriptions de police ayant trait au repos dominical** et aux heures d'ouverture, notamment afin d'assurer l'ordre et la tranquillité publique[778].

21 Dans le cadre de l'adoption d'une loi cantonale sur le **salaire minimum**, le Tribunal fédéral a également reconnu la compétence cantonale de légiférer, pour autant que la mesure ait pour objectif de lutter contre la pauvreté et ne constitue pas une mesure de politique économique ou de protection du travailleur. Cela signifie en pratique que le montant du salaire minimum doit se situer à un niveau relativement bas, proche du revenu minimal résultant des systèmes d'assurance ou d'assistance sociale[779].

22 De plus, la Confédération a usé de sa compétence législative pour protéger la santé des travailleurs et travailleuses en adoptant La loi fédérale sur la **protection contre le tabagisme passif**[780]. L'art. 4 de cette loi prévoit néanmoins que les cantons peuvent adopter des dispositions plus strictes pour la « protection de la santé ». Le Tribunal fédéral a ainsi précisé que cette réserve autorise les cantons à interdire la fumée de façon plus stricte afin de protéger la santé des consommateurs et consommatrices, mais pas dans un but de protection des travailleurs et travailleuses, ce domaine étant régi de façon exhaustive par le droit fédéral[781]. En matière de santé des travailleurs et travailleuses, la Confédération est enfin également intervenue durant la pandémie du COVID-19 en imposant certaines obligations aux employeurs[782]. La Loi COVID-19 s'est toutefois basée plus largement sur la compétence fédérale en droit privé du travail, sans mentionner l'art. 110 Cst.[783]

23 Enfin, le législateur fédéral a récemment affirmé que l'art. 110 al. 1 Cst. pouvait servir de base constitutionnelle complémentaire à l'art. 116 Cst. relatif aux allocations familiales en ce qui concerne la législation portant sur les **places d'accueil extra-scolaire** et extra-familial des enfants[784].

777. Entre autres, ATF 130 I 279, consid. 2.3.1 (Bâle-Ville) ; récemment ATF 148 I 198 (Tessin).
778. Art. 71 let. c LTr ; cf CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 35.
779. ATF 143 I 403, consid. 5.4.3 (Neuchâtel), puis confirmé dans l'arrêt du TF du 11.11.2021, 2C_302/2020, consid. 8.7 (Tessin).
780. Loi fédérale du 3.10.2008 sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31).
781. ATF 139 I 242, consid. 3.3.
782. Pärli/Eggmann.
783. Loi fédérale du 25.9.2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19 ; RS 818.102).

2. Art. 110 al. 1 let. b Cst. : rapports entre employeurs et travailleurs

Selon l'art. 110 al. 1 let. b Cst., la Confédération peut légiférer « sur les **rapports entre employeurs et travailleurs**, notamment sur la réglementation en commun des questions intéressant l'entreprise et le domaine professionnel ». La lettre b reprend en substance la lettre correspondante de l'art. 34ter aCst., qui avait pour but de distinguer la compétence de la Confédération relative aux rapports « individuels » entre un employeur et un travailleur ou une travailleuse, rapports relevant du droit privé[785]. En effet, les rapports individuels entre un employeur et un travailleur ou une travailleuse sont régis par la législation relative au contrat de travail (art. 319 à 362 du Code des obligations)[786]. Ces dispositions ont pour base constitutionnelle l'art. 122 al. 1 Cst., qui confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil. Au contraire, l'art. 110 al. 1 let. b Cst. porte sur la manière de participer à ou de gérer une entreprise et sur le rôle dédié aux travailleurs et travailleuses collectivement dans cette fonction. 24

L'initiative populaire « **pour la participation des travailleurs** », déposée en 1971, tendait ainsi à ce que la Confédération puisse légiférer expressément « sur la participation des travailleurs et de leurs organisations aux décisions dans les entreprises et administrations »[787]. L'Assemblée fédérale a soumis un contre-projet précisant que « la Confédération a le droit de légiférer sur une participation des travailleurs au niveau de l'exploitation, qui soit appropriée et sauvegarde les possibilités de décision et une gestion économique de l'entreprise »[788]. Tant l'initiative populaire que le contre-projet ont été rejetés par le peuple et les cantons en mars 1976[789]. 25

Au début des années nonante, une controverse est née sur le champ d'application matériel de l'art. 110 al. 1 let. b Cst. Une partie de la doctrine estimait que la base constitutionnelle n'était pas suffisante pour établir une législation sur la participation des travailleurs et travailleuses non seulement au niveau de l'exploitation de l'entreprise, mais également à la gestion 26

784. FF 2023 595.
785. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 16 ; Message FF 1997 I 327.
786. Loi fédérale du 30.3.1911 complétant le code civil (Code des obligations (CO) ; RS 220).
787. FF 1971 II 778.
788. FF 1974 II 889.
789. SGK BV-Gächter, art. 110 N. 30.

économique de cette dernière[790]. Pour d'autres, cette disposition n'excluait pas la compétence de la Confédération en la matière[791]. C'est sur la base de cette disposition constitutionnelle que **la Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises** (Loi sur la participation, LPart) a été adoptée le 17 décembre 1993[792], mais celle-ci ne porte pas sur la participation à la gestion économique d'une entreprise.

27 La Loi sur la participation s'applique aux entreprises privées et **garantit divers droits de participation** pour les travailleurs et travailleuses, dont celui d'être informés ou de participer à certaines questions comme la prévention des accidents[793]. Dans les entreprises employant au moins cinquante personnes, celles-ci peuvent élire des représentants et représentantes[794]. Ces droits appartiennent à toutes les personnes apportant durablement leur activité en exécution d'un contrat de travail, dans l'entreprise ou dans le secteur d'entreprise, et cela quels que soient leur fonction ou niveau hiérarchique. Les travailleurs et travailleuses doivent pouvoir disposer du temps nécessaire pour étudier les renseignements fournis par l'employeur, formuler des proposition concrètes et les porter à la connaissance de l'employeur[795].

28 La controverse persiste quant à la question de savoir si l'art. 110 al. 1 let. b Cst. peut servir de base à une loi garantissant non seulement l'information ou la consultation, mais une véritable **participation des travailleurs et travailleuses à la gestion**, c'est-à-dire à la prise de décisions de l'entreprise[796].

3. Art. 110 al. 1 let. c Cst. : service de placement

29 En vertu de l'art. 110 al. 1 let. c Cst., la Confédération peut légiférer « **sur le service de placement** ». Cette disposition correspond à la lettre e de l'article

790. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 17.
791. Eichenberger, p. 363.
792. Loi fédérale du 17.12.1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (LPart ; RS 822.14).
793. Art. 9 et 10 LPart.
794. Art. 3 LPart.
795. ATF 130 III 102 consid. 4.3.
796. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 18 ; SGK BV-Gächter, art. 110 N. 30. ; CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 42 ; FF1997 I 326-327.

34ter aCst. dans sa version de 1947[797]. La notion de placement s'étend tant au placement privé qu'au placement public de personnes[798].

Cette disposition constitue le fondement de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE)[799]. Cette loi porte tant sur le placement privé de personnel et la location de services que le service public de l'emploi. Elle a pour **but de protéger les travailleurs et travailleuses qui recourent à ces services**[800]. Avec cette loi, le législateur fédéral réglemente ainsi de manière exhaustive le service de placement, ce qui n'était pas le cas de la précédente Loi sur le service de l'emploi du 22 juin 1951[801]. 30

La LSE a pour but **d'éviter le placement « au noir »** et d'améliorer la protection des travailleurs et travailleuses, tout en assurant la priorité de l'activité privée de placement sur le placement public. Elle règlemente également l'activité des bureaux temporaires ou intérimaires ainsi que la relation et le contrat de travail temporaire, ce qui n'était pas le cas de l'ancienne loi[802]. Elle s'accompagne de l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi[803]. Le chapitre concernant le service public de l'emploi a été complété en 2017 par une section sur l'obligation de communiquer les postes vacants[804]. Cette modification fait suite à l'adoption de l'art. 21a de la Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005[805], intervenue dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. relatif à la gestion de l'immigration[806]. 31

4. Art. 110 al. 1 let. d Cst. : conventions collectives de travail

Avec la révision constitutionnelle de 1947 sur les articles économiques, la Confédération avait acquis la compétence de légiférer sur « la force 32

797. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 19.
798. SGK BV-Gächter, art. 110 N. 31.
799. Loi fédérale du 6.10.1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE ; RS 823.11).
800. Art. 1 LSE; FF 1985 III 524 ss.
801. ATF 109 Ia 61 consid. 2b ; ATF 120 Ia 89 consid. 3c.
802. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 19.
803. Ordonnance du 16.1.1991 sur le service de l'emploi (OSE ; RS823.111).
804. Modification du 8.12.2017 ; RO 2018 841.
805. Loi fédérale du 16.12.2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20).
806. CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 47.

obligatoire générale des contrats collectifs de travail »[807]. Le texte de l'actuelle Constitution de 1999 est plus précis. Il confère à la Confédération le droit de légiférer « sur **l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail** ».

33 Une **convention collective** de travail est un accord conclu entre des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part, et des associations de travailleurs et travailleuses, d'autre part. Elle porte sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs et travailleuses intéressés[808]. La particularité de la convention collective de travail est qu'elle lie des *tiers*, à savoir les membres des associations signataires qui n'ont pas directement conclu la convention. Ses dispositions ont un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs et travailleuses qu'elles lient[809]. En pratique, 581 conventions collectives de travail couvraient plus de 2,1 millions d'employés et employées en Suisse au 1er mars 2018[810].

34 En revanche, une convention collective ne lie pas les employeurs et travailleurs et travailleuses non membres d'une association signataire[811]. L'existence d'un potentiel avantage économique pour les entreprises concurrentes « dissidentes » est problématique. Un tel avantage peut naître, par exemple, pour un employeur non membre qui n'est dès lors pas tenu de respecter le salaire minimum convenu par les autres employeurs d'une branche. Afin de pallier cette éventualité et de rétablir une concurrence plus équitable, la Confédération a la compétence, à certaines conditions, d'**étendre le champ d'application d'une convention collective de travail** à l'ensemble d'une branche économique ou à une profession particulière. À noter que le respect des conditions de travail et salaires minimaux d'une convention collective déclarée de force obligatoire s'applique également aux entreprises qui ont leur siège à l'étranger et détachent du personnel en Suisse au sens de la Loi sur les travailleurs détachés[812].

807. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 21.
808. Art. 356 CO, cf. CR CO-MEIER, art. 356 N. 2, pour le détail.
809. Art. 357 al. 1 CO.
810. Office fédéral de la statistique, Conventions collectives de travail, https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/conventions-collectives-travail-partenariat-social/conventions-collectives-travail.html.
811. CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 21.

La Confédération a pleinement usé de cette compétence avec l'adoption de la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT)[813]. Cette loi décrit les **conditions d'extension d'une convention** afin de prendre en compte les droits et les intérêts des acteurs qui n'y sont pas soumis. Ces conditions trouvent leur base constitutionnelle dans l'art. 110 al. 2 Cst., tel que présenté dans la section suivante. 35

B. Art. 110 al. 2 Cst. : conditions d'extension des conventions collectives

L'art. 110 al. 2 Cst. est directement lié à la compétence fédérale de légiférer sur l'extension du champ d'application d'une convention collective de travail de l'al. 1 let. d. À la lecture de l'art. 110 al. 2 Cst., la Confédération doit **respecter plusieurs conditions** pour étendre le champ d'application d'une convention collective de travail à l'ensemble d'une branche ou d'une profession. Ces conditions sont précisées à l'art. 2 LECCT. 36

Premièrement, l'extension d'une convention doit tenir compte équitablement des intérêts légitimes des **minorités et des particularités régionales**. L'extension ne peut être prononcée que si la convention collective couvre déjà un nombre important d'employeurs et de travailleurs et travailleuses. L'art. 2 ch. 3 LECCT prévoit à cet égard un système de triple quorum. La convention doit déjà s'appliquer à la majorité des travailleurs et travailleuses et des employeurs de la branche ou de la profession et les employeurs liés par la convention doivent en outre déjà employer la majorité de tous les travailleurs et travailleuses. Plusieurs initiatives parlementaires « pour un partenariat social moderne » ont demandé la suppression de cette dernière condition, au motif que cette exigence était difficile à remplir dans les branches économiques ou un grand nombre de micro-entreprises employaient chacune un petit nombre de travailleurs et travailleuses[814]. Pour la minorité qui est sujette à l'extension, la loi prévoit uniquement que les 37

812. Loi fédérale du 8.10.1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types (LDét ; RS 823.20) ; art. 2 al. 2 LDét ; cf. CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 38.

813. Loi fédérale du 28.9.1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT ; RS 221.215.311).

814. CR Cst.-Lempen, art. 110 N. 56 ; Initiatives parlementaires 17.406, 17.407 et 17.408

intérêts de cette minorité doivent être pris en compte quand ils résultent de la diversité des conditions régionales et des entreprises[815]. Enfin, l'extension doit respecter le principe de l'égalité devant la loi et la liberté syndicale. Sur la condition du respect de la liberté syndicale, l'art. 2 ch. 5 LECCT précise uniquement que les acteurs conservent leur droit de s'affilier à une association ou de ne pas le faire.

38 Ces conditions doivent être également respectées par les cantons, lorsque l'extension se limite à tout ou partie du **territoire d'un seul canton**. En pratique, la jurisprudence du Tribunal fédéral a ainsi porté sur le respect du droit fédéral lors de l'extension d'une convention collective, notamment par les cantons[816].

C. Art. 110 al. 3 Cst. : 1er août

39 L'art. 110 al. 3 Cst. dispose que le **1er août** est le jour de la fête nationale. Il est assimilé aux dimanches du point de vue du droit du travail et il est rémunéré. Il constitue, à ce jour, le seul jour férié fédéral[817]. Cette date fait référence au Pacte fédéral par lequel les trois cantons primitifs (Uri, Schwyz, Unterwald) ont conclu une alliance défensive au début du mois d'août 1291[818]. Le 1er août a été introduit à l'art. 116bis aCst. suite à l'acceptation de l'initiative populaire « pour un jour de fête nationale férié » du 26 septembre 1993[819]. L'art. 110 al. 3 Cst. est accompagné de l'Ordonnance du 30 mai 1994 sur la fête nationale qui rappelle que le 1er août est un jour férié chômé assimilé aux dimanches et non imputable au nombre de jours fériés selon l'art. 18 al. 2 LTr[820] et qui doit être entièrement rémunéré[821]. L'art. 2 de l'Ordonnance précise ensuite que l'occupation des travailleurs et travailleuses le jour de la fête nationale est régie par les prescriptions relatives au travail dominical, sous réserve du droit cantonal régissant le repos dominical et les heures d'ouverture des établissements qui servent au commerce de détail, à la restauration ou au divertissement[822].

---

815. Art. 2 ch. 1 LECCT.
816. TF, arrêt du 11.5.2020, 2C 910/2019 ; TF, arrêt du 5.3.2010, 4A_593/2009, consid. 1.3 ; cf. BSK BV-Cardinaux, art. 110 N. 40-48, pour le détail de la jurisprudence.
817. SGK BV-Gächter, art. 110 N. 36.
818. BSK BV-Cardinaux, art. 110 N. 48.
819. FF 1993 IV 275.
820. Art. 1 al. 1 et 2 Ordonnance sur la fête nationale.
821. Art. 1 al. 3 Ordonnance sur la fête nationale.

Le fait que cette disposition ait été insérée dans l'art. 110 Cst., relatif au travail, est dû à sa deuxième phrase, qui définit la manière dont ce jour doit être traité au regard du droit du travail. Premièrement, le 1er août est assimilé aux dimanches. L'art. 1 de l'Ordonnance sur la fête nationale ainsi que l'art. 20a al. 1 LTr le précisent également. Les dispositions relatives à l'interdiction du travail dominical ainsi que les dérogations à cette interdiction s'appliquent ainsi au 1er août. Deuxièmement, l'al. 3 consacre le principe de la rémunération. À l'origine, l'art. 116bis aCst. ne traitait pas de la rémunération. Aujourd'hui, l'art. 110 al. 3 Cst. confère directement un **droit au paiement du salaire**[823]. Cette obligation n'a été reprise ni dans le Code des obligations, ni dans la Loi sur le travail. Selon le Tribunal fédéral, le droit au versement du salaire est un droit découlant directement de la Constitution[824]. La jurisprudence a par ailleurs précisé que ce droit au salaire existait également vis-vis des personnes rémunérées à l'heure, pour autant qu'elles aient travaillé le 1er août[825]. Ce droit est invocable tant dans les rapports de droit privé que dans les rapports de droit public. 40

À propos des auteur-es

Prof. Dr. Nicolas Bueno est professeur de droit international et européen à UniDistance Suisse. Il a obtenu son doctorat à l'Université de Lausanne et mené des recherches doctorales et postdoctorales à Columbia Law School (Fulbright), à l'Université de Louvain, à la London School of Economics et à l'Université de Zurich (SNF-Ambizione). Ses projets de recherche portent sur la responsabilité des entreprises multinationales en matière travail et sur l'avenir du droit du travail dans la théorie de post-croissance.

Yasmin Bellazrak – Dinari, MLaw, est doctorante et assistante de recherche et d'enseignement en droit international public au sein d'UniDistance Suisse. Elle rédige actuellement une thèse de doctorat sur la protection internationale accordée aux personnes migrantes victimes de traite d'êtres humains. Ses recherches portent principalement sur la protection internationale des droits humains.

822. Art. 3 Ordonnance sur la fête nationale.
823. Pour plus de détails quant aux travaux ayant conduit l'Assemblée fédérale à préciser que le jour de la fête nationale serait rémunéré, voir CR Cst.-Mahon, art. 110 N. 24, note 62.
824. ATF 136 I 290.
825. ATF 136 I 290 consid. 2.4.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Bogg Alan/Ford Michael, Article 31: Fair and Just Working Conditions, in: Peers Steve/Hervey Tamara/Kenner Jeff/Ward Angela (édit.), The EU Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden 2022, 875-922.

Bueno Nicolas, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, 21(5) The International Journal of Human Rights (2017) 565-588, https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1298092.

Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Perdaems Elsa, Droit du travail, Bâle 2020.

Portmann Wolfgang/Wildhaber Isabelle, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4ème éd., Zürich/St.Gallen 2020.

Saul Ben/Kinley David/Mowbray Jacqueline, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials, Art. 7: Just and Favourable Conditions of Work, Oxford 2014.

Saul Ben, Right to Just and Favourable Conditions of Work, in: Binder Christina/Nowak Manfred (édit.), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Cheltenham 2022, p. 583-588.

Wyler Rémy/Heinzer Boris, Droit du travail, Berne 2019.

BIBLIOGRAPHIE

Baumann Werner/Moser Peter, Agriculture, chap. 4. Les XIXe et XXe siècles, in : Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 19.11.2007, Online : https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/013933/2007-11-19/.

Böhmert Victor, Arbeiterverhältnisse und Fabrikeinrichtungen der Schweiz, Bericht erstattet im Auftrage der eidgenössischen Generalcommission für die Wiener Weltausstellung, vol. I, Zürich 1873.

Bueno Nicolas, Right to Work, in Binder Christina/Nowak Manfred (édit.), Elgar Encyclopedia of Human Rights, Cheltenham 2022, p. 578–583.

Cardinaux Basile, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Art. 110 der Bundesverfassung, Basel 2015.

Eichenberger Kurt, Verfassungsrechtliche Festlegung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in: Mélanges Frank Vischer, Zurich 1983.

Engermann Stanley, The History and Political Economy of International Labor Standards, in: Kaushik Basu/Henrik Horn/Lisa Román/Judith Shapiro (édit.) International Labor Standards: History, Theory, and Policy Options, Wiley 2003, p. 9-83.

Fabre Cécile, Social Rights in European Constitutions, in: Gráinne de Búrca (édit.), Social Rights in Europe, Oxford 2005, p. 15-28.

Gächter Thomas, Art. 110 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014.

Lempen Karine, Art. 110 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021.

Mahon Pascal, Art. 110 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003.

Meier Anne, Art. 356 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2021.

Pärli Kurt/ Eggmann Jonas, Corona und die Arbeitswelt: Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, Jusletter 8.2.2021.

Perrenoud Stéphanie, L'évolution historique du droit de la relation de travail, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (édit.), Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins : convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publiques, Genève/Zürich, 2016, p. 1-220.

Tomassetti Julia, Neoliberal Conceptions of the Individual in Labour Law, in: Addabbo Tindara (édit.), The Collective Dimensions of Employment Relations, Cham 2021, p. 117-154.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 117a Cst.

Un commentaire de Ralph Trümpler / Gregori Werder

PROPOSITION DE CITATION

Ralph Trümpler/Gregori Werder, Commentary of art. 117a FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Trümpler / Werder, N XXX zu Art. 117a BV.

Art. 117a Soins médicaux de base

[1] Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons veillent à ce que chacun ait accès à des soins médicaux de base suffisants et de qualité. Ils reconnaissent la médecine de famille comme une composante essentielle des soins médicaux de base et l'encouragent.

[2] La Confédération légifère:

a. sur la formation de base et la formation spécialisée dans le domaine des professions des soins médicaux de base et sur les conditions d'exercice de ces professions;

b. sur la rémunération appropriée des prestations de la médecine de famille.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 1075
II. Commentaire au sens strict. 1076
A. Soins médicaux de base et médecine de famille (al. 1) 1076
1. Répartition des compétences et focus 1076
2. Accès suffisant à des soins médicaux de base de qualité (al. 1, première phrase) 1077
a. "Soins médicaux de base" 1077
b. Engagement programmatique de la Confédération et des cantons 1079
3. Reconnaissance et promotion de la médecine de famille (al. 1, 2e phrase) ... 1080
B. Mandats législatifs confiés à la Confédération (al. 2) 1082
1. contenu général de la réglementation et répartition des compétences 1082
2. Professions de la médecine de premier recours 1082
3. Dispositions relatives à la formation initiale et continue et à l'exercice de la profession (let. a) 1083
4. Rémunération appropriée des prestations de la médecine de famille (let. b) 1084
Lectures complémentaires recommandées 1085
A propos des auteurs 1085
Matériaux 1086
Bibliographie 1086

I. HISTORIQUE

La disposition de l'art. 117a Cst. sur les "soins médicaux de base" remonte, dans ses origines, à l'initiative populaire "Oui à la médecine de famille" qui a abouti le 27.04.2010. Les initiateurs, soucieux de l'avenir et de l'importance de la médecine de famille en Suisse, avaient déposé l'initiative populaire sous la forme d'un projet rédigé. Leur objectif était de rendre la profession plus attrayante en termes d'image et de financement et d'atténuer ainsi la pénurie de médecins de famille qui se dessinait depuis longtemps. L'initiative avait pour but de continuer à garantir à la population suisse des "soins médicaux ambulatoires de base suffisants, accessibles à tous, couvrant l'ensemble du territoire, complets et de haute qualité dispensés par des médecins de famille" en apportant les corrections nécessaires. 1

Le Conseil fédéral, tout en considérant également la médecine de famille comme un pilier important des soins médicaux de base pour la population, a rejeté l'initiative populaire pour d'autres raisons. En résumé, il a estimé, d'une part, que les exigences des auteurs de l'initiative avaient déjà été satisfaites au niveau de la loi et de l'ordonnance et, d'autre part, que des mesures avaient déjà été prises ou prévues concernant d'autres exigences. Il a ensuite estimé que la mention d'un seul groupe professionnel et le niveau de détail élevé, avec l'utilisation de nombreux termes non clarifiés, étaient préoccupants et problématiques. 2

Néanmoins, le Conseil fédéral a reconnu la nécessité d'une action de fond et a admis qu'un contre-projet direct était nécessaire. Ce contre-projet a ensuite été modifié aux Chambres fédérales, qui ont ajouté une disposition stipulant que les prestations de la médecine de famille devaient être rémunérées de manière appropriée. Un compromis a ainsi été recherché et trouvé entre les préoccupations de l'initiative et le contre-projet du Conseil fédéral. Cette solution de compromis a incité les auteurs de l'initiative à retirer leur texte. Concrètement, le comité d'initiative a fait savoir le 27.09.2013 que l'adoption du contre-projet du 19.09.2013 par le Parlement et l'élaboration d'un plan directeur "Médecine de famille et soins médicaux de base" reprenaient les principales revendications de l'initiative et que les mesures correspondantes seraient prises. Pour cette raison, l'initiative populaire a été retirée le 26.09.2013. 3

4 Outre le compromis dans la formulation de la disposition constitutionnelle, le plan directeur "Médecine de famille et soins médicaux de base" s'est avéré important pour le retrait de l'initiative. Il visait à renforcer les soins de base de proximité en encourageant la médecine de famille par des mesures de mise en œuvre cantonales (comme la création de postes d'assistants au cabinet par les cantons) et entendait mettre l'accent, au niveau national, sur la formation, les questions de structure tarifaire et la recherche.

5 Lors de la votation populaire du 18.05.2014, le contre-projet direct a été accepté par plus de 88% des votants et par tous les cantons.

II. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Soins médicaux de base et médecine de famille (al. 1)

1. Répartition des compétences et focus

6 La Confédération et les cantons doivent remplir le contenu programmatique de la disposition "dans le cadre de leurs compétences" (art. 117a, al. 1, Cst., première partie de la phrase). Dans le domaine des soins de santé, l'art. 117a Cst. reste donc largement sans influence sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Il ne crée pas de nouvelles compétences, ni au niveau fédéral ni au niveau cantonal. Le fait que l'art. 117a al. 1 Cst. se réfère aux compétences fédérales déjà fondées selon le principe d'énumération et à la compétence générale subsidiaire des cantons selon l'art. 3 Cst. a déjà été souligné avant la votation sur l'arrêté fédéral concernant les soins médicaux de base. Il a notamment été souligné que l'adoption de l'art. 117a Cst. n'entraînerait aucun transfert de compétences entre la Confédération et les cantons et que l'article constitutionnel était en ce sens "compatible avec le fédéralisme".

7 Même si la disposition n'affecte pas la répartition actuelle des compétences entre la Confédération et les cantons, ou si l'art. 117a, al. 1, Cst. n'a pas voulu déplacer les compétences fédérales dans le domaine des soins de santé, elle devrait néanmoins avoir une influence sur l'exécution des tâches étatiques et sur la structure correspondante des soins de santé en Suisse : En effet, l'affirmation selon laquelle la Confédération et les cantons doivent veiller (dans le cadre de leurs compétences) à ce que les soins médicaux de base soient suffisants, accessibles à tous et de qualité élevée, favorise l'idée d'une

responsabilité et d'une mentalité de garantie obligatoirement étatiques et - à l'inverse - insuffisantes et privées. L'art. 117a, al. 1, Cst. s'applique précisément aux soins de santé (ambulatoires) de la population qui, jusqu'à présent et traditionnellement, n'ont pas été fournis et garantis par l'État, mais par des privés (comme la médecine de famille, par exemple). En mettant l'accent sur ce point, la disposition constitutionnelle peut - intentionnellement ou non - créer de nouvelles attentes vis-à-vis d'une responsabilité de garantie de l'Etat qui n'existait pas jusqu'à présent dans cette mesure.

2. Accès suffisant à des soins médicaux de base de qualité (al. 1, première phrase)

a. "Soins médicaux de base"

La notion de soins médicaux de base est une notion juridique indéterminée. Son contenu n'est pas clair à première vue et doit être déterminé dans le cadre de l'interprétation. Si l'on se réfère au texte constitutionnel, la seule chose qui est claire est que les soins médicaux de base garantis par le secteur privé constituent un "élément essentiel de ces soins de base" (cf. art. 117a, al. 1, 2e phrase, Cst.), ce qui permet de déduire que par "soins de base", on entend - entre autres - la médecine de famille. En outre, le texte ne contribue guère à la compréhension de la notion en tant que telle ou de sa portée - mais cette affirmation vaut en principe aussi pour les autres notions utilisées dans la Constitution en rapport avec la médecine, telles que "médecine de pointe" (art. 48a, al. 1, let. h, Cst.) ou "médecine complémentaire" (art. 118a Cst.) et "médecine de la reproduction" (art. 119 Cst.). 8

C'est en particulier grâce à Gächter et Renold-Burch que la notion de "soins médicaux de base" a acquis entre-temps des contours plus précis. Leur interprétation convaincante, basée sur des éléments conceptuels, des critères liés aux professionnels et aux besoins, ainsi que sur des termes et des concepts internationaux, s'est établie et permet, dans son ensemble, de bien comprendre tout ce qu'il faut entendre par "soins médicaux de base". Les explications suivantes s'en inspirent également. 9

Il convient tout d'abord de distinguer deux éléments conceptuels : Les soins de santé (médicaux) d'une part et les soins de santé primaires d'autre part. Les soins de santé concernent l'aspect institutionnel du système de santé, c'est-à-dire la planification, la construction et l'exploitation notamment 10

d'établissements de santé hospitaliers, mais aussi le secteur ambulatoire au sens de l'exploitation de cabinets médicaux et de centres de santé ambulatoires. Même si ce dernier domaine est principalement et traditionnellement organisé par le secteur privé, on constate une certaine tendance à ce que les hôpitaux de droit public se lancent de plus en plus souvent dans le domaine ambulatoire et gèrent par exemple des centres de santé ambulatoires. Selon Gächter/Renold-Burch, il faut par ailleurs veiller à ne pas confondre la notion de soins de santé avec celle de santé publique - la première englobant les soins médicaux (diagnostic et traitement des troubles de la santé, des maladies et des accidents), la seconde ayant en outre pour objectif de "maintenir et d'améliorer" l'état de santé de la population (ce qui implique notamment les soins, la rééducation et des domaines tels que la promotion de la santé ou la prévention).

11 Selon le point de vue défendu ici et au vu du message du Conseil fédéral sur la médecine de famille, la notion de soins de base doit être comprise en ce sens que les prestations de soins de base vont certes au-delà de l'assistance médicale minimale à laquelle une personne en situation de détresse a droit en vertu de l'art. 12 Cst. Néanmoins, tous les types de prestations médicales ne peuvent pas être sollicités de manière illimitée à ce titre. Il convient plutôt de tracer une limite dès lors que des spécialistes exerçant des professions libérales prennent (ou doivent prendre) en charge des traitements ou que, pour d'autres raisons, les offres de prestations médicales ne sont (peuvent être) proposées que sous une forme concentrée ou spécialisée. A titre d'exemple, le message exclut également des soins médicaux de base les prestations qui n'existent que de manière isolée (p. ex. le traitement de maladies très rares) ou celles qui, pour d'autres raisons, ne peuvent être proposées que sous une forme concentrée (p. ex. la disponibilité de connaissances spéciales des fournisseurs de prestations axées sur certains tableaux cliniques, les exigences de qualité et de sécurité, p. ex. dans le domaine de la médecine hautement spécialisée, les exigences techniques élevées ou les conséquences financières).

12 Dans le message relatif à son contre-projet direct, le Conseil fédéral concrétise la notion de "soins médicaux de base" tout d'abord en fonction des groupes professionnels et y associe, outre les médecins de famille, le personnel infirmier, les pharmaciens, les physiothérapeutes et les psychologues cliniciens. En outre, d'autres professionnels de la santé,

médecins ou non, apporteraient une contribution essentielle aux soins de santé primaires. A cela s'ajoute la catégorie des professions dites de santé (comme les sages-femmes, les diététiciens), qui relèvent actuellement du champ d'application de la loi fédérale sur les professions de santé (LPFSP). En conséquence, les "soins médicaux de base" dont il est question à l'article 117a de la Constitution doivent être considérés comme une sorte de tâche commune à différentes catégories de professions ayant des orientations et des fonctions différentes.

Ensuite, le Conseil fédéral interprète la notion en fonction des besoins et, par conséquent, de la fonction. La définition de ce qu'il faut entendre par prestations de soins médicaux de base s'oriente "vers les besoins habituels de la population en biens et services médicaux de base à titre préventif, curatif, réhabilitatif et palliatif". L'expérience montre que les prestations de base des soins de santé primaires sont régulièrement sollicitées par l'ensemble de la population ou par certains groupes de population. 13

Enfin, Gächter et Renold-Burch tendent à assimiler les "soins médicaux de base" à la notion anglaise de "Primary Health Care", c'est-à-dire les soins de santé primaires. En référence à la définition de l'OMS, il faut entendre par là, en résumé, les services médicaux de base qui doivent être accessibles à tous. 14

b. Engagement programmatique de la Confédération et des cantons

L'art. 117a, al. 1, Cst. prévoit que la Confédération et les cantons veillent, dans le cadre de leurs compétences respectives, à ce que les soins médicaux de base répondent aux critères de "suffisance", "d'accessibilité à tous" et "de qualité élevée". Il s'agit d'un mandat programmatique qui ne fixe pas d'objectifs concrets et ne fonde pas de droits individuels à des prestations. Même si les termes utilisés ne sont pas justiciables, les trois critères mentionnés donnent une mesure quantitative et qualitative des "soins de santé primaires" souhaités dans le pays. Il convient de tenir compte de ce critère lors de la mise en œuvre de l'engagement programmatique, tout en laissant une grande marge de manœuvre aux organes compétents de l'Etat pour la mise en œuvre. 15

Tout d'abord, il est prévu que les soins de santé primaires doivent être "accessibles à tous". Le critère d'accessibilité doit être compris en termes géographiques, financiers et temporels et oblige la Confédération et les 16

cantons à veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à ce que les prestations de soins de santé primaires soient accessibles à la population dans toutes les régions du pays, dans un délai raisonnable et moyennant un effort approprié. La forme sous laquelle l'accès à certaines prestations de soins de santé primaires est ou peut être garanti - par exemple sous forme télémédicale, numérique ou physique - est variable et dépend des possibilités techniques respectives et de l'état de la science et de la médecine. Les prestations de soins de santé primaires doivent pouvoir être financées de la même manière pour tous, faute de quoi certaines couches de la population n'y auraient pas accès. Il convient toutefois de noter que toutes les catégories de prestations ne relèvent pas de la notion de "soins médicaux de base".

17 Le fait que les soins médicaux de base doivent être "de haute qualité" a trois conséquences. Premièrement, la Confédération et les cantons doivent veiller à ce que les professionnels de la santé engagés dans les soins médicaux de base disposent d'une formation initiale et continue bien coordonnée. Selon le message du Conseil fédéral sur la médecine de famille, une qualité élevée exige en outre que les prestations soient fournies en coordination et en réseau. Enfin, la disposition s'applique également au niveau individuel et exige une qualité élevée de la fourniture des prestations par les différents prestataires.

18 Le message du Conseil fédéral sur la médecine de famille ne précise pas explicitement ce qu'il faut entendre par le critère "suffisant". Néanmoins, dans les explications relatives à la qualité, il est précisé que les prestations doivent être offertes "dans la mesure nécessaire". L'étendue nécessaire est atteinte lorsque l'on évite aussi bien une insuffisance qu'un excès ou une erreur de soins. Il est intéressant de noter que cette disposition n'est pas seulement une obligation programmatique. Elle a également un effet limitatif. Ainsi, le principe de l'article 43a, paragraphe 5, de la Constitution, selon lequel les tâches de l'État doivent être accomplies de manière économique et en fonction des besoins, est également pris en compte.

3. Reconnaissance et promotion de la médecine de famille (al. 1, 2e phrase)

19 Outre l'obligation programmatique de la Confédération et des cantons de veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à ce que les soins médicaux de base soient suffisants, accessibles à tous et de qualité (art. 117a,

al. 1, 1re phrase, Cst.), l'art. 117a, al. 1, 2e phrase, Cst. oblige également à reconnaître et à promouvoir la médecine de famille comme une composante essentielle de ces soins de base. La mention explicite de la médecine de famille comme faisant partie des soins médicaux de base vise à souligner son importance en tant que véritable "colonne vertébrale des soins médicaux de base". L'art. 117a, al. 1, 2e phrase, Cst. remplit ainsi d'emblée le mandat adressé à la Confédération et aux cantons de reconnaître la médecine de famille. Toutefois, il ressort également du libellé de la disposition que les soins médicaux de base ne sont pas uniquement assurés par la médecine de famille, mais que d'autres groupes professionnels - qu'ils soient médecins ou non - apportent également leur contribution.

La signification de la notion de médecine de famille a longtemps été floue. 20
Dans les messages du Conseil fédéral relatifs à l'initiative "Oui à la médecine de famille" et à la révision de la loi sur les professions médicales, la notion a été définie de manière claire. Ainsi, "la médecine de famille est aujourd'hui comprise comme un domaine d'activité médicale axé principalement sur les soins primaires [...]".

Cette définition a entre-temps été reprise dans la loi. En fin de compte, il a 21
été tenu compte d'une demande justifiée de l'initiative "Oui à la médecine de famille". La loi sur les professions médicales définit ainsi l'importance et la fonction centrales de la médecine de famille comme un objectif de formation spécifique à la profession de la médecine humaine et dentaire ainsi que de la chiropratique. De plus, la fonction de contrôle de la médecine de famille y est définie comme objectif de formation postgraduée. Enfin, il est précisé que les connaissances, aptitudes et compétences spécifiques à la médecine de famille doivent être acquises en partie dans le cadre d'un assistanat au cabinet.

En outre, la médecine de famille est l'une des deux orientations (l'autre étant 22
celle d'interne d'hôpital) qui peuvent être suivies dans le cadre de la formation postgraduée en vue de l'obtention du titre postgrade de "médecine interne générale". Pour mieux cerner cette notion, il convient donc de faire référence aux compétences à acquérir dans le cadre de cette formation. Ainsi, à la fin de sa formation postgraduée, le spécialiste doit avoir la compétence d'exercer dans tout le spectre des soins ambulatoires. Il doit être en mesure d'évaluer quelles évaluations, quels examens et quelles thérapies sont indiqués et dans quel délai, et doit - c'est essentiel pour clarifier le terme - pouvoir effectuer lui-même les plus "fréquents" de ces derniers. En cas de besoin, il doit

toutefois faire appel à un spécialiste. On peut donc en conclure que la médecine de famille constitue un premier recours, plus souvent en mesure d'effectuer lui-même les démarches médicales pertinentes.

23 Enfin, on peut considérer comme acquis que les prestations des personnes titulaires d'un titre de formation postgraduée en médecine interne générale (anciennement médecine générale et médecine interne), en médecine générale et en pédiatrie relèvent de la médecine de famille. Il s'agit des personnes qui ont été exclues de la limitation des admissions lors de la réintroduction du gel des admissions selon l'aArt. 55a LAMal en 2013 et qui ont donc été reconnues comme médecins de premier recours par le législateur.

B. Mandats législatifs confiés à la Confédération (al. 2)

1. contenu général de la réglementation et répartition des compétences

24 Alors que le mandat confié à la Confédération et aux cantons par l'art. 117a, al. 1, Cst. est de nature purement programmatique, l'art. 117a, al. 2, Cst. confère à la Confédération un mandat législatif et donc l'obligation de légiférer dans le domaine de la formation prégraduée et postgraduée et de l'exercice de la profession ainsi qu'en ce qui concerne la rémunération des prestations de la médecine de famille. Comme la Confédération disposait déjà de cette compétence, du moins dans le domaine du droit privé, en vertu de l'art. 95 Cst. et, dans le domaine de l'assurance-maladie et accidents, en vertu de l'art. 117 Cst. Il convient néanmoins de constater que, dans le domaine des soins médicaux de base, la disposition fonde aujourd'hui une compétence fédérale globale et ultérieurement dérogatoire, tant pour le secteur de droit privé que pour l'exercice de la profession dans le secteur de droit public. L'étendue exacte de cette compétence est révélée par l'interprétation des notions de "professions de la médecine de premier recours", de "formation et formation continue" ou d'"exercice" ainsi que de "prestations de la médecine de famille".

2. Professions de la médecine de premier recours

25 En ce qui concerne la notion de soins médicaux de base, il convient de se référer à ce qui a été dit plus haut. En ce qui concerne la question de savoir par quels groupes professionnels les prestations de la médecine de premier recours sont fournies, le Conseil fédéral est parti du principe, lors de

l'élaboration de l'art. 117a, al. 2, Cst, que les professions de la médecine de premier recours devaient être définies en détail par le législateur. Mais il a aussi expressément indiqué à la même occasion que le champ d'application n'était pas limité aux médecins de premier recours classiquement désignés comme médecins de famille. D'autres professionnels de la santé, médicaux ou non (comme les dentistes, les pharmaciens, les infirmiers, les diététiciens, les ergothérapeutes, les physiothérapeutes, les radiologues et les ambulanciers), apportent une contribution essentielle aux soins de santé primaires et relèvent donc de cette notion. Le caractère ouvert de la disposition, qui réglemente "les professions" et non "les professions", laisse explicitement la possibilité d'inclure d'autres professions que celles connues aujourd'hui, en fonction de l'évolution de la médecine et de la société. La loi sur les professions de la santé, entrée en vigueur le 1er février 2020, devrait s'avérer déterminante pour la définition et le recensement des nouvelles professions de la santé, d'autant plus qu'elle a été adoptée sur la base de l'art. 117a, al. 2, let. a, Cst.

3. Dispositions relatives à la formation initiale et continue et à l'exercice de la profession (let. a)

Comme indiqué précédemment, l'art. 117a, al. 2, let. a, Cst. confère à la Confédération une compétence étendue pour réglementer la formation initiale et continue des professions de la médecine de premier recours. En outre, la Confédération a la compétence d'édicter des dispositions uniformes au niveau fédéral concernant l'exercice de ces professions. Par formation initiale et continue, on entend un "continuum qui comprend la formation professionnelle initiale, la formation dans les écoles supérieures, les hautes écoles spécialisées et les universités, la formation continue à des fins professionnelles et la formation continue universitaire de troisième cycle. La formation continue a pour but d'approfondir et d'élargir les compétences acquises au cours de la formation ou de se spécialiser dans un domaine ou un champ d'activité particulier". 26

La Confédération s'est déjà acquittée de son obligation en adoptant la loi sur les professions médicales (LPMéd) et la loi sur les professions de la psychologie (LPsy) et a créé ultérieurement une base constitutionnelle (supplémentaire) pour les dispositions de ces deux actes législatifs. Dans le domaine des professions de la santé, il a rempli le mandat constitutionnel en 27

adoptant la loi sur les professions de la santé (LPS). Il convient de noter que l'adoption de la loi sur les professions de la santé a également permis de compléter le préambule de la loi sur les professions médicales et de la loi sur les professions de la psychologie par l'art. 117a, al. 2, Cst. Ceci est une conséquence directe du fait que l'art. 117a al. 2 Cst. a étendu la compétence réglementaire de la Confédération, qui était auparavant limitée au domaine du droit privé, au secteur du droit public. Il ressort des finalités de ces actes que ceux-ci ont pour objet, entre autres, la formation initiale et continue ainsi que l'exercice de la profession des personnes relevant de leur champ d'application subjectif.

4. Rémunération appropriée des prestations de la médecine de famille (let. b)

28 L'obligation faite à la Confédération d'élaborer des dispositions relatives à une rémunération appropriée des prestations de la médecine de famille répond à l'une des exigences, sinon à la principale, de l'initiative "Oui à la médecine de famille". Après tout, le désavantage financier de la médecine de famille par rapport aux spécialistes était l'une des principales raisons de son lancement. Sans cette concession lors de l'élaboration du contre-projet, le comité d'initiative n'aurait probablement pas retiré son initiative. Bien que cela résulte en fait déjà du texte constitutionnel, il convient néanmoins de souligner que seules les prestations de la médecine de famille bénéficient explicitement de ce privilège constitutionnel et non les "professions de la médecine de base" selon la lettre a de la disposition.

29 La rémunération ne se fait pas par un système de paiements directs. On a plutôt trouvé une voie par un aménagement correspondant des structures tarifaires et des listes de prix relevant du droit des assurances sociales, comme le TARMED et la liste des analyses. En revanche, il n'est guère possible de concrétiser de manière appropriée ce qu'il faut entendre par une rémunération appropriée. La Constitution laisse ici au législateur une marge de manœuvre qui ne pourrait guère être plus large. En fin de compte, il faut se rallier à l'avis de Gächter/Renold-Burch selon lequel l'adéquation de la rémunération "doit être mesurée à l'aune de l'objectif de renforcement [...] de la médecine de famille".

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Zürich/Basel 2014.

Gutzwiller Felix/Jeanneret Olivier (Hrsg.), Sozial- und Präventivmedizin Public Health, 2. Aufl., Bern 1999.

Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel 1992.

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, in: Band VIII – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) von Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel 2005.

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Zürich/Basel 2008.

Wolf Salome/Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008.

A PROPOS DES AUTEURS

Prof. Dr.iur. Ralph Trümpler, avocat, a étudié aux universités de Fribourg-en-Brisgau, Zurich et Lucerne. Après avoir terminé sa thèse de doctorat dans le domaine du droit public, il a travaillé comme greffier dans différents tribunaux administratifs et s'est spécialisé en droit public en tant qu'avocat. Depuis 2018, il est chargé de cours, et depuis 2023, professeur de droit administratif à la Kalaidos Law School. Chez Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG, il s'occupe de mandats dans le domaine du droit public et administratif ainsi que du droit public économique.

Gregori Werder, avocat, conseille et plaide dans tous les domaines du droit public au sein de l'étude Werder Viganò AG, avec un accent particulier sur le droit de la santé publique, le droit des assurances maladie et le droit du personnel. En outre, il donne régulièrement des cours de formation sur des thèmes de droit public et effectue diverses missions d'enseignement.

Les auteurs sont heureux de recevoir des suggestions et des commentaires par e-mail à truempler@rudincantieni.ch et/ou g.werder@wvlaw.ch.

MATÉRIAUX

Bekanntmachung der Departemente und der Ämter zum Zustandekommen der Eidgenössischen Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27. April 2010, BBl 2010, S. 2939 ff.

Bekanntmachung der Departemente und der Ämter zum Rückzug der Eidgenössischen Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 27. April 2010, BBl 2013, S. 7989.

Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011, S. 7553 ff. (zit. BBl 2011 7553).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. Mai 2014 vom 18. August 2014, BBl 2014, S. 6346 ff. (zit. BBl 2014 6346).

Botschaft zur Änderung des Medizinalberufegesetzes (MedBG) vom 3. Juli 2013, BBl 2013, S. 6205 ff.

BIBLIOGRAPHIE

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Gächter Thomas, Was ist «medizinische Grundversorgung»?, Pflegerecht 2015, S. 101 ff.

Gächter Thomas/Filippo Martina, Stärkt der neue «Grundversorgungsartikel» der schweizerischen Bundesverfassung das «Recht auf Gesundheit»?, Bioethica Forum, 8(3):85–89.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, Rechtsgutachten zur Tragweite von Art. 117a Abs. 2 lit. a BV für die Gesundheitsberufe, 12. Mai 2015.

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018.

Gächter Thomas/Werder Gregori, Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?, Pflegerecht 2019, S. 2 ff.

Filippo Martina, Angemessene Abgeltung der Leistungen nur für die Hausarztmedizin?, Pflegerecht 2015, S. 107 ff.

Kahil-Wolff Hummer Bettina, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Basel 2021.

Kaufmann Marianne, Was muss oder soll der Bund bei den Berufen der medizinischen Grundversorgung regeln?, Pflegerecht 2015, S. 104 ff.

Tschudi Peter, Geschichte der Hausarztinitiative bis zum Grundversorgungsartikel, Pflegerecht 2015, S. 95 ff.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 118 Cst.

Un commentaire de Ralph Trümpler / Gregori Werder

PROPOSITION DE CITATION

Ralph Trümpler/Gregori Werder, Commentary of art. 118 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Trümpler / Werder, N XXX zu Art. 118 BV.

Art. 118 Protection de la santé

[1] Dans les limites de ses compétences, la Confédération prend des mesures afin de protéger la santé.

[2] Elle légifère sur:

a. l'utilisation des denrées alimentaires ainsi que des agents thérapeutiques, des stupéfiants, des organismes, des produits chimiques et des objets qui peuvent présenter un danger pour la santé;

b. la lutte contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses de l'être humain et des animaux; elle interdit notamment, pour les produits du tabac, toute forme de publicité qui atteint les enfants et les jeunes;

c. la protection contre les rayons ionisants.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 1092
II. Commentaire au sens strict. 1092
A. Mesures de protection de la santé (al. 1) 1092
B. Mandats législatifs (paragraphe 2) 1094
1. Compétence législative globale avec effet dérogatoire subséquent 1094
2. Utilisation de denrées alimentaires, de produits thérapeutiques, de stupéfiants, d'organismes, de produits chimiques et d'objets dangereux pour la santé (let. a) 1094
3. Lutte contre les maladies (let. b) 1097
4. Protection contre les rayonnements ionisants (let. c) 1099
Lectures complémentaires recommandées 1099
A propos des auteurs 1100
Matériaux 1100
Bibliographie 1101

I. HISTORIQUE

1 L'art. 118 Cst. est désigné comme article constitutionnel sur la santé et transpose les art. 69, 69bis et 24^{quinquies} al. 2 a Cst. A l'exception de quelques adaptations rédactionnelles - concrètement, les êtres humains et les animaux ne sont plus mentionnés à l'al. 1, mais à l'al. 2, let. b de la disposition -, il correspond en grande partie au p-art. 109 Cst. selon le projet de mise à jour de la Constitution fédérale du Conseil fédéral. Les propositions minoritaires de la Commission de la Constitution du Conseil national visant à ajouter une disposition relative à l'encouragement de l'entraide et à la prévention "primaire" ainsi qu'à créer une compétence pour édicter des prescriptions sur la formation et le perfectionnement "dans les professions médicales scientifiques" ont été rejetées de justesse par le Conseil national.

II. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Mesures de protection de la santé (al. 1)

2 L'art. 118, al. 1 Cst. formule un mandat programmatique très général à la Confédération de prendre des mesures pour protéger la santé de l'homme et de l'animal. L'ajout "dans le cadre de ses compétences" précise que le mandat programmatique en tant que tel ne crée pas de nouvelles compétences fédérales. Partant de cette conception, la santé publique reste en principe du ressort des cantons. Le fait que l'art. 118, al. 2, Cst. énumère divers domaines thématiques qui, à maints égards, confèrent à la Confédération une compétence législative obligatoire (fragmentaire) avec effet dérogatoire a posteriori en vue de garantir la protection de la santé de la population, relativise toutefois cette situation. Les "stratégies" adoptées par la Confédération dans différents domaines mettent à l'épreuve la répartition des compétences de l'État dans la mesure où la Confédération pratique dans une certaine mesure une promotion de la santé globale et non spécifique à une maladie - en font partie non seulement la stratégie du Conseil fédéral en matière de politique de la santé 2020-2030, mais aussi les nombreuses stratégies nationales thématiques en matière de santé (p. ex. dans les domaines de la démence, de la cybersanté, du cancer, des maladies non transmissibles, des soins palliatifs, etc.

Pour comprendre l'art. 118 al. 1 Cst., la notion de santé est essentielle. Pourtant, on cherche en vain, non seulement dans la disposition elle-même, mais aussi dans les matériaux, une définition de cette notion "hautement indéterminée et nécessitant une concrétisation". Même dans les matériaux relatifs à d'autres dispositions de la Constitution fédérale, comme l'art. 41, al. 1, let. b Cst., ainsi que dans le reste du droit fédéral, on a renoncé à donner une définition de la notion de santé. Cela s'explique sans doute par le fait qu'une définition concise et universelle est difficilement réalisable en raison de son cadre de référence qui dépend du contexte. En revanche, il est difficile d'avoir une vue d'ensemble des nombreuses tentatives de définition de la doctrine, une partie de la doctrine plaidant en principe pour que la notion de santé soit décrite sur la base des points de vue historiques contemporains en vigueur, tandis que d'autres avis doctrinaux préconisent de la concrétiser sur la base de sa finalité dans le contexte de l'environnement réglementaire concerné. 3

En droit international, il est tout à fait logique de comprendre la notion de santé au sens large, comme le fait l'OMS dans la Déclaration d'Alma-Ata de 1978 ou dans les définitions de la Charte d'Ottawa pour la promotion de la santé de 1986. Au point I de la Déclaration d'Alma-Ata, la santé est décrite comme un "état de complet bien-être physique, mental et social" et n'est pas explicitement comprise comme un simple état "d'absence de maladie ou d'infirmité". Indépendamment de la question de savoir si la santé peut être décrite de manière correcte et exhaustive, une compréhension large de la notion devrait correspondre à un consensus sur le fait que la notion de santé est évolutive et ne doit pas être réduite à "l'absence de maladie". 4

L'art. 118, al. 1, Cst. a pour objet en premier lieu les mesures policières de prévention des dangers, qui visent en général à empêcher des atteintes directes à la santé - il s'agit donc de dangers concrets et directs pour la santé publique et donc pour la santé de l'homme et de l'animal en général. Les atteintes indirectes dues à l'air, au bruit, à l'eau ou à d'autres influences environnementales n'entrent pas dans cette catégorie, mais relèvent de l'article sur la protection de l'environnement (art. 74 Cst.). En ce qui concerne la protection plus spécifique des animaux, l'article 80 Cst. est également pertinent. Enfin, les mesures visant à améliorer l'état de santé individuel et à promouvoir la santé n'entrent pas non plus dans le champ d'application de cette disposition. Il n'existe donc pas de base constitutionnelle pour une promotion de la santé globale et non spécifique à une maladie, au sens d'un 5

"encouragement à l'entraide" et d'un encouragement à la "prévention primaire", notamment parce que la Commission constitutionnelle du Conseil national, puis le Conseil national lui-même, ont rejeté une version correspondante de l'art. 118, al. 1, Cst (cf. toutefois N 2 in fine). Il est évident que cela contraste avec la définition large de la santé généralement postulée. Cependant, les aspects de la promotion de la santé non spécifique à une maladie sont à la base de plusieurs garanties internationales et droits (sociaux) de l'homme - en particulier le "droit à la santé" selon l'art. 12 du Pacte I de l'ONU. Ces normes ne confèrent pas de droits individuels à la promotion de la santé non spécifique à une maladie, mais elles doivent être considérées comme des prescriptions programmatiques pour la prévention sanitaire des États signataires, ce qui peut justifier que la Confédération envisage une promotion de la santé globale et non spécifique à une maladie là où des orientations nationales sont nécessaires (cf. à cet égard les stratégies nationales de santé thématiques mentionnées plus haut).

B. Mandats législatifs (paragraphe 2)

1. Compétence législative globale avec effet dérogatoire subséquent

6 L'al. 2 de l'art. 118 Cst. confère à la Confédération le droit et l'obligation de légiférer dans les domaines partiels relatifs à la santé, énumérés de manière exhaustive aux let. a à c. La compétence fédérale est une compétence ultérieure et globale avec un effet dérogatoire.

2. Utilisation de denrées alimentaires, de produits thérapeutiques, de stupéfiants, d'organismes, de produits chimiques et d'objets dangereux pour la santé (let. a)

7 En vertu de l'art. 118, al. 2, let. a, Cst., la Confédération doit légiférer sur l'utilisation des denrées alimentaires, des objets usuels et des objets de consommation présentant un danger pour la santé. Cette disposition correspond à l'art. 69bis a Cst. Bien que la compétence réglementaire soit en principe exhaustive, il n'est pas possible d'édicter une liste exhaustive de marchandises et d'objets concrets présentant un caractère dangereux pour la santé au sein de ces catégories, pour lesquels la Confédération dispose d'une compétence législative au sens décrit ci-dessus. Il faut plutôt partir du principe que la Confédération doit prendre des mesures réglementaires dès

qu'un objet peut être classé dans l'une des catégories mentionnées à l'art. 118, al. 1, let. a Cst. et qu'il semble potentiellement dangereux pour la santé. Il s'agit de protéger les consommateurs et non les spécialistes. POLEDNA fait remarquer à juste titre que l'art. 118 al. 1 let. a Cst. présente en fin de compte aussi le caractère d'une disposition de protection des consommateurs.

La formulation choisie par le constituant, à savoir "traiter avec", indique que cette disposition ne couvre pas uniquement les actes primaires, comme la consommation de denrées alimentaires, de produits thérapeutiques ou de stupéfiants. Selon les documents, il faut plutôt partir du principe que la description englobe les processus et les actes les plus divers, c'est-à-dire en particulier la fabrication, la transformation, le commerce (importation, conservation, remise, achat) et l'utilisation. En revanche, la fabrication à des fins de consommation personnelle ne doit pas entrer dans le champ d'application. 8

Dans le domaine des denrées alimentaires, la Confédération a exercé sa compétence en adoptant la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAl ; RS 817.0). Sur la base de cette loi, de nombreuses ordonnances départementales et quelques ordonnances du Conseil fédéral ont été adoptées, telles que l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAlOUs ; RS 817.02) ou l'ordonnance sur le tabac (OTab ; RS 817.06). L'article 4, paragraphe 1, de la LDAl donne une définition générale des denrées alimentaires comme étant "toute substance ou tout produit, transformé, partiellement transformé ou non transformé, destiné à être ingéré par l'être humain ou dont on peut raisonnablement prévoir qu'il le sera". Cette définition est complétée par une liste positive à l'article 4, paragraphe 2 de la LDAl et par une liste négative à l'article 4, paragraphe 3 de la LDAl. Le législateur fédéral a renoncé à une définition générale et abstraite des objets usuels et a défini à la place, à l'art. 5 LDAl, huit catégories de produits dans lesquelles un objet peut tomber pour être considéré comme un objet usuel au sens de la LDAl. 9

La Confédération s'est acquittée de son obligation et de sa compétence de réglementer l'utilisation des produits thérapeutiques et des stupéfiants en adoptant la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh, loi sur les produits thérapeutiques ; RS 812.21). Cette loi s'applique d'ailleurs également aux stupéfiants dans la mesure où ils sont utilisés comme produits thérapeutiques (art. 2, al. 2, let. b LPTh). La Confédération réglemente en 10

outre l'utilisation des stupéfiants dans la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup ; RS 812.121). Selon l'art. 2, let. a, LStup, les stupéfiants sont des substances et des préparations produisant une dépendance et ayant des effets de type morphinique, cocaïnique ou cannabique, ainsi que des substances et des préparations fabriquées sur la base de ces substances ou ayant un effet similaire à celles-ci. Dans le cas du cannabis, on constate une libéralisation lente et progressive. Ainsi, l'utilisation du cannabis à des fins médicales a été légalisée le 1er août 2022 et l'art. 8a LStup autorise depuis le 15 mai 2021 des essais pilotes avec remise contrôlée de cette substance à des fins de "consommation".

11 Les notions d'"organismes" et de "produits chimiques" ont en commun le fait qu'elles doivent être interprétées de manière restrictive, car en fin de compte, les animaux et les êtres humains sont également des organismes et leurs "composants" des produits chimiques, et la compétence serait globale si la notion était comprise de manière large. Il faut donc partir du principe que la disposition ne couvre que les substances chimiques et leurs préparations en tant que telles ("produits chimiques") et les micro-organismes ("organismes"). Des dispositions relatives à l'utilisation de micro-organismes se trouvent dans différentes lois fédérales, telles que la loi sur la protection de l'environnement (LPE ; RS 814.01) et la loi fédérale sur le génie génétique dans le domaine non humain (LGG ; RS 814.91). En outre, le terme "organismes" est défini à l'article 7, paragraphe 5bis de la LPE et à l'article 5, paragraphe 1 de la LGG : "Les organismes sont des entités biologiques cellulaires et non cellulaires capables de se reproduire ou de transmettre du matériel génétique. Leur sont assimilés les mélanges et les objets contenant de telles unités".

12 Les "objets susceptibles de nuire à la santé" constituent essentiellement une catégorie générale. Outre la LDAl susmentionnée, qui contient également une énumération d'objets usuels (cf. art. 5 LDAl), il convient à cet égard de se référer avant tout à la loi sur la sécurité des produits (LSPro ; RS 930.11) et à la loi sur les explosifs (LExpl ; RS 941.41). Les objets qui, de par leur nature, sont susceptibles de menacer ou de blesser des personnes sont en outre soumis à la loi sur les armes (LArm ; RS 514.54). L'art. 4, al. 6, LArm cite à titre d'exemple des objets tels que "les outils, les ustensiles de ménage et les articles de sport" et en exclut les couteaux de poche, "tels que le couteau de poche de l'armée suisse".

3. Lutte contre les maladies (let. b)

L'art. 118, al. 2, let. b, Cst. oblige la Confédération à légiférer sur la lutte contre les maladies transmissibles, très répandues ou particulièrement dangereuses de l'homme et des animaux. Cette disposition correspond à l'art. 69 aCst. La Confédération est habilitée à prendre des mesures de police sanitaire, mais aussi des mesures socio-pédagogiques et financières. Par le passé, la Confédération était habilitée à intervenir lorsque la propagation d'une maladie affectait le rendement d'une grande partie de la population et, indirectement, l'économie. 13

Pour qu'une compétence fédérale soit établie, une maladie doit, selon l'art. 118, al. 2, let. b, Cst., remplir les conditions alternatives suivantes ("l'une des trois caractéristiques"). Dans de nombreux cas, une maladie devrait remplir tous les critères mentionnés. Elle doit être maligne, ce qui est le cas lorsqu'elle menace la vie ou entraîne des atteintes graves et durables à la santé. Outre l'impact individuel, il faut également tenir compte de l'impact et des dommages sociaux et économiques de la maladie sur la société. Une autre condition alternative est la forte propagation d'une maladie. Elle est considérée comme telle lorsqu'elle ne se manifeste pas seulement de manière purement locale, mais qu'elle s'est répandue à tel point que des mesures semblent indiquées au niveau national. L'art. 118, al. 2, let. b Cst. mentionne comme troisième critère alternatif la transmissibilité d'une maladie. Celle-ci est donnée lorsque la maladie est causée par un agent pathogène qui peut être transmis, ce qui rend la maladie directement ou indirectement contagieuse. 14

L'adoption de dispositions visant à "lutter" contre les maladies humaines et animales ne se limite pas à l'éventail des instruments de police sanitaire tels que les interdictions, les obligations de comportement et les autorisations. Il est également possible de prendre des mesures ciblées à caractère préventif pour lutter contre les maladies, tant que l'objectif n'est pas purement préventif. 15

En vertu de l'art. 118, al. 2, let. b, Cst., la Confédération a notamment adopté la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, LEp ; RS 818.101). Cette loi définit ce qu'il faut entendre par "maladie transmissible" ("maladie qui peut être transmise à l'homme par des agents pathogènes ou leurs produits toxiques").). Dans ce contexte, il convient également de mentionner la loi fédérale sur les bases légales des 16

ordonnances du Conseil fédéral relatives à la gestion de l'épidémie Covid-19 (loi Covid-19 ; RS 181.102). Cette loi a été édictée par la Confédération dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 et régit les compétences particulières du Conseil fédéral en matière de lutte contre l'épidémie de Covid-19 et de gestion des conséquences des mesures de lutte sur la société, l'économie et les autorités (art. 1, al. 1, de la loi Covid-19). En outre, la loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LRCM ; RS 818.33) ainsi que la loi fédérale sur la protection contre les dangers liés aux rayonnements non ionisants et aux sons (LRNIS ; RS 814.71) et la loi sur les épizooties (LFE ; RS 916.40) ont été adoptées sur la base, entre autres, de l'art. 118, al. 2, let. b Cst. Il convient également de mentionner que l'adoption de mesures fédérales de protection contre le tabagisme passif, à savoir la loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31), adoptée en 2008, et la loi fédérale sur les produits du tabac, prévue depuis longtemps, reposent également sur cette base constitutionnelle. Il n'est pas certain que d'autres mesures (de prévention), telles que celles relatives à la prévention du suicide, puissent également être fondées sur cette compétence fédérale.

17 Avec l'acceptation de l'initiative populaire "Oui à la protection des enfants et des adolescents contre la publicité pour le tabac (enfants et adolescents sans publicité pour le tabac)" le 13 février 2022, la Confédération a en outre reçu le mandat d'interdire toute forme de publicité pour les produits du tabac qui touche les enfants et les adolescents. Ainsi, non seulement la publicité pour le tabac qui s'adresse explicitement aux enfants et aux jeunes est interdite, mais aussi celle qui peut être perçue par ces derniers ou qui leur est accessible. Sont donc concernés les médias imprimés, Internet, les affiches, les cinémas et les points de vente ainsi que les manifestations. Elle va donc bien au-delà du contre-projet indirect que le Conseil fédéral et le Parlement avaient opposé à l'initiative. La loi révisée sur les produits du tabac, dans la version du contre-projet indirect, entrera en vigueur immédiatement après l'expiration du délai référendaire, le 20 janvier 2022, mais devra être révisée immédiatement en raison de l'acceptation de l'initiative populaire. Conformément au point 14 des dispositions transitoires après l'adoption de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, cette révision doit être achevée dans les trois ans suivant l'acceptation de l'initiative populaire.

4. Protection contre les rayonnements ionisants (let. c)

L'art. 118, al. 2, let. c, Cst. établit un mandat législatif concernant la protection contre les rayonnements ionisants, alors que les rayonnements non ionisants sont couverts par l'article sur la protection de l'environnement de l'art. 74 Cst. L'art. 118 al. 2 let. c Cst. correspond à l'art. 24quinquies al. 2 aCst. Les prescriptions de police à édicter à ce sujet se trouvent principalement dans la loi sur la radioprotection (LRaP ; RS 814.50). Elles sont en grande partie de nature préventive ; les interventions de politique économique ne peuvent pas s'appuyer sur la base constitutionnelle. 18

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Burch Stephanie, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention, Diss. Zürich, Basel 2014.

Eichenberger Thomas/Jaisli Urs/Richli, Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Heilmittelgesetz, 2. Aufl., Basel 2022.

Fingerhuth Thomas/Schlegel Stephan/Jucker Oliver (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016.

Gutzwiller Felix/Jeanneret Olivier (Hrsg.), Sozial- und Präventivmedizin Public Health, 2. Aufl., Bern 1999.

Hug-Beeli Gustav, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz (BetmG), Basel 2015.

Landolt Hardy, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen 2009.

Müller Markus, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung, Basel 1992.

Poledna Tomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, in: Band VIII – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR) von Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Basel 2005.

Poledna Tomas/Arter Oliver/Gattiker Monika (Hrsg.), Lebensmittelrecht, Bern 2006.

Schwendener Myriam, Krankheit und Recht, Diss. Zürich, Basel 2008.

Streuli Christoph, Leitfaden zum Chemikalienrecht, 2. Aufl., Bern 2013.

Weber Rolf H., Lebensmittelrecht EU-Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2012.

Wolf Salome /Mona Martino/Hürzeler Marc (Hrsg.), Prävention im Recht, Basel 2008.

A PROPOS DES AUTEURS

Prof. Dr.iur. Ralph Trümpler, avocat, a étudié aux universités de Fribourg-en-Brisgau, Zurich et Lucerne. Après avoir terminé sa thèse de doctorat dans le domaine du droit public, il a travaillé comme greffier dans différents tribunaux administratifs et s'est spécialisé en droit public en tant qu'avocat. Depuis 2018, il est chargé de cours, et depuis 2023, professeur de droit administratif à la Kalaidos Law School. Chez Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG, il s'occupe de mandats dans le domaine du droit public et administratif ainsi que du droit public économique.

Gregori Werder, avocat, conseille et plaide dans tous les domaines du droit public au sein de l'étude Werder Viganò AG, avec un accent particulier sur le droit de la santé publique, le droit des assurances maladie et le droit du personnel. En outre, il donne régulièrement des cours de formation sur des thèmes de droit public et effectue diverses missions d'enseignement.

Les auteurs sont heureux de recevoir des suggestions et des commentaires par e-mail à truempler@rudincantieni.ch et/ou g.werder@wvlaw.ch.

MATÉRIAUX

Amtl. Bull. NR, Separatdruck Verfassungsreform (abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bundesverfassung-reform-amtliches-bulletin-nr-d.pdf besucht am 7. März 2022).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 1 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, PrävG) vom 30. September 2009, BBl 2009 S. 7071 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über Tabakprodukte (TabPG), BBl 2015 S. 9379 ff. (bezüglich den ersten Entwurf des Gesetzes) und BBl 2019 919 ff. (bezüglich den zweiten Entwurf des Gesetzes).

Entwurf des Bundesgesetzes über Tabakprodukte (TabPG), BBl 2015 S. 9471 ff. (bezüglich den ersten Entwurf des Gesetzes) und BBl 2019 999 ff. (bezüglich den zweiten Entwurf des Gesetzes); ferner BBl 2021 2327 ff. (Ablauf der Referendumsfrist).

Botschaft zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)», BBl 2020 7049 ff.

BIBLIOGRAPHIE

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bognuda Cristina, Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit, Zürich 2011.

Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002 (*zit. St. Galler Kommentar BV*).

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht – Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Aufl., Basel 2018.

Gächter Thomas/Renold-Burch Stephanie, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Kahil-Wolff Hummer Bettina/Manon Joseph, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales, Basel 2021.

Mahon Pascal, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse di 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 119a Cst.

Un commentaire de Franziska Sprecher / Marina Rickenbacher

PROPOSITION DE CITATION

Franziska Sprecher/Marina Rickenbacher, Commentaire de l'art. 119a Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Sprecher/Rickenbacher, art. 119a Cst. N. XXX

Art. 119*a* Médecine de la transplantation

[1] La Confédération édicte des dispositions dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé.

[2] Elle veille à une répartition équitable des organes.

[3] Le don d'organes, de tissus et de cellules humains est gratuit. Le commerce d'organes humains est interdit.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 1105
II. Contexte 1106
A. Contexte national 1107
B. Contexte international 1107
III. Commentaire au sens strict 1108
A. Al. 1 : Fondement de la compétence et respect des obligations de protection . 1108
1. Compétence fédérale et mandat législatif (1re phrase) 1108
2. Champ d'application matériel (1re phrase) 1109
3. Obligations de protection (2e phrase) 1111
a. Principes généraux 1111
b. Constatation du décès et moment du décès 1112
c. Protection de la dignité humaine 1114
d. Protection de la personnalité 1115
e. Protection de la santé 1117
B. al. 2 : Critères d'attribution des organes 1118
1. Principes généraux 1118
2. «Équitable» 1119
C. al. 3 : Principes : principe de gratuité et interdiction du commerce d'organes . 1121
1. Gratuité 1121
2. Don 1122
3. Interdiction du commerce d'organes 1122
Lectures complémentaires recommandée 1124
Bibliographie 1125
Matériaux 1129

I. HISTORIQUE

À partir des années 1950, la médecine de la transplantation est passée d'une forme de traitement expérimental à une technique majeure de la médecine humaine. En 1952, la première greffe rénale à partir d'un donneur vivant a été réalisée au monde. Onze ans plus tard, des greffes de foie et de poumon ont été effectuées, et en 1967, la première greffe cardiaque a eu lieu. À partir du milieu des années 1960, les premières greffes d'organes ont également eu lieu en Suisse. 1

En l'absence de compétence fédérale pour réglementer de manière uniforme la médecine de transplantation, un enchevêtrement de normes peu clair s'est créé. Lorsque des réglementations cantonales existaient, elles divergeaient parfois fortement, tant en ce qui concerne les choix de fond que les procédures prescrites. Au moment de la publication du message relatif à une disposition constitutionnelle sur la médecine de transplantation en 1997, aucun canton ne disposait encore d'une réglementation exhaustive. Dans tous les cantons, l'attribution des organes disponibles restait non réglementée. Les **réglementations cantonales lacunaires** et divergentes en matière de transplantation ont fait naître, parallèlement aux progrès de la médecine, un besoin de réglementation et ont laissé le champ libre à des réglementations émanant d'institutions privées. 2

L'**Académie suisse des sciences médicales (ASSM)** s'est attelée à cette tâche et a d'abord publié, en 1969, des directives médico-éthiques relatives à la définition et au diagnostic de la mort, dans lesquelles elle se prononçait également sur la constatation de la mort en vue d'une transplantation. En 1981, l'ASSM a publié une directive médico-éthique sur la transplantation, qui a été remplacée en 1995 par une nouvelle directive relative à la transplantation d'organes, puis retirée en 2007 après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules. 3

L'**attribution des organes disponibles** était coordonnée de manière centralisée depuis 1992 par la fondation Swisstransplant, elle aussi privée, selon des règles d'attribution élaborées en interne. Ce système d'attribution était facultatif et ne pouvait être équitable que tant que toutes les parties concernées s'y conformaient. La création d'une norme dans la Constitution 4

fédérale et d'une loi fédérale avait donc également pour objectif de définir des règles uniformes et contraignantes pour l'attribution des organes.

5 De 1984 jusqu'à l'adoption de l'art. 24^{decies} aCst. en 1999, sept **interventions parlementaires** ont été déposées, demandant au Conseil fédéral de réglementer la médecine de transplantation, ou du moins certains de ses aspects, au niveau fédéral, ce à quoi le Conseil fédéral a dans un premier temps répondu en niant la nécessité d'une telle réglementation. En 1994, celui-ci a donné suite aux motions Onken et Huber, qui l'invitaient notamment à interdire le commerce d'organes et à adopter les dispositions constitutionnelles et légales nécessaires. L'Office fédéral de la justice a jugé insuffisantes les compétences fédérales existantes, raison pour laquelle il a d'abord fallu créer une base constitutionnelle afin de réglementer de manière exhaustive la médecine de transplantation.

6 Lors de la votation populaire du 7 février 1999, tous les cantons et une large majorité du peuple ont adopté **le nouvel article constitutionnel 24^{decies} aC**. Celui-ci a été repris tel quel, sous le numéro d'article 119*a*, dans la Constitution fédérale entièrement révisée.

7 La Confédération a jugé particulièrement urgent de protéger les receveuses et receveurs de produits sanguins contre les infections ; c'est pourquoi elle n'a pas souhaité attendre la durée prévisiblement longue nécessaire à l'adoption d'une loi sur la transplantation. C'est ainsi qu'elle a adopté dès 1996 l'**arrêté fédéral sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des greffons**, qui a été partiellement abrogé par l'entrée en vigueur de la loi sur les produits thérapeutiques en 2002, puis intégralement abrogé par celle de la loi sur la transplantation en 2007.

II. CONTEXTE

8 L'inscription de l'art. 119*a* (initialement sous la forme de l'art. 24^{decies} aCst.) dans la Constitution fédérale a habilité et obligé la Confédération à édicter une réglementation uniforme dans le domaine de la médecine de transplantation (N. 13 ss.). La Confédération est donc compétente depuis 1999 pour réglementer de manière exhaustive la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, tout en veillant à la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé (N. 21 et suivantes). Sur le fond, l'al. 2 stipule que la Confédération doit notamment définir des critères pour une attribution

équitable des organes. L'al. 3 contient une interdiction constitutionnelle du commerce d'organes et un principe de gratuité des organes, tissus et cellules humains.

A. Contexte national

En 2004, la Confédération a adopté, sur la base de l'art. 119*a* Cst., la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, qui est entrée en vigueur en 2007 avec les différentes ordonnances qui s'y rapportent. Depuis lors, tant la loi sur la transplantation que la réglementation d'application ont été révisées. La demande d'organes disponibles dépassant l'offre, diverses tentatives ont été faites pour augmenter cette dernière. L'« initiative sur le don d'organes », déposée le 22 mars 2019, visait à passer d'un régime de consentement à un régime d'opposition. Le 14 juin 2019, le Conseil fédéral a décidé de rejeter l'initiative et a présenté une contre-proposition indirecte, dans laquelle il proposait l'introduction du régime élargi de l'opposition. 9

Le Parlement a approuvé cette proposition et recommandé le rejet de l'initiative, à la suite de quoi le comité d'initiative a procédé à un retrait conditionnel. En raison du référendum lancé par la suite contre la révision de la loi, le peuple s'est prononcé sur ce changement de paradigme et a adopté la modification de la loi sur la transplantation (TxG) à 60,2 %, avec un taux de participation de 40,3 %.

B. Contexte international

L'évolution de la législation suisse en matière de médecine de transplantation doit être replacée dans son **contexte international**. En 1978, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté pour la première fois une résolution visant à réglementer la médecine de transplantation. Dans le cadre de la réglementation de la médecine de transplantation, il convient notamment de veiller à une information exhaustive, à l'anonymat du donneur, aux conditions de son consentement ainsi qu'au caractère gratuit de la transplantation. De nombreuses recommandations du Comité des ministres ont suivi, portant notamment sur la coopération internationale en matière d'échange et de transport de substances humaines, sur la xénotransplantation, sur les listes d'attente et sur le trafic d'organes. 10

11 La **Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine** du Conseil de l'Europe, conclue en 1997 et ratifiée par la Suisse en 2008, revêt une grande importance pour la médecine de transplantation. Elle stipule notamment que les personnes doivent être informées avant toute intervention médicale (**consentement éclairé**, art. 5), et contient, dans ses articles 19 à 22, les dispositions pertinentes en matière de transplantation. La Suisse a émis des réserves selon lesquelles le principe de subsidiarité ne s'applique pas au don de son vivant et selon lesquelles le prélèvement de tissus ou de cellules régénérables peut, à titre exceptionnel, être autorisé au profit d'un parent d'une personne mineure ou incapable de discernement. La Suisse a en outre ratifié en 2009 le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, qui est entré en vigueur en 2010. Ce protocole consacre notamment l'interdiction de la recherche de profit et définit les conditions requises pour le prélèvement d'organes et de tissus. Enfin, la Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains est entrée en vigueur le 1er février 2021, engageant ainsi la Suisse à lutter contre le trafic d'organes.

12 Le droit de l'Union européenne (UE) revêt également une importance pratique. Il régit notamment les normes de qualité et de sécurité relatives à la gestion des greffons. Par ailleurs, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'Association médicale mondiale (AMM) ont rédigé des résolutions et des lignes directrices relatives à la médecine de transplantation.

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Al. 1 : Fondement de la compétence et respect des obligations de protection

13 L'art. 119*a* Cst. confère à la Confédération **une compétence étendue** pour édicter des prescriptions dans le domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (N. 14 ss) et l'oblige à veiller à la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé (N. 21 ss).

1. Compétence fédérale et mandat législatif (1re phrase)

14 Les soins de santé relèvent traditionnellement de la compétence des cantons en raison du principe de subsidiarité de la compétence fédérale,

conformément à l'art. 3 en liaison avec l'art. 42, al. 1, Cst. Ce n'est qu'avec l'introduction de l'art. 24^{decies} dans la Constitution fédérale que la compétence en matière de réglementation de la médecine de transplantation a été transférée des cantons à la Confédération. L'art. 119*a*, al. 1, Cst. non seulement autorise la **Confédération**, mais l'**oblige** également à légiférer dans le domaine de la médecine de transplantation. La compétence de la Confédération revêt un **effet dérogatoire a posteriori**. Le droit cantonal s'applique donc tant que la Confédération n'a pas encore rempli son obligation ou ne l'a pas remplie de manière exhaustive. Avec l'adoption de la loi sur la transplantation, votée le 4 octobre 2004 et entrée en vigueur le 1er juillet 2007, ainsi que de la réglementation d'application correspondante, la Confédération a rempli son mandat législatif. Il ne reste aux cantons que des tâches d'exécution limitées. Ils sont notamment compétents pour la poursuite et le jugement des infractions pénales (art. 71, al. 1, LTrans).

2. Champ d'application matériel (1re phrase)

L'art. 119*a* Cst. permet à la Confédération de réglementer **de manière exhaustive** la médecine de transplantation. La disposition constitutionnelle établit une distinction entre la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, délimitant ainsi le champ d'application matériel. 15

La **transplantation** au sens de l'art. 119*a* Cst. désigne le transfert d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques sur un être humain. Une transplantation peut avoir lieu au sein d'une même espèce (transplantation dite « allogénique ») ou entre différentes espèces (transplantation dite « xénogénique »). Lorsque le donneur et le receveur sont un même individu, on parle de transplantation autologue. On distingue en outre si les organes, tissus et cellules destinés à la transplantation sont prélevés sur une personne vivante (dit « don de son vivant ») ou sur une personne décédée (dit « don post mortem »). 16

On entend par **organes** des parties du corps « dont les cellules et les tissus forment ensemble une unité dotée d'une fonction déterminée » (par exemple, le cœur, les poumons, le foie, les reins, le pancréas) . Sont également considérés comme des organes, d'une part, les parties d'organes dont la fonction est assimilable à celle d'un organe (par exemple un lobe hépatique) et, d'autre part, les parties du corps composées de différents tissus et remplissant une fonction déterminée (par exemple une main). La distinction 17

entre organes, tissus et cellules est particulièrement importante, car seuls les organes sont soumis à la procédure d'attribution spécifique (N. 40 et suivants). **Les tissus** sont des ensembles cellulaires structurés, composés soit de cellules identiques, soit de cellules différentes, afin de remplir une fonction commune dans l'organisme (par exemple, la peau, les os) . Il convient de les distinguer des **cellules** isolées, des masses cellulaires non structurées et des suspensions cellulaires. Celles-ci sont composées exclusivement de cellules identiques. Une transplantation de cellules permet de réparer des lésions tissulaires (par exemple, transplantation de cellules cutanées et cartilagineuses) ou de remplacer des métabolites dont l'organisme ne dispose pas en quantité suffisante (par exemple, l'insuline et la sérotonine). L'art. 119*a* Cst. a conféré à la Confédération la compétence réglementaire pour l'ensemble des organes, tissus et cellules utilisables en médecine de transplantation. La transplantation de tissus fœtaux humains est donc également concernée. Conformément à l'art. 38 de la loi sur la transplantation (TxG), la transplantation de tissus ou de cellules embryonnaires et fœtaux nécessite une autorisation de l'OFSP.

18 Le champ d'application matériel de l'art. 119*a* Cst. couvre non seulement les organes, tissus et cellules humains, **mais aussi ceux d'origine animale**, dans la mesure où un transfert vers l'être humain est prévu (ce qu'on appelle la **xénotransplantation**). Le constituant n'a donc pas pris explicitement position sur la xénotransplantation, mais a laissé au législateur le soin de décider si, et le cas échéant comment, la xénotransplantation devait être autorisée. Conformément à l'art. 43 de la loi sur la transplantation (TxG), les xénotransplantations ne sont autorisées qu'avec une autorisation au cas par cas délivrée par l'Office fédéral de la santé publique.

19 Les organes, tissus et cellules doivent **être distingués des implants**. Les premiers sont constitués de matière vivante, tandis que les seconds sont constitués de matière inerte. La question de savoir si le cas où des organes, tissus ou cellules d'origine humaine ou animale (par exemple, des os, du cartilage ou des tendons humains, ainsi que des valves cardiaques de porcs) sont prélevés, traités et dévitalisés, puis implantés chez l'être humain sous cette forme dévitalisée, relève de la loi sur la transplantation ou de la loi sur les produits thérapeutiques, a été laissée en suspens dans le message relatif à l'article constitutionnel. L'art. 2, al. 2, let. a, de la loi sur la transplantation (TxG) a exclu les greffons dévitalisés du champ d'application de cette loi.

En revanche, la norme de compétence prévue à l'art. 119*a* Cst. **ne couvre pas** l'utilisation de substances humaines et animales à des fins autres que celles de la transplantation sur l'être humain (par exemple à des fins d'autopsie, de procréation médicalement assistée ou de fabrication de produits cosmétiques). 20

3. Obligations de protection (2e phrase)

a. Principes généraux

L'article 119*a*, al. 1, 2e phrase, de la Cst. (ou l'article 24^{decies}, al. 1, de l'ancienne Cst.) confiait à la Confédération la **mission impérative** de veiller à la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la santé dans le cadre de la réglementation de la médecine de transplantation. Le catalogue actuel des droits fondamentaux n'existait pas encore dans l'ancienne Constitution fédérale (aBV) et, par conséquent, au moment de l'introduction de l'art. 24^{decies} aBV. Ces obligations de protection s'alignent en premier lieu sur les droits fondamentaux du receveur et du donneur. Les droits fondamentaux de ces deux personnes doivent être protégés de manière égale. Dans un contexte plus large, les droits fondamentaux des proches du donneur et du personnel hospitalier peuvent également être concernés. 21

L'énumération des **obligations de protection** figurant à l'art. 119*a*, al. 1, Cst. est **de nature exemplative**. Le législateur doit prendre en compte l'ensemble des droits fondamentaux, le principe d'égalité devant la loi et l'interdiction de discrimination revêtant une importance centrale, notamment en ce qui concerne l'attribution des organes (N. 39 et suivants). Il convient en outre de penser à la protection de la liberté de croyance et de conscience (art. 15 Cst.). Certes, l'article constitutionnel ne contient aucune norme explicite se référant à la protection des animaux nécessaires à la xénotransplantation. Toutefois, le message relatif à l'art. 24^{decies} aCst. souligne déjà que la dignité de la créature (art. 120, al. 2, Cst.) doit être respectée. Par ailleurs, l'art. 80 Cst. relatif à la protection des animaux s'applique lorsque des organes, des tissus et des cellules d'animaux sont prélevés à des fins de médecine de transplantation. 22

La disposition constitutionnelle ne fixe de manière contraignante aux autorités législatives et judiciaires que **des principes généraux**. La marge de manœuvre du législateur quant à la manière de mettre en œuvre les prescriptions constitutionnelles et de résoudre d'éventuels conflits d'intérêts 23

entre les obligations de protection reste considérable, raison pour laquelle aucun droit concret ne peut être déduit de ces obligations de protection.

b. Constatation du décès et moment du décès

24 Avec l'amélioration des moyens techniques en matière de réanimation, qui permettent de maintenir la circulation sanguine malgré une défaillance fonctionnelle irréversible du cerveau, les personnes ne meurent plus d'une manière visible pour tous. Le moment du décès détermine si une personne est (encore) titulaire de droits fondamentaux ou non. La manière dont la mort est définie et diagnostiquée est d'autant plus cruciale qu'une mise en balance des intérêts est absolument interdite lorsqu'il s'agit de titulaires de droits fondamentaux. La Constitution ne contient aucune disposition précisant comment définir la mort. Cette définition doit toutefois respecter les garanties constitutionnelles minimales et, en particulier, être **digne de l'être humain** et **exempte d'arbitraire**. Le législateur définit la mort à l'art. 9, al. 1, de la loi sur le traitement des personnes (TxG) comme une défaillance fonctionnelle irréversible du cerveau, y compris du tronc cérébral, et déclare ainsi applicable ce qu'on appelle la **mort cérébrale**. Conformément à l'al. 2, il a délégué la définition plus précise de la mort cérébrale au Conseil fédéral, qui, à l'article 7 de l'ordonnance sur la transplantation (TxV), renvoie à son tour aux directives médico-éthiques de l'ASSM relatives à la « constatation du décès en vue d'une transplantation d'organes et à la préparation du prélèvement d'organes », dans leur version du 16 mai 2017. Celles-ci contiennent, outre des instructions techniques relatives à la constatation du décès et à la mise en œuvre des mesures médicales préparatoires, des précisions sur la procédure à suivre pour déterminer la volonté du patient, pour mener les entretiens avec les proches et pour prendre en charge la personne en fin de vie et le corps. La procédure de constatation du décès permet d'établir que le décès est survenu, mais pas l'heure exacte à laquelle il s'est produit. L'heure officielle du décès est celle à laquelle le médecin a achevé le diagnostic et la documentation du décès.

Dans le cas de prélèvements d'organes post-mortem, le prélèvement intervient dans le processus de la mort. Il convient ici de distinguer la mort cérébrale primaire de la mort cérébrale secondaire. En cas de **mort cérébrale primaire**, la défaillance irréversible des fonctions cérébrales est constatée selon des critères bien définis ; ce n'est qu'après l'arrêt des mesures

de maintien en vie que la fonction cardiovasculaire cesse par la suite. Le décès suite à un arrêt circulatoire prolongé ou **la mort cérébrale secondaire** désigne le cas où la circulation cesse en premier lieu ou bien où les mesures de réanimation infructueuses sont interrompues, et où, après un certain laps de temps, la mort cérébrale est constatée en raison de l'absence d'irrigation sanguine du cerveau. Des incertitudes quant à savoir, d'une part, si les proches peuvent être consultés au sujet d'un éventuel prélèvement d'organes avant même que le décès ne soit constaté et, d'autre part, s'ils peuvent consentir à des mesures préparatoires avant le décès en l'absence de décision correspondante de la part de la personne encore en vie mais incapable de discernement, ont conduit à la suspension temporaire des prélèvements d'organes après une mort cérébrale secondaire en Suisse. Celles-ci ont repris en Suisse depuis 2011 et se sont multipliées depuis l'entrée en vigueur de la loi révisée sur la transplantation en 2017, afin d'augmenter ainsi le nombre d'organes disponibles pour les transplantations.

Le concept de mort cérébrale fait depuis toujours l'objet de **critiques**. 25
Certains font valoir que la défaillance fonctionnelle du cerveau ne doit pas être assimilée à la mort de l'être humain, mais qu'il convient plutôt de se fonder sur l'arrêt de la circulation sanguine. Selon le concept de mort cérébrale, la mort est un événement survenant à un moment donné. Les détracteurs, quant à eux, conçoivent la mort comme un processus. On critique également le fait que le recours au critère de la mort cérébrale ne serve que les intérêts de la médecine de transplantation. De plus, en raison du maintien de la circulation sanguine, une personne en état de mort cérébrale ne pourrait pas être identifiée comme telle sans une constatation de décès complexe, car le corps continue d'exercer des fonctions qui, vues de l'extérieur, font apparaître la personne comme inconsciente mais vivante (par exemple, la transpiration, la pousse des cheveux). D'autres défendent un concept dit de « mort cérébrale partielle », selon lequel il suffirait que la conscience ou le tronc cérébral aient cessé de fonctionner de manière irréversible. Le droit suisse en matière de transplantation (art. 8, al. 1, let. b, en relation avec l'art. 9 de la loi sur la transplantation) se fonde sur la « mort cérébrale totale », c'est-à-dire la défaillance complète des fonctions cérébrales.

c. Protection de la dignité humaine

26 Avant même que la dignité humaine ne soit introduite dans la Cst. en tant que droit fondamental à part entière lors de la révision totale de 1999, l'art. 24^{decies}, al. 1, de l'ancienne Cst. (ou art. 119*a*, al. 1, 2e phrase, de la Cst.) imposait déjà au législateur le respect de celle-ci dans le contexte de la médecine de transplantation. Selon la doctrine, le respect de la dignité humaine comprend trois aspects : l'égalité, l'intégrité physique et l'autodétermination. Il est considéré comme une garantie minimale que l'État doit respecter. Le message mentionne trois aspects de la médecine de transplantation pour lesquels le respect de la dignité humaine est essentiel : la détermination du moment du décès, le prélèvement d'organes sur des personnes décédées et le droit à une mort dans la dignité. Cette énumération n'est pas exhaustive.

27 Tant qu'une personne est en vie, elle est titulaire des droits fondamentaux. Chez la **personne vivante**, le respect et la protection de la dignité humaine revêtent une importance absolue. La dignité humaine interdit de prélever des organes sur une personne vivante capable de discernement sans son consentement libre et éclairé, ou de l'instrumentaliser à des fins profitant à autrui. Il en découle une interdiction de commercialisation. Chez les personnes incapables de discernement ou mineures, le prélèvement d'organes n'est compatible avec la dignité humaine que dans des conditions très restrictives.

28 Ce n'est qu'avec la **mort** que cesse la qualité de titulaire des droits fondamentaux et, par conséquent, les droits individuels qui en découlent (N. 24). L'État reste toutefois tenu, en vertu du contenu partiel du droit objectif, de se conformer à la dignité humaine au-delà de la mort et de protéger le défunt contre tout traitement contraire à la dignité humaine. Il n'existe pas de droit fondamental propre à la personne décédée, mais le droit fondamental de l'être humain vivant continue de s'appliquer au-delà de sa mort (N. 33). Le corps d'une personne décédée doit être traité avec respect. Même dans le cas d'un **don post mortem**, le défunt ne doit pas être objectivé et ses parties ne doivent pas être commercialisées. Le prélèvement doit également être légitimé dans le cadre d'un don post mortem et la volonté connue du défunt doit être respectée. Cela aborde l'aspect partiel de l'autodétermination. Le consentement ne doit pas nécessairement avoir été exprimé par le défunt de son vivant ; d'autres modèles de consentement ou d'opposition peuvent être

compatibles avec le principe de la dignité humaine, pour autant que le droit d'opposition ne soit pas vidé de son sens en raison d'un manque d'information (N. 33).

En ce qui concerne la personne **qui reçoit** un organe, la dignité humaine interdit que l'attribution soit arbitraire ou qu'il y ait une mise en balance par l'État de la valeur de différentes vies humaines. Les organes doivent donc être attribués selon des critères d'égalité de traitement (N. 41 et suivants). 29

d. Protection de la personnalité

La protection de la liberté personnelle au sens de l'art. 10, al. 2, Cst. englobe notamment l'intégrité physique et mentale ainsi que la liberté de mouvement. En ce qui concerne l'intégrité physique, les **mesures médicales préparatoires** en vue d'un don, prises alors que la personne potentiellement donneuse est encore en vie, méritent une attention particulière. Ces mesures préparatoires ne présentent aucun bénéfice direct pour le patient ou la patiente, mais sont nécessaires pour préserver les organes de toute atteinte. Elles ne peuvent être mises en œuvre qu'en présence d'un consentement éclairé et libre, et ne doivent pas précipiter le décès (art. 10 de la loi sur la transplantation). 30

L'art. 10, al. 2, englobe notamment la protection de l'**autodétermination**. Les titulaires de droits fondamentaux ont le droit d'organiser de manière autonome les aspects essentiels de leur vie. La protection de l'autodétermination au sens de l'art. 10, al. 2, Cst. va au-delà de la garantie minimale protégée par la dignité humaine (cf. N. 28) et ne prend pas fin avec le décès d'une personne. Le prélèvement d'organes touche au droit à l'autodétermination du donneur. Un prélèvement doit donc être précédé d'une information exhaustive, afin que le donneur puisse être informé et donner son consentement libre et valable (ce qu'on appelle le « consentement éclairé »). 31

Le droit à l'autodétermination ne peut en principe pas être garanti uniquement par un consentement explicite du donneur de son vivant (**modèle du consentement** ou « opt-in »), mais des **modèles d'opposition** (opt-out) sont également possibles. Il est impératif à cet égard que les donneurs potentiels (c'est-à-dire l'ensemble de la population) soient **informés de manière objective, exhaustive et régulière** du processus de 32

prélèvement d'organes post-mortem et des conséquences d'une absence de réaction, afin de pouvoir se prononcer, sur cette base, pour ou contre le prélèvement d'organes. Lors de la votation du 15 mai 2022, les électeurs suisses ont approuvé la modification de la loi sur la transplantation, qui prévoit le passage du modèle du consentement présumé élargi au modèle de l'opposition présumée élargie. La nouvelle réglementation devrait entrer en vigueur au troisième trimestre 2027. La mise en œuvre effective de ce changement de système, y compris la garantie d'une information adéquate de la population et la création d'un registre opérationnel répondant à toutes les exigences techniques et juridiques, est soumise à des exigences élevées.

33 Le champ d'application de la liberté individuelle ne se limite pas au fait qu'une personne doit pouvoir, de son vivant, donner son consentement ou s'opposer valablement à un **prélèvement d'organes post mortem**, mais il permet également à chacun de donner des **instructions contraignantes** concernant des aspects essentiels de son propre décès. Il ne s'agit pas ici d'un droit fondamental du défunt, mais du droit fondamental du vivant qui se prolonge au-delà de la mort. Tant dans le cadre du modèle de consentement élargi actuellement en vigueur (art. 8, al. 2 et 3, TxG) que dans celui du futur modèle d'opposition élargi (art. 8, al. 2, revTxG), les proches doivent être interrogés sur la volonté présumée de la personne susceptible de faire don d'organes. Le lien personnel avec la personne décédée est en principe déterminant pour l'autorité de décision (art. 8, al. 8, de la loi sur la transplantation (TxG) en liaison avec l'art. 5 de l'ordonnance sur la transplantation (TxV)). L'âge minimum pour décider d'un prélèvement post-mortem d'organes est fixé à 16 ans (art. 8, al. 7, de la loi sur la transplantation [TxG] en liaison avec l'art. 5, al. 1, du règlement sur la transplantation [TxV]) . Pour des raisons pratiques, le législateur a opté pour une limite d'âge stricte, au lieu d'évaluer, comme c'est habituellement le cas pour les interventions médicales, la capacité de discernement d'une personne **mineure** au cas par cas. Ce principe est maintenu dans la modification de la loi sur la transplantation (art. 8a revTxG). Pour les enfants plus jeunes et les adolescents, ainsi que pour les **personnes incapables de discernement** de manière permanente ou sur une longue période, ce sont les proches qui décident du don d'organes post-mortem, l'avis de la personne décédée devant toutefois être pris en compte.

Dans le cas du **don de son vivant**, le droit à l'autodétermination implique qu'aucun greffon ne peut être prélevé sans consentement éclairé et libre. Conformément à l'art. 12, let. a et b, de la loi sur la transplantation (TxG), une personne **capable de discernement et majeure** doit donner son consentement écrit au don de son vivant d'organes, de tissus ou de cellules, après avoir été informée des risques. Le don de son vivant relève également du domaine de protection de l'intégrité physique et mentale. L'art. 12, let. c et d, de la loi sur la transplantation (LTx) stipule qu'il ne doit exister aucun risque grave pour la vie et la santé du donneur et qu'aucune autre méthode thérapeutique présentant un bénéfice comparable ne doit être disponible pour le receveur. **Les mineurs ou les personnes incapables de discernement** ne peuvent en principe faire l'objet d'un prélèvement de greffons (art. 13, al. 1, TxG). Sous certaines conditions restrictives, le prélèvement de tissus et de cellules régénérables est autorisé pour sauver la vie d'un parent, d'un enfant ou d'un frère ou d'une sœur du donneur (art. 13, al. 2, TxG). Étant donné que le don d'organes, de tissus et de cellules ne vise pas la guérison du donneur, mais celle du receveur, il s'agit d'une intervention au profit d'autrui. 34

e. Protection de la santé

La transplantation d'organes, de tissus et de cellules comporte des risques non négligeables, qui dépendent de l'ampleur de l'intervention et de l'état de santé du donneur et du receveur. La protection de la santé que le législateur doit garantir concerne, d'une part, le donneur et, d'autre part, le receveur de greffons. Dans le premier cas, la protection de la santé doit être prise en compte en particulier lors d'un **don de son vivant**. Ce dernier n'est autorisé que s'il n'existe aucun risque grave pour la vie et la santé du donneur. Étant donné que le donneur ne doit pas être exposé à un risque inutile, le principe de subsidiarité inscrit à l'article 12, let. d), de la loi sur la transplantation (TxG) s'applique, selon lequel un don de son vivant ne peut être effectué que si aucune autre méthode thérapeutique ne promet un bénéfice comparable. 35

Le **bénéficiaire** doit notamment être protégé contre d'éventuels agents pathogènes qui pourraient être transmis lors d'une transplantation en même temps que l'organe, le tissu ou les cellules. Il existe en principe un intérêt légitime à un approvisionnement suffisant en organes. La protection de la santé prévue à l'art. 119*a*, al. 1, 2e phrase, de la Cst. ne permet toutefois pas de 36

déduire un droit de l'individu à un organe, ni une obligation pour l'État d'œuvrer à l'augmentation du nombre d'organes disponibles. Cette disposition constitutionnelle ne s'oppose toutefois pas à des mesures telles que des campagnes d'information. Celles-ci doivent informer la population non pas de manière sélective, mais de manière exhaustive et aussi objective que possible.

37 Une obligation de protection au sens large peut en outre englober la santé mentale tant des personnes directement concernées que de leurs **proches et du personnel médical spécialisé**. La décision d'opter pour ou contre un don d'organe relève d'un choix de conscience qui peut être pénible tant pour la personne susceptible de faire un don que pour ses proches. Des mesures préparatoires sont prises chez des personnes encore en vie mais incapables de discernement, et les prélèvements d'organes sont effectués chez des personnes dont la mort cérébrale vient d'être constatée et qui semblent encore vivantes et manifestent des réactions. Les explantations peuvent donc également être éprouvantes pour le personnel spécialisé. Il convient d'en tenir compte dans les relations avec toutes les parties prenantes et dans la réglementation de la médecine de transplantation.

B. al. 2 : Critères d'attribution des organes

1. Principes généraux

38 Les organes constituent une ressource limitée. Outre la disponibilité effective des organes, une transplantation réussie présuppose également la compatibilité (par exemple en termes de taille et de groupe sanguin). Cette **pénurie** a pour conséquence que toutes les personnes qui en ont besoin ne peuvent pas recevoir un organe. Comme déjà indiqué, il n'existe pas de droit à un organe (N. 37). La personne concernée dispose toutefois d'un droit opposable à ce que la procédure soit conçue de manière équitable (N 41 et suivantes) par le législateur. La définition des critères pour une attribution équitable des organes correspond à un **mandat législatif contraignant**.

39 Le mandat législatif visé à l'al. 2 **se limite à l'attribution d'organes humains**. Cela s'explique par le fait qu'il n'y avait pas de pénurie chronique de tissus et de cellules et que, en raison de la problématique de la compatibilité tissulaire, un seul receveur pouvait de toute façon être pris en considération, ce qui exclut toute possibilité d'attribution.

Alors qu'au moment de la publication du message, les problèmes d'attribution ne concernaient encore que les dons d'organes provenant de personnes décédées, le don par une personne vivante étant à l'époque obligatoirement destiné à une personne spécifique, les « dons altruistes », pour lesquels l'attribution s'effectue par le biais d'une liste d'attente, ainsi que les dons croisés entre donneurs vivants sont désormais également autorisés. Le message relatif à l'article constitutionnel n'exclut pas que, en cas de pénurie de tissus ou de cellules, leur attribution puisse également être réglementée, pour autant qu'il s'agisse d'une pénurie chronique. La compétence législative de la Confédération s'étend donc au-delà de l'attribution d'organes humains. Le législateur a par exemple fait usage de cette compétence pour l'attribution de cellules des îlots pancréatiques. Des règles d'attribution pour la transplantation d'organes d'origine animale seraient également envisageables. Grâce à de nouvelles techniques de génie génétique (appelées « édition du génome »), les premiers essais thérapeutiques ont été menés aux États-Unis, au cours desquels des greffons d'origine animale ont été transplantés chez l'homme. En Suisse, ces essais sont soumis à autorisation (art. 43 de la loi sur la transplantation) et, à l'heure actuelle, aucun essai clinique de xénotransplantation chez l'homme n'est en cours dans le pays. On ne sait pas encore s'il pourrait y avoir à l'avenir une pénurie d'organes d'origine animale.

2. «Équitable»

Alors que l'avant-projet de l'art. 24^{decies} aCst. prévoyait encore que la 40
Confédération devait garantir une attribution équitable des organes, tissus et cellules, cette exigence élevée a été revue à la baisse au cours de l'élaboration du texte, de sorte que le législateur doit désormais fixer des critères pour une attribution équitable. Le terme extrêmement vague de «équitable» ne permet guère de déduire une réglementation concrète en matière d'attribution : il peut être interprété de différentes manières, selon la théorie de la justice sur laquelle on se fonde et la manière dont les différentes valeurs sont pondérées. Le législateur doit **s'orienter vers les droits fondamentaux** pour définir les critères d'attribution. Outre les droits fondamentaux déjà mentionnés que sont la dignité humaine (art. 7 Cst.) et la protection de l'intégrité physique et psychique (art. 10, al. 2, Cst.), il convient notamment de tenir compte de l'égalité devant la loi (art. 8, al. 1, Cst.), de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2, Cst.), le droit à l'assistance en cas de détresse (art. 12 Cst.) et le

droit international applicable doivent être pris en compte. Cela permet de donner corps à la notion d'équité.

41 La règle d'attribution permet en effet de décider qui aura accès à un organe susceptible de sauver une vie. L'art. 119*a* Cst. ne prescrit aucun modèle d'attribution particulier. Une attribution équitable doit toutefois garantir un traitement **égal et non discriminatoire** (art. 8 Cst.) à l'ensemble des patients et suppose donc au minimum qu'elle s'effectue **sans arbitraire** et sur la base de «**critères objectifs**». On peut toutefois douter que l'objectivité soit une exigence réalisable. En fin de compte, les choix de valeur sont inévitables. L'attribution ne doit en tout cas pas reposer sur des critères étrangers à l'objet, mais doit poursuivre la finalité même de la transplantation d'organes et s'appuyer sur des critères médicaux fondés.

42 Dans le cadre d'une législation nationale, seule une attribution **uniforme à l'échelle de la Suisse**, selon des **directives contraignantes**, est à même de satisfaire aux exigences d'une attribution équitable des organes. Les systèmes d'attribution décentralisés ne pourraient pas garantir que la personne la plus appropriée reçoive un organe, mais seraient tout au plus justifiés si l'étendue géographique s'opposait de fait à un système d'attribution national, ce qui n'est pas le cas en Suisse. Conformément à l'art. 19 en liaison avec l'art. 54, al. 2, let. a^{bis}, de la loi sur la transplantation (TxG), le législateur doit créer à cette fin un **organisme national d'attribution** et peut confier l'exécution de cette tâche à une organisation publique ou privée. La Confédération a opté pour l'organisme privé Swisstransplant, qui coordonnait déjà l'attribution des organes selon des directives internes avant même l'entrée en vigueur de la loi sur la transplantation (N. 4). La délégation d'une tâche administrative à Swisstransplant a pour conséquence que celui-ci est tenu, dans l'exercice de ses fonctions, de respecter la Constitution et en particulier les droits fondamentaux (art. 35, al. 2, Cst.).

43 Une répartition selon des modèles utilitaristes, dans lesquels l'utilité collective globale est déterminante, serait, selon la doctrine dominante, incompatible avec l'égalité devant la loi. L'attribution doit au contraire s'orienter vers **la santé individuelle**, en tenant compte de l'utilité et de la nécessité d'une transplantation d'organe. Il convient de ne pas prendre en compte tous les critères qui opposent la valeur de vie des personnes les unes aux autres (par exemple, le statut social, la responsabilité, l'âge, l'observance thérapeutique, notamment en ce qui concerne la prise de médicaments et les examens de

suivi indispensables après la transplantation d'organe). Le message cite comme principes d'attribution les **chances de succès** (bénéfice) et l'**urgence** (besoin). La loi considère actuellement comme déterminants les critères de l'urgence médicale, du bénéfice médical et du temps d'attente (art. 18, al. 1, let. a à c, TxG). Le remplacement d'un organe peut être vital ; c'est pourquoi le législateur doit tenir compte de l'art. 12 Cst. (droit à l'aide en cas de détresse) lors de la réglementation de l'attribution des organes. Il en résulte que l'État doit veiller à ce que les organes disponibles soient attribués au plus grand nombre possible de personnes qui en ont besoin pour survivre. On ne peut toutefois en déduire un droit à un organe.

C. al. 3 : Principes : principe de gratuité et interdiction du commerce d'organes

Al. 3 de la disposition constitutionnelle stipule que le don d'organes, de tissus et de cellules doit être gratuit et qu'aucun commerce d'organes ne doit être pratiqué. Il s'agit de **lutter contre** la **commercialisation** des organes, tissus et cellules humains en interdisant leur cession à des fins lucratives. Les deux principes de gratuité et d'interdiction du commerce d'organes sont **directement applicables** en raison de leur formulation détaillée. Il en va de même pour l'article 21 de la Convention sur la biomédecine, qui interdit l'utilisation du corps humain ou de ses parties à des fins lucratives. Ces deux principes produisent également des effets horizontaux directs (art. 35, al. 3, Cst.). L'art. 69, al. 1, let. a à c, de la loi sur les transplantations (TxG) érige en infraction la commercialisation des greffons. 44

1. Gratuité

Lors de l'élaboration de l'art. 24^{decies} aCst., le Conseil fédéral est parti du principe qu'il était déjà habilité, en vertu des compétences fédérales existantes, à réglementer la gratuité du don d'organes, de tissus et de cellules, raison pour laquelle le **projet ne contenait pas encore d'interdiction expresse**, mais se contentait de charger le législateur de prévoir la gratuité. 45

Le principe de gratuité **interdit** uniquement **une contrepartie financière** pour le don d'organes, de tissus ou de cellules en soi, qui vise à réaliser un profit. Le donneur peut être indemnisé financièrement pour les frais directement liés au don (par exemple, les frais de déplacement et la perte de salaire en cas de don de son vivant, ainsi que les frais d'opération et 46

d'hospitalisation) et pour les éventuels préjudices qui en découlent. En d'autres termes, le don ne doit pas placer une personne dans une situation plus favorable, mais il ne doit pas non plus la placer dans une situation plus défavorable que si elle y avait renoncé. L'art. 6, al. 2, let. a à d, de la loi sur la transplantation (TxG) précise ce qui ne doit pas être considéré comme un gain financier ou un autre avantage. Outre le remboursement des frais engagés, un geste symbolique de remerciement a posteriori (par exemple, une carte de remerciement, un bouquet de fleurs) (let. c) et le don croisé entre vivants (let. d) sont également exclus de la notion d'avantage financier.

47 Le don doit être motivé par **des raisons volontaires et altruistes**. Des incitations financières pourraient compromettre cet objectif, dans la mesure où des personnes en situation économique précaire pourraient être tentées de consentir au prélèvement d'un greffon en vue d'une contrepartie pécuniaire. En ce qui concerne les intérêts du ou de la receveur·rice, le Conseil fédéral a fait valoir dans son message que le principe de la gratuité améliorait la qualité des greffons, car il ne créait aucune incitation à donner des greffons de mauvaise qualité.

2. Don

48 L'utilisation du terme «**don**» à l'al. 3 a deux conséquences. Le message relatif à l'art. 24^{decies} aCst. précise tout d'abord que seuls les êtres humains sont capables de faire un don. Les organes, tissus et cellules **d'origine animale** ne sont donc **pas visés** par le principe de gratuité énoncé à l'art. 119*a*, al. 3, Cst. Deuxièmement, la question de savoir s'il fallait inscrire explicitement le critère du caractère volontaire a donné lieu à des discussions au sein des commissions du Conseil national et des Chambres fédérales. La majorité des membres
des Chambres a fait valoir que la notion de « don » impliquait déjà le **caractère volontaire**.

3. Interdiction du commerce d'organes

49 L'arrêté fédéral du 22 mars 1996 sur le contrôle du sang, des produits sanguins et des greffons interdisait déjà le commerce des greffons. L'interdiction du commerce d'organes humains n'était pas encore prévue dans le projet de disposition constitutionnelle, mais n'a été intégrée à l'article 24^{decies} aCst. qu'à la suite du débat parlementaire. La disposition constitutionnelle interdit

uniquement le commerce d'organes humains. L'article 22 ZP de la Convention biomédicale étend cette interdiction aux tissus. Le législateur est allé au-delà de l'interdiction constitutionnelle du commerce d'organes et l'a étendue aux tissus et cellules humains (art. 7, al. 1, de la loi sur la transplantation) . En raison de la ratification de la Convention sur le commerce des organes, l'article 69, al. 1, let. b, de la loi sur la transplantation (TxG) interdit et sanctionne également le commerce à l'étranger, sans qu'il soit nécessaire que l'infraction ou une partie de celle-ci soit commise en Suisse ou depuis la Suisse vers l'étranger.

Le terme de **commerce** désigne l'ensemble des opérations d'échange (par exemple, achat, vente, échange) visant à obtenir un avantage personnel, ce qui inclut également la publicité et les activités d'intermédiation. Il s'agit donc de toute forme de commercialisation d'organes humains. Le simple prélèvement illégal relève déjà de la notion de trafic d'organes. L'existence de structures professionnelles n'est pas une condition préalable. En revanche, les frais occasionnés par un prélèvement, une préparation et une implantation peuvent faire l'objet d'une rémunération. L'échange d'organes entre les centres de transplantation et d'attribution, sans intention de réaliser un profit, ne relève pas de la notion de trafic. La loi sur la transplantation (TxG) définit et sanctionne le trafic d'organes de manière très large. 50

L'interdiction du trafic d'organes vise non seulement à protéger les personnes potentiellement directement concernées, mais aussi à préserver la confiance dans le système de transplantation en tant que tel. Cet objectif est également poursuivi au niveau international (N. 10 et suivants). 51

À propos des auteures

La prof. dr. iur. Franziska Sprecher, avocate, est professeure associée de droit constitutionnel et administratif, spécialisée notamment en droit de la santé, à l'Institut de droit public, et directrice du Centre de droit de la santé et de gestion des soins de santé à l'Université de Berne.

Marina Rickenbacher est avocate et a étudié aux universités de Berne et de Colombie-Britannique à Vancouver. Depuis mars 2021, elle rédige sa thèse dans le cadre du projet « Governing by Values ? Sur l'histoire de la bioéthique en Suisse », financé par le Fonds national suisse.

Les autrices se réjouissent de recevoir vos suggestions et remarques à l'adresse franziska.sprecher@unibe.ch ou marina.rickenbacher@unibe.ch.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Organallokation, Ethische und rechtliche Fragen, Basel 2004.

Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen, Basel 2007.

Borghi Marco/Sprumont Dominique, La transplantation d'organes, Repères pour une législation fédérale, Fribourg et al. 1995.

Dumoulin Jean-François, Transplantation d'organes en Suisse, Le droit au carrefour de la vie et de la mort, Neuchâtel 1997.

Guillod Olivier/Dumoulin Jean-François, Définition de la mort et prélèvement d'organes, Aspects constitutionnels, Neuchâtel 1999.

Hofer Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss. Köln, Berlin et al. 2006.

Holliger Raphaela, Postmortale Organspende, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 2019.

Lachenmeier Pascal, Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008.

Mader Mélanie, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense, Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss. Neuchâtel, Basel 2011.

Schmid Patrizia, Organentnahme an Verstorbenen, Rechtsgut und Rechtfertigung, Diss., Basel et al. 2003.

Schmidlin Cécile, Nudging durch den Staat, Die Standardvorgabe bei der Organspende im Lichte der Grundrechte, Diss., Zürich et al. 2025.

Schöning Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 1996.

Schott Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel et al. 2001.

Sitter-Liver Beat, Gerechte Organallokation, Zur Verteilung knapper Güter in der Transplantationsmedizin, Fribourg 2003.

Tremp Dania, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel 2010.

Tschumy Nicolas, Le corps humain après la mort, Le statut du cadavre en droit suisse, Diss. Lausanne, Bern 2022.

BIBLIOGRAPHIE

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 119*a* BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Belser/Molinari, Art. 119*a* BV).

Belser Eva Maria/Molinari Eva, Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Belser/Molinari, Art. 7 BV).

Boillet Véronique, Art. 119*a* Cst, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021 (zit. CR-Boillet, Art. 119*a* BV).

Borghi Marco, Transplantation d'organes et de tissus, Aspects juridiques, in: Bondolfi Alberto/Malacrida Roberto/Rohner Adrien (Hrsg.), Etica e trapianti, Comano 1993, S. 163 ff. (zit. Borghi, in: Etica e trapianti).

Burch Stephanie, Das Konzept des "Hirntodes", Überlegungen zum rechtlichen und gesellschaftlichen Umgang mit einem Phänomen an der Grenze zwischen Leben und Tod, Jusletter 22. November 2010 (zit. Burch, Jusletter 22. November 2010).

Christen Markus/Gloor Martina, Ethische Relevanz und faktische Mängel in der Kommunikation von Spezifika der Organspende nach Kreislaufstillstand, Ethik in der Medizin 2018, 30(4), S. 343 ff. (zit. Christen/Gloor, Ethik in der Medizin 2018).

Christensen Birgit/Gächter Thomas, "Vermutete Zustimmung" und Informed Consent bei der Transplantation, Bedingungen einer verfassungskonformen Umsetzung der Widerspruchsregelung, Pflegerecht 2022, S. 130 ff. (zit. Christensen/Gächter, Pflegerecht 2022).

Christensen Birgit/Michel Margot, Die Wiedereinführung des Non-Heart-Beating-Donor-Programms in der Schweiz aus rechtlicher Perspektive, Bioethica Forum 2012, 5(2), S. 77 f. (zit. Christensen/Michel, Bioethica Forum 2012).

Donzallaz Yves, Traité de droit médical, Volume I, L'état, le médecin, les soignants et le patient: entre droit, éthique et règles de l'art, Bern 2021.

Dupont Anne-Sylvie, La constitution sociale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich et al. 2020, S. 2091 ff. (zit. Dupont, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse).

Eidgenössische Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH), Xenotransplantation, Neue Möglichkeiten, neue ethische Fragen? März 2024 (zit. EKAH, Xenotransplantation, 2024).

Frei Marco Andrea, Die erweitere Zustimmungslösung gemäss Art. 8 Transplantationsgesetz, Diss. Zürich, Genf et al. 2012.

Gächter Thomas/Christensen Birgit, Von der Information zur Warnung, Zur Umsetzung der Widerspruchsregelung im künftigen Transplantationsrecht, in: Jusletter 29. August 2022.

Gächter Thomas/Rütsche Bernhard, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023.

Gruberski Thomas, Das Kommerzialisierungsverbot im Bereich der Organspende, Dargestellt am Beispiel der Regelung im schweizerischen Transplantationsgesetz, Diss., Basel 2011.

Guillod Olivier/Mader Mélanie, Vorbereitende medizinische Massnahmen im Hinblick auf eine Organentnahme, Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit dem Transplantationsgesetz, Neuchâtel März 2010.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 8.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10 (besucht am 16. April 2026), DOI: 10.17176/20230411-123537-0 (zit. OK-Heri, N. XXX zu Art. 10 BV).

Hofer Pascal, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz, Rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss. Köln, Berlin et al. 2006.

Holliger Raphaela, Postmortale Organspende, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 2019.

Jox Ralf J., "Hirntod": historische Entwicklung, aktuelle Kontroversen und künftige Perspektiven, in: Kröll Wolfgang/Schaupp Walter (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, Baden-Baden 2014, S. 79-91 (zit. Jox, in: Hirntod und Organtransplantation).

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Lachenmeier Pascal, Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008.

Largiadèr Felix, Ethik und Transplantationsmedizin, in: Bondolfi Alberto/Müller Hansjakob (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel et al. 1999, S. 255 ff. (zit. Largiadèr, in: Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag).

Lenherr Renato/Krones Tanja/Schwarz Urs, Organspende nach Herz-Kreislaufstillstand im USZ, in: Kröll Wolfgang/Schaupp Walter (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, Baden-Baden 2014, S. 115 ff. (zit. Lenherr/Krones/Schwarz, in: Hirntod und Organtransplantation).

Löw-Friedrich Iris/Schöppe Wilhelm, Transplantation, Grundlagen, Klinik, Ethik und Recht, Darmstadt 1996.

Mader Mélanie, Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense, Quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?, Diss. Neuchâtel, Basel 2011.

Maire Délia, Postmortale Organspende im Kontext vorbereitender medizinischer Massnahmen, Diss., Zürich et al. 2020.

Nationale Ethikkommission, Organspende, Ethische Erwägungen zu den Modellen der Einwilligung in die Organentnahme, Stellungnahme Nr. 31, Bern 27. Juni 2019 (zit. NEK, Stellungnahme 2019).

Nationale Ethikkommission, Zur Widerspruchslösung im Bereich der Organspende, Ethische Erwägungen, Stellungnahme Nr. 19, Bern Oktober 2012 (zit. NEK, Stellungnahme 2012).

Rixen Stephan, Lebensschutz am Lebensende, Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, Diss. Giessen, Berlin 1999.

Romagnoli Simone, Une répartition équitable des organes (119*a* al. 2 Cst), Schèmes d'interprétation et implications normatives, Jusletter 22. November 2010.

Schärmeli Liliane/Griffel Alain, Art. 80 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Schärmeli/Griffel, Art. 80 BV)

Schöning Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Diss., Zürich 1996.

Schott Markus, Patientenauswahl und Organallokation, Diss., Basel et al. 2001 (zit. Schott, Patientenauswahl und Organallokation).

Schott Markus, Verfassungsrechtliche Probleme der Organallokation, in: Becchi Paolo/Bondolfi Alberto/Kostka Ulrike/Seelmann Kurt (Hrsg.), Organallokation, Basel 2004, S. 127 ff. (zit. Schott, in: Organallokation).

Schweizer Rainer J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich et al. 2020, S. 691 ff. (zit. Schweizer, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse).

Schweizer Rainer J./Bongiovanni Jérémie/Bollmann Elia, Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Bongiovanni/Bollmann, Art. 10).

Schweizer Rainer J./Schott Markus, Art. 119*a* BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Schott, Art. 119*a* BV).

Schweizer Rainer J./Spenlé Christoph A., Art. 7 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen et al. 2023 (zit. SGK-Schweizer/Spenlé, Art. 7 BV).

Sitter-Liver Beat, Gerechte Organallokation, Ethisch-philosophische Überlegungen zur Verteilung knapper medizinischer Güter in der Transplantationsmedizin, Studie zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Bern 15. September 2003.

Sprecher Franziska, Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen, Nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht, Diss. St. Gallen, Berlin et al. 2007.

Tremp Dania, Lebendspende in der Schweiz, Insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss. Zürich, Basel 2010.

Tschentscher Axel, Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Tschentscher, Art. 10 BV).

Waldmann Bernhard, Art. 120 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK-Waldmann, Art. 120 BV).

MATÉRIAUX

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten vom 1.3.1995, BBl 1995 II 985 ff. (zit. BBl 1995 II 985).

Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin vom 23.4.1997, BBl 1997 III 653 ff. (zit. BBl 1997 III 653).

Botschaft über die Inkraftsetzung der neuen Bundesverfassung und die notwendige Anpassung der Gesetzgebung vom 11.8.1999, BBl 1999 7922 (zit. BBl 1999 7922).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12.9.2001, BBl 2002 29 ff. (zit. BBl 2002 29).

Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 8.3.2013, BBl 2013 2317 (zit. BBl 2013 2317).

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats gegen den Handel mit menschlichen Organen und zu seiner Umsetzung (Änderung des Transplantationsgesetzes und des Humanforschungsgesetzes) vom 28.8.2019, BBl 2019 5971 ff. (zit. BBl 2019 5971).

Botschaft zur Volksinitiative «Organspende fördern – Leben retten» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Transplantationsgesetzes) vom 25.11.2020, BBl 2020 9547 ff. (zit. BBl 2020 9547).

Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 15.2.2023, BBl 2023 721 (zit. BBl 2023 721).

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 7.6.1995 über Bestand und Umfang von Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Bereich der Transplantationsmedizin, VPB 61.3 (1995), (zit. BJ Gutachten, VPB 61.3 (1995)).

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 22.6.2004 zur Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119*a* Abs. 3 BV, VPB 68 (2004), Nr. 113 (zit. BJ Gutachten, VPB 68 (2004)).

Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Änderung vom 1.10.2021, BBl 2021 2328 ff. (zit. BBl 2021 2328).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 7.2.1999 (Transplantationsmedizin; Raumplanungsgesetz; Initiative «Wohneigentum für alle») vom 23.3.1999, BBl 1999 III 2912 (zit. BBl 1999 III 2912).

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin vom 12.9.2001, BBl 2002 337 (zit. BBl 2002 337).

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 (Änderung des Bundesgesetzes über Filmproduktion und Filmkultur [Filmgesetz, FiG]; Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen [Transplantationsgesetz]; Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen [EU] Nr. 1052/2013 und [EU] 2016/1624 [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands]) vom 18.8.2022, BBl 2022 2010 (zit. BBl 2022 2010).

Motion Onken vom 7.12.1993, Verbot des Handels mit menschlichen Organen, angenommen vom Ständerat am 22.9.1994, vom Nationalrat am 23.3.1995 (93.3573) (zit. Motion Onken (93.3573)).

Motion Huber vom 28.2.1994, Gesetzgebung Transplantationsmedizin, angenommen vom Ständerat am 22.9.1994, vom Nationalrat am 23.3.1995 (94.3052) (zit. Motion Huber (94.3052)).

Protokoll der Sitzung der Kommission des Nationalrats für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 11.9.1997.

Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin, Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV, Eidgenössisches Departement des Innern, August 1996 (zit. Erläuternder Bericht und Entwurf zu Art. 24^{decies} BV).

COMMENTAIRE

Art. 122 Cst.

Un commentaire de Damien Oppliger

PROPOSITION DE CITATION

Damien Oppliger, Commentaire de l'art. 122 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Oppliger, art. 122 Cst. N. XXX

Section 10 Droit civil, droit pénal, métrologie

Art. 122 Droit civil

[1] La législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

[2] L'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 1135
II. Contexte 1136
III. Commentaire proprement dit 1137
A. Compétence de la Confédération en matière de droit civil (art. 122 al. 1, 1ère partie, Cst.) 1137
1. Généralités 1137
2. Les critères généraux de distinction entre droit civil et droit public 1138
3. La distinction entre droit civil et droit public basée sur la théorie du domaine d'application 1140
4. La pratique fédérale en matière de droit privé basée sur la méthode typologique 1141
B. Compétence fédérale en matière de procédure civile (art. 122 al. 1, 2e partie, Cst.) 1143
C. Compétence cantonale en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice civile (art. 122 al. 2 Cst.) 1145
1. Contenu 1145
2. Limitations 1147
a. En général 1147
b. Limitations constitutionnelles et conventionnelles 1147
c. Limitations découlant de lois fédérales 1148
Lectures complémentaires recommandées 1150
Bibliographie 1151
Matériaux 1153

I. GENÈSE

L'art. 64 al. 1 de la Constitution du 29 mai 1874 (aCst.) a donné pour la première fois à la Confédération la compétence de légiférer dans certains domaines du **droit civil** ou **droit privé « matériel »**, à savoir la capacité civile, toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change), la propriété littéraire et artistique ainsi que la poursuite pour dettes et la faillite[826]. La compétence de la Confédération de légiférer sur la protection des inventions applicables à l'industrie, y compris les dessins et modèles, est venue s'y ajouter en 1887 et 1905[827]. En 1898, la Confédération a également obtenu la compétence de légiférer sur « les autres matières du droit civil [matériel] » (art. 64 al. 2 aCst.)[828]. L'entrée en vigueur de l'art. 64 al. 1 aCst en 1874 a permis l'adoption de l'aCO du 14 juin 1881 ainsi que de la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)[829]. L'introduction de l'art. 64 al. 2 aCst. en 1898 a quant à elle servi à adopter le Code civil du 10 décembre 1907 (CC)[830] ainsi qu'à réviser l'aCO pour aboutir à l'adoption du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO)[831]. 1

L'art. 64 al. 3 aCst. prévoyait que la procédure civile demeurait une **compétence cantonale**. Il en allait de même pour l'organisation judiciaire et l'administration de la justice[832]. 2

Lors de la **révision constitutionnelle totale** ayant abouti à la Constitution du 18 avril 1999, l'art. 64 aCst. a été remplacé par l'art. 122. Son alinéa 1 prévoyait que la législation en matière de droit civil « matériel » était une compétence fédérale. L'art. 122 al. 2 disposait quant à lui que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil relevaient de la compétence des cantons. L'art. 122 al. 3 prévoyait enfin 3

826. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 1.
827. FF 1903 V 49, p. 56 et FF 1905 III 416, p. 420.
828. FF 1896 IV 574, p. 620 et FF 1898 IV 958, p. 963.
829. RS 281.1. Sur la genèse et le développement de la LP, cf. Amonn/Walther, § 2 N. 1–5.
830. RS 210.
831. RS 220. Sur l'historique de l'adoption du CC et du CO, cf. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 1.
832. FF 1898 IV 958, p. 963.

que les jugements civils ayant force de chose jugée étaient exécutoires dans toute la Suisse[833].

4 À l'issue de la **réforme de la justice** de 1999, la Confédération a obtenu la compétence de légiférer en matière de procédure civile[834]. À l'occasion de cette réforme, l'alinéa 3 de l'art. 122 Cst. – dont l'utilité était devenue discutable à la suite de l'unification du droit civil matériel (N. 1)[835] – a été abrogé[836]. L'art. 122 dans sa forme actuelle est entré en vigueur le 1er janvier 2007[837] et prévoit désormais que « la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération » (al. 1) et que « l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi » (al. 2).

II. CONTEXTE

5 Le développement par étape (N. 1–4) de l'unification du droit civil (matériel et procédural) illustre parfaitement la conception suisse du fédéralisme selon laquelle la **souveraineté originaire** appartient aux cantons et non à la Confédération. Ceux-là ne délèguent leurs pouvoirs à celle-ci que si cela est absolument nécessaire[838]. Le fait que la souveraineté originaire appartienne aux cantons se retrouve d'ailleurs exprimé à l'art. 3 Cst. (complété par les art. 42 à 43*a* Cst.) ainsi qu'à l'art. 5a Cst[839]. La Confédération ne dispose que des compétences que lui attribue la Constitution et les cantons exercent toutes les prérogatives qui ne sont pas déléguées à la Confédération. Le même principe prévaut par ex. en Allemagne[840] ou en Autriche[841], alors que par ex. le Canada connaît précisément un mécanisme inverse[842].

6 Vu son importance majeure dans l'exercice d'activités économiques privées[843], il se justifie à notre avis que le droit civil (à l'instar du droit pénal

833. FF 1997 I 1, p. 625.
834. FF 1997 I 1, p. 651 et FF 1999 7831 ; cf. ég. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 4.
835. Petit Comm.-Aubert, art. 122 Cst. N. 14.
836. FF 1999 7831.
837. RO 2006 1059.
838. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 1. Cf. ég. FF 1997 I 1, p. 211.
839. Hottelier, p. 98; OK-Walther, art. 5a Cst. N. 17 et N. 18.
840. Cf. art. 70 al. 1 de la *Grundgesetz* allemande du 23.5.1949.
841. Cf. art. 15 al. 1 de la *Bundes-Verfassungsgesetz* autrichienne du 1.10.1920.

[art. 123 Cst.]) fasse l'objet d'une réglementation unifiée au niveau fédéral plutôt que d'être soumis à 26 régimes cantonaux disparates[844]. Dans le domaine du droit civil, la Confédération ne bénéficie cependant que d'une « **compétence législative concurrente et non limitée aux principes** » ou d'une « **compétence concurrente avec force dérogatoire subséquente** » (*[konkurrierende] Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Kraft/ nachträglich derogierende Bundeskompetenz*). Cela signifie que la seule attribution à la Confédération de la compétence de légiférer en matière de droit civil (matériel et procédural) n'entraîne pas aussitôt la fin de la compétence cantonale dans ce domaine[845]. Comme nous le verrons, la Confédération a pleinement fait usage de sa compétence tant en matière de droit civil matériel (N. 7) que de procédure civile (N. 22).

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

A. Compétence de la Confédération en matière de droit civil (art. 122 al. 1, 1ère partie, Cst.)

1. Généralités

Ainsi que nous l'avons vu (N. 1 et N. 3), la Confédération est, depuis 1898, pleinement compétente pour légiférer en matière de **droit civil matériel**. La Confédération a entièrement fait usage de sa compétence en la matière, en édictant le CC et le CO ainsi que diverses autres lois spéciales en matière de droit privé (par ex. la Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques [LPM][846] ou encore la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale [LCD][847])[848]. 7

842. Cf. art. 91 de la loi constitutionnelle canadienne du 29.3.1867 (« il sera loisible à la Reine [...] de faire des lois [...] relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces »).
844. Cf. ég. Amonn/Walther, § 2 N. 3.
845. CR-Martenet, art. 3 Cst. N. 51 ; CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 6 et 31.
846. RS 232.11.
847. RS 241.
848. Les différentes lois spéciales en matière de droit privé que la Confédération a édictées sur la base de sa compétence de légiférer en matière de droit civil figurent aux ch. 23 à 25 du recueil systématique du droit fédéral. Sur le tout, cf. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 5.

8 Désormais, les cantons ne peuvent donc adopter des règles de droit civil que dans la mesure où le droit civil fédéral réserve (explicitement ou implicitement) la compétence législative cantonale (art. 5 al. 1 CC)[849]. De telles **réserves attributives** en faveur du droit cantonal figurent par ex. à l'art. 688 CC, qui autorise les cantons à déterminer la distance que les propriétaires sont tenus d'observer dans leurs plantations[850], ou encore à l'art. 359 al. 2 CO, qui contraint les cantons à édicter des contrats-types de travail pour les travailleurs agricoles et le service de maison[851].

9 En revanche, les cantons demeurent en principe compétents pour adopter des normes de **droit public cantonal** (art. 6 al. 1 CC). Les lois civiles de la Confédération laissent donc subsister les compétences cantonales en matière de droit public. Bien qu'il ne puisse être réduit à cette seule fonction, l'art. 6 al. 1 CC a ainsi une valeur déclarative, dans la mesure où il répète le principe figurant à l'art. 3 Cst. qui prévoit que les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale[852]. Le droit public cantonal ne saurait néanmoins s'opposer à l'esprit et au but du droit civil fédéral ni même en entraver l'application[853].

10 Il est donc important de bien **distinguer** entre droit privé et droit public afin de pouvoir définir ce qui relève de la compétence fédérale de ce qui ressortit à la compétence cantonale.

2. Les critères généraux de distinction entre droit civil et droit public

11 Afin de distinguer entre normes de droit privé et normes de droit public, la jurisprudence et la doctrine ont développé plusieurs **critères généraux de distinction**[854], à savoir :

- Le critère des intérêts. Selon ce critère, les normes qui ont pour but de sauvegarder exclusivement ou principalement l'intérêt public relèvent du droit public. Les dispositions dont l'objectif exclusif ou principal est de protéger des intérêts privés ressortissent quant à elles au droit privé. Par

849. ATF 113 Ia 309, consid. 3b.
850. ATF 122 I 81, consid. 2a.
851. Hrubesch-Millauer/Bosshardt, § 5 N. 662–663 ; SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 6.
852. Hrubesch-Millauer/Bosshardt, § 6 N. 647 et N. 702. Cf. ég. CR-Bovey/Grodecki, art. 6 CC N. 4. Sur les différentes fonctions de l'art. 6 al. 1 CC, cf. BK-Koller, art. 6 CC N. 8.
853. ATF 129 III 161, consid. 2.6.
854. Sur tous ces critères, cf. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 223–234.

ex. l'art. 18 de la Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail [LTr])[855] relève du droit public, puisqu'il vise à protéger l'intérêt général des travailleurs en prévoyant une interdiction de principe de travailler le dimanche. À l'inverse, les art. 21 CO et 23–31 CO sont des normes de droit privé, puisqu'ils visent à protéger les intérêts particuliers des personnes qui concluent un contrat.

- Le critère fonctionnel. Selon ce critère, lequel se rapproche du critère des intérêts, une norme relève du droit public lorsqu'elle règlemente directement l'exécution d'une tâche publique. Ressortissent ainsi au droit public les normes qui règlent l'activité des notaires s'agissant de l'exercice de tâches publiques qui leur sont conférées (par ex. l'établissement d'actes en la forme authentique).
- Le critère de la subordination. Selon ce critère, sont de droit public les normes qui confèrent à une partie une position juridique supérieure à l'autre, tandis que les normes de droit privé instaurent des rapports où les parties interviennent juridiquement sur un pied d'égalité. Ainsi, l'art. 319 CO relève par ex. du droit privé, puisque cette disposition règle une situation où les parties traitent formellement d'égal à égal (et ce peu importe que, dans les faits, une partie [en l'occurrence, l'employeur] ait une position dominante par rapport à l'autre [en l'occurrence, le travailleur]).
- Le critère modal (ou critère de la sanction). Suivant ce critère, une norme relève du droit privé ou du droit public selon que sa violation entraîne une sanction de droit privé (par ex. la nullité d'un acte juridique) ou une sanction de droit public (par ex. la révocation d'une autorisation). L'art. 26 al. 2 let. a de la Loi du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)[856] ressortit ainsi au droit privé, puisque cette règle prévoit qu'un acte juridique exécuté sans autorisation est nul.

Pour le Tribunal fédéral, « aucune de ces théories ne l'emporte *a priori* sur les autres [...]. Il convient bien plutôt d'examiner **dans chaque cas particulier** quel critère de distinction est le plus approprié aux circonstances concrètes »[857]. 12

855. RS 822.11.
856. RS 211.412.41.
857. ATF 138 II 134, consid. 4.1.

13 Nous pouvons encore mentionner d'**autres critères de distinction** entre droit privé et droit public. Ces critères sont toutefois aujourd'hui un peu dépassés et présentent donc avant tout un intérêt historique :

- Le critère du fisc. Selon ce critère, les contentieux patrimoniaux opposant les administrés à la puissance publique relèvent du droit privé tandis que les autres litiges ressortissent au droit public[858].
- Le critère des sujets. Selon ce critère, il y a rapport de droit public lorsque l'État ou une collectivité de droit public est partie audit rapport[859].
- Le critère du droit impératif. Selon ce critère, les normes dispositives appartiennent au droit privé tandis que les normes impératives sont de droit public[860].

3. La distinction entre droit civil et droit public basée sur la théorie du domaine d'application

14 Le droit privé peut également être distingué du droit public à l'aide de la **théorie dite du « domaine d'application »** (*Sachbereichstheorie*). Cette théorie consiste à délimiter les domaines qui relèvent du droit civil sans s'intéresser aux règles spécifiques, lesquelles peuvent donc être de droit privé ou de droit public, qui doivent ensuite permettre de réaliser lesdits domaines. Cette technique a été utilisée à l'art. 64 al. 1 aCst., lequel listait des domaines qui appartenaient au droit privé et dont la législation était du ressort de la Confédération (N. 1)[861].

15 La technique consistant à délimiter le droit civil en fonction de ses domaines d'application présente l'avantage de correspondre à la **réalité pratique** du droit privé. En effet, le droit privé contient une multitude de normes qui, bien que rattachées formellement au droit civil, ressortissent matériellement au droit public[862] On parle à cet égard de « droit civil formel » ou de « droit public accessoire » (*formelles Zivilrecht* ou *ergänzendes öffentliches Recht*)[863]. Par ex. le droit civil des fondations figurant aux art. 80 à 89*a* CC comporte

858. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 20.
859. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 222.
860. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 221.
861. CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 15.
862. JAAC 63.83 p. 797 ch. 4.
863. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 10.

également des dispositions traitant de la surveillance étatique des fondations de droit privé, à savoir les art. 84–84*b* CC, lesquels relèvent formellement du droit public[864].

4. La pratique fédérale en matière de droit privé basée sur la méthode typologique

16 Les **critères généraux** exposés ci-dessus (N. 11) ne permettent pas de distinguer efficacement entre les normes qui relèvent du droit privé et celles qui relèvent du droit public. En effet, aucun de ces critères n'est à lui seul suffisant, comme le reconnaît d'ailleurs le Tribunal fédéral (N. 12). Par ailleurs, l'utilisation d'un critère pourra aboutir à rattacher une norme au droit privé alors que l'utilisation d'un autre critère aboutira à retenir que cette même norme ressortit au droit public[865]. Ainsi par ex. l'art. 8 LCD est une règle de droit privé selon le critère de la subordination, puisqu'il concerne une situation où aucune des parties n'est juridiquement subordonnée à l'autre. En revanche, l'utilisation du critère des intérêts conduira plutôt à qualifier l'art. 8 LCD de règle de droit public, vu que cette disposition vise généralement à protéger les consommateurs face aux risques de contrats préformulés par des professionnels.

17 La **théorie du domaine d'application** (N. 14) n'est pas non plus totalement satisfaisante. En effet, cette théorie suppose tout d'abord que les domaines auxquels s'applique le droit privé soient précisément énumérés[866]. Par ailleurs, si la théorie du domaine d'application pouvait historiquement s'appuyer sur l'art. 64 aCst., la nouvelle formulation de l'art. 122 al. 1 Cst. lui enlève tout fondement[867].

18 C'est pourquoi les autorités fédérales ne se fondent ni sur les critères généraux, ni sur la théorie du domaine d'application pour délimiter la compétence de la Confédération par rapport au droit public des cantons. En effet, l'Office fédéral de la justice, dont l'approche est reprise par le Conseil fédéral[868], interprète la compétence fédérale en matière de droit civil d'après la **méthode dite « typologique »** (*typologische Methode*)[869]. Selon cette

864. Trajkova, p. 407.
865. Cf. ég. Moor/Flückiger/Martenet, ch. 2.2.3.1.
866. JAAC 63.83 p. 797 ch. 4.
867. CR-Piotet, art. 122 Cst. N 15.
868. FF 1989 III 165, p. 218.

conception, laquelle constitue une méthode intermédiaire, une norme est de droit privé – et donc relève de la compétence fédérale fondée sur l'art. 122 al. 1 Cst. – lorsqu'elle définit les conditions de l'aménagement autonome du droit privé, qu'elle est traditionnellement en rapport avec la codification du droit privé et qu'elle poursuit des objectifs qui relèvent typiquement du droit privé[870]. Sont également considérées comme étant de droit privé toutes les normes visant à atténuer des inégalités structurelles entre les parties au contrat (protection de la partie la plus faible). Les domaines qui sont étrangers aux buts du droit civil ne sont donc pas couverts par la compétence fédérale en matière de droit civil et nécessitent ainsi une base constitutionnelle spéciale pour justifier une intervention de la Confédération[871].

19 La méthode typologique se base donc sur des critères similaires à ceux sous-jacents à la théorie des intérêts (N. 11)[872]. Cette méthode doit **être approuvée** car la délimitation entre droit public et droit privé requiert nécessairement une approche modulée et pragmatique[873]. Et en tenant compte du but poursuivi par la norme considérée, la méthode typologique s'inscrit davantage dans cette démarche.

20 La méthode typologique peut par ex. expliquer que le Confédération ait fondé la **Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE)** sur la compétence fédérale de légiférer en matière de droit privé[874]. En effet, dans le Message relatif à la LFAIE, le Conseil fédéral souligne que les restrictions figurant dans la LFAIE sont suffisamment liées à un domaine classique du droit privé, à savoir la propriété, pour qu'on puisse fonder cette loi sur l'art. 64 al. 2 aCst. (désormais l'art. 122 al. 1, 1ère partie, Cst.)[875].

21 À notre connaissance, la méthode typologique ne semble toutefois pas (encore) avoir été expressément reprise dans la jurisprudence fédérale[876]. Toutefois, le Tribunal fédéral, nonobstant le fait qu'il n'endosse pas

869. JAAC 63.83 p. 797 ch. 5.
870. FF 1989 III 165, p. 218. Cf. ég. FF 1997 I 1, p. 344.
871. FF 1989 III 165, p. 218.
872. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 227.
873. Biaggini, art. 122 Cst. N. 9. Cf. ég. ATF 138 II 134, consid. 4.1.
874. CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 19.
875. FF 1981 III 553, p. 610.
876. Cf. ég. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 9.

formellement cette méthode, adopte néanmoins une argumentation qui s'en rapproche **fortement**. En effet, outre le fait qu'elle se refuse à considérer uniquement un seul critère de distinction, notre Haute Cour examine le contexte dans lequel s'inscrit une norme afin de pouvoir qualifier celle-ci de règle de droit privé ou de droit public[877].

B. Compétence fédérale en matière de procédure civile (art. 122 al. 1, 2e partie, Cst.)

Depuis la réforme de la justice initiée en 1999 (N. 4), la Confédération est compétente pour légiférer en matière de procédure civile. Comme déjà évoqué (N. 6), la compétence de la Confédération n'est pas parallèle à celle des cantons. Au contraire, il s'agit d'une **compétence concurrente avec force dérogatoire subséquente**[878]. La Confédération a complètement fait usage de cette compétence en édictant le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)[879]. Avant que la Confédération n'obtienne la compétence de légiférer en matière de procédure civile, il existait cependant déjà une « procédure civile fédérale non écrite » (*ungeschriebenes Zivilprozessrecht des Bundes*) qui résultait de la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que diverses dispositions de procédure disséminées dans la législation fédérale. Ces normes se fondaient sur le principe constitutionnel non écrit selon lequel la Confédération avait la compétence de légiférer en matière de procédure civile, dans la mesure où cela était indispensable à la réalisation du droit civil matériel[880]. 22

Par **procédure civile**, il ne faut pas seulement entendre la procédure tendant à statuer avec l'autorité de la force jugée sur des droits privés relatifs ou absolus et qui se déroule en contradictoire, soit la procédure civile contentieuse (en général précédée d'une phase de conciliation entre les parties) (art. 1 let. a CPC)[881], mais également les règles servant à assurer l'exécution des jugements qui ne portent pas sur des prestations pécuniaires ou la fourniture de sûretés (l'exécution des décisions portant condamnation à 23

877. ATF 138 II 134, consid. 4.1 et 4.6.
878. ATF 140 III 155, consid. 4.3 ; CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 6 ss et N. 31.
879. RS 272. Cf. à ce sujet Arrêt du TF 5A_948/2015 du 12.4.2016, consid. 3.3 et SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 11.
880. FF 2006 6841, p. 6849.
881. CR-Haldy, art. 1 CPC N. 4–9.

payer une somme d'argent ou à fournir des sûretés étant régie par la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite [LP][882] [art. 38 al. 1 LP])[883]. Font également partie de la procédure civile – et donc de la compétence de la Confédération en cette matière – les règles applicables aux décisions judiciaires en matière civile de la juridiction gracieuse (art. 1 let. b CPC)[884].

24 L'**arbitrage** – qu'il soit interne (cf. art. 1 let. d et 353 ss CPC) ou international (cf. art. 176 ss de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP][885]) – relève aussi de la procédure civile[886]. En revanche, la **médiation civile** ne fait pas partie de la procédure civile[887]. C'est somme toute logique, dans la mesure où, ces deux modes alternatifs de résolutions des conflits poursuivent des buts différents : alors que l'arbitrage aboutit à une décision contraignante qui tranche un litige, laquelle sera assimilée à un jugement des tribunaux étatiques et produira les mêmes effets (notamment l'autorité de la force jugée et la force exécutoire [pour l'arbitrage interne, cf. art. 387 CPC et pour l'arbitrage international, cf. art. 190 al. 1 et 193 al. 2 LDIP]), la médiation a quant à elle pour objectif de trouver un accord amiable à un différend[888]. Ainsi, les cantons demeurent en principe compétents pour légiférer en matière de médiation civile. Certains cantons (par ex. Genève[889] ou Neuchâtel[890]) ont d'ailleurs déjà adopté des réglementations spéciales à ce propos. Dans le cadre de l'exercice de leurs compétences réglementaires, les cantons doivent cependant veiller à respecter les exigences du droit fédéral figurant aux art. 213 ss CPC, et notamment celle de ne pas restreindre la liberté laissée aux parties dans la manière d'organiser leur médiation (cf. art. 215 CPC)[891].

882. RS 281.1.
883. Hohl, N 80. Cf. ég. Petit Comm.-Aubert, art. 122 Cst. N. 10.
884. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 14 ; CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 30.
885. RS 291.
886. FF 2008 7153, p. 7159 et p. 7197. Cf. ég. PC-Piotet, art. 1 CPC N. 28 et N. 30 ainsi que SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 13.
887. ATF 147 I 241, consid. 5.1. Cf, ég. Deutschmann, p. 234.
888. Girsberger/Voser, N. 47.
889. Cf. loi de la République et canton de Genève du 27.1.2003 sur la médiation (LMédiation/GE ; rsGE E 6 25).
890. Cf. loi de la République et canton de Neuchâtel du 24.5.2023 sur la médiation civile et pénale (LMCP/NE ; RSN 161.3).
891. ATF 147 I 241, consid. 5.7.6 et 5.7.7.

Les cantons ne peuvent désormais édicter des règles de procédure civile que si cela est **expressément** prévu par le CPC. De telles réserves expresses figurent par ex. à l'art. 4 CPC (compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux), à l'art. 6 CPC (possibilité d'instituer un tribunal de commerce)[892], à l'art. 68 al. 2 let. b CPC (représentation professionnelle par des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés) ou encore à l'art. 96 CPC (al. 1 : fixation des frais judiciaires et des dépens et al. 2 : possibilité de prévoir la distraction des dépens en faveur des avocats)[893]. 25

Les cantons demeurent en revanche pleinement compétents pour régler la **procédure administrative** qui doit être menée devant une autorité cantonale. Il en va de même en ce qui concerne la procédure portant sur une matière civile qui doit être traitée par une autorité administrative cantonale (art. 54 al. 3 Tit. fin. CC)[894]. Par ex. les cantons sont compétents pour régler la procédure concernant un changement de nom (art. 30 CC) ou une adoption (art. 268 CC), dans la mesure où l'autorité cantonale compétente est une autorité administrative[895]. 26

C. Compétence cantonale en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice civile (art. 122 al. 2 Cst.)

1. Contenu

Depuis la réforme de la justice en 1999 (N. 4), nous avons vu que la Confédération avait obtenu la compétence de légiférer en matière de procédure civile au sens propre. La compétence de légiférer en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice en matière de droit civil est cependant demeurée du ressort des **cantons**. 27

À notre avis, l'**administration de la justice en matière de droit civil** n'a pas de portée propre par rapport à l'organisation judiciaire, dans la mesure où celle-là découle de celle-ci et est donc comprise dans cette dernière notion[896]. Certes, le texte allemand de l'art. 122 al. 2 Cst. qui parle de « *Rechtsprechung in Zivilsachen* » pourrait à première vue laisser penser que 28

892. ATF 140 III 155, consid. 4.3.
893. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 12. Cf. ég. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 29, lequel cite encore d'autres exemples de réserves en faveur des cantons figurant dans le CPC.
894. FF 2006 6841, p. 6874.
895. CR-Haldy, art. 1 CPC N. 15.

cette dernière notion a une existence propre par rapport à l'organisation judiciaire. C'est d'ailleurs la conception défendue par certains auteurs[897]. Toutefois, un examen plus approfondi fait également apparaître la relation de cause à effet avec l'organisation judiciaire civile : en effet, il semble logique que les tribunaux civils – organisés selon le droit cantonal – doivent, au terme du procès civil, « dire » le droit civil.

29 La compétence cantonale en matière d'**organisation judiciaire** – laquelle est également répétée à l'art. 3 CPC – signifie que les cantons sont notamment compétents pour réglementer les matières suivantes[898] :

- la composition des tribunaux, soit la question de savoir si le tribunal est formé d'un juge unique (ce qui est fréquemment le cas en 1ère instance pour les « petites » affaires, soit les causes ne présentant pas de grandes difficultés juridiques), ou alors s'il s'agit d'une autorité collégiale (ce qui est la règle en 2e instance ainsi qu'en 1ère instance pour les affaires plus complexes) ;
- la formation professionnelle nécessaire pour pouvoir exercer la fonction de juge[899], le droit constitutionnel fédéral n'imposant cependant pas qu'un magistrat soit nécessairement au bénéfice d'une formation juridique[900]. Les cantons seraient ainsi libres d'instaurer un cursus de formation spécifique pour les magistrats professionnels sur le modèle d'une école de la magistrature ;
- le mode d'élection des juges. Les cantons peuvent donc librement fixer les conditions d'éligibilité des juges (par ex. maîtrise des langues officielles du canton, domicile, etc.) ainsi que désigner les autorités (peuple, Parlement

896. Petit Comm.-Aubert, art. 122 Cst. N. 12 ; SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 17 ; CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 44.

897. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 34 ; BSK-Karlen/Hänni, art. 122 Cst. N. 14.

898. Pour d'autres attributions, cf. Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, N. 52–60 et FF 2006 6841, p. 6875.

899. Le canton de Genève exige par ex. que, sauf exception, ses juges soient titulaires du brevet d'avocat (cf. art. 5 al. 1 let. d de la loi de la République et canton de Genève du 26.9.2010 sur l'organisation judiciaire [LOJ/GE ; rsGE E 2 05]) alors que le canton de Neuchâtel n'impose quant à lui aucune formation juridique de la part de ses juges (cf. art. 3 de la loi de la République et canton de Neuchâtel du 27.1.2010 sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires [LMSA/NE ; RSN 162.7]).

900. ATF 134 I 16, consid. 4.2.

cantonal, Gouvernement cantonal ou encore tribunal supérieur) chargées d'élire les juges[901] ;

- l'attribution des affaires au sein des différents tribunaux cantonaux, par ex. l'attribution de certains litiges complexes à une chambre spécialisée au sein d'un tribunal ordinaire[902] ou la création de tribunaux spéciaux pour certaines affaires déterminées (par ex. des tribunaux des prud'hommes, des tribunaux des baux à loyer ou des tribunaux de commerce [dans les limites posées par l'art. 6 CPC]) ; ou encore
- l'organisation territoriale (par ex. en arrondissements ou districts)[903] et l'appellation des tribunaux (par ex. « justice de paix », « tribunal cantonal », « cour de justice », etc.).

2. Limitations

a. En général

D'une manière générale, l'organisation judiciaire des cantons doit permettre une application du droit civil (matériel et procédural). Partant, les cantons ne sauraient édicter des règles d'organisation judiciaire qui **empêcheraient** d'appliquer le droit civil[904]. 30

b. Limitations constitutionnelles et conventionnelles

La **Cst.** ainsi que la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**CEDH**)[905] contiennent également 31

901. Par ex. dans le canton de Genève, les magistrats professionnels sont élus par le peuple, l'élection des autres juges (essentiellement les juges suppléants et les assesseurs) étant de la compétence du parlement (cf. art. 122 et 123 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14.10.2012 [Cst-GE ; rsGE A 2 00]). Dans le canton de Vaud, le Tribunal cantonal est compétent pour élire les juges de 1ère instance (cf. art. 24 de la loi du canton de Vaud du 12.12.1979 d'organisation judiciaire [LOJ/VD ; BLV 173.01]).
902. Par ex. dans le canton de Genève, le tribunal de 1ère instance dispose de trois chambres qui connaissent des procédures civiles complexes, soit des procédures portant sur des affaires civiles présentant des difficultés particulières, par ex. en raison de leurs valeurs litigieuses ou de leurs caractères techniques compliqués (cf. art. 87 LOJ/GE).
903. Le canton de Genève ne connaît ainsi qu'un seul tribunal pour tout le territoire cantonal, alors que le canton de Vaud est quant à lui divisé en plusieurs arrondissements et districts (cf. art. 2 LOJ/VD).
904. ATF 122 I 18, consid. 2b/aa ; SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 23.
905. RS 0.101.

plusieurs dispositions qui restreignent la compétence cantonale en matière d'organisation judiciaire civile. Nous pouvons par ex. mentionner les normes suivantes[906] :

- l'art. 29 al. 1 Cst. qui prescrit aux cantons de mettre en place une organisation judiciaire suffisamment efficace pour répondre au principe de célérité ;
- l'art. 29*a* Cst. qui garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit[907] ;
- l'art. 30 al. 1 Cst. et l'art. 6 § 1 CEDH qui prévoient que 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, indépendant et impartial ; ou encore
- l'art. 191*b* al. 1 Cst. – lequel concrétise l'art. 29*a* Cst.[908] – qui impose aux cantons d'instituer des autorités judiciaires pour traiter des contestations de droit civil ; les cantons ne sauraient ainsi confier le traitement de tels différends à des autorités administratives[909]. Cette disposition n'apporte cependant pas d'autres restrictions à la souveraineté cantonale en matière d'organisation judiciaire (N. 27)[910].

c. Limitations découlant de lois fédérales

32 Des restrictions spécifiques à la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire civile peuvent finalement résulter d'une **loi fédérale formelle** au sens de l'art. 164 Cst.[911]. En effet, l'art. 122 al. 2 Cst. prévoit expressément que l'organisation judiciaire est du ressort des cantons « sauf disposition contraire de la loi ». Cette réserve en faveur de la Confédération ne doit cependant pas se comprendre comme un blanc-seing permettant à cette dernière d'intervenir à sa guise dans l'organisation judiciaire des cantons. En effet, la Confédération ne peut intervenir dans l'organisation cantonale que dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer une

906. Pour une liste exhaustive, cf. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 24 et s.
907. ATF 150 I 191, consid. 2.1.
908. Arrêt du TF 2E_2/2015 du 22.5.2015, consid. 2.2.
909. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 30.
910. CR-Verniory, art. 191*b* Cst. N. 6.
911. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 33.

application uniforme du droit civil (matériel ou procédural)[912]. En d'autres termes, si elle souhaite légiférer dans une matière relevant de l'organisation judiciaire civile, la Confédération doit avoir des craintes légitimes que l'organisation cantonale empêcherait ou du moins rendrait plus difficile l'application du droit civil fédéral. Le simple fait qu'une harmonisation au niveau fédéral soit souhaitable ou plus adéquate ne permettrait donc pas à lui seul de justifier une intervention du législateur fédéral[913]. Du reste, le législateur fédéral ne peut que limiter – et non abolir totalement – la compétence cantonale en matière d'organisation judiciaire civile[914]. Nous pouvons notamment citer les exemples suivants de restrictions légales fédérales à la compétence des cantons en matière d'organisation judiciaire civile[915] :

- l'art. 75 al. 2 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)[916], qui exige que les cantons mettent en place une double instance en matière civile ;
- l'art. 200 CPC, qui impose aux cantons de prévoir des autorités paritaires de conciliation dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux ainsi que dans les litiges qui relèvent de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité [LEg])[917] ;
- l'art. 5 al. 1 CPC, qui oblige les cantons à instaurer une instance judiciaire unique dans certains domaines ;
- l'art. 6 al. 2 CPC, qui définit les conditions pour qu'un litige soit considéré comme commercial et puisse donc être soumis à un tribunal de commerce, les cantons pouvant également attribuer à leurs tribunaux de commerce certains litiges commerciaux internationaux (cf. art. 6 al. 4 let. c CPC)[918] ;

912. FF 2006 6841, p. 6846 ; SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 26.
913. BSK-Göksu, art. 122 Cst. N. 32.
914. Petit Comm.-Aubert, art. 122 Cst. N. 13 ; BSK-Karlen/Hänni, art. 122 Cst. N. 12.
915. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Pour d'autres exemples, cf. SGK-Müller-Chen/Catrina, art. 122 Cst. N. 28, N. 30 et N. 31 et CR-Piotet, art. 122 Cst. N. 41.
916. RS 173.110.
917. RS 151.1.
918. FF 2020 2607, p. 2633 ss et p. 2638 ss.

- l'art. 8 al. 1 CPC, qui fixe les conditions qui doivent être remplies pour qu'une action puisse directement être portée devant le tribunal cantonal supérieur ; ou encore
- l'art. 47 CPC, qui prescrit les motifs de récusation des juges.

33 Il convient finalement de noter que, bien qu'elles n'interviennent pas directement dans les organisations judiciaires cantonales, les modifications du CPC introduites par la dernière révision du CPC (amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) et entrées en vigueur le 1er janvier 2025 pourront parfois requérir des adaptations dans ce domaine (par ex. dans les cantons qui connaissent déjà des tribunaux de commerce)[919]. Ces modifications sont donc **constitutionnelles** puisqu'elles se fondent sur la compétence exhaustive de la Confédération en matière de procédure civile et respectent la compétence cantonale de principe s'agissant d'organiser les tribunaux civils[920].

À propos de l'auteur

Damien Oppliger, Dr. iur. et titulaire du brevet d'avocat, travaille en qualité de collaborateur scientifique au sein de l'Unité Droit civil et procédure civile de l'Office fédéral de la justice (OFJ) à Berne.

L'auteur tient à remercier M. Philipp Weber, lic. iur., avocat, chef de l'Unité Droit civil et procédure civile à l'OFJ pour ses précieux commentaires et remarques. Il est néanmoins précisé que les opinions exprimées dans le présent commentaire sont les opinions personnelles de l'auteur et n'engagent pas l'OFJ.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Knapp Blaise, Commentaire de l'art. 64 aCst., in : Aubert Jean-François/Cagianut Francis/Höhn Ernst/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, Bâle 1987–1996.

Marti Arnold, Remarques préliminaires aux art. 5–6 CC, in : Baumann Max et al. (édit.), Zürcher Kommentar, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3e éd., Zurich 1998.

919. FF 2020 2607, p. 2687.
920. FF 2020 2607, p. 2689 et s.

Pradervand-Kernen Maryse, Commentaire de l'art. 5 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Commentaire romand, Code civil I, 2e éd., Bâle 2023.

Russo Alfio, Les modes de désignation des juges – Étude de droit constitutionnel suisse et comparé, Bâle 2021.

Schweizer Rainer J., Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Vol. I, Zurich 2020.

Widerkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Vol. I, Berne 2012.

Zellweger-Gutknecht Corinne, Remarques introductives aux art. 1 ss CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

BIBLIOGRAPHIE

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs – und Konkursrecht, 9e éd., Berne 2013.

Aubert Jean-François, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003.

Berger Bernhard/Güngerich Andreas/Hurni Christoph/Strittmatter Reto, Zivilprozessrecht, 3e éd., Berne 2025.

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bovet Christian/Grodecki Stéphane, Commentaire de l'art. 6 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Commentaire romand, Code civil I, art. 1-456 CC, 2e éd., Bâle 2023.

Deutschmann Lennart, Mediation und Gesetzgebung, recht 2025, p. 232–241.

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives, 5e éd., Zurich 2024.

Göksu Tarkan, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2e éd., Bâle 2025.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St. Gall 2020.

Haldy Jacques, Commentaire de l'art. 1 CPC, in : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019.

Hohl Fabienne, Procédure civile, Tome I – Introduction et théorie générale, 2e éd., Berne 2016.

Hottelier Michel, Le rôle du juge dans l'architecture du fédéralisme suisse, in : Papaux van Delden Marie-Laure/Marchand Sylvain/Bernard Frédéric (édit.), Le juge apprécie, Mélanges en l'honneur de Bénédict Foëx, Zurich 2023, p. 95–112.

Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), 2e éd., Berne 2025.

Karlen Peter/Hänni Julia, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4e éd., Bâle 2024.

Koller Thomas, Commentaire de l'art. 6 CC, in : Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Berne 2012.

Martenet Vincent, Commentaire de l'art. 3 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I : Les fondements, 3e éd., Berne 2012.

Müller-Chen Markus/Catrina Ramona, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich 2023.

Piotet Denis, Commentaire de l'art. 122 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Piotet Denis, Commentaire de l'art. 1 CPC, in : Chabloz Isabelle/Dietschy-Martenet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Bâle 2020.

Trajkova Renata, Das klassische Stiftungsaufsichtsrecht, Grundlagen der Aufsicht über klassische Stiftungen in der Schweiz, Zurich 2024.

Verniory Jean-Marc, Commentaire de l'art. 191*b* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Walther Reto, Commentaire de l'art. 5a Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 6.3.2026, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv5a.

MATÉRIAUX

Message relatif à la révision de la constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit du 28.11.1896, FF 1896 IV 574 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1896/4_733_574_/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant la votation fédérale du 13 novembre 1898 (unification du droit) du 3.12.1898, FF 1898 IV 958 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1898/4__958_/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif à une loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger et à l'initiative populaire « contre le bradage du sol national » du 16.9.1981, FF 1981 III 553 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1981/3_585_553_521/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant des mesures urgentes en matière de droit foncier dans le secteur urbain du 16.8.1989, FF 1989 III 165 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/3_169_165_153/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 30.1.2026.

Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8.10.1999, FF 1999 7831 et s., disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_8633_7831_7454/fr, consulté le 30.1.2026.

Arrêté fédéral sur l'entrée en vigueur intégrale de la réforme de la justice du 12 mars 2000 du 8.3.2005, RO 2006 1059 et s., disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2006/185/fr, consulté le 30.1.2026.

Message relatif au code de procédure civile suisse du 28.06.2006, FF 2006 6841 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/914/fr, consulté le 30.1.2026.

Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international) du 24.10.2018, FF 2018 7153 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2548/fr, consulté le 26.05.2026.

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26.2.2020, FF 2020 2607 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/653/fr, consulté le 27.5.2026.

Recueil systématique du droit fédéral (Partie 2 : Droit privé – Procédure civile – Exécution), disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc/internal-law/2, consulté le 30.1.2026.

COMMENTAIRE

Art. 123a Cst.

Un commentaire de Justine Barton / Fabio Burgener

PROPOSITION DE CITATION

Justine Barton/Fabio Burgener, Commentaire de l'art. 123a Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Barton/Burgener, art. 123a Cst. N XXX.

Art. 123*a*

[1] Si un délinquant sexuel ou violent est qualifié d'extrêmement dangereux et non amendable dans les expertises nécessaires au jugement, il est interné à vie en raison du risque élevé de récidive. Toute mise en liberté anticipée et tout congé sont exclus.

[2] De nouvelles expertises ne sont effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité. L'autorité qui prononce la levée de l'internement au vu de ces expertises est responsable en cas de récidive.

[3] Toute expertise concernant le délinquant est établie par au moins deux experts indépendants qui prennent en considération tous les éléments pertinents.

TABLE DES MATIÈRES

I. De la genèse de l'art. 123a Cst. à aujourd'hui 1157
II. Intégration de l'art. 123a Cst. dans l'ordre juridique suisse et enjeux de politique pénale 1162
III. Commentaire proprement dit 1170
A. Absence de titre marginal 1170
B. Alinéa 1 phrase 1 : conditions du prononcé de l'internement à vie 1171
1. Un « délinquant sexuel ou violent » 1171
2. Un individu « extrêmement dangereux » 1172
3. Un individu « non amendable » 1173
C. Alinéa 1 phrase 2 : exclusion des allègements durant l'exécution de l'internement à vie 1177
D. Alinéa 2 phrase 1 : conditions de la levée de l'internement à vie 1179
E. Alinéa 2 phrase 2 : responsabilité de l'autorité prononçant la levée de l'internement 1193
F. Alinéa 3 : exigences relatives aux expertises 1196
Recommandations de lecture 1198
Bibliographie 1198
Doctrine 1198
Documents officiels 1204

I. DE LA GENÈSE DE L'ART. 123*A* CST. À AUJOURD'HUI

Le 3 mai 2000, le groupe d'entraide « Lumière de l'Espoir – Ensemble contre la violence » a déposé à la Chancellerie fédérale **l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »**, munie de 194'390 signatures valables[921]. Cette initiative s'inscrivait dans le contexte des efforts entrepris depuis le début des années 1990 pour protéger la société des quelques personnes détenues présentant un risque de récidive lors d'un congé ou d'une libération conditionnelle[922]. Elle exigeait une révision partielle de la Constitution fédérale qui permette d'y introduire un internement sans congé pour ce groupe d'individus jugés très dangereux[923]. 1

Dans le **Message de 2001 relatif à cette initiative**, le Conseil fédéral a relevé que la problématique des individus dangereux résidait dans la gravité des actes commis et dans le tort infligé à d'autres personnes, plus que dans leur nombre. Le gouvernement a aussi reconnu que la demande visant à améliorer la protection de la collectivité contre le risque de récidive que ceux-ci représentaient se faisait de plus en plus pressante. La manière d'atteindre cet objectif n'était toutefois pas évidente. En effet, la commission d'une infraction grave n'impliquait pas nécessairement un risque de réitération. Si la majorité des personnes s'amendait, un risque de récidive subsistait lors de toute libération. La conduite d'expertises psychiatriques permettait certes de réduire ce risque, mais pas de l'exclure entièrement. Se posait ainsi la question de savoir si la collectivité pouvait être tenue de tolérer ce risque résiduel[924]. 2

Selon le Conseil fédéral, la mise en œuvre de l'article constitutionnel proposé présentait d'**importantes difficultés** et pouvait engendrer des situations inéquitables[925]. Le Conseil fédéral a néanmoins considéré que l'art. 123*a* Cst. 3

921. * Conformément à la charte éditoriale, la présente contribution est rédigée en langage inclusif et, comme la loi, est indifférente au genre des personnes susceptibles d'être internées à vie. Sur la distribution statistique des infractions graves en fonction du genre, voir toutefois not. Killias/Aebi/Kuhn, p. 179 ss ; Jaquier/Vuille, p. 120 ss. Aboutissement, p. 3124 ; Message 2001, p. 3268.
922. Message 2001, p. 3268. Voir aussi, Message 2001, p. 3272, n. 7.
923. Explications, p. 22.
924. Pour l'entier du paragraphe : Message 2001, p. 3271.

était compatible avec les règles impératives du droit international, notamment celles du Pacte ONU II et de la CEDH[926]. Les points de friction avec les normes internationales, en particulier la CEDH, pourraient être résolus moyennant une interprétation extensive et partiellement contraire à la volonté des initiant·es de la procédure de mise en liberté prévue par la norme constitutionnelle[927]. Sur ces fondements, le gouvernement a décidé de soumettre l'initiative au peuple et aux cantons, sans contre-projet, et de recommander son rejet[928].

4 Lors de la **révision de la partie générale du Code pénal menée également au début des années 2000**, l'un des points discutés au Parlement concernait une nouvelle forme d'internement de sécurité, applicable à tous les individus ayant commis des infractions graves et risquant de récidiver (cf. art. 64 al. 1 et 2 à 4, 64*a* et 64*b* CP)[929]. Le Parlement a légiféré en tenant compte des buts poursuivis par les initiant·es[930], présentant d'ailleurs cette modification du Code pénal comme un contre-projet indirect à l'initiative[931]. Malgré ce changement législatif adopté en décembre 2002 et des discussions entre les membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil national et les initiant·es, ces dernier·ères ont refusé de retirer leur

925. Message 2001, p. 3270.

926. Message 2001, p. 3270. Dans le même sens, BO 2003 CE 579 (Studer). Voir aussi, BO 2003 CN 283 (De Dardel), qui relève néanmoins que « [...] sur la question extrêmement problématique de la possibilité ou de l'impossibilité d'annuler cette initiative en vertu de la constitution, aucune expertise juridique n'a été faite de manière approfondie ». Quoiqu'il en soit, l'évolution postérieure de la jurisprudence en rapport avec des normes impératives du droit international, singulièrement l'art. 3 CEDH, pose désormais la question de la compatibilité de l'internement à vie avec le *jus cogens*, voir *infra* N. 29, 45-47.

927. Message 2001, p. 3295.

928. Message 2001, p. 3295.

929. Pour un aperçu de la situation avant l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du CP le 1er janvier 2007, voir SG Komm-Vest, N. 9 ad art. 123*a* Cst. L'internement ordinaire a subi des modifications entre sa première adoption en 2002 et son entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (cf. Message 2005a, p. 4445 ss ; RO 2002 7658 [version adoptée en 2002 et entrée partiellement en vigueur le 1er janvier 2007, soit sous réserve des modifications adoptées en 2006] ; RO 2006 3539 [version adoptée en 2006 et entrée en vigueur le 1er janvier 2007]). Voir également, Roth, 2008, p. 249 ss.

930. BO 2003 CN 277 (Aeppli Wartmann) ; BO 2003 CN 283 (De Dardel) ; BO 2003 CE 579 s. (Studer). Voir également, Explications, p. 28.

931. BO 2003 CE 579 (Studer). Pour une comparaison schématique entre les exigences de l'initiative et les dispositions relatives à l'internement ordinaire, voir Communication DFJP, p. 6 ss.

initiative[932]. En juin 2003, le Conseil national[933] et le Conseil des États[934] ont tous deux recommandé au peuple et aux cantons le rejet de l'initiative[935].

Au moment de la votation, les **principaux arguments des initiant·es** étaient que (i) le législateur avait jusqu'ici failli à protéger la société des délinquant·es sexuel·les ou violent·es jugé·es non amendables et très dangereux·ses, (ii) certain·es d'entre elles·eux récidivaient à la suite de congés ou d'une libération anticipée octroyés en raison d'erreurs de diagnostic psychiatrique et (iii) l'internement devait être reconsidéré seulement si de « nouvelles connaissances scientifiques » permettaient d'établir que la personne pouvait être soignée de manière telle qu'elle ne présente plus de danger pour la collectivité. L'adoption de l'initiative permettrait ainsi de combler des lacunes de la législation alors en vigueur pour les délinquant·es dit·es non amendables, sans interdire un réexamen annuel des délinquant·es considéré·es amendables[936]. À l'inverse, le **Conseil fédéral** soutenait que les modifications du Code pénal adoptées en décembre 2002 assuraient une protection étendue et efficace de la collectivité contre les délinquant·es dangereux·ses[937]. Quant à l'initiative, elle manquait son objectif, était incomplète et empêchait la libération d'individus même dans le cas où ceux-ci auraient cessé d'être dangereux[938]. La majorité des partis politiques partageaient le point de vue du Conseil fédéral[939]. 5

Le 8 février 2004, l'initiative populaire a été **adoptée** à 56,2 % des bulletins valables et par 19 cantons et 5 demi-cantons[940]. 6

Sujet à interprétation sur plusieurs points, l'art. 123*a* Cst. n'est **pas directement applicable**[941]. Après la votation, un groupe de travail a 7

932. BO 2003 CN 278 s. (Mariétan).
933. BO 2003 CN 1244 (128 voix contre 35).
934. BO 2003 CE 716 (à l'unanimité des 45 voix prononcées).
935. Arrêté de l'Assemblée fédérale concernant l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables » du 20 juin 2003, FF 2003 3979 s.
936. Explications, p. 29. Voir également, Message 2001, p. 3268 s.
937. Explications, p. 25. Voir également, Message 2001, p. 3265.
938. Explications, p. 25.
939. CR-Denys, N. 3 ad art. 123*a* Cst.
940. Arrêté du Conseil fédéral du 21 avril 2004 constatant le résultat de la votation populaire du 8 février 2004, FF 2004 204 ss. Seuls les cantons de Vaud et de Bâle-Ville ont refusé l'initiative.
941. Message 2005b, p. 877 ; CR-Denys, N. 4 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Göksu, N. 3 ad art. 123*a* Cst. ; SG Komm-Vest, N. 8 ad art. 123*a* Cst.

rapidement été formé pour rédiger un avant-projet de dispositions visant à concrétiser la norme constitutionnelle. Mené par le directeur de l'Office fédéral de la justice et composé de six juristes, deux médecins et deux anciennes membres du comité d'initiative[942], le groupe de travail a proposé des dispositions permettant de compléter la nouvelle partie générale du Code pénal adoptée en décembre 2002[943]. À la suite d'un processus législatif ardu devant **concilier** autant que possible la volonté populaire et les obligations internationales de la Suisse en matière de droits humains[944], les art. 56 al. 4, 64 al. 1bis, 64*a* al. 1 phr. 1, 64*c*, 65 phr. 1, 84 al. 6bis, 90 al. 4ter, 380*a* et 387 al. 1bis CP sont finalement entrés en vigueur le 1er août 2008[945]. Si le siège de la matière se trouve désormais dans le Code pénal, principalement à l'art. 64 al. 1bis CP, l'étude de la disposition constitutionnelle participe à l'interprétation du texte légal[946].

8 En 2018, une **interpellation** intitulée « Le moment n'est-il pas venu de mettre vraiment en œuvre l'initiative pour l'internement à vie des délinquants dangereux ? » et le **postulat** intitulé « Mettre vraiment en œuvre l'initiative pour l'internement à vie des délinquants dangereux » ont été déposés au Conseil national. L'interpellation s'interrogeait, à la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral annulant un internement à vie[947], sur l'adéquation des normes de mise en œuvre pour atteindre l'objectif sécuritaire visé par l'initiative. Dans sa réponse, le Conseil fédéral a refusé de commenter les décisions judiciaires, en vertu du principe de séparation des pouvoirs. Il a ensuite souligné que les conditions figurant dans la loi de mise en œuvre reprenaient celles posées par l'art. 123*a* Cst. Enfin, il a rappelé qu'en sus de

942. Rapport GT, p. 8 s. ; Résumé Consultation, p. 9 (critiques sur la composition). Sur la participation d'ancien·nes membres d'un Comité d'initiative à la préparation d'un avant-projet de législation de mise en œuvre, voir Jacquemoud, N. 1171, 1333 et 1346.

943. Rapport GT, p. 13.

944. Message 2005b, p. 874 et 882 ; BO 2006 CE 545 (Epiney) ; BO 2006 CE 545 s. (Bonhôte) ; BO 2006 CE 546 (Bürgi) ; BO 2006 CE 546 s. (Blocher) ; BO 2006 CN 1185 (Huber) ; BO 2006 CN 1186 s. (Ménétrey-Savary) ; BO 2006 CN 1190 (Recordon) ; BO 2006 CN 1192 (Hugenin) ; BO 2006 CN 1959 (Morel) ; BO 2007 CE 1212 (vote final : 36 voix pour, 5 voix contre) ; BO 2007 CN 2076 (vote final : 128 voix pour, 59 voix contre). Voir aussi BSK-Heer, N. 114 ad 64 CP ; BSK-Göksu, N. 3 ad art. 123*a* Cst. ; Kunz/Stratenwerth, p. 8 ; SG Komm-Vest, N. 12. ad art. 123*a* Cst.

945. Arrêté de l'Assemblée fédérale du 21 décembre 2007 concernant la modification du Code pénal (Internement à vie des délinquants extrêmement dangereux ; FF 2005 23 ss).

946. CR-Denys, N. 4 ad art. 123*a* Cst. ; ATF 140 IV 1 c. 3.2.3, JdT 2014 IV 271.

947. Arrêt 6B_35/2017 du 26 février 2018 (affaire de Claude D.).

l'internement à vie, plusieurs sanctions pénales (peine privative de liberté à vie [art. 40 al. 2 CP] et internement ordinaire [art. 64 al. 1 CP]) permettaient de priver une personne de sa liberté durant toute son existence, si sa dangerosité et la protection de la collectivité le requéraient[948]. Quant au postulat susmentionné, il demandait au Conseil fédéral la présentation d'un rapport intermédiaire onze ans après l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'internement à vie dans le Code pénal[949]. Le gouvernement y a renoncé en raison du faible nombre de cas concernés par une potentielle application de la mesure[950]. Le Conseil national n'a donné aucune suite à ces deux interventions parlementaires. En juin 2022, la Chambre basse a rejeté[951] un nouveau postulat, déposé en 2020, à la teneur identique au premier[952].

9 À fin mars 2025, **une seule personne a été définitivement condamnée à l'internement à vie** en Suisse[953]. Cette mesure a été ordonnée en 2010 par le *Bezirksgericht* de Weinfelden (Thurgovie)[954]. Le condamné a purgé, au jour de la publication de la présente contribution, un peu plus de la moitié de sa peine privative de liberté de 20 ans, après laquelle son internement à vie commencera. D'autres tribunaux de première instance et de deuxième instance ont prononcé une telle sanction, avant que le Tribunal fédéral ne l'annule pour violation du droit fédéral[955]. Dans des arrêts qui n'ont pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, les juridictions d'appel bernoise[956] et zougoise[957] ainsi que le tribunal pénal de première instance genevois[958] ont également considéré que les conditions de l'internement à vie, requis par le ministère public, n'étaient pas remplies.

948. Interpellation n° 18.3123 d'Addor Jean-Luc du 8 mars 2018.
949. Postulat n° 18.3558 d'Addor Jean-Luc du 14 juin 2018.
950. Avis du Conseil fédéral du 5 septembre 2018 en réponse au postulat n° 18.3558 d'Addor Jean-Luc du 14 juin 2018.
951. BO 2022 CN 1010.
952. Postulat n° 20.4224 d'Addor Jean-Luc du 25 septembre 2020.
953. Rapport CNPT, p. 11.
954. Arrêt S.2010.39 du BezGer Weinfelden du 7 octobre 2010 c. 28 s. (« Mike A. », condamné pour l'assassinat d'une travailleuse du sexe commis en 2008 ; internement à vie ordonné par le tribunal pénal de première instance de Weinfelden, étant précisé que les deux expert·es ont conclu que l'auteur était durablement non amendable, au motif où une thérapie semblait, à longue échéance, vouée à l'échec), reproduit et commenté *in* Trechsel, 2012. L'appel formé par la personne internée à vie contre le jugement de première instance a été retiré avant les débats de deuxième instance.

II. INTÉGRATION DE L'ART. 123*A* CST. DANS L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE ET ENJEUX DE POLITIQUE PÉNALE

10 Visant avant tout à protéger la collectivité contre une poignée d'individus jugés particulièrement dangereux[959], l'internement à vie renforce certaines des **tensions qui traversent l'ordre juridique suisse**. L'art. 123*a* Cst. tend

955. ATF 140 IV 1, JdT 2014 IV p. 271 (« Daniel H. », condamné pour l'assassinat d'une femme commis en 2009 ; internement à vie ordonné par la juridiction d'appel argovienne ; annulation par le Tribunal fédéral, au motif qu'aucun des deux expert·es n'a conclu à l'inaccessibilité de l'auteur à un traitement sa vie durant) ; ATF 141 IV 423, JdT 2016 IV p. 300 (auteur de multiples infractions contre l'intégrité sexuelle ; internement à vie ordonné en première et deuxième instances dans le canton de Bâle-Ville ; annulation par le Tribunal fédéral, au motif que la condition de l'atteinte particulièrement grave [art. 64 al. 1bis let. a CP] n'était pas remplie) ; arrêt 6B_13/2014 du 3 juin 2014 (« Monsieur K., surnommé 'l'égorgeur de Berne' », condamné pour l'assassinat d'une travailleuse du sexe commis en 2010 ; internement à vie ordonné en première et deuxième instances dans le canton de Berne ; annulation par le Tribunal fédéral, au motif qu'aucun des deux expert·es n'a conclu à l'inaccessibilité de l'auteur à un traitement sa vie durant) ; arrêt 6B_35/2017 du 26 février 2018 (« Claude D. », condamné notamment pour l'assassinat, la séquestration et l'enlèvement et des contraintes sexuelles commises à l'encontre d'une femme en 2013 ; internement à vie ordonné en première et deuxième instances dans le canton de Vaud ; annulation par le Tribunal fédéral, au motif que l'un·e des deux expert·es n'a pas émis un pronostic à vie concernant l'accessibilité de l'auteur à un traitement).

956. Arrêt PEN 11 645 du Tribunal régional Jura bernois-Seeland, Agence du Jura bernois, du 2 mars 2012 (auteur condamné notamment pour deux viols et des abus sexuels sur sa fille ; internement à vie ordonné par le tribunal pénal de première instance de Moutier ; annulation par la Cour suprême du canton de Berne, pour le seul motif que la condition de l'atteinte particulièrement grave [art. 64 al. 1bis let. a CP] n'était pas remplie; cf. arrêt SK 12 190 de la Cour suprême du canton de Berne du 25 avril 2013, N. 178 ss).

957. Arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zoug du 22 février 2017, reproduit *in* GVP 2017 p. 198 ss (auteur condamné notamment pour deux meurtres, un brigandage et un incendie intentionnel ; internement à vie non prononcé en première et deuxième instances, au motif qu'à tout le moins la condition de l'atteinte particulièrement grave [art. 64 al. 1bis let. a CP] n'était pas remplie). Cet arrêt a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, mais pas sur la question de l'internement à vie (cf. arrêt 6B_499/2017 du 6 novembre 2017).

958. Arrêt JTCR/1/2018 du Tribunal criminel du canton de Genève du 22 juin 2018 c. 32.1.4 et 32.2 (Fabrice A., condamné pour plusieurs infractions dont l'assassinat d'une femme commis en 2013 ; internement à vie non prononcé, au motif que l'une des deux expertises a conclu qu'il était prématuré d'affirmer qu'un traitement institutionnel serait très probablement voué à l'échec).

959. Message 2001, p. 3272 s. ; Rapport CF 2020, p. 12 ; Message 2022, p. 14 ; Bommer, p. 19 s., 25 ss ; CR-Denys, N. 3 ad art. 123*a* Cst. ; Heer, 2002, 175 s. ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 6 ss ad art. 64 CP ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 34 ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 1 ad art. 64 al. 1bis CP.

en effet à fragiliser des aspects fondamentaux du droit pénal et relègue à la marge les garanties des droits humains.

Tout comme la révision de la partie générale du Code pénal de 2007, l'art. 123*a* Cst. et ses dispositions de mise en œuvre participent à dénaturer le système dualiste imaginé par Carl Stooss en **brouillant encore la distinction concrète entre les différentes sanctions privatives de liberté** prévues en droit suisse[960]. En principe, les peines et les mesures doivent se compléter, et non se superposer[961]. Toutefois, la mesure d'internement (art. 64 al. 1 CP) « présente une grande similitude »[962] avec la peine privative de liberté de sorte que « la séparation entre [elles] ne peut être clairement maintenue dans la pratique »[963]. Pour le Tribunal fédéral[964], dont le raisonnement a été confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)[965], l'internement ordinaire diffère de la peine en ce que le premier est fondé sur la dangerosité de l'auteur tandis que la seconde est fixée en fonction de sa faute. Néanmoins, comme la peine, la mesure ne peut être prononcée que par une autorité de jugement à titre de sanction pénale à la suite d'une infraction. De plus, vu sa durée illimitée, son régime d'exécution dans un établissement pénitentiaire fermé (cf. art. 64 al. 4 et 76 al. 2 CP) et les graves atteintes à la liberté et aux droits de la personnalité qui en découlent, l'internement présente un caractère punitif indéniable. À l'inverse, l'objectif sécuritaire ne se limite pas aux mesures (cf. art. 75 al. 1 CP). La peine ne vise pas uniquement à compenser une faute de l'auteur, car le droit pénal ne sert pas en premier lieu à la rétribution, mais à la prévention des infractions. 11

Le Tribunal fédéral[966] et la CourEDH[967] ont ainsi qualifié l'internement ordinaire de **« peine » au sens de l'art. 7 par. 1 CEDH**, bien que ce dernier soit une « mesure » en droit interne. À notre avis, en raison de son caractère « quasi irréversible »[968], l'art. 64 al. 1[bis] CP répond *a fortiori* aux critères de 12

960. Rapport CF 2020, p. 12 s. et 18 ; Bommer, p. 17 ss ; Jung, p. 571 s., 579 ss et 592 s. ; Kuhn, p. 236 ss, 239 s. et 242 ; Roth, 2003, p. 13 ss ; Stratenwerth/Bommer, § 1 N. 76.
961. *Idem*.
962. ATF 134 IV 121, c. 3.3.3 (traduction libre) ; confirmé dans l'arrêt 6B_896/2014 du 16 décembre 2015, c. 4.4 (traduction libre).
963. *Idem.*
964. ATF 134 IV 121, c. 3.3.3; confirmé dans l'arrêt 6B_896/2014 du 16 décembre 2015, c. 4.3 s.
965. CourEDH *W.A. contre Suisse*, nº 38958/16, 2 novembre 2021, N. 12, 19 et 53 ss.
966. ATF 134 IV 121, c. 3.3 ; arrêt 6B_896/2014 du 16 décembre 2015, c. 4.3.
967. CourEDH *W.A. contre Suisse*, nº 38958/16, 2 novembre 2021, N. 57.

définition de la notion autonome de « peine » établis par la jurisprudence strasbourgeoise[969]. Sans nécessairement se référer à la CEDH, le Conseil fédéral et une partie de la doctrine considèrent que la mesure d'internement (à vie) est une peine pour des raisons semblables[970].

13 Compte tenu de ce qui précède, se pose notamment la question du respect du **principe de culpabilité** (*nulla poena sine culpa ;* art. 19 al. 1 CP) et des **règles de fixation de la peine** (art. 47 CP)[971]. Si l'internement (à vie) est en réalité une peine au sens de l'art. 7 CEDH, les individus frappés d'une telle mesure « sont punis pour ce qu'ils ont fait (l'acte) mais aussi et surtout pour ce qu'ils sont (l'être) »[972], car l'état personnel de l'auteur de l'acte est ici « le facteur déterminant »[973]. Or, lorsque l'auteur est déclaré pénalement irresponsable, mais néanmoins interné (cf. art. 19 al. 3 CP), que reste-il de sa faute, si ce n'est sa personnalité ?[974]. Ce « problème sous-jacent, qui n'a pas encore été traité par la doctrine pénale et encore moins résolu »[975], pourrait emporter violation du principe de la légalité des sanctions ancré à l'art. 7 par. 1 CEDH, dans la mesure où il est applicable[976]. Selon la jurisprudence de la CourEDH, l'absence de « condamnation », c'est-à-dire de déclaration de

968. Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 35.

969. Les critères principaux sont la qualification interne de la sanction, son but, sa nature et sa gravité, laquelle dépend en particulier de son intensité, de sa durée, des circonstances réelles dans lesquelles la sanction est exécutée ainsi que du contexte dans lequel elle est prononcée : voir not. CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, nos 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 203 ss ; CourEDH GC *G.I.E.M. S.R.L. et autres contre Italie (fond)*, nos 1828/06 et al., 28 juin 2018, N. 210 ss ; CourEDH *Del Río Prada contre Espagne*, no 42750/09, 21 octobre 2013, N. 81 ss ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 1 ad art. 64 CP.

970. Rapport CF 2020, p. 12 ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 34 s. ; Jung, p. 593 ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 45 et 51 ad art. 64 CP et N. 2a ad art. 64 al. 1bis CP ; Stratenwerth/Bommer, § 1 N 52 (art. 64 al. 1 CP).

971. Rapport CF 2020, p. 12 ; Jung, p. 581, 592 ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 2a ad art. 64 al. 1bis CP ; en lien notamment avec la règle *ne bis in idem* sous l'angle de la *Doppelbestrafung* : CR-Ludwiczak Glassey/Roth/Thalmann, N. 6 ad 57 CP ; Roth, 2003, p. 16 ss ; Roth, 2008, p. 250 s. Voir aussi, BSK-Heer/Habermeyer, N. 4 ad art. 64 CP ; Pires, 2016, p. 203 ss.

972. CourEDH *Berland contre France*, no 42875/10, 3 septembre 2015, opinion dissidente du juge Zupančič, à laquelle se rallie la juge Yudkivska, N. 16.

973. CourEDH *Berland contre France*, no 42875/10, 3 septembre 2015, opinion dissidente du juge Zupančič, à laquelle se rallie la juge Yudkivska, N. 20.

974. CourEDH *Berland contre France*, no 42875/10, 3 septembre 2015, opinion dissidente du juge Zupančič, à laquelle se rallie la juge Yudkivska, N. 19.

975. CourEDH *Berland contre France*, no 42875/10, 3 septembre 2015, opinion dissidente du juge Zupančič, à laquelle se rallie la juge Yudkivska, N. 8.

culpabilité, ne s'oppose en effet pas à la qualification de « peine » au sens de la Convention[977].

L'art. 123*a* Cst. met également à mal la cohérence du régime de sanctions suisse dans la mesure où la loi autorise le **prononcé conjoint d'un internement (à vie) et d'une peine privative de liberté à vie** (art. 40 al. 2 phr. 2 CP ; cf. art. 57 CP). En dépit du caractère moniste de la peine privative de liberté à vie[978] et du fait qu'elle constitue un « équivalent fonctionnel »[979] de l'internement ordinaire, rien ne s'oppose, sur le plan pratique, à les ordonner ensemble à teneur de la jurisprudence (cf. art. 64 al. 3, 64*a* al. 1 et 86 al. 1 CP)[980]. En revanche, au regard de leurs conditions d'exécution et de libération différentes (cf. art. 64*c*[981] et 86 al. 1 CP), le Tribunal fédéral s'est montré plus critique quant à la possibilité d'articuler l'exécution d'un internement à vie avec celle de la peine privative de liberté à vie qui le précèderait cas échéant (art. 64 al. 2 CP), en affirmant qu'une « solution coordonnée apparaît exclue »[982]. 14

Le Conseil fédéral a aussi estimé nécessaire de « régler plus clairement la forme de l'exécution lorsqu'une peine privative de liberté à vie est prononcée avec un internement » dans le cadre de la **réforme de la peine privative de liberté à vie** engagée en réponse aux postulats Caroni et Rickli[983]. Dans son avant-projet du 2 juin 2023, l'exécutif a proposé que la privation de liberté soit d'abord exécutée conformément aux règles relatives à la peine privative 15

976. Voir CourEDH GC *G.I.E.M. S.R.L. et autres contre Italie* (fond), nos 1828/06 et al., 28 juin 2018, N. 216 s. ; CourEDH *Berland contre France*, no 42875/10, 3 septembre 2015, opinion dissidente du juge Zupančič, à laquelle se rallie la juge Yudkivska, N. 8 ss, 20 ss, not. 25 ss et 30 ; CourEDH *Varvara contre Italie*, no 17475/09, 29 octobre 2013, N. 69 et 71 ; CourEDH *Sud Fondi srl et autres contre Italie*, no 75909/01, 20 janvier 2009, N. 116.
977. Il ne s'agit généralement que d'un élément pris en considération parmi d'autres, qui ne peut passer pour déterminant quand il s'agit d'établir la nature de la sanction : CourEDH GC *G.I.E.M. S.R.L. et autres contre Italie* (fond), nos 1828/06 et al., 28 juin 2018, N. 215.
978. Dans le sens où elle vise à elle seule les finalités attribuées aux peines et aux mesures : Rapport CF 2020, p. 13 ; Albrecht, p. 814 ss ; Stratenwerth/Bommer, § 1 N. 81 ss.
979. Rapport CF 2020, p. 18 s. ; Bommer, p. 22 ss.
980. ATF 142 IV 56, c. 2 ss, not. 2.4 ; confirmé not. dans l'arrêt 6B_35/2017 du 26 février 2018 c. 8.1. Voir aussi CR-Denys, N. 17 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 8a ad art. 64 CP.
981. Voir *infra* N. 31-37.
982. Arrêt 6B_35/2017 6B_35/2017 du 26 février 2018 c. 8.1. Voir aussi ATF 140 IV 1 c. 2.3, JdT 2014 IV p. 271 ; Rapport CF 2023, p. 17 ss ; CR-Denys, N. 17 ad art. 123*a* Cst. ; CR-Queloz/Balçin Renklicicek, N. 21a ad art. 64*c* CP.
983. Rapport CF 2023, p. 19.

de liberté puis, qu'après une durée arrêtée à 26 ans, « l'exécution se [poursuive] selon les dispositions applicables à l'internement (à vie) » (cf. art. 64 al. 3bis et 64*c* al. 7 AP-CP)[984]. Si la volonté de réglementer l'articulation de ces sanctions a été saluée par la plupart des parties prenantes à la consultation, des « ambiguïtés » dans la solution de mise en œuvre du Conseil fédéral restaient à lever[985]. Tenant compte des résultats de la procédure de consultation clôturée le 2 octobre 2023, le projet du Conseil fédéral du 19 février 2025 prévoit finalement l'introduction d'un art. 80*a* P-CP afin que « certains aspects de la privation de liberté [puissent] être exécutés dans les conditions de l'internement »[986]. Aux termes de cette nouvelle disposition, formulée de manière plus restrictive que celles de l'avant-projet, « lorsque le détenu a été condamné à une peine privative de liberté à vie, que le juge a ordonné en sus un internement au sens de l'art. 64 al. 1 ou 1bis, et que le détenu a subi 25 ans de la peine, il peut être placé dans un établissement spécialisé en matière d'exécution des internements ». À notre avis, aucune de ces propositions ne résout la question de savoir quelles sont les conditions de libération applicables en cas de prononcé conjoint d'une peine privative de liberté à vie et d'un internement à vie, bien qu'il s'agisse précisément de la pierre d'achoppement identifiée par la jurisprudence.

16 En poursuivant un objectif sécuritaire[987] de **neutralisation définitive**[988] d'individus considérés dangereux, l'art. 123*a* Cst. témoigne en outre d'une crainte de la récidive très ancienne[989] qui s'inscrit dans la conception d'un « droit pénal de l'ennemi »[990]. En particulier dans le contexte des infractions graves contre l'intégrité physique et sexuelle, une des manières privilégiées pour « défendre » la société semble en effet consister à écarter définitivement, par la voie pénale, les membres « indésirables » qui n'en font ainsi pas – ou plus – partie intégrante et perdent, par-là, la pleine et entière protection que doit pourtant leur assurer l'État[991]. Comme prime toujours un (supposé)

984. Rapport CF 2023, p. 19 s.
985. Synthèse Consultation, p. 4.
986. Message 2025, p. 22.
987. Voir not. Rapport CF 2020, p. 12 ; Bommer, p. 19 s. et 25 ss ; Heer, 2002, 175 s. ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 6 ss ad art. 64 CP ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 34.
988. Voir not. Graven, p. 23 s. ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 14 ; Pires, 2012b, p. 11 ss ; Pires/Garcia, p. 322 ss.
989. Casadamont/Poncela, p. 73 ss et 107 ss ; Graven, p. 9 ss ; Jung, p. 571 ss ; Languin/Kellerhals/Robert, p. 8 et 98 ss ; Tubex/Snacken, p. 115 ss.
990. Dreuille, p. 149 ss ; Pires, 2001, p. 184 s. ; Roth, 2019, *in extenso*.

intérêt collectif à la sécurité, *a priori* inconciliable avec la sauvegarde de la dignité humaine et des libertés (individuelles), les principes d'universalité et d'inconditionnalité des droits humains sont ainsi annihilés[992]. Vu les souffrances et l'exclusion sociale imposées aux personnes internées (à vie)[993], l'adoption de l'art. 123*a* Cst. traduit bien une forme d'indifférence à l'égard de leur sort et de leurs droits, qui se justifierait par les risques (statistiques) qu'elles représentent pour la collectivité[994]. Cette vision dichotomique et hostile s'oppose à la théorie selon laquelle la société est composée de l'ensemble de ses membres et que nul ne peut se trouver en dehors du contrat social, quels que soient ses agissements[995]. De cette manière de penser et construire le vivre ensemble et le bien commun naît une « **contradiction paradoxale » entre droit pénal et droits humains** que matérialise bien l'internement à vie ; il devient impossible de protéger les valeurs fondamentales du système sans, en même temps, les transgresser[996]. Dès lors, les droits humains ne pénètrent le système pénal qu'à la marge dans le sens

991. Voir not. Message 1998, p. 1791 s. et 1835 ss ; Message 2001, p. 3272 s. et n. 7 ; Rapport CF 2020, p. 7 ; Message 2022, p. 9 ; Dreuille, p. 150 s. et 153 ss ; Dubé, p. 677 ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 6 ad art. 64 CP ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 33 ss ; Kuhn, p. 237 ss ; Pires, 2001a, p. 146 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, p. 11 ss et 19 ss ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 2 ad art. 64 al. 1bis CP.

992. ATF 137 IV 201, c. 1.2 *in fine* ; ATF 134 IV 121, c. 3.3.1 ; Message 1998, p. 1791 s. ; Message 2001, p. 3281 ; Rapport OFJ, p. 5 s., 16 ss ; Dreuille, p. 149 ss et 153 ss ; Dubé, p. 664 s. et 676 s. ; Garcia, p. 6 ss ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 6 ad art. 64 CP ; Kuhn, p. 242 ss ; Roth 1981, p. 199 s., 262 s. et 309 ; Roth, 2019, p. 45 ss ; Pires, 2016, p. 182 s. ; Pires, 2001a, p. 145 ss et 166 ss. ; Pires, 2001b, p. 181 ss, 184 s. et 192 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, p. 21 ss. Pour une analyse de la jurisprudence de la CourEDH, qui opère la même pesée des intérêts, voir Dourneau-Josette/Tulkens, p. 696 ss.

993. ATF 140 IV 1 c. 3.2.4, JdT 2014 IV p. 271 ; ATF 139 IV 57, c. 1.3.3 ; ATF 134 IV 121 c. 3.3.3 et 3.4.4 ; ATF 127 IV 1, c. 2a ; ATF 118 IV 108, c. 2a ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 8 ad art. 64 CP ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 33 ss et 37 ; Kuhn, p. 237 ; Marti, p. 4 ss, 77 ss, 95 ss, 126 ss, 150 ss, 164 ss, 189 ss et 257 ss ; Pires, 2001a, p. 156 ss ; Pires, 2012b, p. 13 ss. Voir aussi la Règle 3 phr. 1 de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus, Résolution 70/175 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 2015, annexe (Règles Nelson Mandela) selon laquelle « [l]'emprisonnement et les autres mesures qui ont pour effet de couper des personnes du monde extérieur sont afflictifs par le fait même qu'ils les dépouillent du droit de disposer d'elles-mêmes en les privant de leur liberté ».

994. Dreuille, p. 157 ss ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 6 ss ad art. 64 CP ; Kuhn, p. 241 ss ; Pires, 2001b, p. 181 ss, 184 s. et 192 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, p. 13 ss.

995. CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, opinion en partie concordante du juge Pinto de Albuquerque, N. 21 ; Dreuille, p. 150 s. et 153 ss ; Dubé, p. 664 s. ; Pires 2001a, p. 160 ss et 166 ss ; Pires 2001b, p. 184 s. ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, p. 21 ss ; Pires, 2016, p. 128 ss, 179 ss, 185 ss, 198 et 222 ss.

où, en particulier en cas d'infractions graves, ils n'interviennent que pour contenir des peines dites « radicales » ou « extrêmes »[997]. C'est ainsi que le processus de mise en œuvre de l'art. 123*a* Cst. a surtout consisté – parfois en vain – à limiter la portée d'une norme constitutionnelle qui niait manifestement les droits fondamentaux[998].

17 Pour une partie de la doctrine, la sévérité de la sanction, sa dimension neutralisante et son caractère irrévocable rapprochent l'internement à vie de la peine de mort[999]. Historiquement, la **« proximité qualitative » entre la peine de mort et les sanctions perpétuelles**[1000] se distingue nettement dans les travaux de Beccaria, qui préconise de remplacer la peine de mort par une peine à vie au motif que cette dernière serait plus efficace en ce qu'elle est plus cruelle par sa durée d'exécution[1001]. Les processus d'abolition de la peine de mort de plusieurs pays occidentaux n'ont cessé de réactiver ce lien au cours des XIX^e^ et XX^e^ siècles ; une sanction à perpétuité s'est, à l'issue de la plupart d'entre eux, substituée à la peine de mort[1002], car « lorsqu'on pense à une alternative à la peine de mort, la grande préoccupation ne réside pas dans le fait de tenir compte des droits fondamentaux du condamné, mais dans celui de ne pas 'affaiblir' l'échelle des peines »[1003]. Aussi, des chercheur·euses et des praticien·nes estiment qu'au sein des ordres juridiques dans lesquels l'exécution capitale n'a plus cours, seule la mise à mort biologique a été

996. Voir Dreuille, p. 150 s. ; Dubé, p. 664 s., Garcia, p. 6 ss ; Pires, 2001a, p. 152 s. et 160 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s.

997. Garcia, *in extenso* ; Pires, 2001, p. 181 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, p. 10 ss et 14 s. ; Pires/Garcia, p. 291 ss ; Vannier, p. 4 ss. En lien spécifiquement avec l'internement, voir BSK-Heer/Habermeyer, N. 6 ad art. 64 CP ; Hottelier, p. 51 ss ; Kunz, p. 234 ss.

998. Voir *infra*, N. 38-48. Dans ce sens voir aussi, BSK-Göksu, N. 3 ad art. 123*a* Cst.

999. Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 34 et 37.

1000. Voir not. Rapport CF 2020, p. 7 ss ; Casadamont Poncela, p. 69 ss ; Mereu, p. 153 ss et 223 ss ; Pires, 2012b, p. 10 ss ; Pires/Garcia, p. 322 ss ; Vannier, p. 44 ss.

1001. Voir Beccaria, p. 85 ss. à ce propos : Foucault, p. 112 ss ; Graven, p. 5 et 7 s. ; Mereu, p. 153 ; Pires, 2012b, p. 11 ss ; Pires/Garcia, p. 318 ss ; Vannier, p. 5 ss.

1002. Si la peine à perpétuité existait déjà, elle a été maintenue, devenant la peine la plus sévère et « définitive » des arsenaux pénaux concernés. Pour la Suisse, voir not. Message 1918, p. 13 ss et 212 ; Rapport CF 2020, p. 7 s. ; Graven, p. 17 et 23 s. ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 33 s. ; Suter, p. 59 et 77 s. ; pour la France, voir not. Casadamont Poncela, p. 70 ss ; Mereu, p. 223 ss ; Tubex/Snacken, p. 111 ss ; pour l'Allemagne, voir not. BVerfGE 45, 187, A. I. ; pour le Royaume-Uni, voir not. Hodginkson, p. 165 ss ; Tubex/Snacken, p. 111 ss ; pour l'Italie, voir not. Mereu, p. 223 ss, 234 s. ; pour le Canada et la Belgique, voir not. Pires/Garcia, p. 322 ; Tubex/Snacken, p. 111 ss ; pour les Etats-Unis, voir not. Vannier, p. 8 ss, 16 ss et 153 ss.

1003. Pires, 2012b, p. 13. Voir aussi Vannier, p. 153 ss.

abolie, car les sanctions à vie, qui tuent à « petit feu », sont un autre genre de peine de mort[1004].

Réactualisant un modèle de sanction qui semble aujourd'hui encore indépassable, l'adoption de l'art. 123*a* Cst. permet de constater le faible renouvellement des idées pénales depuis le XVIII[e] siècle[1005]. Le rapprochement entre l'internement à vie et la peine de mort participe toutefois à **normaliser les autres sanctions privatives de liberté de durée indéterminée** en faisant passer pour un « moindre mal » la peine privative de liberté à vie (art. 40 al. 1 et 2 CP), l'internement ordinaire (art. 64 al. 1 CP) et la mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59 al. 3 CP)[1006]. Puisqu'il est « la plus lourde »[1007] d'entre elles et l'*ultima ratio*[1008], l'internement à vie tend à occulter la gravité de ces autres sanctions en captant une grande partie des attentes de ses partisan·es et des inquiétudes de ses opposant·es. Le vote en faveur de l'initiative populaire pour l'internement à vie indique que la majorité du peuple et des cantons n'estimait pas suffisant l'arsenal pénal alors existant et que seule cette nouvelle mesure perpétuelle pourrait protéger la société[1009]. En retour, a souvent été formulé contre l'art. 123*a* Cst. et ses dispositions de mise en œuvre l'argument selon lequel le prononcé unique – 18

1004 Voir not. Mereu, p. 55 ss, 223 ; Pires, 2012b, p. 10 ss et 43 s. ; Vannier, p. 4 ; CourEDH *Öcalan contre Turquie (n° 2)*, n[os] 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18 mars 2014, opinion partiellement dissidente du juge Pinto de Albuquerque, N. 4. Concernant spécifiquement l'internement à vie : Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 37.

1005 Garcia, *in extenso* ; Languin/Kellerhals/Robert, p. 2 ss ; Pires, 2001, p. 181 ss ; Pires, 2016, p. 34 ss. Sur la persistance des peines radicales en particulier, voir Casadamont Poncela, p. 69 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, *in extenso* ; Tubex/Snacken, p. 115 ss ; Vannier, p. 153 ss. Voir aussi, Rapport CF 2020, p. 8 ss, qui note d'ailleurs que « la peine privative de liberté à vie a fait preuve d'une remarquable constance » depuis son introduction dans le Code pénal suisse, et ce malgré les controverses quant à sa légitimité.

1006 En doctrine et dans la presse, la mesure de l'art. 59 al. 3 CP est parfois désignée par le terme « petit internement », car elle présente un aspect sécuritaire marqué malgré sa visée curative *a priori* : voir not. Rapport CPT, N. 167 ss ; Jung, p. 572 et 585 ; CR-Queloz, N. 1 s. et 44 s. ad art. 59 CP. Voir aussi CourEDH *Kadusic contre Suisse*, n° 43977/13, 9 janvier 2018, N. 46 ss et 73 ; arrêt 6B_597/2012 du 28 mai 2013 c. 4.6 dans lequel le Tribunal fédéral admet que l'art. 59 al. 3 CP pourrait être considéré comme une « peine » au sens de l'art. 7 CEDH.

1007 Message 2022, p. 14 ; voir aussi Rapport CF 2020, p. 12 ; ATF 139 IV 57, c. 1.3.3 ; ATF 134 IV 121, c. 3.4.4 ; ATF 134 IV 315, c. 3.3 ss ; ATF 127 IV 1, c. 2a ; ATF 118 IV 108, c. 2a.

1008 ATF 140 IV 1 c. 3.2.4, JdT 2014 IV p. 271 ATF 139 IV 57, c. 1.3.3 ; ATF 134 IV 121 c. 3.3.3 et 3.4.4 ; ATF 134 IV 315, c. 3.3 ss ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 8 s. ad art. 64 CP.

1009 Voir *supra* N. 5 ; Message 2001, p. 3272, n. 7 ; Dourneau-Josette/Tulkens, p. 692 ss ; Dubé, *in extenso* ; Pires, 2001, p. 181 ss, 192 ss.

ou cumulatif (cf. art. 57 CP) – d'autres sanctions de durée indéterminée permettaient déjà de neutraliser jusqu'à sa mort une personne jugée dangereuse[1010]. Or, malgré leurs différences, ces sanctions procèdent toutes, à des degrés variables, d'une logique similaire à celle de l'internement à vie ; elles sont construites à partir du même « système d'idées »[1011] et, vu leur absence de limite temporelle, induisent des effets et des risques d'atteinte aux droits fondamentaux de même nature[1012]. L'art. 123*a* Cst. contribue ainsi à élargir le spectre des pratiques pénales aujourd'hui considérées comme acceptables pour punir et prévenir la commission d'infractions graves ; au-delà de son existence propre, il pérennise le principe du recours à des sanctions sans fin[1013].

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

A. Absence de titre marginal

19 L'art. 123*a* Cst. est la seule disposition de la Constitution fédérale qui ne contient **pas de titre marginal**[1014]. Biaggini le qualifie d'« enfant à problèmes sans nom » (« *das namenlose Sorgenkind* »[1015]). Cette anomalie s'explique par le fait que les initiant·es n'ont pas prévu de titre marginal à l'article (à ne pas confondre avec le titre de l'initiative) lors de l'élaboration du projet rédigé d'initiative populaire (cf. art. 139 al. 2 hyp. 2 Cst.). Lors de l'examen préliminaire de l'initiative par la Chancellerie fédérale, cette omission – sans la moindre conséquence formelle – ne semble pas avoir donné lieu à des échanges avec les initiant·es. À la suite de la publication officielle de l'initiative et le lancement concomitant de la récolte de signatures (art. 139 al. 1 Cst.), l'ajout d'un titre marginal – soit un élément d'interprétation du texte qui fait

1010. Voir par ex., Message 2001, p. 3265 et 3272 et n. 7 et 8 ; BO 2003 CN 277 (Aeppli Wartmann) ; BO 2003 CN 296 (Gross) ; BO 2003 CE 579 (Studer) ; Jeanneret/Kuhn, 2013, N. 31. Voir aussi, Rapport CF 2020, p. 13 et 17 ss ; Bommer, p. 19 ss.

1011. Voir Foucault, p. 106 ss ; Pires, 2016, p. 34 ss, 79 ss et 104 ss.

1012. Voir not. ATF 145 IV 167 c. 2.3 ; Rapport CF 2020, p. 13 s. ; Jung, p. 571 ss et 592 s. ; Bommer, p. 25 ss ; Pires, 2012a, p. 614 s. ; Pires, 2012b, p. 10 ss ; Zermatten/Freytag, 2018, p. 157 ss.

1013. Voir Casadamont Poncela, p. 69 ss ; Pires, 2012b, p. 13, 20 ss, 29 et 43 s. ; Vannier, p. 153 ss et 160 ss.

1014. L'art. 50 Cst. ne contient pas non plus de titre marginal. Cette norme figure toutefois seule dans une section, dotée d'un titre (« Section 3 Communes »), si bien que l'ajout d'un titre marginal à l'article aurait constitué un doublon avec le titre de la section.

1015. Biaggini, N. 2 ad art. 123*a* Cst.

partie de l'article constitutionnel – n'était plus possible (voir l'art. 139 al. 5 phr. 1 Cst. et l'art. 99 LParl, relatif à l'interdiction de modifier le texte d'une initiative populaire[1016]).

B. Alinéa 1 phrase 1 : conditions du prononcé de l'internement à vie

L'art. 123*a* al. 1 phr. 1 Cst. dispose qu'un « délinquant sexuel ou violent » doit[1017] être **interné à vie** si l'expertise sur laquelle se fonde le jugement le qualifie d'« extrêmement dangereux » et de « non amendable ». 20

1. Un « délinquant sexuel ou violent »

Selon le texte constitutionnel, l'internement à vie est ordonné à l'encontre d'un **« délinquant sexuel ou violent »**, soit l'auteur·e d'un acte de nature violente ou, alternativement, de nature sexuelle[1018]. Puisque cette notion de « délinquant sexuel ou violent » est inconnue en droit pénal suisse, elle a été transposée sous la forme d'une **liste exhaustive d'infractions** (art. 64 al. 1bis *in limine* CP), conformément au principe de la légalité (art. 1 CP)[1019]. Ainsi, risque l'internement à vie quiconque a commis ou tenté de commettre[1020] un assassinat (art. 112 CP), un meurtre (art. 111 CP), une lésion corporelle grave (art. 122 CP), un viol (art. 190 CP), un brigandage (art. 140 CP), une contrainte sexuelle (art. 189 al. 2 et 3 CP), une séquestration (art. 183 ch. 1 CP), un enlèvement (art. 183 ch. 2 CP), une prise d'otage (art. 185 CP) ou un crime de disparition forcée (art. 185bis CP), celle ou celui qui s'est livré·e à la traite d'êtres humains (art. 182 CP), a participé à un génocide (art. 264 CP) ou a commis un crime contre l'humanité (art. 264*a* CP) ou un crime de guerre (art. 21

1016.À propos de la portée de ces normes : CR-Dubey, N. 109 ad art. 139 Cst. ; SG Komm-Ehrenzeller/Nobs, N. 79. ad art. 139 Cst.

1017.Message 2005b, p. 881. Au même titre que pour l'internement ordinaire (art. 64 al. 1 CP), lorsque les conditions sont réunies, le tribunal n'a *a priori* pas d'autre choix que de prononcer l'internement à vie (art. 64 al. 1bis CP), voir not. ATF 142 IV 56 c. 2.7 ; CR-Ludwiczak Glassey/Roth/Thalmann, N. 3, 9a ad 57 CP. Voir néanmoins l'art. 56 al. 1 let. a CP ; CR-Ludwiczak Glassey/Roth/Thalmann, N. 319 s. ad 56 CP.

1018.CR-Denys, N. 5 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Göksu, N. 5 ad art. 123*a* Cst. ; SG Komm-Vest, N. 16 ad art. 123*a* Cst. Voir également, Message 2001, p. 3274 s.

1019.ATF 140 IV 1 c. 2.2, JdT 2014 IV p. 271 ; Rapport GT, p. 14 ; CR-Denys, N. 5 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 19 ad art. 64 CP ; SG Komm-Vest, N. 16 ad art. 123*a* Cst.

1020.CR-Denys, N. 6 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Göksu, N. 5 ad art. 123*a* Cst. ; Kunz/Stratenwerth, p. 8 ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 11a ad art. 64 al. 1bis CP.

264*d* à 264*h* CP). En outre, la personne doit avoir porté ou voulu porter une **atteinte particulièrement grave** à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (art. 64 al. 1bis let. a CP). Le Tribunal fédéral et la doctrine précisent à cet égard que les infractions du catalogue ne présentent pas toutes le même degré de gravité[1021]. S'il ne fait, par exemple, aucun doute qu'un assassinat ou un viol constituent *per se* une telle atteinte, de sorte que la condition requise par l'art. 64 al. 1bis let. a CP sera toujours remplie, l'examen devra être plus approfondi notamment en cas de contrainte sexuelle[1022]. Selon le Tribunal fédéral, cette dernière infraction n'implique pas nécessairement une atteinte particulièrement grave à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle[1023]. Les **deux conditions cumulatives** relatives à la nature de l'infraction prévues par le Code pénal (art. 64 al. 1bis *in limine* et 1bis let. a CP) traduisent ainsi la volonté de restreindre le prononcé de l'internement à vie aux cas les plus graves[1024].

2. Un individu « extrêmement dangereux »

22 L'« **extrême dangerosité** » qui caractérise l'individu aux termes de l'art. 123*a* al. 1 Cst. est une notion indéterminée sur le plan juridique et imprécise d'un point de vue psychiatrique[1025]. Au niveau légal, plusieurs éléments de la disposition d'application permettent de concrétiser cette idée, qui ne pouvait être reprise telle quelle[1026]. L'« extrême dangerosité » de la personne est principalement déduite du **risque élevé que celle-ci récidive**, en commettant à nouveau un des crimes mentionnés à l'art. 64 al. 1bis *in limine* CP (art. 64 al. 1bis let. b CP)[1027]. La commission (ou la tentative) primaire d'une

---

1021 Voir not. ATF 141 IV 423 c. 4.3.3. s., JdT 2016 IV 300 ; BSK-Heer, N. 117 ad art. 64 CP ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 11a s. ad art. 64 al. 1bis CP ; Zermatten, N 410.

1022 La doctrine mentionne également les infractions aux art. 122, 183 et 185 CP : BSK-Heer, N. 117 ad art. 64 CP ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 11a s. ad art. 64 al. 1bis CP.

1023 ATF 141 IV 423 c. 4.3.3. s., JdT 2016 IV 300.

1024 Message 2001, p. 3271 s. et 3275.

1025 Message 2005b, p. 882 ; Rapport GT, p. 15 ; BSK-Heer, N. 118 s. ad art. 64 CP; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 17 ad art. 64 al. 1bis CP ; SG Komm-Vest, N. 20 ss ad art. 123*a* Cst. Voir aussi Heer, 2002, p. 190 ss ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 33 ss ad art. 64 CP. Sur la définition juridique de la dangerosité en général : ATF 137 IV 201, c. 1.2 ; ATF 127 IV 1, c. 2a ; voir aussi Message 2022, p. 56 s. ; Rapport OFJ, p. 7 ss relatifs à l'art. 91*b* AP-CP (reprise de l'art. 75*a* al. 3 CP).

1026 Message 2005b, p. 882 ; BSK-Heer, N. 118 ad art. 64 CP.

1027 CR-Denys, N. 6 ad art. 123*a* Cst.; BSK-Heer, N. 118 ad art. 64 CP. Critique : Kunz/Stratenwerth, p. 4 ; SG Komm-Vest, N. 20 ss ad art. 123*a* Cst.

des infractions du catalogue ainsi que l'atteinte (effective ou visée) d'une intensité qualifiée à l'intégrité d'autrui (art. 64 al. 1bis let. a CP) en constituent aussi des indices[1028]. Sous l'angle médical, les difficultés tiennent en particulier à la controverse relative à la notion de dangerosité et à l'incertitude propre à l'évaluation des risques de récidive[1029]. Ne pouvant être retenue qu'en de rares occasions, la haute probabilité de récidive spécifique ou de même type exigée à l'art. 64 al. 1bis let. b CP, circonscrit la possibilité de prononcer un internement à vie aux cas exceptionnels[1030].

3. Un individu « non amendable »

Aux fins de la disposition constitutionnelle, l'individu doit de surcroît être considéré comme « **non amendable** » (*nicht therapierbar* ; *refrattario alla terapia*). Cette notion a été largement contestée par les praticien·nes et les milieux scientifiques concernés parce qu'elle touche à une question éthique fondamentale[1031]. Selon la conception kantienne de la dignité humaine, fondée sur le respect de l'autonomie individuelle, il n'est pas admissible de traiter une personne comme étant définitivement inapte à prendre le contrôle de sa vie, car cela équivaut à considérer qu'elle n'est pas un agent rationnel capable de jugement moral[1032]. En d'autres termes, postuler l'incurabilité irréversible d'une personne revient à nier son humanité, dans la mesure où l'autonomie et l'autodétermination, qui comprennent la capacité à changer, sont des qualités imprescriptibles et inaliénables de l'être humain[1033]. La notion de non amendabilité apparaît donc difficilement compatible avec les normes constitutionnelles et conventionnelles protégeant la dignité humaine[1034], en tant qu'elle est l'une des valeurs fondamentales des sociétés

23

1028 Pour des précisions, voir Kunz/Stratenwerth, p. 3 s. ; SG Komm-Vest, N. 21 ad art. 123*a* Cst.

1029 BSK-Heer, N. 101 ss ad art. 64 CP ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 60 ss et 80 ss ad art. 64 CP ; Kunz/Stratenwerth, p. 9 ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 19 ad art. 64 al. 1bis CP ; SG Komm-Vest, N. 23 ss ad art. 123*a* Cst.

1030 BSK-Heer, N. 118 ad art. 64 CP ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 17 ad art. 64 al. 1bis CP. Voir aussi Message 2001, p. 3276. Sur la typologie des récidives pénales, voir OFS, p. 1.

1031 Voir Message 2005b, p. 882 ; Jung, p. 589.

1032 CourEDH GC *Khamtokhu et Aksenchik contre Russie*, nos 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, N. 27 ; CourEDH *Léger contre France*, no 19324/02, 11 avril 2006, opinion partiellement dissidente du juge Costa, N. 13 ; Auroux, p. 660 ; BSK-Belser/Molinari, N. 60 ad art. 7 Cst. ; CR-Dubey, N. 50 ad art. 7 Cst. ; Dyer, p. 199 et 201.

1033 Voir BSK-Belser/Molinari, N. 60 ad art. 7 Cst. ; CR-Dubey, N. 41 et 50 ad art. 7 Cst ; Kuhn/Jeanneret 2013, p. 44. Voir aussi, p. ex. ATF 123 I 112, c. 4a.

démocratiques[1035]. Pour des raisons d'ordre déontologique et scientifique procédant d'un raisonnement analogue, la doctrine psychiatrique forensique dominante estime également qu'il n'est pas concevable de se prononcer de manière définitive sur la non amendabilité ; chaque être vivant, et *a fortiori* l'être humain, demeure susceptible d'évoluer au fil du temps[1036]. Sous l'angle de leur validité clinique, la grande majorité des psychiatres précisent en outre que les pronostics peuvent tout au plus couvrir une période d'une ou deux décennies quand les auteurs concernés ont en général une espérance de vie résiduelle de quarante à cinquante ans au moment du jugement[1037].

24 En opposant la majorité du peuple à celle des expert·es et praticien·nes[1038], la notion de « non amendabilité » reflète le nœud gordien qu'est la mesure d'internement à vie. Elle a suscité passablement de discussions quant à son interprétation juridique. L'art. 64 al. 1bis let. c CP prévoit d'ordonner l'internement à vie pour la personne qualifiée de « **durablement non amendable** [(*dauerhaft nicht therapierbar* ; *durevolmente refrattario alla terapia*)], dans la mesure où la thérapie semble, à longue échéance, vouée à l'échec ». Dans le **Message de 2005**, l'exécutif qualifie la non amendabilité de **chronique** et explique que celle-ci « représente en fait un rapport de probabilité qui oppose le risque extrêmement élevé que de nouvelles infractions très graves soient commises et la très faible probabilité que surviennent des modifications de nature à réduire les risques »[1039]. En proposant d'ajouter l'adverbe « durablement » pour tenir compte des réserves de nature scientifique quant à la non amendabilité[1040], le Conseil fédéral a pris

1034 Parmi ces normes, le droit à la liberté (art. 10 al. 2 et art. 7 Cst., art. 5 CEDH et art. 10 Pacte ONU II) et l'interdiction absolue de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants (art. 10 al. 3 et art. 7 Cst., art. 3 CEDH et art. 7 Pacte ONU II) occupent une place centrale (cf. not. ATF 134 I 209, c. 2.3.1 ; ATF 130 I 16 c. 3 ; ATF 123 I 112, c. 4a).

1035 Voir not. ATF 90 I 29, c. 3c ; ATF 97 I 45, c. 3. ; CourEDH GC *Vinter et autres contre France*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 113 ; CourEDH GC *Rooman contre Belgique*, n^{o} 18052/11, 31 janvier 2019, N. 141 et 143 ; CourEDH GC *Khlaifia et autres contre France*, n^{o} 16483/12, 15 décembre 2016, N. 158 ; CourEDH GC *Bouyid contre France*, n^{o} 23380/09, 28 septembre 2015, N. 81 et 87 ss.

1036 Message 2005b, p. 882 et 885 ; Rapport GT, p. 20.

1037 ATF 140 IV 1 c. 1.2, JdT 2014 IV p. 271 ; Rapport GT, p. 16 et 18 ss ; CR-Denys, N. 16 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 83 ad art. 64 CP ; Kunz/Stratenwerth, p. 9 ; SG Komm-Vest, N. 22 ad art. 123*a* Cst.

1038 Voir Message 2005b, p. 882 s.

1039 Message 2005b, p. 883.

1040 Voir Message 2005b, p. 882 s.

le risque d'assouplir les conditions du prononcé de l'internement à vie. Ce choix peut surprendre dans la mesure où il va *a priori* à contre-courant de la logique de verrouillage qui a guidé la mise en œuvre de l'internement à vie. Il révèle toute la difficulté des autorités suisses à concilier les différents intérêts et enjeux à la suite de l'adoption de l'art. 123*a* Cst.

25 À l'issue d'une analyse méticuleuse, le **Tribunal fédéral** a finalement tranché en faveur d'une approche restrictive, retenant que « seul celui qui est **véritablement inaccessible à un traitement sa vie durant** » est durablement non amendable au sens de l'art. 64 al. 1bis let. c CP[1041]. Son interprétation, plus fidèle à la volonté du législateur que celle esquissée par le Conseil fédéral[1042], réduit presque à néant la portée pratique de la disposition légale puisque « l'initiative repose sur une fiction en contradiction avec la réalité »[1043].

26 Selon le Conseil fédéral, le **traitement** (*Behandlung* ; *trattamento*) envisagé doit tendre à réduire de manière suffisante la dangerosité de la personne, qu'elle soit liée à des troubles mentaux à proprement parler ou déduite de symptômes ou de caractéristiques de la personnalité qui pourraient être traités avec succès au moyen d'une thérapie[1044]. Les dispositions sur l'internement à vie s'appliquent donc tant à l'individu qui présente des troubles mentaux qu'à celui qui n'en souffre pas[1045], à condition qu'il soit établi, au moment du jugement, qu'aucune forme de thérapie ne l'empêchera de commettre à nouveau une infraction grave[1046].

27 Dans la droite ligne du Conseil fédéral[1047], la jurisprudence exige que l'analyse de l'état **de l'individu** se fonde uniquement sur des **critères structurels**, étroitement et durablement liés à sa personne[1048]. Les critères variables –

1041 ATF 140 IV 1 c. 3, JdT 2014 IV p. 271 ; arrêt 6B_13/2014 du 3 juin 2014 c. 4.2.1.

1042 Dans le même sens, SG Komm-Vest, N. 24 ad art. 123*a* Cst.

1043 Forster, p. 423, cité dans ATF 140 IV 1 c. 3.2.3, JdT 2014 IV p. 271, qui parle aussi de « *forensisch-psychiatrische* "*Quadratur des Kreises*" ». Dans le même sens, CR-Denys, N. 16 ad art. 123*a* Cst. ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 19b ad art. 64 al. 1bis CP ; Zermatten, N 410.

1044 Message 2005b, p. 883 ; *contra* Message 2001, p. 3277 s.

1045 Message 2005b, p. 892 s. ; Rapport GT, p. 16. Pour des précisions, voir Message 2005a, p. 4445 ; BSK-Heer/Habermeyer, N. 44 ss ad art. 64 CP 44 ss. Pour une analyse critique, voir Jung, p. 574 s., 577 ss ; Roth, 2008, p. 249 ss, 256 s.

1046 Message 2005b, p. 883. Voir également, ATF 140 IV 1 c. 3.2.2, JdT 2014 IV p. 271 ; arrêt 6B_13/2014 du 3 juin 2014 c. 4.2.1.

1047 Message 2005b, p. 883.

comme son manque de motivation, le défaut de reconnaissance rationnelle de son acte, les symptômes susceptibles d'être modifiés par l'usage de médicaments ou l'absence d'une institution adaptée – n'entrent pas en considération[1049]. D'ailleurs, si tel était le cas, la Suisse méconnaîtrait ses devoirs découlant des **art. 3 et 5 par. 1 CEDH** dans le domaine des soins, en particulier psychiques, administrés en détention[1050]. À ce titre, un établissement et une prise en charge appropriés de l'état de santé de la personne font justement partie des mesures indispensables[1051]. De manière générale, conformément à l'obligation positive d'offrir à l'ensemble des personnes privées de liberté la possibilité de progresser sur le chemin de l'amendement, tous les moyens permettant à l'individu de réduire sa dangerosité doivent lui être proposés, qu'il présente ou non des troubles mentaux[1052]. Aussi, dans l'éventualité où une personne serait considérée comme « durablement non amendable » au sens de la jurisprudence fédérale, les autorités suisses ne seraient pas pour autant dispensées de leurs obligations à son égard[1053].

1048 ATF 140 IV 1 c. 3.2.2, JdT 2014 IV p. 271 ; arrêt 6B_13/2014 du 3 juin 2014 c. 4.2.1.

1049 Rapport GT, p. 15 s. ; Message 2005b, p. 883 ; ATF 140 IV 1 c. 3.2.2, JdT 2014 IV p. 271 ; arrêt 6B_13/2014 du 3 juin 2014 c. 4.2.1.

1050 Pour une clarification des rapports entre les art. 3 et 5 par. 1 CEDH sur ce terrain, voir not. CourEDH GC *Rooman contre Belgique*, n° 18052/11, 31 janvier 2019, N. 212 ss et opinion en partie dissidente de la juge Nussberger, N. 9 s.

1051 CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 105 ss, not. 108 s. ; CourEDH GC *Rooman contre Belgique*, n° 18052/11, 31 janvier 2019, N. 141 ss, 190 ss et 201 ss ; CourEDH *Sy contre Italie*, n° 11791/20, 24 janvier 2022, N. 76 ss, not. 80 et 111 ss ; CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, n^os^ 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 134 et 139 ss ; voir aussi arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1.

1052 Voir en particulier CourEDH *Sy contre Italie*, n° 11791/20, 24 janvier 2022, N. 79 et 112 ; CourEDH GC *Rooman contre Belgique*, n° 18052/11, 31 janvier 2019, N. 143 ss, 164 ss, 193 ss, 201 ss et 208 ss ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 101 ss, not. 104, 106 ss et 111 et opinion en partie concordante du juge Pinto de Albuquerque, *in extenso*, not. N. 3 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 115 ss et 122. Sous l'angle de l'art. 3 CEDH, cette obligation de moyens permet d'assurer des perspectives réelles d'élargissement soit la compressibilité *de facto* de toute peine privative de liberté, voir *infra* N. 45.

1053 Dans ce sens, voir d'ailleurs l'art. 64 al. 4 phr. 3 CP qui vaut en principe pour les personnes condamnées sur la base tant de l'art. 64 al. 1 CP que de l'art. 64 al. 1^bis^ CP ; arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1.

C. Alinéa 1 phrase 2 : exclusion des allègements durant l'exécution de l'internement à vie

L'art. 123*a* al. 1 phr. 2 Cst. **exclut toute mise en liberté anticipée et tout congé** pour les personnes internées à vie[1054]. Cette interdiction est reprise explicitement à l'art. 90 CP – dont les alinéas 2 à 4bis règlent les modalités de préparation à la mise en liberté – qui dispose à l'alinéa 4ter qu'« aucun congé ou autre allègement dans l'exécution n'est accordé durant l'internement à vie ». L'art. 84 CP, qui règle les relations de la personne condamnée avec le monde extérieur, a aussi été complété par un alinéa 6bis qui prévoit la même exclusion lors de l'exécution de la peine qui précède l'internement à vie[1055]. 28

Dans le Message de 2001, le Conseil fédéral souligne, à raison, que le régime prévu par l'initiative n'est que difficilement conciliable avec le **principe de proportionnalité**[1056]. Nous émettons deux réserves supplémentaires quant à la conventionnalité du système institué par l'art. 123*a* al. 1 phr. 2 Cst.[1057]. La première aurait déjà pu être formulée à l'époque de la votation sur l'internement à vie, tandis que la seconde procède de développements de la CourEDH postérieurs à l'adoption de l'art. 123*a* Cst. et de ses dispositions d'application, mais relevant d'une norme de *jus cogens*. D'une part, selon une jurisprudence constante depuis les années 1990, les États ont l'obligation d'autoriser et d'aider les personnes privées de liberté à entretenir des contacts avec leur famille proche en vertu de l'**art. 8 CEDH**[1058]. S'il n'en résulte pas un droit inconditionnel à bénéficier d'une autorisation temporaire de sortie, il incombe en revanche aux autorités nationales d'apprécier chaque demande individuelle sur le fond et de démontrer que la restriction au droit de la personne concernée se justifie au regard de l'art. 8 par. 2 CEDH[1059]. En écartant toute pesée des intérêts, l'art. 84 al. 6bis CP ne satisfait pas à ces exigences. D'autre part, les art. 84 al. 6bis et 90 al. 4ter CP apparaissent en contradiction avec l'objectif cardinal de réinsertion et de resocialisation qui 29

1054 Message 2001, p. 3280 s.

1055 Message 2005b, p. 888. Voir également Rapport GT, p. 23.

1056 Message 2001, p. 3280 s. Dans le même sens : BO 2003 CN 279 (Mariétan) ; BO 2003 CN 286 (Leuthard) ; BO 2003 CN 297 (Gross) ; BO 2003 CN 300 (Janiak) ; *contra* : BO 2003 CN 284 s. (Vallender).

1057 Voir Message 2005b, p. 888, qui précise qu'aucun·e des participant·es à la procédure de consultation ne s'est opposé·e au contenu de la deuxième phrase de l'art. 123*a* al. 1 Cst.

1058 CourEDH GC *Khoroshenko contre Russie*, n° 41418/04, 30 juin 2015, N. 106.

1059 Voir not. CourEDH *Solcan contre Roumanie*, n° 32074/14, 8 octobre 2019, N. 29.

préside à l'exécution des sanctions pénales suisses (cf. en particulier les art. 74, 75 al. 1 et 3 et 90 al. 2 CP[1060]) et que la CourEDH a élevé au rang d'obligation positive en 2013[1061]. Selon elle, il en va du respect de la dignité humaine de toute personne privée de liberté[1062], mais également de la sécurité de la collectivité publique, puisque la fonction de resocialisation de la sanction pénale « vise, en dernier ressort, à empêcher la récidive et, partant, à protéger la société »[1063]. Sur le terrain de l'**art. 3 CEDH**, l'obligation de promouvoir la resocialisation de toutes les personnes privées de liberté, même lorsqu'elles sont condamnées à vie, implique notamment de garantir l'existence de régimes pénitentiaires qui soient compatibles avec l'objectif d'amendement et qui leur permettent de progresser sur cette voie[1064]. Le régime progressif d'exécution des peines (cf. art 75 CP) et des mesures (cf. art. 90 CP), qui comprend des allègements, constitue précisément une déclinaison de la fonction de resocialisation de la sanction pénale[1065]. De même, le maintien des contacts avec le monde extérieur est fondamental pour favoriser la réinsertion des personnes privées de liberté[1066]. Ainsi, bien que des contacts puissent éventuellement être maintenus d'une autre manière, l'exclusion absolue des congés nous paraît constituer un obstacle majeur à la réinsertion

1060 Pour une synthèse de la jurisprudence de la CourEDH en lien avec les art. 74 et 75 CP dans le cas d'une personne condamnée à une peine privative de liberté à vie et un internement ordinaire, voir arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1 et 5.2.

1061 CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 103 ss ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 101 ss et opinion en partie concordante du juge Pinto de Albuquerque, *in extenso* ; CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 169 ss.

1062 CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 104 ; arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.2.

1063 CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 102.

1064 CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 115 ss ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 104.

1065 Voir p. ex CourEDH GC *Mastromatteo contre Italie*, n° 37703/97, 24 octobre 2002, N. 72 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 60 ss ; CourEDH GC *Khoroshenko contre Russie*, n° 41418/04, 30 juin 2015, N. 121 ss et opinion concordante commune aux juges Pinto de Albuquerque et Turković, N. 2 ss, not. 9 ss ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 101 et 104.

1066 Voir CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 111 ss ; CourEDH GC *Khoroshenko contre Russie*, n° 41418/04, 30 juin 2015, N. 144 ss et opinion concordante commune aux juges Pinto de Albuquerque et Turković, N. 12 ss.

sociale des personnes condamnées à l'internement à vie et, partant, risquer de participer d'une violation de l'art. 3 CEDH[1067].

D. Alinéa 2 phrase 1 : conditions de la levée de l'internement à vie

Aux termes de l'art. 123*a* al. 2 phr. 1 CP, « de nouvelles expertises ne sont effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité ». Autrement dit, seules de « nouvelles connaissances scientifiques » ouvrent la possibilité de **lever un internement à vie**. La principale difficulté pour la mise en œuvre de la disposition constitutionnelle réside dans le fait qu'elle n'envisage pas que la réduction, voire la disparition de la dangerosité de la personne internée à vie puisse dépendre d'autre chose que de sa capacité à répondre à un traitement[1068]. 30

À teneur des **trois premiers alinéas de l'art. 64*c* CP,** le législateur se borne à prévoir un **mécanisme de mise en œuvre** relativement complexe, faisant sienne la logique de l'initiative[1069]. D'abord, l'autorité cantonale compétente, d'office ou sur demande de la personne internée à vie, charge une commission fédérale spécialisée[1070] d'examiner s'il existe de « nouvelles connaissances scientifiques » permettant d'établir que l'individu en question peut être amendé (art. 64*c* al. 1 CP)[1071]. S'appuyant sur le rapport consultatif de la commission, l'autorité cantonale décide ensuite de proposer le traitement à la personne lorsqu'elle estime qu'il est suffisamment probable qu'ainsi sa dangerosité disparaîtra (art. 64*c* al. 1 et 2 CP)[1072]. Finalement, si au moins deux 31

1067 Dans le même sens, à propos du projet d'interdiction des congés non accompagnés pour les personnes ordinairement internées dans un établissement fermé (art. 90 al. 4bis AP-CP) : Rapport CF 2023, p. 7. Les participant·es à la procédure de consultation qui s'y opposent relèvent en outre que cette interdiction « rendrait plus difficile l'établissement d'un pronostic de récidive fiable et nuirait donc *in fine* à la sécurité » : Rapport CF 2023, p. 3.

1068 Voir *supra*, N. 23-28.

1069 Message 2005b, p. 883 ss. Voir aussi arrêt S.2010.39 du BezGer Weinfelden du 7 octobre 2010 c. 29.4. ; CR-Denys, N. 8 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Heer, N. 1 ad art. 64*c* CP.

1070 Ordonnance du 26 juin 2013 sur la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie (RS.311.039.2), édictée par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 387 al. 1bis CP.

1071 Message 2005b, p. 884 ; Rapport Commission, p. 4 s. Sur l'organisation et la composition de la commission spécialisée, voir art. 3 al. 2 de l'Ordonnance du 26 juin 2013 et, pour plus de détails, Rapport Commission, p. 6 s. ; Rohner, N. 570 ss et 587.

nouvelles expertises concluent que, grâce au traitement, la dangerosité de l'individu s'est notablement réduite et peut l'être encore au point qu'il ne représente plus de danger pour la collectivité, le tribunal qui a prononcé l'internement à vie ordonne sa levée et le remplace par une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 64*c* al. 3 et 5 CP ; cf. art. 59 ss CP). À ce stade, la personne peut bénéficier d'une libération aux conditions des art. 62 à 62*d* CP.

32 La notion de « **nouvelles connaissances scientifiques** » qui détermine la levée de l'internement à vie a abondamment nourri les débats, car, de l'avis unanime des parties prenantes à la concrétisation législative, la compatibilité de la mesure avec l'art. 5 CEDH en dépend en grande partie[1073]. Le comité d'initiative entendait sans doute cette expression au **sens objectif** de « nouveaux procédés curatifs pour le traitement de délinquants dangereux »[1074], méconnaissant ainsi les exigences de l'art. 5 CEDH[1075]. La jurisprudence strasbourgeoise à l'esprit, le Conseil fédéral considère dans son Message de 2005 que la question qui se pose est bien celle de savoir s'il existe de nouvelles méthodes thérapeutiques, mais que celles-ci doivent aussi prendre en compte les changements de la personne concernée, soit ceux de **nature subjective**[1076]. Au même paragraphe du Message, il qualifie aussi de « nouvelles connaissances scientifiques [...] toutes celles acquises par le biais de procédés méthodiques, qui concernent la nature dangereuse et (non) amendable du délinquant ayant mené à son internement »[1077]. Dès lors, il n'est pas évident de déterminer si, pour le Conseil fédéral, celles-ci peuvent concerner la dangerosité et l'amendabilité de manière indépendante ou si elles doivent uniquement porter sur l'amendabilité, laquelle aura éventuellement une incidence sur la dangerosité. Les trois versions linguistiques des Messages de 2001 concordent toutes sur le fait que l'examen porte sur la dangerosité et l'amendabilité[1078]. Dans le Message de 2005, la définition en français est identique, mais les versions allemande et italienne

1072.Message 2005b, p. 884 ; Rapport GT, p. 18. Cette décision est sujette à recours, conformément aux exigences de l'art. 5 par. 4 CEDH, voir *infra* N. 40.

1073.Message 2005b, p. 883 s. ; Rapport GT, p. 17 et 20 ; BO 2003 CN 282 (Ménetry-Savary). Après la concrétisation, voir arrêt S.2010.39 du BezGer Weinfelden du 7 octobre 2010 c. 29.4.

1074.Message 2001, p. 3283. Voir aussi Message 2001, p. 3288 ; Rapport GT, p. 20 ; Message 2005b, p. 886.

1075.Voir *infra* N. 40-44.

1076.Message 2005b, p. 886. Voir également, Rapport GT, p. 20 ; BO 2006 CE 549 s. (Blocher).

1077.Message 2005b, p. 886.

ne font plus mention que de l'amendabilité[1079]. Le doute que suscite la définition du gouvernement quant à savoir ce que recouvre précisément cette notion juridique indéterminée ne s'est pas dissipé avec les débats parlementaires[1080]. Il persiste à l'heure actuelle, puisque le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question.

33 Dans l'attente d'une décision des juges fédéraux, nous estimons que l'analyse dans le cadre des **art. 64*c* al. 1 à 3 CP** porte uniquement sur les évolutions de la personne internée à vie **en relation avec une forme de traitement**. En d'autres mots, l'examen porte sur la seule existence de connaissances scientifiques concernant la (non) amendabilité de la personne internée à vie qui permettent d'escompter des changements de sa nature extrêmement dangereuse[1081]. À notre sens, une définition plus large, qui inclurait toutes les modifications de la nature dangereuse de la personne, fait fi de la volonté du constituant et s'éloigne trop du texte des art. 123*a* al. 2 phr. 1 Cst. et 64*c* al. 1 à 3 CP en vidant de son sens littéral la notion de « nouvelles connaissances scientifiques »[1082]. Nous la rejetons aussi parce qu'elle est à rebours de la systématique légale. Elle empêche l'articulation des art. 64*c* al. 1 à 4 CP dans la mesure où, dans l'absolu, la vieillesse et la maladie mentionnées à l'alinéa 4 constituent aussi des changements influençant la nature dangereuse de la personne internée à vie, changements qui devraient être considérés sous l'angle des alinéas 1 à 3 si la notion de « nouvelles connaissances scientifiques » était interprétée extensivement.

34 À l'**art. 64*c* al. 4 CP**, le législateur prévoit – toujours dans un souci de conformité à l'art. 5 CEDH, mais en s'éloignant nettement de l'esprit de l'art.

1078 Message 2001, p. 3283 ; Message all. 2001, p. 3451 (« *die Gefährlichkeit und die (fehlende) Therapierbarkeit des Täters* ») ; Message ital. 2001, p. 3082 (« *la natura pericolosa dell'autore e la sua (in)adeguatezza alla terapia* »).

1079 Message 2005b, p. 886 ; Message all. 2005b, p. 907 (« *die Therapierbarkeit des lebenslänglich* ») ; Message ital. 2005b, p. 824 (« *l'idoneità o la refrattarietà alla terapia dell'autore* »).

1080 BO 2006 CE 546 (Bonhôte) ; BO 2006 CE 549 (Epiney) ; BO 2007 CN 1185 (Huber) ; BO 2007 CN 1187 (Menétrey-Savary) ; BO 2007 CN 1195 (Blocher).

1081 Dans ce sens, voir arrêt S.2010.39 du BezGer Weinfelden du 7 octobre 2010 c. 29.4 : « toutes les nouvelles connaissances obtenues par le biais de procédés méthodiques concernant l'amendabilité » (traduction libre de « alle neuen, durch methodisches Vorgehen erlangten Erkenntnisse betreffend die Therapierbarkeit »). Voir aussi BSK-Heer, N. 101 ad art. 64 CP. Sur la compatibilité de cet examen avec la CEDH, voir *infra*, N. 40, 45 et 47.

123*a* al. 2 phr. 1 Cst.[1083] – la possibilité pour la·e juge de libérer conditionnellement (cf. 64*a* CP), sans traitement préalable ou subséquent, la personne qui, à cause de son âge, d'une maladie grave ou pour une autre raison, ne représente plus de danger pour la collectivité[1084]. La question du traitement s'éclipse ainsi au profit de celle, plus large, de la **dangerosité**[1085]. L'interprétation de cet alinéa est pour l'heure incertaine, mais s'avère décisive pour l'ensemble du dispositif de levée de l'internement à vie dans la mesure où il s'agit d'une **voie de libération alternative** à celle prévue aux trois premiers alinéas[1086]. Pour la doctrine, que nous rejoignons, la clause générale de l'art. 64*c* al. 4 CP, qui prévoit la libération de la personne pour une « autre raison » n'est pas sans équivoque[1087].

35 L'avant-projet du Conseil fédéral faisait reposer la conformité du dispositif de l'art. 64*c* CP avec l'art. 5 CEDH sur l'interprétation extensive des « nouvelles connaissances scientifiques » et un art. 64*c* al. 4 AP-CP ne prévoyant que les deux variantes de la vieillesse et de la maladie grave[1088]. Au terme de la procédure de consultation, le gouvernement a inséré à l'alinéa 4 cette troisième « **autre raison** » de libération, car certaines des parties prenantes avaient estimé qu'à défaut, le texte serait contraire à l'art. 5 CEDH[1089]. Il n'est pas aisé de comprendre si, du point de vue du Conseil fédéral, la compatibilité des modalités de levée de l'internement à vie avec la CEDH est garantie par l'interprétation extensive des « nouvelles connaissances scientifiques » de l'art. 64*c* al. 1 CP, par l'ajout de la troisième variante à l'art. 64*c* al. 4 CP ou par les deux. L'exécutif n'a pas non plus précisé l'articulation entre le mécanisme

1082 Voir d'ailleurs Message 2005b, p. 886 (N. 2.4.4). Dans le même sens : BO 2003 CN 282 (Ménetry-Savary) qui parle d'« [...] une extension sémantique extrême qui s'apparente à un grand écart ».

1083 Voir *supra*, N. 30-32 ; BSK-Heer, N. 13 s. ad art. 64*c* CP ; Trechsel/Pauen Borer, N. 12 ad art. 64*c* CP.

1084 Message 2005b, p. 886 s.

1085 Message 2005b, p. 886 s. Voir aussi : BSK-Heer, N. 13 s. ad art. 64*c* CP ; Zermatten, N 414.

1086 Dans ce sens, Trechsel/Pauen Borer, N. 11 ad art. 64*c* CP.

1087 BSK-Heer, N. 13 ad art. 64*c* CP ; AK-Schaub/Manetsch-Imholz, N. 7 ad art. 64*c* CP ; Trechsel/Pauen Borer, N. 12 s. ad art. 64*c* CP ; HK-Wohlers, N. 3 ad art. 64*c* CP.

1088 Tableau AP GT, p. 11 ; Rapport GT, p. 20, 26, 37 s.

1089 Message 2005b, p. 887. Dans le même sens implicitement, « l'examen [en vertu de l'alinéa 4] doit toujours être possible lorsque les connaissances scientifiques concluent qu'il est hautement probable que la dangerosité de l'auteur a déjà disparu et qu'un traitement s'avère inutile » (cf. Message 2005b, p. 887). Voir également, PK-Trechsel/Pauen Borer, N. 13 ad art. 64*c* CP.

prévu aux alinéas 1 à 3 et celui institué par l'alinéa 4, ni leur portée respective. Il s'est contenté d'affirmer que les termes « pour une autre raison » permettent à l'autorité compétente de « demander au tribunal d'ordonner une libération conditionnelle lorsque, sur la base du rapport de la commission spécialisée selon l'alinéa 1, elle arrive à la conclusion que, même sans traitement préalable ou après le traitement 'à l'essai' au sens de l'alinéa 2, l'auteur ne présente plus de danger pour la société »[1090]. Au Parlement, les avis ont également divergé sur l'interprétation de cette clause, de sorte que l'incertitude demeure[1091]. Le Tribunal fédéral n'a, quant à lui, pas eu l'occasion de se prononcer sur la mise en œuvre de l'art. 64*c* al. 4 CP. Pour notre part, nous incluons dans l'« autre raison » de l'art. 64*c* al. 4 CP **tous les motifs envisageables de disparition subséquente de la dangerosité** de l'individu interné à vie.

Contrairement aux alinéas 1 à 3 de l'art. 64*c* CP, l'alinéa 4 ne détaille pas comment l'examen judiciaire de la libération conditionnelle est engagé[1092]. Cet examen peut, selon toute vraisemblance, être initié aussi bien à la demande de la personne internée qu'à l'initiative de l'autorité d'exécution[1093]. Le préavis de la **commission fédérale spécialisée** ne paraît pas nécessaire dans ce cadre[1094]. À teneur de la lettre des art. 123*a* al. 2 phr. 1 Cst., art. 64*c* al. 1 à 3 CP et de l'Ordonnance du 26 juin 2013 (cf. en particulier son titre et l'art. 2 let. a[1095]), cette commission a en effet pour seul mandat de se prononcer sur la question de l'existence d'un traitement pour l'individu en cause, soit sur son amendabilité[1096]. Toutefois, il n'est pas exclu qu'en procédant à cette analyse en application de l'art. 64*c* al. 1 CP, la commission constate que la personne 36

1090 Message 2005b, p. 887.

1091 BO 2006 CE 550 (Blocher) ; BO 2007 CN 1189 (Fluri) ; BO 2007 CN 1190 (Vischer) ; BO 2007 CN 1964 (Reinmann) ; BO 2007 CN 1964 (Blocher).

1092 L'art. 64*c* al. 4 CP renvoie uniquement à l'art. 64*a* CP, et non à l'art. 64*b* CP.

1093 AK-Schaub/Manetsch-Imholz, N. 7 ad art. 64*c* CP ; Trechsel/Pauen Borer, N. 11 ad art. 64*c* CP.

1094 Dans ce sens, BSK-Heer, N. 13 ad art. 64*c* CP ; Trechsel/Pauen Borer, N. 12 s. ad art. 64*c* CP. Voir aussi HK-Wohlers, N. 3 ad art. 64*c* CP, pour qui la réponse n'est pas claire.

1095 Voir aussi Rapport Commission, p. 4 s.

1096 Message 2001, p. 3283 s. ; Message 2005b, p. 884. Voir aussi BSK-Heer, N. 13 ad art. 64*c* CP, qui soutient que les commissions de dangerosité cantonales ou intercantonales (art. 62*d* al. 2, 64*b* al. 2 let. c et 75*a* CP) et la commission fédérale spécialisée (art. 64*c* al. 1 CP) sont des organes consultatifs de l'autorité d'exécution et n'ont pas à intervenir dans la procédure judiciaire. Sur les commissions de dangerosité cantonales ou intercantonales, voir not. Message 2022, p. 53 ; Rohner, N. 672 ss ; Zermatten/Freytag, p. 82 ss.

internée à vie n'est plus dangereuse[1097]. Dans un tel cas de figure, les art. 64*c* al. 2 et 3 CP ne trouvent pas à s'appliquer et l'autorité d'exécution saisit la·e juge sur la base de l'art. 64*c* al. 4 CP. Pour statuer sur la levée de l'internement à vie et la libération conditionnelle, le tribunal s'appuie sur deux expertises indépendantes et concordantes confirmant l'absence de dangerosité de la personne concernée (art. 64*c* al. 5 CP ; cf. ég. art. 64*a* CP)[1098].

37 Notre approche préconisant une interprétation large de l'« autre raison » de l'art. 64*c* al. 4 CP[1099] permet une **articulation logique de tous les alinéas de l'art. 64*c* CP** lorsque la personne n'est plus considérée comme « extrêmement dangereuse ». La levée de la mesure est envisageable dans **quatre cas de figure**. La **première** configuration est celle de la personne dont la dangerosité a déjà notablement diminué grâce à un traitement et peut encore diminuer. Sa mesure d'internement à vie sera levée et elle intègrera un établissement fermé dans le cadre d'une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des art. 59 à 61 CP, dont elle sera ensuite libérée aux conditions des art. 62 à 62*d* CP (art. 64*c* al. 1 à 3 *cum* al. 5 CP). La **deuxième** situation est moins évidente du fait de l'indistinction, à l'art. 64 al. 1bis CP, entre les personnes qui présentent des troubles mentaux de celles qui n'en souffrent pas. En effet, seul peut être « guéri »[1100] – et donc libéré – l'individu « malade », soit celui qui présente un trouble mental[1101]. Aussi, la personne qui répond à une thérapie mise en place en vertu des art. 64*c* al. 1 et 2 CP, mais qui n'était pas dangereuse en raison d'un trouble mental, ne peut pas suivre la voie prévue à l'art. 64*c* al. 3 CP, car elle ne remplit *a priori* pas les conditions pour le prononcé d'une mesure institutionnelle (cf. not. art. 59 CP). Bien que fragile, la seule possibilité que nous puissions imaginer pour passer cet obstacle et envisager la libération de cette personne est celle de l'art. 64*c* al. 4 hyp. 3 CP (*cum* al. 5 CP), en considérant que sa dangerosité a disparu pour une « autre raison ». De ce point de vue aussi, la question de la dangerosité doit nécessairement primer celle, subsidiaire, de l'amendabilité. La **troisième** hypothèse est celle de la personne qui n'est plus dangereuse du fait de la

1097. Message 2005b, p. 887 ; AK-Schaub/Manetsch-Imholz, N. 7 ad art. 64*c* CP.

1098. BSK-Heer, N. 14 ad art. 64*c* CP ; plus ambigu, Trechsel/Pauen Borer, N. 14. ad art. 64*c* CP. Sur les expertises, voir *infra*, N. 56-58.

1099. Voir *supra*, N. 35.

1100. Voir les versions allemande et italienne de l'art. 64*c* al. 1 CP : *geheilt ; curato*, traduit par « amendé » en français.

1101. Message 2001, p. 3278. Voir aussi Roth, 2008, p. 249 ss et 256 s.

vieillesse, d'une maladie grave ou de toute autre forme d'invalidité semblable et qui sera libérée aux conditions de l'art. 64*a* CP (art. 64*c* al. 4 *cum* al. 5 CP)[1102]. Le **quatrième** cas de figure – rare, mais théoriquement concevable – concerne l'individu interné à vie dont la non dangerosité constatée n'est pas imputable à l'effet d'un traitement ni à la dégradation de son état physique. Pour cet individu, l'unique moyen d'être libéré est de faire valoir, comme pour la personne dans la deuxième situation, l'existence d'une « autre raison » (art. 64*c* al. 4 hyp. 3 *cum* al. 5 CP)[1103].

Aucune des interprétations n'est parfaitement conforme à la volonté des initiant·es. Notre proposition apparaît toutefois à deux égards plus **solide sur le plan de la conventionnalité** que celle reposant sur une définition extensive des « nouvelles connaissances scientifiques », s'agissant du moins de l'art. 5 CEDH. 38

D'abord, si cette dernière interprétation peut participer à la compatibilité du dispositif prévu aux art. 64*c* al. 1 à 3 CP[1104] avec l'art. 5 CEDH, elle fait naître une **nouvelle difficulté** sous l'angle de cette dernière norme. La lecture *contra legem* proposée par le Conseil fédéral rend en effet l'application de l'art. 64*c* CP notablement plus incertaine. Or, selon la CourEDH, des dispositions recevant de la part des autorités internes des interprétations contradictoires qui s'excluent mutuellement ne satisfont pas à l'exigence de sécurité juridique posée par l'art. 5 par. 1 CEDH[1105]. En ne vidant pas la notion de « nouvelles connaissances scientifiques » de son sens littéral et en articulant les deux voies de libération prévues à l'art. 64*c* CP, notre proposition vise donc à garantir davantage de prévisibilité dans l'application de la disposition légale. 39

Ensuite, l'**art. 5 par. 4 CEDH** garantit le droit au contrôle, à bref délai et à intervalles réguliers, de la légalité de toute privation de liberté par un tribunal impartial et indépendant[1106]. À l'occasion de cet examen, qui constitue un 40

1102.Trechsel/Pauen Borer, N. 12 ad art. 64*c* CP ; BO 2005 CN 1964 (Blocher).

1103.Trechsel/Pauen Borer, N. 14 ad art. 64*c* CP, qui mentionnent une révélation religieuse ou une relation amoureuse à titre d'exemples. Voir aussi BSK-Heer, N. 1 ad art. 64*c* CP.

1104.Message 2001, p. 3283 s. et 3288 ; Message 2005b, p. 878, 883 s. et 886.

1105.Voir CourEDH *Nasroulloïev contre Russie*, nº 656/06, 11 octobre 2007, N. 77 ; CourEDH *Włoch contre Pologne*, nº 27785/95, 19 octobre 2000, N. 114 ss ; CourEDH *Ječius contre Lettonie*, nº 34578/97, 31 juillet 2000, N. 53 ss ; CourEDH *Winterwerp contre Pays-Bas*, nº 6301/73, 24 octobre 1979, N. 48 ss.

droit à part entière[1107], le tribunal doit vérifier si la peine ou la mesure satisfait toujours aux conditions de l'art. 5 par. 1 CEDH et ordonner, le cas échéant, la libération[1108]. De manière générale, c'est la situation de la personne dans sa globalité et au moment de l'examen qui est seule pertinente pour la·e juge qui contrôle la régularité d'une privation de liberté de durée indéterminée, dont le motif est susceptible d'évoluer avec le temps[1109]. La décision du tribunal se fonde notamment sur la personnalité et le comportement de l'individu, son état de santé mentale et sa dangerosité éventuelle[1110]. Plus précisément, la privation de liberté en vertu de l'art. 64 al. 1bis CP relève, selon les circonstances, du motif de l'art. 5 par. 1 let. a ou let. e CEDH, ou des deux à la fois[1111].

41 En matière de détention de sûreté, la·e juge examine en principe la situation des personnes qui ne présentent pas de troubles mentaux et ont été déclarées coupables sous l'angle de l'**art. 5 par. 1 let. a CEDH**[1112]. Parmi les critères présidant à l'analyse compte celui du lien de causalité suffisant entre la condamnation prononcée par le tribunal du fond et la privation de liberté[1113]. Ce lien se distend peu à peu avec le temps et peut finir par se rompre,

1106. CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, n^{os} 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 251 s. ; CourEDH GC *Khlaifia et autres contre Italie*, n° 16483/12, 15 décembre 2016, N. 131 ; CourEDH *Weeks contre Royaume-Uni*, n° 9787/82, 2 mars 1987, N. 58 ss.

1107. Voir CourEDH GC *Douiyeb contre Pays-Bas*, n° 31464/96, 4 août 1999, N. 57 ; CourEDH *Kolompar contre Belgique*, n° 11613/85, 24 septembre 1992, N. 45.

1108. CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, n^{os} 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 251 s. ; CourEDH GC *Khlaifia et autres contre Italie*, n° 16483/12, 15 décembre 2016, N. 128 et 131.

1109. CourEDH *Ruiz Rivera contre Suisse*, n° 8300/06, 18 février 2014, N. 59 s. ; CourEDH *Juncal contre Royaume-Uni*, n° 32357/09, 17 septembre 2013, N. 30 ; CourEDH *H.W. contre Allemagne*, n° 17167/11, 19 septembre 2013, N. 107 ; CourEDH GC *Kafkaris contre Chypre*, n° 21906/04, 12 février 2008, N. 58 ; CourEDH GC *Stafford contre Royaume-Uni*, n° 46295/99, 28 mai 2002, N. 65 et 87 ss ; CourEDH *Weeks contre Royaume-Uni*, n° 9787/82, 2 mars 1987, N. 46 ss et 58.

1110. CourEDH GC *Khlaifia et autres contre Italie*, n° 16483/12, 15 décembre 2016, N. 128 ; CourEDH *Ruiz Rivera contre Suisse*, n° 8300/06, 18 février 2014, N. 59 s. ; CourEDH *H.W. contre Allemagne*, n° 17167/11, 19 septembre 2013, N. 107 ; CourEDH, *Juncal contre Royaume-Uni*, n° 32357/09, 17 septembre 2013, N. 30.

1111. CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, n^{os} 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 126. Pour des précisions sur les recoupements entre les let. a et e de l'art. 5 par. 1 CEDH, voir CourEDH *Sy contre Italie*, n° 11791/20, 24 janvier 2022, N. 93 ss.

1112. CourEDH *W.A. contre Suisse*, n° 38958/16, 2 novembre 2021, N. 32 ; CourEDH, *M. contre Allemagne*, n° 19359/04, 17 décembre 2009, N. 87.

particulièrement si la décision de non élargissement se fonde sur une appréciation déraisonnable des objectifs poursuivis par la condamnation initiale[1114]. Le refus de libération peut aussi devenir incompatible avec la finalité de la sanction initiale lorsque la personne reste détenue « parce qu'il existe un risque qu'elle récidive alors qu'elle est, dans le même temps, privée des moyens nécessaires [...] pour lui permettre de démontrer qu'elle ne présente plus de danger »[1115]. Dans ces cas, une sanction à vie régulière à l'origine se mue en une privation de liberté incompatible avec l'art. 5 par. 1 let. a CEDH.

42 En ce qui concerne la personne « aliénée » au sens de l'**art. 5 par. 1 let. e CEDH**, dont les troubles mentaux ont motivé la privation de liberté, le tribunal doit en particulier s'assurer que ceux-ci persistent au jour de l'examen de la libération en considérant toute évolution éventuelle de sa santé mentale intervenue après le prononcé de la peine ou de la mesure. La privation de liberté visée à l'art. 5 par. 1 let. e CEDH est considérée comme arbitraire en l'absence de pareils troubles[1116]. Elle l'est tout autant si les troubles à l'origine de la condamnation ne font pas l'objet d'une prise en charge adéquate, et ce « même lorsque la maladie ou le trouble ne peut être guéri ou que la personne concernée n'est pas susceptible de répondre à un traitement »[1117].

1113. CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, n^os^ 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 144 ; CourEDH *Del Río Prada contre Espagne*, n° 42750/09, 21 octobre 2013, N. 124. Le Tribunal fédéral a repris la jurisprudence strasbourgeoise à de multiples occasions, voir not. : arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 2.1.1 ; arrêt 6B_157/2019 du 11 mars 2019 c. 3.1 ; arrêt 6B_823/2018 du 12 septembre 2018 c. 3.1; arrêt 6B_410/2017 du 19 octobre 2017 c. 2.1 ; arrêt 6B_1193/2013 du 11 février 2014 c. 6.3.1.

1114. CourEDH *Del Río Prada contre Espagne*, n° 42750/09, 21 octobre 2013, N. 124 ; CourEDH *H.W. contre Allemagne*, n° 17167/11, 19 septembre 2013, N. 102 ; CourEDH, *M. contre Allemagne*, n° 19359/04, 17 décembre 2009, N. 88.

1115. CourEDH *Klinkenbuss contre Allemagne*, n° 53157/1, 25 février 2016, N. 47 ; CourEDH *H.W. contre Allemagne*, n° 17167/11, 19 septembre 2013, N. 112. Voir *supra* N. 27.

1116. Voir parmi d'autres, CourEDH *Sy contre Italie*, n° 11791/20, 24 janvier 2022, N. 104 et 109 ; CourEDH GC *Denis et Irvine contre Belgique*, n^os^ 62819/17 et 63921/17, 1^er^ juin 2021, N. 135 et 139 ; CourEDH GC *Rooman contre Belgique*, n° 18052/11, 31 janvier 2019, N. 192 ; CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, n^os^ 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 127 ; CourEDH *Ruiz Rivera contre Suisse*, n° 8300/06, 18 février 2014, N. 60 ; CourEDH *H.W. contre Allemagne*, n° 17167/11, 19 septembre 2013, N. 107 ; CourEDH *Juncal contre Royaume-Uni*, n° 32357/09, 17 septembre 2013, N. 30 ; CourEDH GC *Kafkaris contre Chypre*, n° 21906/04, 12 février 2008, N. 58.

43 Le **mécanisme de levée de l'internement à vie** ne satisfait pas aux exigences de l'**art. 5 CEDH** si le réexamen est circonscrit à la seule question de l'amendabilité. Puisque les décisions de l'autorité d'exécution fondées sur les art. 64*c* al. 1 et 2 CP sont sujettes à recours, le problème n'est *a priori* pas tant celui de l'accès à un·e juge que celui de la restriction du pouvoir de cognition du tribunal (art. 5 par. 1 *cum* par. 4 CEDH). En limitant la notion de « nouvelles connaissances scientifiques » aux changements de la nature extrêmement dangereuse de la personne internée dus à un traitement, le dispositif prévu par les **trois premiers alinéas** ne laisse pas de marge de manœuvre suffisante au tribunal pour procéder à un contrôle conforme à la jurisprudence de la CourEDH[1118]. En revanche, avec la voie alternative prévue à l'**art. 64*c* al. 4 CP**, le mécanisme de libération tend davantage vers la compatibilité avec la CEDH[1119]. Le tribunal qui se prononce dans ce cadre a effectivement toute la latitude requise pour apprécier l'évolution de l'individu en cause (art. 5 par. 1 *cum* par. 4 CEDH).

44 En **résumé**, nous estimons que le mécanisme de levée de l'internement à vie viole l'art. 5 CEDH si l'on s'en tient à l'art. 123*a* al. 2 phr. 1 Cst. et à son pendant légal, les seuls art. 64*c* al. 1 à 3 CP[1120]. Sous réserve d'un problème de prévisibilité du droit[1121] qui ne peut être complètement résolu *de lege lata*,

1117. Voir *supra* N. 27. Voir, en particulier, CourEDH *Sy contre Italie*, nº 11791/20, 24 janvier 2022, N. 111 ss ; CourEDH GC *Rooman contre Belgique*, nº 18052/11, 31 janvier 2019, N. 193 et 208 ss ; CourEDH GC *Ilnseher contre Allemagne*, nºs 10211/12 et 27505/14, 4 décembre 2018, N. 139 ss ; CourEDH *Hutchison Reid contre Royaume-Uni*, nº 50272/99, 20 février 2003, N. 52 et 55. Voir aussi arrêt 2C_523/2021 du 25 avril 2023 c. 5.3 ; arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 2.1.1.

1118. À propos des inquiétudes quant à la marge d'appréciation du tribunal dans le cadre de l'art. 5 par. 4 CEDH, voir BO 2003 CN 279 (Mariétan).

1119. Dans le même sens, BSK-Heer, N. 13 s. ad art. 64*c* CP ; Kunz/Stratenwerth, p. 9 ss ; Trechsel/Pauen Borer, N. 11 ss ad art. 64*c* CP.

1120. Dans le même sens, BSK-Heer, N. 1, 4 ad art. 64*c* CP. Sur l'incompatibilité de l'art. 64*c* CP sans distinction entre les alinéas 1 à 3 et l'alinéa 4, BO 2003 CN 279 s. (Rechsteiner) ; Forster, p. 421 ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 35 ss ; Jeanneret/Kuhn, 2013, p. 4 s. ; Jeanneret/Kuhn, 2017, p. 76 s. ; Kunz/Stratenwerth, p. 9 ss ; CR-Queloz, N. 24 ad art. 64 al. 1bis CP ; HK-Wohlers, N. 2 ad art. 64*c* CP ; voir aussi la décision d'une large majorité de la Commission des affaires juridiques du Conseil national de proposer la non-entrée en matière sur le projet de mise en œuvre de l'art. 123*a* Cst. précisément pour cette raison (cf. BO 2007 CN 1185) ; plus nuancé : CR-Denys, N. 8 ad art. 123*a* Cst.

1121. Voir CourEDH GC *Khlaifia et autres contre Italie*, nº 16483/12, 15 décembre 2016, N. 92 ; CourEDH *Del Río Prada contre Espagne*, nº 42750/09, 21 octobre 2013, N. 125.

l'alinéa 4 constitue l'unique chance de « sauver » l'art. 64*c* CP sur le terrain de l'art. 5 CEDH, puisqu'il permet de lever l'internement à vie d'une personne qui n'est plus « extrêmement dangereuse », quelle qu'en soit la raison.

En vertu de l'**art. 3 CEDH**, toute sanction privative de liberté dont la durée est illimitée doit en outre être **compressible** *de jure* **et** *de facto,* c'est-à-dire que doivent exister, dès son prononcé, une possibilité de réexamen et des chances d'élargissement[1122]. D'une part, la peine ou la mesure à vie doivent être soumises à un **réexamen** périodique permettant à l'autorité compétente de rechercher si, en cours d'exécution, l'individu a tant évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne justifie plus son maintien en détention[1123]. Selon la CourEDH, il est contraire à la dignité humaine qu'un « châtiment demeure immuable [...] quoi que fasse l'individu ou aussi exceptionnels que puissent être ses progrès sur la voie de l'amendement »[1124]. Tout en laissant une ample marge d'appréciation aux États s'agissant des modalités du réexamen, la CourEDH précise qu'elles doivent refléter sa jurisprudence pertinente[1125] et présenter un degré suffisant de clarté et de certitude[1126]. Ainsi, chaque personne condamnée à vie a le droit de savoir, dès le prononcé de sa sanction, ce qu'elle doit faire pour que sa libération soit envisagée et quelles en sont les conditions[1127]. La personne 45

1122. Voir not. CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 168 ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 99 ss ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 102 ss ; CourEDH GC *Kafkaris contre Chypre*, n° 21906/04, 12 février 2008, N. 97 s. Voir aussi, arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1.

1123. CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 99 ss ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 119 ss et opinion concordante de la juge Power Ford, p. 58 ; voir aussi arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1. Figurent au nombre des motifs propres à justifier une sanction privative de liberté les impératifs de châtiment, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion : voir CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 100 s. ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 111 ; CourEDH *Tyrer contre Royaume-Uni*, n° 5856/72, 25 avril 1978, N. 30 s.

1124. CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 112.

1125. À cet égard, la Cour a constaté qu'il se dégageait des éléments de droit comparé et de droit international une nette tendance en faveur de l'instauration d'un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après le prononcé de la peine perpétuelle, puis de réexamens périodiques par la suite : voir CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 100 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 68, 118 ss et 128.

concernée a notamment le droit de connaître le moment où un premier réexamen aura lieu ou pourra être sollicité[1128]. D'autre part, l'art. 3 CEDH exige de l'État qu'il offre à toutes les personnes condamnées à perpétuité de **réelles perspectives d'élargissement** de leur sanction[1129]. La jurisprudence strasbourgeoise estime que le respect de la dignité humaine « empêche de priver une personne de sa liberté par la contrainte sans œuvrer en même temps à sa réinsertion et sans lui fournir une chance de recouvrer un jour cette liberté »[1130]. En plus de l'obligation positive d'assurer l'existence de conditions de détention et de dispositifs, mesures ou traitements propres à permettre l'amendement des personnes condamnées à vie[1131], il semblerait – au vu de certains arrêts de la CourEDH – que les États doivent aussi prévoir, en tant qu'outil favorisant l'amendement, un mécanisme de libération conditionnelle pour toutes les personnes détenues[1132]. La libération pour de seuls motifs humanitaires, tels que l'âge ou la maladie grave, est insuffisante aux fins de la compressibilité[1133] et statistiquement rare en Suisse[1134].

46 Le dispositif de levée de l'internement à vie de l'art. 64*c* CP ne satisfait pas aux exigences de la CourEDH sur le terrain de l'art. 3 CEDH[1135] déjà parce

1126. CourEDH *László Magyar contre Hongrie*, n° 73593/10, 13 octobre 2014, N. 57 ; CourEDH *Harakchiev et Tolumov contre Bulgarie*, n^{os} 15018/11 et 61199/12, 8 juillet 2014, N. 255, 257 et 262 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 125 et 129.

1127. CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 168 ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 99 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 104 ss et 122 ss. Voir aussi arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.5.2.

1128. CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 168 ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 100 et 103 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 122.

1129. CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 168 ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 100 et 103 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 113 et 122. Voir aussi arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1.

1130. CourEDH *Marcello Viola contre Italie (n° 2)*, n° 77633/16, 13 juin 2019, N. 113 et 136. Voir aussi CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 168 ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 101 ss ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 113 et 122.

1131. CourEDH *Marcello Viola contre Italie (n° 2)*, n° 77633/16, 13 juin 2019, N. 108 et 113 ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 104 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 115 ss. Voir aussi arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.1.

qu'il ne présente **pas un degré suffisant de clarté** vu les difficultés d'interprétation qu'il suscite. Ces doutes substantiels sont, de la même manière que pour l'art. 5 CEDH[1136], en tant que tels problématiques au regard de l'art. 3 CEDH[1137].

De plus, contrairement au résultat auquel il est possible d'aboutir sous l'angle de l'art. 5 CEDH, nous estimons que l'incompatibilité du droit suisse avec l'art. 3 CEDH persistera, quelle que soit l'interprétation du droit interne qui pourrait, à terme, être privilégiée. La notion de « nouvelles connaissances scientifiques », autour de laquelle s'articule la voie des **art. 64*c* al. 1 à 3 CP**, ne permet pas de déterminer dans quel délai le premier réexamen puis les suivants interviendront. L'existence d'un nouveau traitement influençant l'amendabilité de la personne est une occurrence aléatoire, sans ancrage temporel, qui ne reflète aucunement la jurisprudence pertinente de la 47

1132. Voir CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 99 ss et opinion en partie concordante du juge Pinto de Albuquerque, N. 13 ss ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 113 ss ; CourEDH GC *Kafkaris contre Chypre*, n° 21906/04, 12 février 2008, N. 100 ss et opinion partiellement dissidente commune aux juges Tulkens et al., N. 4. Voir aussi CourEDH *Petukhov contre Ukraine (n° 2)*, n° 41216/13, 9 septembre 2019, N. 181 ; CourEDH GC *Khamtokhu et Aksenchik contre Russie*, n^os^ 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017, N. 86 et opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, N. 27 ; CourEDH GC *Khoroshenko contre Russie*, n° 41418/04, 30 juin 2015, N. 121. À propos de la mise en relation de ces exigences avec les art. 90 al. 4^ter^ et 84 al. 6^bis^ CP, voir *supra* N. 27.

1133. CourEDH *Boltan contre Turquie*, n° 33056/16, 12 février 2019, N. 41 ss ; CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 100 ; CourEDH *Öcalan contre Turquie (n° 2)*, n^os^ 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18 mars 2014, N. 203 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 127.

1134. Urwyler, p. 209, 278 et 331 ss.

1135. À la différence du mécanisme de libération conditionnelle de l'internement ordinaire (cf. art. 64*a* et 64*b* CP), que le Tribunal fédéral a jugé compatible avec l'art. 3 CEDH dans l'arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 5.5.2.

1136. Voir *supra* N. 44.

1137. Voir not. CourEDH GC *Murray contre Pays-Bas*, n° 10511/10, 26 avril 2016, N. 99 ; CourEDH *Bodein contre France*, n° 40014/10, 13 novembre 2014, N. 55 ; CourEDH GC *Vinter et autres contre Royaume-Uni*, n^os^ 66069/09, 130/10 et 3896/10, 9 juillet 2013, N. 122. Voir, dans le même sens, Hottelier, p. 52 ; Jeanneret, p. 1 ; Jeanneret/Kuhn, 2012, p. 37 ; Jeanneret/Kuhn 2013, N. 28 ; Jeanneret/Kuhn, 2017, p. 78 ss ; plus nuancé : CR-Denys, N. 23 ad art. 123*a* Cst. ; CR-Queloz/Balçin-Renklicicek, N. 20, 20b ad art. 64*c* CP. Dans l'ATF 141 IV 423 c. 4.3.6, la position doctrinale à laquelle se réfère le Tribunal fédéral est antérieure à l'arrêt *Vinter contre Royaume-Uni* et porte uniquement sur la question de l'examen de l'art. 5 CEDH (voir Trechsel, 2012, p. 243 s.).

CourEDH. Même si une peine privative de liberté est prononcée conjointement (cf. art. 57 al. 1 et 64 al. 2 phr. 1 CP), la personne condamnée à l'internement à vie ne peut pas connaître d'emblée le moment où sa mesure sera contrôlée et se voit contrainte de passer un nombre indéterminé d'années en détention sans aucune indication concrète quant aux possibilités de réexamen et, partant, à ses perspectives d'élargissement. En effet, il nous semble difficile de déduire l'existence d'un tel délai de l'art. 64*c* al. 6 CP, qui prévoit certes que la levée de l'internement à vie « a lieu au plus tôt lorsque l'auteur a purgé deux tiers de sa peine ou quinze ans de la peine en cas de condamnation à vie », mais ne signifie pas encore que la fin de la mesure, dont les conditions diffèrent de celles de la peine, sera examinée à cette occasion. En outre, étant donné que les possibilités de libération de l'art. 64 al.1bis CP dépendent de la seule question de l'existence d'un nouveau traitement, elles échappent très largement au pouvoir de la personne internée à vie comme à celui des autorités d'exécution. Les efforts déployés en vue d'une libération peuvent ainsi apparaître vains et la sanction sans issue. En somme, la condition des « nouvelles connaissances scientifiques » fait basculer l'internement à vie du côté des sanctions incompressibles en restreignant excessivement tant la possibilité de réexamen que les perspectives d'élargissement[1138]. Notre interprétation de l'**art. 64*c* al. 4 CP** ne garantit pas davantage la compatibilité sous l'angle de l'art. 3 CEDH. L'examen global de la (non) dangerosité de la personne offre des perspectives concrètes d'élargissement, dès lors que la libération ne se limite pas à des raisons humanitaires[1139]. Toutefois, faute d'un délai légal de réexamen portant spécifiquement sur la levée de l'internement à vie, il demeure impossible pour la personne condamnée de savoir, au jour de sa condamnation, à quel moment une autorité contrôlera que la mesure demeure justifiée.

48 En conclusion, vu les conditions inadéquates de levée de l'internement à vie posées par l'art. 123*a* al. 2 phr. 1 Cst., **aucune solution** de mise en œuvre ne peut être pleinement satisfaisante[1140]. Notre manière de procéder nous apparaît comme la plus à même de conférer une certaine cohérence globale au dispositif de levée de l'internement à vie prévu à l'art. 64*c* CP et, après avoir constaté que l'art. 123*a* al. 2 phr. 1 Cst. est irrémédiablement

1138.Voir CourEDH *Marcello Viola contre Italie (n° 2)*, n° 77633/16, 13 juin 2019, N. 137.
1139.Voir *supra* N. 45.
1140.Voir aussi Résumé Consultation, p. 8 ; BSK-Göksu, N. 3 ad art. 123*a* Cst.

incompatible avec la CEDH, de tenir compte au mieux des enjeux de conventionnalité. En revanche, cette approche s'écarte de la volonté populaire dès lors qu'elle permet la libération d'une personne internée qui ne serait plus dangereuse (art. 64*c* al. 4 hyp. 3 CP *cum* art. 64*a* CP), même en l'absence de « nouvelles connaissances scientifiques permett[a]nt d'établir que le délinquant peut être amendé » (art. 123*a* al. 1 phr. 1 Cst.)[1141].

E. Alinéa 2 phrase 2 : responsabilité de l'autorité prononçant la levée de l'internement

Selon l'art. 123*a* al. 2 phr. 2 Cst., l'autorité qui prononce la levée de l'internement au vu des nouvelles expertises est **responsable en cas de récidive** (cf. art. 64*c* al. 5 CP). 49

L'initiative tend en premier lieu à instaurer une **responsabilité de l'État**. Au sein du groupe de travail « internement », les deux anciennes membres du comité d'initiative ont fait valoir que la lettre du texte constitutionnel prévoyait clairement la « responsabilité de l'autorité », ce qui impliquerait « moins de réparer sur le plan financier que d'obliger ceux qui ont pris la décision de libérer l'auteur à supporter les conséquences de cette décision »[1142]. Suivant la grande majorité du groupe de travail[1143], le Conseil fédéral a toutefois considéré que la notion de responsabilité était juridiquement claire et ne pouvait être comprise que dans le sens d'une « prestation en dommages-intérêts pour les conséquences patrimoniales » (cf. art. 41 ss CO)[1144]. 50

La responsabilité de l'État a été concrétisée à l'art. 380*a* al. 1 CP sous la forme d'une **responsabilité de droit public causale**, à savoir indépendante d'une faute d'un·e agent·e lors de la levée de l'internement à vie[1145]. La responsabilité de la collectivité publique est ainsi engagée lorsque l'une des autorités qui lui est rattachée lève un internement à vie ou accorde la libération conditionnelle à une personne internée à vie et que cette dernière 51

1141. Dans le même sens, BSK-Heer, N. 13 ad art. 64*c* CP.
1142. Rapport GT, p. 27 ; Message 2005b, p. 889.
1143. Rapport GT, p. 27.
1144. Message 2005b, p. 889 ss. Voir également, BO 2006 CE 551 (Epiney et Blocher).
1145. Rapport GT, p. 27 s. ; Message 2005b, p. 889 ss ; BSK-Göksu, N. 13 ad art. 123*a* Cst. Sur la première analyse du Conseil fédéral de cette forme de responsabilité, Message 2001, p. 3286 (responsabilité causale fondée sur un acte illicite de l'agent·e).

commet à nouveau l'un des crimes visés à l'art. 64 al. 1bis CP[1146]. La récidive est ainsi entendue dans son acception spéciale[1147]. La procédure est régie, selon la collectivité concernée, par les lois cantonales en matière de responsabilité de l'État ou par la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (LRCF)[1148]. Seule la collectivité publique – fédérale ou cantonale – répond du dommage[1149], à l'exclusion de l'autorité qui a rendu la décision, dépourvue de la personnalité juridique[1150]. La commission fédérale spécialisée n'exerçant qu'une fonction consultative[1151], ses conclusions n'entraînent pas une responsabilité de la Confédération[1152].

52 La responsabilité de l'État n'exclut pas la **responsabilité civile de la personne qui a récidivé** (art. 41 ss CO)[1153]. La personne lésée bénéficie ainsi d'un concours d'actions à l'encontre de la collectivité publique et de l'individu récidiviste. En vertu de l'art. 380*a* al. 2 CP, les dispositions du Code des obligations sur les actes illicites s'appliquent, à titre de droit public supplétif[1154], au recours de la collectivité publique recherchée contre l'auteur·rice du crime (art. 51 CO) ainsi qu'à la prescription de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral (art. 60 CO)[1155].

53 L'art. 380*a* CP protège les **membres de l'autorité** qui ont prononcé la levée de l'internement à vie de toute action directe de la victime du dommage[1156]. À teneur de l'alinéa 3, la collectivité recherchée dispose toutefois d'une action récursoire, régie par le droit cantonal ou par la LRCF, contre ses agent·es[1157].

54 Selon le Message de 2001, le texte de l'initiative omet de préciser le type de responsabilité visée, de sorte qu'il conviendrait de partir du principe que les

1146. Pour plus de détails, voir CR-Chanson/Viredaz, N. 5 ad art. 380*a* CP.
1147. Rapport GT, p. 29 ; Message 2005b, p. 890 ; BSK-Göksu, N. 13 ad art. 123*a* Cst. ; SG Komm-Vest, N. 39 ad art. 123*a* Cst.
1148. RS 170.32. CR-Chanson/Viredaz, N. 7 ad art. 380*a* CP.
1149. Message 2005b, p. 889 s. ; CR-Chanson/Viredaz, N. 11 ad art. 380*a* CP.
1150. Message 2005b, p. 890. Voir également, Rapport GT, p. 27, 29.
1151. Voir *supra* N. 31.
1152. Message 2005b, p. 890. Voir également, Rapport GT, p. 29.
1153. Rapport GT, p. 30.
1154. Rapport GT, p. 30 s.
1155. Message 2005b, p. 891. Pour plus de détails, voir CR-Chanson/Viredaz, N. 15 ss ad art. 380*a* CP ; BSK-Heer, N. 12 ss ad art. 380*a* CP ; CR-Werro, N. 7, 10 art. 51 CO.
1156. Message 2005b, p. 890. Voir également, Rapport GT, p. 30.

initiant·es envisageaient non seulement la responsabilité civile, mais également pénale[1158]. La **responsabilité pénale** des membres de l'autorité qui ordonne la libération (conditionnelle) serait couverte par les dispositions de la partie spéciale du Code pénal, en particulier les infractions d'homicide par négligence (art. 117 CP) ou de lésion corporelle grave par négligence (art. 125 al. 1 et 2 CP)[1159]. À la suite de l'adoption de la norme constitutionnelle, cette forme de responsabilité n'est plus mentionnée par le Conseil fédéral dans son Message de 2005[1160] et n'a fait l'objet d'aucune discussion au Parlement. À juste titre, la doctrine s'accorde à dire que la responsabilité visée à l'art. 123*a* al. 2 phr. 2 Cst. n'est pas de nature pénale[1161].

Sur le **plan conventionnel**, les obligations procédurales résultant de l'art. 2 CEDH n'imposent pas le versement d'une indemnité par l'État à une victime sur la base d'une responsabilité objective en cas de récidive d'une personne au bénéfice d'un allégement de peine ou d'une libération conditionnelle[1162]. Elles ne s'opposent pas non plus à faire dépendre d'un dol ou d'une faute grave la responsabilité des membres d'une autorité statuant sur des mesures d'élargissement de la détention[1163]. En revanche, l'art. 2 CEDH comprend l'obligation positive de l'État d'établir l'éventuelle responsabilité de ces agent·es si, en liberté, l'individu condamné à perpétuité commet une nouvelle infraction grave[1164]. La procédure ouverte contre ces agent·es ne doit pas nécessairement être de nature pénale ; elle peut aussi être civile ou disciplinaire[1165]. 55

1157. Message 2005b, p. 892. Voir également, Rapport GT, p. 31. Pour plus de détails, voir BSK-Heer, N. 16 ad art. 380*a* CP.

1158. Message 2001, p. 3285.

1159. Message 2001, p. 3286, lequel mentionne l'affaire dite du « Zollikerberg » qui s'est terminée par un acquittement de plusieurs fonctionnaires poursuivi.es pour homicide par négligence.

1160. Message 2005b, p. 889 ss.

1161. BSK-Göksu, N. 11 ad art. 123*a* Cst. ; Trechsel, 2004, N. 55 ; SG Komm-Vest, N. 36 ad art. 123*a* Cst.

1162. CourEDH GC *Mastromatteo contre Italie*, nº 37703/97, 24 octobre 2002, N. 95.

1163. CourEDH GC *Mastromatteo contre Italie*, nº 37703/97, 24 octobre 2002, N. 95.

1164. CourEDH *Maiorano et autres contre Italie*, nº 28634/06, 15 décembre 2009, N. 130.

1165. CourEDH *Maiorano et autres contre Italie*, nº 28634/06, 15 décembre 2009, N. 128. Pour une présentation détaillée de ces deux arrêts de la CourEDH, voir Dourneau-Josette/Tulkens, p. 704 s.

F. Alinéa 3 : exigences relatives aux expertises

56 À teneur de l'art. 123*a* al. 3 Cst., toute expertise concernant la personne qui risque l'internement à vie est « établie par au moins **deux expert·es indépendant[·e]s** qui prennent en considération tous les éléments pertinents ». À l'appui des versions allemande et italienne, plus précises que la version française, l'on peut retenir que les initiant·es souhaitaient que deux expert·es expérimenté·es (*erfahrene Fachleute* ; *periti esperti*) et indépendant·es l'un·e de l'autre (*voneinander unabhängig* ; *reciprocamente indipendenti*) établissent deux expertises complètes concernant l'individu en cause[1166].

57 L'**art. 56 al. 4bis CP retranscrit l'essentiel** de l'art. 123*a* al. 3 Cst. dans la loi[1167]. Le législateur a renoncé à insérer dans le Code pénal les compétences attendues des expert·es[1168]. Dans son Message de 2005, le Conseil fédéral précise toutefois que les expert·es sollicité·es doivent être des spécialistes de la psychiatrie forensique, de l'évaluation pronostique judiciaire et du traitement des auteur·rices d'infractions graves contre l'intégrité physique ou sexuelle[1169]. En revanche, par rapport au texte constitutionnel, l'art. 56 al. 4bis CP **ajoute la condition de l'indépendance des expert·es par rapport à la personne évaluée**, en ce sens que les premier·ères ne doivent pas avoir traité la seconde ni s'en être occupé·es d'une quelconque manière[1170]. En pratique, le nombre réduit d'expert·es et le long parcours criminel des personnes risquant l'internement à vie compliquent la mise en œuvre de cette exigence.

58 Selon le **Message de 2005**, si les deux expertises ne doivent pas nécessairement concorder sur tous les points, elles ne sauraient toutefois contenir de contradictions fondamentales à propos des conclusions

1166. Message 2001, p. 3285 ; Message 2005b, p. 879. Sur la qualité de l'expertise, voir notamment arrêt 6B_580/2021 du 22 septembre 2021 c. 2 (particulièrement intéressant sur les critères à teneur desquels le renouvellement d'une expertise se justifie en raison de l'écoulement du temps).

1167. Rapport GT, p. 22.

1168. Message 2005b, p. 879 s. Voir également Rapport GT, p. 22.

1169. Message 2005b, p. 881 (avec une liste plus détaillée des conditions). Le Conseil fédéral partageait les craintes des milieux spécialisés à propos des difficultés à trouver, à moyen terme, des experts suffisamment qualifiés pour chaque cas (cf. Message 2005b, p. 880 ; Message 2001, p. 3285). A ce propos, voir également Trechsel, 2004, N. 31 ss ; Rapport GT, p. 22 s.

1170. BO 2006 CE 548 (Epiney).

concernant le prononcé de l'internement à vie. En cas de divergence entre les expert·es, le tribunal dispose de la possibilité de demander un troisième avis, puisque l'art. 123*a* al. 3 Cst., repris à l'art. 56 al. 4bis CP, dispose que la·e juge se fonde sur « au moins » deux expertises indépendantes[1171]. La **jurisprudence** a précisé que le prononcé de l'internement à vie exigeait d'obtenir de la part de ces deux expert·es des avis clairs, indiscutables et convergents quant à l'incurabilité à vie de la personne[1172]. À teneur des arrêts publiés à fin mars 2025, quelques expert·es ont conclu au fait que l'individu en question était véritablement inaccessible à un traitement sa vie durant[1173]. Les conditions très restrictives posées par le Code pénal[1174], reprises de la norme constitutionnelle, pour prononcer cette mesure, singulièrement la demande aux expert·es de prédire une « impossibilité de traitement à vie »[1175], devraient néanmoins avoir pour conséquence que l'internement à vie ne sera que très rarement, si ce n'est jamais, appliqué[1176].

La **levée de la mesure** nécessite également l'établissement de deux expertises, répondant aux mêmes exigences (cf. art. 64*c* al. 5 CP)[1177]. 59

À propos

Justine Barton est doctorante au Département de droit pénal de l'Université de Genève et effectue en parallèle son stage d'avocate. Elle est titulaire d'un Bachelor en droit (2015), d'un Master en droit général (2017) et d'un Certificat de spécialisation en matière d'avocature (2017) de l'Université de Genève. Ses recherches et sa pratique se partagent principalement entre droit pénal et droits fondamentaux.

Fabio Burgener est doctorant et assistant au Département de droit pénal de l'Université de Genève. Il est titulaire d'un Bachelor en droit de l'Université de

1171. Message 2005b, p. 880.

1172. Arrêt 6B_35/2017 du 26 février 2018 c. 8.5.

1173. Les deux expertises dans la procédure dirigée contre « Mike A. » et l'une des deux expertises dans celles ouvertes contre « Claude D. » et « Fabrice A. » (cf. *supra* N. 9 n. 34, 35 et 38 pour les références).

1174. Voir *supra* N. 21-27.

1175. L'expression est empruntée à l'ancien Conseiller fédéral Christophe Blocher (BO 2006 CE 547 : « *lebenslängliche Untherapierbarkeit* ») et reprise par le Tribunal fédéral dans ATF 140 IV 1 c. 3.2.2, JdT 2014 IV p. 271 et CR-Denys, N. 12 ad art. 123*a* Cst.

1176. BO 2006 CE 547 (Blocher) ; CR-Denys, N. 16 ad art. 123*a* Cst.

1177. Message 2005b, p. 887 ; CR-Denys, N. 10 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Göksu, N. 13 ad art. 123*a* Cst. ; BSK-Heer, N. 14 ad art. 64*c* CP. Sur le processus de libération, voir *supra* N. 30-37.

Genève (2013), d'un Master bilingue en droit civil et pénal des Universités de Genève et de Bâle (2016) et d'un Certificat de spécialisation en matière d'Avocature (2015). Il est en outre inscrit au Barreau de Genève, exerce au sein de l'Étude Keppeler Avocats et est membre de la Commission de droit pénal de l'Ordre des avocats de Genève. Ses recherches et sa pratique portent principalement sur le droit pénal matériel et la procédure pénale.

RECOMMANDATIONS DE LECTURE

Boos Susan, Auge um Auge, Die Grenzen des präventiven Strafens, Zurich 2022.

Carrère Emmanuel, L'adversaire, Paris 2000.

Foucault Michel, Contre les peines de substitution, Libération du 18 septembre 1981, p. 5, suivi de Punir est la chose la plus difficile qui soit, Témoignage chrétien du 28 septembre 1981, p. 30, reproduits in Dits et écrits II, 1976-1988, Paris 2001, p. 1024 ss.

Helmer Étienne, Aux frontières de la cité : les incurables de Platon, Philosophie antique 2017, n° 17, p. 125 ss.

Nietzsche Friedrich, Zur Genealogie der Moral : Eine Streitschrift, Leipizig 1887 (en particulier : Zweite Abhandlung : « Schuld », « schlechtes Gewissen » und Verwandtes).

Sureau François, Le chemin des morts, Paris 2013.

Weber Hartmut/Scheerer Sebastian (édit.), Leben ohne Lebenslänglich, Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, Bielefeld 1988.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

Albrecht Peter, Wirklich lebenslänglich?, in : Kuhn André/Margot Pierre/Aebi Marcelo F./Schwarzenegger Christian/Donatsch Andreas/Jositsch Daniel (édit.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias, Berne 2013, p. 809 ss.

Auroux Sylvain (dir.), Les notions philosophiques, Dictionnaire, tome 1, in : Jacob André (édit.), Encyclopédie philosophique universelle, vol. II, Paris 1990.

Belser Eva Maria/Molinari, art. 7 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017.

Bommer Felix, Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System, in : Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 15 ss.

Casadamont Guy/Poncela Pierrette, Il n'y a pas de peine juste, Paris 2004.

Chanson François/Viredaz Baptiste, art. 380*a* CP, in : Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017.

Denys Christian, art. 123*a* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dourneau-Josette Pascal/Tulkens Françoise, La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, Déviance et Société 2010, p. 691 ss.

Dreuille Jean-François, Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion, Jurisprudence. Revue critique 2012, p. 149 ss.

Dubé Richard, La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des expectatives normatives, *Droit et société* 2012, p. 659 ss.

Dubey Jacques, art. 7 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dubey Jacques, art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Dyer Andrew, (Grossly) Disproportionate Sentences : Can Charters of Rights Make a Difference ?, Monash University Law Review 2017, p. 195 ss.

Ehrenzeller Bernhard/Nobs Roger, art. 139 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2023.

Forster Marc, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123*a* BV, AJP/PJA 2004, p. 418 ss.

Garcia Margarida, Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel, Champ pénal 2007, p. 1 ss.

Göksu Tarkan, art. 123*a* Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Graven Jean, Peut-on se passer de la peine de mort ?, Coimbra 1967.

Heer Marianne, art. 64 CP, N. 101 à 134, art. 64*c* CP et art. 380*a* CP, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

Heer Marianne/Habermeyer Elmar, art. 64 CP, N. 1 à 100a, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

Heer Marianne, Lange Strafen und Längere Verwahrungen, Ein Überblick über das geltende und das künftige Recht, in : Dittmann Volker/Kuhn André/Maag Renie/Wiprächtiger Hans (édit.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Coire/Zurich 2002, p. 171 ss (cité : Heer, 2002).

Hodgkinson Peter, Les alternatives à la peine de mort – l'expérience du Royaume-Uni, in : Conseil de l'Europe (édit.), Peine de mort, Après l'abolition, Strasbourg 2004, p. 165 ss.

Hottelier Michel, Au cœur du droit pénal, la protection de la dignité humaine, Plaidoyer 8/2016, p. 51 ss.

Jacquemoud Camilla, Les initiants et leur volonté, La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire, Fribourg 2022.

Jaquier Véronique/Vuille Joëlle, Les femmes et la question criminelle, Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires, Zurich/Genève 2019.

Jeanneret Yvan, Éditorial, forumpoenale 2015, p. 1.

Jeanneret Yvan/Kuhn André, De la peine de mort à la peine de mort sociale, RJN 2012, p. 15 ss (cité : Jeanneret/Kuhn, 2012).

Jeanneret Yvan/Kuhn André, L'internement à vie devant le Tribunal fédéral : l'indépendance et le courage de la Haute Cour à l'honneur, Jusletter 16 décembre 2013 (cité : Jeanneret/Kuhn, 2013).

Jeanneret Yvan/Kuhn André, L'enseignement à vie *vs.* l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !, in : Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 73 ss (cité : Jeanneret/Kuhn, 2017).

Jung Anne, De Carl Stooss à l'internement à vie – la dérive sécuritaire des mesures en Suisse, Déviance et Société 2010/4, p. 571 ss.

Killias Martin/Aebi Marcelo F./Kuhn André, Précis de criminologie, 4e éd., Berne 2019.

Kuhn André, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, RPS/ZStrR 2017, p. 235 ss.

Kunz Karl-Ludwig/Stratenwerth Günter, Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung", RPS/ZStrR 2005 p. 2 ss.

Languin Noëlle/Kellerhals Jean/Robert Christian-Nils, L'art de punir, Les représentations sociales d'une « juste » peine, Genève 2006.

Ludwiczak Glassey Maria/Roth Robert/Thalmann Vanessa, art. 56 et 57 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Marti Irène, Doing Indefinite Time, An Ethnography of Long-Term Imprisonment in Switzerland, Cham 2023.

Mereu Italo, La mort comme peine, traduction et adaptation par Rossi Madeleine, 3e éd., Bruxelles 2012.

Pires Alvaro P., La « ligne Maginot » en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince, Revue de droit pénal et de criminologie 2001, p. 145 ss (cité : Pires, 2001a).

Pires Alvaro P., La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique, Sociologie et sociétés 2001, p. 179 ss (cité : Pires, 2001b).

Pires Alvaro P., Droits de la personne et peines radicales : comment concilier l'inconciliable, Journal des tribunaux (Belgique) 2012, p. 614 s. (cité : Pires, 2012a).

Pires Alvaro P., Les peines radicales : construction et « invisibilisation » d'un paradoxe, introduction originale in : Mereu Italo, La mort comme peine, traduction et adaptation par Rossi Madeleine, 3e éd., Bruxelles 2012, p. 9 ss (cité : Pires, 2012b).

Pires Alvaro P., La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle, in : Debuyst Christian/Digneffe Françoise/Pires Alvaro P. (dir.), Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome 2, Bruxelles 2016, p. 21 ss (cité : Pires, 2016).

Pires Alvaro P./Garcia Margarida, Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in : Cartuyvels Yves/Dumont Hugues/Ost François/van de Kerchove Michel/van Drooghenbroeck Sébastien (dir.), Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?, Bruxelles 2007, p. 291 ss.

Queloz Nicolas, art. 59 CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Queloz Nicolas/Balçin-Renklicicek Belkiz, art. 64, 64 al. 1bis et 64*c* CP, in : Moreillon Laurent/Queloz Nicolas/Macaluso Alain/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Rohner Barbara, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62*d* Abs. 2 StGB, Zurich/Bâle/Genève 2016.

Robert Roth, Pratiques pénitentiaires et théorie sociale : L'exemple de la prison de Genève (1825-1862), Genève/Paris 1981 (cité : Roth, 1981).

Roth Robert, Nouveau droit des sanctions : premier examen de quelques points sensibles, RPS/ZStrR 2003, p. 1 ss (cité : Roth, 2003).

Roth Robert, Mesures de sûreté et nouveau droit : confirmations, évolutions et paradoxes, RPS/ZStrR 2008, p. 243 ss (cité : Roth, 2008).

Roth Robert, Contre le droit pénal de l'ennemi, Beccaria 2019, p. 45 ss (cité : Roth, 2019).

Schaub Jann/Manetsch-Imohlz Rahel, art. 64*c* CP, in : Graf Damian K. (édit.), StGB Annotierter Kommentar, Berne 2020.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3e éd., Berne 2020.

Trechsel Stefan, Von der Initiative zum Strafgesetz, Jusletter 17 mai 2004 (cité : Trechsel, 2004).

Trechsel Stefan, Nr. 16 Bezirksgericht Weinfelden, Urteil vom 7. Oktober 2010 i.S. Staat Thurgau, V.C., P.F. und P.M. gegen M.A. – S.2010.39, forumpoenale 2012, p. 138 ss (cité : Trechsel, 2012).

Trechsel Stefan/Pauen Borer Barbara, art. 64*c* CP, in : Trechsel Stefan/Pieth Mark (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2021.

Tubex Hilde/Snacken Sonia, L'évolution des longues peines, aperçu international et analyse des causes, Déviance et Société 1995, p. 103 ss.

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug. Eine empirische Studie zur Anwendung des Art. 86 StGB in den Kantonen Bern, Freiburg, Luzern und Waadt, Berlin/Berne 2019.

Vannier Marion, Normalizing Extreme Imprisonment, The Case of Life without Parole in California, Oxford 2021.

Vest Hans, art. 123*a* Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/Saint Gall 2023.

Werro Franz, art. 51 CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

Wohlers Wolfgang, art. 64*c* CP, in : Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5e éd., Berne 2024.

Zermatten Aimée H., Le traitement pénal des délinquants sexuels, Analyse du cadre légal et de la pratique en Suisse, Bâle 2024.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Commission de dangerosité, in : Brägger Benjamin F./Vuille Joëlle (édit.), Lexique pénitentiaire suisse, De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016, p. 82 ss.

Documents officiels

Chancellerie fédérale, Aboutissement de l'Initiative populaire fédérale « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables », 12 juin 2000, FF 2000 3124 ss (cité : Aboutissement).

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse du 22 mars au 1er avril 2021, 8 juin 2022 (cité : Rapport CPT).

Commission nationale de prévention de la torture, Rapport thématique sur la conformité aux droits fondamentaux de l'exécution de l'internement en Suisse (art. 64 CP) 2019–2021, 26 juillet 2022 (cité : Rapport CNPT).

Conseil fédéral, Message à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse, 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1 (cité : Message 1918).

Conseil fédéral, Message concernant l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables », 4 avril 2001, FF 2001 3265 ss (version française citée : Message 2001), FF 2001 3433 (version allemande citée : Message all. 2001), FF 2001 3063 ss (version italienne citée : Message ital. 2001).

Conseil fédéral, Explications à propos de la votation populaire du 8 février 2004, janvier 2004 (cité : Explications).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du Code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, 29 juin 2005, FF 2005 4425 ss (cité : Message 2005a).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (Mise en œuvre de l'art. 123*a* de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants extrêmement dangereux), 23 novembre 2005, FF 2005 869 ss (cité : Message 2005b), FF 2005 889 ss (version allemande citée : Message all. 2005b), FF 2005 807 ss (version italienne citée : Message ital. 2005b).

Conseil fédéral, Rapport en réponse aux postulats Caroni Andrea 18.3530 et Rickli Natalie (Schwander Pirmin) 18.3531, Réforme de la peine privative de liberté à vie pour les infractions particulièrement graves, 25 novembre 2020 (cité : Rapport CF 2020).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures. Exécution des sanctions), 2 novembre 2022, FF 2022 2991 (cité : Message 2022).

Conseil fédéral, Modification du Code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, 2 juin 2023 (cité : Rapport CF 2023).

Conseil fédéral, Message relatif à la modification du code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), 19 février 2025, FF 2025 773 (cité : Message 2025).

Département fédéral de justice et police, Communication aux médias en vue de la votation populaire du 8 février 2004, 18 novembre 2013 (cité : Communication DFJP).

Groupe de travail, Rapport relatif à la modification du Code pénal suisse dans sa teneur du 13.12.2002, présenté par le groupe de travail « internement », 15 juillet 2004 (cité : Rapport GT).

Groupe de travail, Tableau synoptique des propositions de modifications, 4 août 2004 (cité : Tableau AP GT).

Office fédéral de la justice, Résumé des résultats de la procédure de consultation concernant le rapport et l'avant-projet du 15 juillet 2004

présentés par le groupe de travail « internement », octobre 2005 (cité : Résumé Consultation).

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à l'ordonnance concernant la commission fédérale d'évaluation des possibilités de traiter les personnes internées à vie, 26 juin 2013 (cité : Rapport Commission).

Office fédéral de la justice, Rapport relatif à la motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national « Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux », 20 novembre 2018 (cité : Rapport OFJ).

Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation concernant la modification du code pénal (réforme de la peine privative de liberté à vie), 19 février 2025 (cité : Synthèse Consultation).

Office fédéral de la statistique, Section 19, Analyses de la récidive, Terminologie et définitions, mai 2009 (cité : OFS).

COMMENTAIRE

Art. 123b Cst.

Un commentaire de Fabio Burgener

PROPOSITION DE CITATION

Fabio Burgener, Commentary of art. 123b FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Burgener, art. 123b FC N XXX.

Art. 123*b* Imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères

L'action pénale et la peine pour un acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique sur un enfant impubère sont imprescriptibles.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de la norme 1209
II. Concrétisation dans le Code pénal 1210
III. Commentaire proprement dit 1212
A. Enfant impubère 1212
B. Acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique 1214
C. Auteur·rices 1215
D. Action pénale et peine imprescriptibles 1215
IV. Appréciation critique 1215
A. Opportunité de la norme 1215
B. Compatibilité avec le droit international 1217
C. Effet sur la prescription civile 1218
Recommandations de lecture 1219
Bibliographie 1219

I. GENÈSE DE LA NORME

Le 1er mars 2006, l'association « Marche blanche » a déposé à la Chancellerie fédérale **l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine »**, munie de 119'375 signatures valables[1178]. Le texte proposé exigeait que les « actes punissables d'ordre sexuel ou pornographique sur les enfants impubères » soient imprescriptibles (ajout d'un art. 123*b* Cst.)[1179]. 1

Le **Conseil fédéral** a estimé que cette initiative populaire n'était pas apte à améliorer la prévention de la pédocriminalité. Au regard de la nécessité de renforcer la protection des enfants, il a toutefois soumis au Parlement un **contre-projet indirect** sous la forme d'un nouveau régime spécial de prescription. Le délai de prescription de l'action pénale – d'une durée de 15 ans – pour certaines infractions graves contre l'intégrité sexuelle (art. 182, 187 à 191 et 195 CP) et pour les infractions les plus graves contre la vie et l'intégrité corporelle (art. 111 à 113 et 122 CP) commises par des auteur·rices majeur·es sur des enfants de moins de 16 ans commencerait à courir à la date à laquelle les victimes auront ou auraient atteint leur majorité. Lorsque les auteur·rices sont mineur·es, le délai de prescription expirerait le jour des 25 ans de la victime[1180]. Le **Parlement** a proposé le rejet de l'initiative[1181] et adopté le contre-projet indirect[1182]. En cas de rejet de l'initiative, ce contre-projet entrerait en vigueur, sous réserve d'un rejet par référendum. 2

Au moment de la votation, **les principaux arguments des initiant·es** étaient que l'imprescriptibilité prévue par l'initiative *(i)* se justifiait en premier lieu par la nature particulière du « crime d'acte sexuel sur un·e enfant », *(ii)* avait un effet dissuasif, favorisait les dénonciations par les victimes et réduisait ainsi le nombre d'enfants abusé·es, et *(iii)* représentait une aide dans le 3

1178. Aboutissement, p. 3529.

1179. Message 2007, p. 5101. Voir également, Examen, p. 4443 ss. Sur les attentes sociales sous-jacentes à cette initiative, voir Capus, p. 110 ss.

1180. À propos du contre-projet, voir Rapport OFJ 2007, p. 14 ss ; Résumé Consultation 2007, p. 3 ss ; Message 2007, p. 5113 ss. Pour un résumé détaillé, Frischknecht, p. 439 ss.

1181. BO 2008 CN 1025 (vote final : rejet approuvé par 163 contre 19 voix) ; BO 2008 CE 533 s. (vote final : rejet approuvé à l'unanimité).

1182. BO 2008 CN 123 ss ; BO 2008 CE 180 ; BO 2008 CE 349 ss ; BO 2008 CN 1025 (vote final : approbation à l'unanimité) ; BO 2008 CE 533 s. (vote final : approbation à l'unanimité).

processus thérapeutique de la victime, et que *(iv)* les témoignages de victimes devenaient plus nombreux et plus crédibles au fur et à mesure que le temps passait[1183].

4 À l'inverse, le **Conseil fédéral** soutenait *(i)* que l'initiative manquait de clarté dans sa formulation et s'avérait difficile à mettre en œuvre, *(ii)* qu'elle présentait des risques d'inégalité de traitement en raison de la fluctuation de l'âge de la puberté parmi les enfants, *(iii)* qu'elle ne distinguait pas les auteur·rices majeur·es et mineur·es, *(iv)* que l'écoulement du temps compliquait l'établissement des faits[1184], *(v)* que l'imprescriptibilité donnait l'illusion aux victimes que l'État serait en mesure de poursuivre et de condamner des auteur·rices des décennies après la commission de l'infraction, et *(vi)* que le contre-projet protégeait plus efficacement les victimes[1185].

5 Le 30 novembre 2008, l'initiative populaire a été **adoptée** par 51.9% des bulletins valables et 16 cantons et 4 demi-cantons[1186].

II. CONCRÉTISATION DANS LE CODE PÉNAL

6 Le Conseil fédéral estimait que l'art. 123*b* Cst. était **directement applicable**[1187]. Néanmoins, la solution qui consistait à confier aux autorités pénales le soin d'interpréter cette disposition soulevait plusieurs problèmes, au regard des notions imprécises figurant dans la norme constitutionnelle[1188]. Elle aurait pu engendrer des pratiques cantonales diverses, dont résulteraient une insécurité juridique et des inégalités de traitement. Cette solution aurait également placé les victimes dans une position inconfortable, en ce sens que celles-ci n'auraient pas d'emblée été en mesure de savoir si les infractions

1183. Explications, p. 9 s. Voir également, Message 2007, p. 5108 ; Rapport OFJ 2007, p. 10. Pour une présentation plus détaillée, voir Frischknecht, p. 437 ss.

1184. A propos de la fiabilité des témoignages de jeunes enfants, voir notamment TF 6P.99/2005 du 10 janvier 2006 c. 4.1.3. Pour plus de détails, Frischknecht, p. 445 ss.

1185. Explications, p. 10 s. Voir également, Message 2007, p. 5109 ss ; Rapport OFJ 2007, p. 11 ss.

1186. Arrêté du Conseil fédéral du 23.2.2009 constatant le résultat de la votation populaire du 30.11.2008, FF 2009 499.

1187. Message 2011, p. 5576 s. Voir également, BSK-Göksu, N. 2 ad art. 123*b* Cst. ; CR-Ziegler/Wehrenberg, N. 36b. ad art. 101 CP.

1188. Message 2011, p. 5577 ; CR-Denys, N. 3 ad art. 123*b* Cst. ; SGK-Vest, N. 2 ad art. 123*b* Cst. Voir également, Biaggini, N. 2 ad. art. 123*b* Cst., lequel soutient qu'une concrétisation était indispensable.

qu'elles avaient subies étaient imprescriptibles ou non. Enfin, elle aurait mis à mal le principe de la précision de la base légale[1189].

La norme constitutionnelle a ainsi fait, à juste titre, l'objet d'une **concrétisation législative – exhaustive**[1190] – aux art. 101 al. 1 let. e et al. 3 phr. 3 CP, art. 59 al. 1 let. e et al. 3 phr. 3 du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)[1191] et art. 1 al. 2 let. j de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin)[1192], entrés en vigueur le 1er janvier 2013[1193]. 7

D'après l'**art. 101 al. 1 let. e CP**, sont imprescriptibles les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 ch. 1 CP), la contrainte sexuelle (art. 189 CP), le viol (art. 190 CP), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), les actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 al. 1 CP) et l'abus de la détresse (art. 193 al. 1 CP), lorsqu'ils ont été commis sur des enfants de moins de 12 ans[1194]. En outre, l'auteur·rice doit nécessairement être majeur·e (art. 1 al. 2 let. j DPMin *a contrario*)[1195]. D'autres actes qui auraient pu tomber sous le coup de l'art. 123*b* Cst., selon une interprétation extensive de cette norme, ne sauraient être considérés comme imprescriptibles. 8

À teneur de l'**art. 101 al. 2 CP**, le juge peut atténuer la peine lorsque l'action pénale est prescrite en vertu des art. 97 et 98 CP[1196]. L'art. 48 let. e CP, relatif à la circonstance atténuante de l'écoulement du temps, ne s'applique pas aux crimes imprescriptibles[1197]. 9

1189. Rapport OFJ 2010, p. 11.
1190. Message 2011, p. 5577 s.
1191. RS 321.0.
1192. RS 311.1. BO 2012 CN 216 ss ; BO 2012 CE 533 ss ; BO 2012 CN 1072 s. ; BO 2012 CN 1239 (approbation à l'unanimité) ; BO 2012 CE 640 (approbation à l'unanimité, moins une abstention).
1193. Loi fédérale portant mise en œuvre de l'art. 123b de la Constitution concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères (Modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs), RO 2012 5951.
1194. Les enfants entre 12 et 15 ans bénéficient du régime spécial de l'art. 97 al. 2 CP (cf. TF 6B_246/2016 du 14.6.2016 c. 2.2.2.2).
1195. CR-Denys, N. 4 ad art. 123*b* Cst. ; BSK-Zurbrügg, N. 15 ad art. 101 CP.
1196. L'art. 101 al. 2 CP définit une « Kannvorschrift » (cf. TF 6B_655/2017 du 10.1.2018 c. 4.5).
1197. ATF 140 IV 145 c. 3.2.

10 L'**art. 101 al. 3 phr. 3 CP** règle le droit transitoire. Sont imprescriptibles les faits pour lesquels l'action pénale ou la peine n'étaient pas prescrites le 30 novembre 2008 – soit le jour de l'acceptation de l'initiative – en vertu du droit applicable à cette date[1198]. Cette réglementation est compatible avec les art. 2 al. 1 CP et art. 7 § 1 CEDH, qui consacrent le principe de non-rétroactivité du droit pénal[1199]. La CourEDH admet l'application d'un délai de prescription plus long pour des infractions non encore prescrites lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi[1200].

11 L'**art. 59 al. 1 let. e et al. 3 phr. 3 CPM** est le pendant de l'art. 101 al. 1 let. e et al. 3 phr. 3 CP dans le droit pénal militaire. A teneur de cette norme, sont imprescriptibles les actes de contrainte sexuelle (art. 153 CPM), de viol (art. 154 CPM), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 155 CPM), les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 156 ch. 1 CPM) et l'exploitation d'une situation militaire (art. 157 CPM), lorsque ces actes ont été commis sur des enfants de moins de douze ans.

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

A. Enfant impubère

12 La notion d'« enfant impubère » était inconnue de l'ordre juridique suisse avant l'adoption de l'art. 123*b* Cst. D'un point de vue **médical**, la puberté est la période de transition entre l'enfance et l'état adulte, processus qui s'accompagne de transformations somatiques, psychologiques, métaboliques et hormonales[1201]. D'un point de vue **juridique**, la définition de cette notion a

1198. La modification avec effet rétroactif des délais de prescription ne permet pas la reprise d'une procédure close par une ordonnance de classement déjà entrée en force (cf. ATF 141 IV 93 c. 2.3, JdT 2016 IV p. 3). L'art. 101 al. 1 let. e CP ne s'applique pas aux faits prescrits avant l'adoption de l'initiative (cf. TF 6B_479/2013 du 3.1.2014 c. 2.1).

1199. Dans le même sens, CR-Denys, N. 5 ad art. 123*b* Cst. ; BSK-Göksu, N. 4 ad art. 123*b* Cst. Voir également SGK-Vest, N. 7 ad art. 123*b* Cst., lequel émet certains doutes sur la constitutionnalité de cette règle.

1200. CourEDH *Coëme et autres contre Belgique*, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 juin 2000, N. 149. Voir également, CourEDH *Chim et Przywieczerski contre Pologne*, n° 36661/07 et 38433/07, 12.4.2018, N. 199 à 207 (non-violation de l'art. 6 § 1 CEDH).

1201. Message 2011, p. 5582 ; Rapport OFJ 2010, p. 15 s. ; Synthèse Consultation 2011, p. 10 ss ; Message 2007, p. 5111.

été élaborée lors de la concrétisation de la norme constitutionnelle dans le Code pénal. Un consensus quasi unanime existait sur le fait qu'il convenait d'inscrire dans la loi de mise en œuvre un critère clair et facilement applicable, soit l'âge de la victime au moment des faits, âge à fixer en fonction de la compréhension de la notion d'enfant impubère[1202]. L'avant-projet de l'Office fédéral de la justice proposait l'âge de 10 ans, soit le prétendu âge moyen du début du processus de puberté[1203]. Dans le cadre de la consultation de cet avant-projet, l'Association des médecins cantonaux de Suisse, les Services psychiatriques universitaires de Berne et la Fédération suisse des psychologues ont critiqué ce choix. Après avoir notamment souligné que la phase de vie correspondant à la puberté variait entre chaque enfant, ils ont préconisé de définir une limite plus élevée, à savoir de fixer à respectivement 16, 14 ou 12 ans au minimum l'âge auquel un·e enfant ne devait plus être qualifié·e de « prépubère »[1204]. L'**âge de 12 ans** a finalement été retenu par le Conseil fédéral dans son Message[1205], puis par le Parlement[1206] (cf. art. 101 al. 1 let. e *in fine* CP)[1207].

Une **motion** du Conseiller national Jean-Luc Addor du 18 juin 2021, intitulée « Étendre le champ d'application de l'imprescriptibilité des infractions contre l'intégrité sexuelle pour mieux protéger les enfants »[1208], remettait en cause la concrétisation dans le Code pénal de la notion d'« enfant impubère » décidée en 2012. Elle proposait une révision de l'art. 101 al. 1 let. e CP consistant à **élever de 12 à 16 ans** l'âge limite jusqu'auquel ces infractions sont imprescriptibles. Le Conseil fédéral a proposé le rejet de cette motion. Selon lui, l'extension de l'imprescriptibilité aux cas de victimes de plus de 12 ans irait au-delà de l'initiative populaire ayant conduit à l'adoption de l'art. 101 al. 1 let. e CP et du but poursuivi par les initiant·es de protéger les victimes les 13

1202 Rapport OFJ 2010, p. 14 ; Synthèse Consultation 2011, p. 10 ss (seuls le Parti démocrate-chrétien [aujourd'hui Le Centre] et la Société Suisse de Psychiatrie et Psychothérapie forensique s'y opposaient, sans toutefois proposer d'alternative concrète) ; Message 2011, p. 5581.

1203 Rapport OFJ 2010, p. 15 s.

1204 Synthèse Consultation 2011, p. 10 ss.

1205 Message 2011, p. 5583. Le Conseil fédéral a notamment pris en compte les déclarations des initiant·e·s lors de la campagne, à teneur desquelles l'initiative visait avant tout à protéger les très jeunes enfants (pour plus de détails, voir Jacquemoud, N. 688).

1206 BO 2012 CN 217 s. et 221 ss ; BO 2012 CN 534 s.

1207 Pour une critique de la compatibilité de la concrétisation avec l'art. 123*b* Cst., voir CR-Ziegler/Wehrenberg, N. 36d ad art. 101 CP.

1208 Motion n° 21.3892 du 18.6.2021.

plus jeunes, qui méconnaissaient le caractère illicite des actes commis et ne pouvaient les dénoncer[1209]. Le Conseil national a rejeté cette motion[1210].

B. Acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique

14 La notion d'« acte punissable d'ordre sexuel ou pornographique » est **méconnue** du Code pénal. S'est posée la question de savoir si cette notion visait seulement certaines infractions contre l'intégrité sexuelle (art. 187 à 193 et 198 CP) ou également tout ou une partie des actes de pornographie réprimés (art. 197 CP)[1211]. Le projet du Conseil fédéral prévoyait d'appliquer la règle de l'imprescriptibilité aux actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 ch. 1 CP), à la contrainte sexuelle (art. 189 CP), au viol (art. 190 CP) et aux actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP ; cf. art. 101 al. 1 let. e P-CP)[1212]. Le Parlement a ajouté les actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 al. 1 CP) et l'abus de la détresse (art. 193 al. 1 CP ; cf. art. 101 al. 1 let. e CP)[1213]. La notion d'« acte punissable pornographique » aurait pu être concrétisée par l'intégration de l'infraction de pornographie (art. 197 CP) à la liste de l'art. 101 al. 1 let. e CP. Le Parlement y a toutefois renoncé au motif que cette infraction n'était pas suffisamment grave[1214].

15 Dans la loi portant révision du droit en matière sexuelle, le Parlement a **adapté** la liste des infractions visées à l'art. 101 al. 1 let. e CP comme suit : les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 ch. 1 et 1bis CP), l'atteinte et la contrainte sexuelles (art. 189 CP), le viol (art. 190 CP), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191

1209 Avis du Conseil fédéral du 8.9.2021 sur la motion 21.3892 du 18.6.2021.

1210 BO 2023 CN 889 (mai 2023 ; 117 voix contre 54 et 14 abstentions). Lors des délibérations sur le projet de loi fédérale sur l'harmonisation des peines, le Conseil national a rejeté une proposition identique (BO 2021 CN 989 : juin 2021 ; 123 voix contre 59 et 4 abstentions). Lors des délibérations sur la révision du droit pénal en matière sexuelle, il en a été de même du Conseil des États (BO 2023 CE 110 : mars 2023 ; renonciation à un vote), après une acceptation du Conseil national (BO 2022 CN 2143 : décembre 2022 ; 98 voix contre 84 et 7 abstentions) ; la divergence a été résolue dans le sens de la décision du Conseil des États (juin 2023 ; BO 2023 CN 1000 : 97 voix contre 91 et 3 abstentions).

1211 Rapport OFJ 2007, p. 11 ; Message 2007, p. 5111 ; Rapport OFJ 2010, p. 16 ss.

1212 Message 2011, p. 5586 s. Les art. 192 et 193 CP ont été écartés au motif que la doctrine dominante admettrait qu'ils sont absorbés par l'art. 187 ch. 1 CP.

1213 BO 2012 CN 221 ss ; BO 2012 CE 533.

1214 BO 2012 CN 219, 222 et 224. Voir également, Rapport OFJ 2010, p. 20.

CP), l'abus de la détresse ou de la dépendance (art. 193 CP) et la tromperie concernant le caractère sexuel d'un acte (art. 193*a* CP). Le délai référendaire de la loi arrivera à échéance le 5 octobre 2023[1215].

C. Auteur·rices

L'art. 123*b* Cst. ne différencie pas les auteur·rices majeur·es de ceux et celles mineur·es[1216]. Compte tenu des méthodes d'interprétation usuelles des normes constitutionnelles, le Conseil fédéral a néanmoins considéré qu'il convenait de ne **pas étendre l'imprescriptibilité aux auteur·rices mineur·es**. En dépit de la lettre de la disposition, cette exclusion se justifie pleinement d'un point de vue systématique (le droit suisse prévoit un régime spécial pour les auteurs ou autrices mineur·es), téléologique (l'absence de lien affectif ou économique entre une victime et un·e auteur·rice mineur·e) et historique (l'absence de prise de position publique des initiant·es sur les abus entre mineur·es)[1217]. Le respect des principes de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) et de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) justifient également ce traitement différencié des auteur·rices mineur·es[1218]. 16

D. Action pénale et peine imprescriptibles

L'art. 123*b* Cst. prévoit expressément que l'**action pénale** et la **peine** sont imprescriptibles[1219]. 17

IV. APPRÉCIATION CRITIQUE

A. Opportunité de la norme

Plusieurs **études** démontrent que de nombreuses victimes subissent des infractions contre leur intégrité sexuelle de la part de membres de leur propre famille ou de leur entourage proche[1220]. En présence d'un lien fort sur le plan 18

1215. Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle du 16.6.2023, FF 2023 1521, p. 1/18 (délai) et p. 3/18 (art. 101 al. 1 let. e CP). L'art. 59 al. 1 let. e CPM a également été adapté (cf. *supra* N. 11).

1216. Le droit pénal suisse prévoit un régime spécial pour les personnes âgées de 10 à 18 ans (cf. art. 3 al. 1 DPMin).

1217. Message 2011, p. 5589 s. Pour plus de détails, voir Jacquemoud, N. 728.

1218. Jacquemoud, N. 751.

1219. Pour une critique, voir *infra* N. 21.

affectif ou économique entre l'auteur·rice et la victime, cette dernière éprouve fréquemment des difficultés à évoquer des actes subis tant qu'elle n'a pas été libérée de cette emprise et effectué un travail psychothérapeutique. Elle ne peut ainsi sortir du silence que bien des années après les abus[1221]. Un délai de prescription trop court a pour inconvénient de faire obstacle à l'action pénale et ainsi de permettre à un auteur·rice d'échapper à toute sanction[1222].

19 Lors de son examen de l'initiative populaire, le Conseil fédéral en a déduit qu'un régime de prescription spécial s'imposait pour les infractions d'« abus sexuel sur un·e enfant »[1223]. Il a relevé que l'art. 70 al. 2 aCP[1224] prévoyait un délai de prescription de l'action pénale d'une durée de 15 ans pour les infractions graves portant atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant de moins de 16 ans (art. 187 et 188 CP) et que la prescription courait en tout cas jusqu'au jour où la victime avait 25 ans révolus. À titre d'exemple, la victime devait agir avant qu'elle ait 25 ans révolus si elle avait subi des actes alors qu'elle avait moins de 10 ans et jusqu'à 32 ans si elle avait 17 ans au moment de l'infraction. Le législateur reconnaissait ainsi déjà qu'il convenait de **donner plus de temps** aux victimes pour dénoncer les faits. Le Conseil fédéral a néanmoins admis que ce délai devrait être prolongé, par exemple en fixant le *dies ad quo* à la date de la majorité de la victime. En revanche, il s'opposait à l'imprescriptibilité au motif que celle-ci excédait ce qui était nécessaire et s'avérait donc disproportionnée[1225].

20 En sus des critiques justifiées du Conseil fédéral[1226], les initiant·es ont omis de tenir compte du fait qu'une dénonciation pénale pouvait aussi être effectuée par une tierce personne et conduire, **contre la volonté de la victime**, à l'ouverture d'une procédure pénale[1227]. Dans cette configuration, il s'ensuit le

1220 Pour une synthèse, voir Rapport GT, p. 71 s.
1221 De Becker/Hayez, p. 74 ss ; Loftus/Ketchan, *in toto* ; Maier, p. 155 et 202 ss.
1222 Message 2007, p. 5103 s.
1223 Message 2007, p. 5103 s.
1224 Sur l'évolution du droit suisse, voir Rapport OFJ 2007, p. 6 ss. Voir l'actuel art. 97 al. 2 CP.
1225 Rapport OFJ 2007, p. 14.
1226 Voir *supra* N. 4.
1227 Capus, p. 113 ; SGK-Vest, N. 4 et 5 ad art. 123*b* Cst. ; CR-Ziegler/Wehrenberg, N. 36f ad art. 101 CP. Le Conseil fédéral y a également renoncé au moment de la concrétisation (Message 2011, p. 5595 s.).

risque d'éprouver la victime plus que de l'aider, ce d'autant plus que l'écoulement du temps complique l'établissement des faits[1228].

21 À notre sens, en matière de **prescription de l'action pénale** (art. 97 et 98 CP), le contre-projet indirect soumis au peuple en 2008[1229] aurait suffisamment permis de tenir compte des difficultés des victimes mineures à dénoncer les faits. Les arguments soulevés par les initiant·es[1230] à l'appui de l'imprescriptibilité ne nous paraissent pas convaincants, en particulier ceux à propos des effets dissuasifs pour les auteur·rices et thérapeutiques pour les victimes ainsi que ceux relatifs aux témoignages[1231]. Quant à la **prescription de la peine** (art. 99 CP) – dont le délai commence à courir le jour où le jugement devient exécutoire (art. 100 CP) –, seule la gravité de l'infraction commise devrait être prise en compte pour en fixer la durée. L'imprescriptibilité de la peine nous paraît justifiée uniquement pour le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les actes de terrorisme (art. 101 al. 1 let. a à d CP).

B. Compatibilité avec le droit international

22 La CourEDH considère que les règles de la prescription peuvent s'interpréter comme imposant uniquement une condition préalable à l'examen d'une affaire et qu'elles **n'affectent pas l'exercice du droit à un procès équitable** (art. 6 CEDH)[1232]. L'imprescriptibilité de l'action pénale garantit à la victime l'accès à un juge sans limitation temporelle (art. 6 § 1 phr. 1 CEDH)[1233]. En outre, elle ne conduit pas *ipso facto* à un affaiblissement des droits octroyés au prévenu dans la procédure pénale ouverte contre lui (art. 6 § 1 à 3 CEDH). Une fois les faits dénoncés pas la victime, l'absence de délai de prescription ne devrait toutefois en aucun cas conduire au non-respect du principe de la

1228 BO 2008 CN 138 (Grin). Sur les fondements de la prescription pénale, voir ATF 134 IV 297 c. 4.3.4, JdT 2010 IV p. 13 et, pour une critique sur l'« effet guérisseur du temps » en matière d'infractions à caractère sexuelle, Asholt, p. 127.

1229 Voir *supra* N. 2.

1230 Voir *supra* N. 3.

1231 Pour un examen plus détaillé, voir Frischknecht, p. 444 ss. ; SGK-Vest, N. 4 et 5 ad art. 123*b* Cst.

1232 CourEDH *Chim et Przywieczerski contre Pologne*, n° 36661/07 et 38433/07, 12 avril 2018, N. 205. Voir CourEDH *Howald Moor et autres contre Suisse*, n° 52067/10 et 41072/11, 11.3.2014, N. 71 à propos de la marge d'appréciation des États en matière de prescription civile.

1233 CR-Denys, N. 7 ad art. 123*b* Cst. À propos du droit de la partie plaignante de se constituer partie à la seule fin de soutenir l'action pénale, voir ATF 139 IV 78 c. 3.3.3.

célérité par les autorités pénales (art. 6 § 1 phr. 2 CEDH). L'imprescriptibilité d'infractions très graves de droit commun ne contrevient ainsi pas en tant que telle à la CEDH[1234].

23 La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007 (**Convention de Lanzarote** ; STCE n° 201)[1235] est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 2014. L'art. 33 impose aux États membres de prendre des mesures législatives afin que le délai de prescription de l'action pénale des infractions d'abus sexuel (art. 18) et de recrutement ou de contrainte en vue de prostitution (art. 19 par. 1 let. a et b) ou de spectacle pornographique (art. 21 par. 1 let. a et b) continue de courir pendant une durée suffisamment longue pour permettre l'engagement effectif des poursuites, après que l'enfant a atteint l'âge de la majorité, et que ce délai soit proportionnel à la gravité de l'infraction en question[1236]. Le droit suisse a été modifié afin d'être pleinement compatible avec cette convention[1237]. Il va même plus loin que celle-ci s'agissant des infractions tombant sous le coup de l'art. 101 al. 1 let. e CP[1238].

C. Effet sur la prescription civile

24 L'imprescriptibilité de l'action pénale a également un effet sur la **prescription civile**[1239]. Selon l'art. 60 al. 2 CO, si le fait dommageable résulte d'un acte punissable de la personne tenue à réparation, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription de l'action pénale, nonobstant les alinéas 1 et 1bis ; si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement. Cette disposition s'applique uniquement si les faits à l'origine du préjudice sont constitutifs d'une infraction pénale[1240]. En cas d'imprescriptibilité de l'action pénale, la poursuite est possible sans limitation temporelle et le

1234 Dans le même sens, CR-Denys, N. 7 ad art. 123*b* Cst., lequel mentionne aussi la possibilité octroyée au juge d'atténuer la peine du prévenu en raison de l'écoulement du temps (cf. art. 101 al. 2 CP) ; Message 2011, p. 5579.

1235 RS 0.311.40.

1236 Pour plus de détails, voir Rapport explicatif, N. 231 s.

1237 Message 2012, p. 7118 ss.

1238 Avant-projet, p. 64 s. Pour un aperçu de droit comparé, voir Rapport OFJ 2010, p. 8 ss.

1239 Message 2011, p. 5597.

jugement pénal de première instance n'a pas d'effet interruptif. La seconde phrase ne trouve donc pas application et les prétentions civiles de la victime demeurent imprescriptibles[1241].

À propos de l'auteur

Fabio Burgener est titulaire d'un Bachelor en droit de l'Université de Genève (2013), d'un Master bilingue en droit civil et pénal des Universités de Genève et de Bâle (2016) et d'un Certificat de spécialisation en matière d'Avocature (2015). Il est doctorant et assistant au Département de droit pénal de l'Université de Genève. En parallèle, inscrit au Barreau de Genève, il exerce au sein de l'Etude Keppeler Avocats. Il est aussi juge suppléant au Tribunal pénal de première instance du canton de Genève. Ses recherches et sa pratique portent principalement sur le droit pénal matériel et la procédure pénale.

RECOMMANDATIONS DE LECTURE

Capus Nadja, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative: Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, Forumpoenale 2009, p. 110-115.

De Becker Emmanuel/Hayez Jean-Yves, L'enfant victime d'abus sexuel et sa famille : évaluation et traitement, Paris 1999.

Frischknecht Tom, Zur Eidgenössischen Volksinitiative « für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern », RPS/ZStrR 126 (2008) p. 434-454.

BIBLIOGRAPHIE

Asholt Martin, Verjährung im Strafrecht, Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB, Tübingen 2016.

1240 BSK-Däppen, N. 11 ad art. 60 CO ; CR-Werro/Perritaz, N. 31 ad art. 60 CO. Sous l'ancien droit, ATF 118 V 193 c. 4 a).

1241 Dans le même sens, après l'entrée en vigueur du nouveau droit, BSK-Däppen, N. 14d ad art. 60 CO, en s'appuyant sur l'avis du Conseil fédéral dans le Message 2014, p. 242 ; CR-Denys, N. 8 ad art. 123*b* Cst. ; Morin, p. 451 s. ; Verde, p. 843 ; SGK-Vest, N. 8 ad art. 123b Cst. ; Wildhaber/Dede, p. 309. Retenant également l'imprescriptibilité sous l'ancien droit, BSK-Göksu, N. 5 ad art. 123*b* Cst. ; Schöbi, p. 523 ss (examen détaillé) ; Verde, p. 840 et 842.

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zürich 2017.

Capus Nadja, Die Annahme der Unverjährbarkeits-Initiative : Ein Kommentar zur eidgenössischen Abstimmung, Forumpoenale 2009, p. 110-115.

Chancellerie fédérale, Examen préliminaire de l'initiative populaire fédérale « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » du 17.8.2004, FF 2004 4443 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/800/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Examen).

Chancellerie fédérale, Aboutissement de l'initiative populaire fédérale « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » du 23.3.2006, FF 2006 3529 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/386/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Aboutissement).

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 25.10.2007, Lanzarote, disponible sous : https://rm.coe.int/16800d3891 (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Rapport explicatif).

Conseil fédéral, Explications à propos de la votation populaire du 30.11.2008, disponible sous : https://www.bk.admin.ch/dam/bk/fr/dokumente/Abstimmungsbuechlein/erlaeuterungen_desbundesrates30112008.pdf.download.pdf/explications_du_conseilfederal30112008.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Explications).

Conseil fédéral, Liste des destinataires de la consultation du 26.5.2010 sur la révision du CP et du CPM concernant la mise en œuvre de l'art. 123b Cst, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit.html (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Destinataires).

Däppen Robert K., Commentaire de l'art. 60 CO, in : Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd., Bâle 2020.

De Becker Emmanuel/Hayez Jean-Yves, L'enfant victime d'abus sexuel et sa famille : évaluation et traitement, Paris 1999.

Denys Christian, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021.

Frischknecht Tom, Zur Eidgenössischen Volksinitiative « für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern », RPS/ZStrR 126 (2008), p. 434-454.

Göksu Tarkan, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Bâle 2015.

Groupe de travail Enfance maltraitée, Rapport de juin 1992, Berne FF 1995 IV 53 ss, disponible sous : https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/kinder/studien/bericht1992_kindesmisshandlung.pdf.download.pdf/rapport_enfance_maltraiteeensuisseavisduconseilfederaldu27juin19.pdf (dernière consultation 18.8.2023) (cité : Rapport GT 1992).

Jacquemoud Camilla, Les initiants et leur volonté, La notion de volonté des initiants et la délimitation de son influence sur le processus d'initiative populaire, Fribourg 2022.

Loftus Elizabeth F./Ketchan Katherine, Die therapierte Erinnerung, Hambourg 1995.

Maier Philipp, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Zurich 1994.

Message concernant l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants (modification du code pénal et du code pénal militaire) du 27.6.2007, FF 2007 5099 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2007/758/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2007).

Message relatif à la loi fédérale portant mise en œuvre de l'art. 123b de la Constitution concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères (Modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) du 22.6.2011, FF 2011 5565 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/883/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2011).

Message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels

(convention de Lanzarote) et sa mise en œuvre (modification du code pénal), FF 2012 7051 ss, disponible sous : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1181/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2012).

Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221 ss, disponible sous : https ://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/fr (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Message 2014).

Morin Ariane, La prise en compte du droit pénal en droit de la responsabilité civile, in : Perrier Depeursinge Camille/Dongois Nathalie/Garbarski Andrew M./Lombardini Carlo/Macaluso Alain (édit.), Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Berne 2022, p. 443-452.

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à la modification du Code pénal suisse concernant le contre-projet indirect à l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine », Berne, janvier 2007, disponible sous : https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (cité : Rapport OFJ 2007).

Office fédéral de la justice, Résumé des résultats de la procédure de consultation concernant l'initiative populaire « pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine » et la loi fédérale sur la prescription de l'action pénale en cas d'infractions sur les enfants, Berne, mai 2007, disponibe sous : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6007/4/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6007-4-cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Résumé Consultation 2007).

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif relatif à la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la mise en œuvre de l'article 123b de la Constitution fédérale sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine, Berne, mai 2010, disponible sous : https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/78018.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Rapport OFJ 2010).

Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative au rapport explicatif et à l'avant-projet de loi fédérale concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants prépubères, Berne, mars 2011, disponible sous :

https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/unverjaehrbarkeit/ve-ber-umsetzung-f.pdf.download.pdf/ve-ber-umsetzung-f.pdf (dernière consultation : 18.8.2023) (Synthèse Consultation 2011).

Schöbi Félix, Unverjährbarkeit – Die Bedeutung von Art. 123b BV für das Haftpflichtrecht, in : Fuhrer Stephan (édit.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht : Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, p. 519-530.

Verde Michel, Unverjährbarkeit von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen?, PJA/AJP 7 (2017) p. 837-843.

Vest Hans, Commentaire de l'art. 123*b* Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (édit.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich/St.Gall 2023.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Ist das neue Verjährungsrecht im Haftpflichtrecht angemessen?, in : Fuhrer Stephan/Kieser Ueli/Weber Stephan (édit.), Mehrspuriger Schadenausgleich / Des différentes voies menant à la réparation du dommage, Mit Beiträgen zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht / Avec des contributions en droit de la responsabilité civile, en droit des assurances sociales et privées, Zurich/St.Gall 2022, p. 298-312.

Ziegler Andreas R./Wehrenberg Stefan, Commentaire de l'art. 101 CP, in : Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (édit.), Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., Bâle 2021.

Zurbrügg Matthias, Commentaire de l'art. 101 CP, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd., Bâle 2019.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 130 Cst.

Un commentaire de Claude Grosjean

PROPOSITION DE CITATION

Claude Grosjean, Commentaire de l'art. Art. 130 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Grosjean, art. 130 Cst. N. XXX.

Art. 130 Taxe sur la valeur ajoutée

[1] La Confédération peut percevoir une taxe sur la valeur ajoutée, d'un taux normal de 6,5 % au plus et d'un taux réduit d'au moins 2,0 %, sur les livraisons de biens et les prestations de services, y compris les prestations à soi-même, ainsi que sur les importations.

[2] Pour l'imposition des prestations du secteur de l'hébergement, la loi peut fixer un taux plus bas, inférieur au taux normal et supérieur au taux réduit.

[3] Si, par suite de l'évolution de la pyramide des âges, le financement de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité n'est plus assuré, la Confédération peut, dans une loi fédérale, relever de 1 point au plus le taux normal de la taxe sur la valeur ajoutée et de 0,3 point au plus son taux réduit.

[3bis] Les taux sont augmentés de 0,1 point pour financer l'infrastructure ferroviaire.

[3ter] Pour garantir le financement de l'assurance-vieillesse et survivants, le Conseil fédéral relève le taux normal de 0,4 point, le taux réduit de 0,1 point et l'impôt grevant les prestations du secteur de l'hébergement de 0,1 point, si le principe de l'harmonisation de l'âge de référence des femmes et des hommes dans l'assurance-vieillesse et survivants est inscrit dans la loi.

[3quater] Le produit du relèvement visé à l'al. 3[ter] est attribué intégralement au Fonds de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants.

[4] 5 % du produit non affecté de la taxe sont employés à la réduction des primes de l'assurance-maladie en faveur des classes de revenus inférieures, à moins que la loi n'attribue ce montant à une autre utilisation en faveur de ces classes.

Chapitre 2 Dispositions transitoires

Art. 196 Dispositions transitoires selon l'arrêté fédéral du 18 décembre 1998 relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale

14. Disposition transitoire ad art. 130 (Taxe sur la valeur ajoutée)

[1] La taxe sur la valeur ajoutée peut être perçue jusqu'à la fin de 2035.

[2] Pour garantir le financement de l'assurance-invalidité, le Conseil fédéral relève comme suit les taux de la taxe sur la valeur ajoutée, du 1[er] janvier 2011 au 31 décembre 2017: ...

[3] Le produit du relèvement prévu à l'al. 2 est entièrement affecté au Fonds de compensation de l'assurance-invalidité.

[4] Pour garantir le financement de l'infrastructure ferroviaire, le Conseil fédéral relève de 0,1 point les taux visés à l'art. 25 de la loi du 12 juin 2009 sur la TVA à partir du 1[er] janvier 2018 et jusqu'au 31 décembre 2030 au plus tard, pour autant que le délai visé à l'al. 1 soit prolongé.

[5] Le produit du relèvement prévu à l'al. 4 est entièrement affecté au fonds visé à l'art. 87*a*.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 1229
II. Historique 1229
III. Contexte 1234
IV. Commentaire au sens strict 1236
A. Art. 130, al. 1, Cst. 1236
1. Compétence en matière de perception 1237
a. Impôt intérieur : compétence dérogatoire et globale a posteriori 1237
b. Interdiction des impôts cantonaux de même nature 1237
c. Impôt sur les importations : compétence exclusive ? 1239
d. Limitation dans le temps de la compétence de perception 1239
2. Souveraineté fiscale et champ d'application territorial 1240
3. Impôt intérieur 1242
a. Concept d'imposition et de perception 1242
b. Sujet fiscal de l'impôt intérieur 1245
c. Objet fiscal de l'impôt intérieur 1246
i. La prestation 1246
ii. Caractère onéreux 1247
iii. Contrepartie et prestation attendue au lieu de lien 1247
iv. Consommation propre 1250
v. Impôt sur les acquisitions 1251
d. Base de calcul 1251
e. Taxation 1252
4. Impôt sur les importations 1253
5. Taux d'imposition 1255
a. Taux normal 1255
b. Taux réduit 1255
6. Exceptions fiscales 1257
7. Poursuite d'objectifs non fiscaux 1258
8. Activités souveraines 1258
B. Art. 130, al. 2, Cst. 1260
1. Prestations d'hébergement 1261
2. Taux spécial 1262
C. Art. 130, al. 3, Cst. : affectation des recettes au financement de l'AVS 1263
D. Art. 130, al. 3bis, Cst. : affectation du produit au financement de l'infrastructure ferroviaire et disposition transitoire art. 196, ch. 14, al. 4 et 5, Cst. 1264
E. Art. 130, al. 3ter, Cst. : affectation du produit à un financement supplémentaire de l'AVS 1264
F. Art. 130, al. 3quater, Cst. : attribution au fonds de compensation AVS 1265
G. Art. 130, al. 4, Cst. : affectation des fonds à la réduction des primes d'assurance-maladie 1265

H. Art. 196, ch. 14, al. 1, Cst. 1266
Lectures complémentaires recommandée 1268
Bibliographie 1269
Matériaux 1272

I. INTRODUCTION

La taxe sur la valeur ajoutée est, avec l'impôt fédéral direct, la **principale source de recettes** de la Confédération. En 2024, environ 27 milliards de francs, soit près de 30 % des recettes fédérales, provenaient de la taxe sur la valeur ajoutée. En raison de son assiette fiscale large, elle génère des recettes fiscales considérables pour une charge fiscale relativement faible. Ainsi, une augmentation du taux normal de 0,1 point de pourcentage génère déjà des recettes supplémentaires de plus de 300 millions de francs par an. Les augmentations de la taxe sur la valeur ajoutée étant moins perceptibles que celles d'autres impôts et suscitant donc moins de résistance sur le plan politique, elle constitue une **source de financement très appréciée**. Elle sert ainsi, par exemple, à financer en partie les assurances sociales et le fonds d'infrastructure ferroviaire, et est régulièrement évoquée pour financer d'autres tâches telles que l'armement, les médias, etc. De plus, une augmentation de la taxe sur la valeur ajoutée entraîne moins de réactions d'évitement que d'autres impôts, car la taxe sur la valeur ajoutée est prélevée dans le pays de consommation, appelé pays de destination, et non dans le pays de production, appelé pays d'origine, et la consommation – à l'exception du tourisme d'achat – ne peut guère être délocalisée par rapport à la production. C'est dans ce contexte, où la consommation ne peut guère être délocalisée, qu'il faut considérer les efforts de l'OCDE en matière d'impôts directs, qui visent à taxer les bénéfices des entreprises multinationales très rentables et à fort chiffre d'affaires dans les États du marché où ils sont générés – et non plus dans les États où elles ont leur siège, comme c'était le cas jusqu'à présent –, bien que ce principe soit étranger à l'impôt sur les bénéfices. 1

II. HISTORIQUE

Le précurseur de l'actuelle taxe sur la valeur ajoutée, la **taxe sur le chiffre d'affaires**, avait été introduit par le Conseil fédéral, avec d'autres impôts fédéraux, sur la base des **pouvoirs extraordinaires** du 30 août 1939 « pour rembourser les dépenses extraordinaires de défense et mettre de l'ordre dans les finances de la Confédération », dans un premier temps pour une durée limitée jusqu'à fin 1945. Elle a été prélevée pour la première fois au quatrième trimestre 1941, sur la base de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 juillet 1941 2

concernant l'impôt sur le chiffre d'affaires (arrêté sur l'impôt sur le chiffre d'affaires/AIC). Dès le 20 novembre 1942, le Conseil fédéral a décidé, entre autres, d'augmenter l'impôt sur le chiffre d'affaires et de le prolonger jusqu'à fin 1949. Le 21 décembre 1949, l'Assemblée fédérale a dû la prolonger de deux ans, car elle n'avait pas réussi à se mettre d'accord à temps sur une réorganisation des finances publiques. Le 4 juin 1950, le peuple et les cantons ont rejeté une réorganisation des finances publiques, y compris la taxe sur le chiffre d'affaires, au niveau constitutionnel. Le Conseil fédéral proposa alors un régime transitoire limité à quatre ans, qui correspondait largement au droit en vigueur et qui fut finalement approuvé par le peuple et les cantons le 3 décembre 1950. Ainsi, à partir de **1951**, l'impôt sur le chiffre d'affaires fut pour la première fois réglementé dans la **Constitution fédérale**, même si ce n'était que dans les **dispositions transitoires** en raison de sa durée limitée. Ce n'est qu'à partir de **1959** que l'impôt sur le chiffre d'affaires a été intégré dans la **partie principale de la Constitution**, à l'art. 41ter, après que le peuple et les cantons eurent à nouveau rejeté un nouveau projet de régime financier en 1953. La **limitation dans le temps de la compétence de perception** a toutefois été maintenue jusqu'à aujourd'hui (cf. N. 28 et N. 86 ss).

3 Comme son nom l'indique, l'**impôt sur le chiffre d'affaires** n'était prélevé que **sur les livraisons**, **et non sur les prestations de services**. En principe, les grossistes étaient assujettis à l'impôt pour leurs livraisons au commerce de détail (livraisons au détail). Était considérée comme livraison au détail toute livraison qui n'était pas effectuée entre grossistes. Les simples travaux effectués sur un objet étaient également imposés en tant que livraison. Les prestations de services n'étant pas imposées, il aurait sinon été tentant de ne transformer la marchandise qu'après la vente imposable afin de réduire la charge fiscale. Contrairement à la législation actuelle sur la taxe sur la valeur ajoutée, la **mise à disposition pour usage ou utilisation** n'était toutefois pas considérée comme une livraison pour des raisons pratiques. La location en gros imposable à des fins de sous-location aurait difficilement pu être distinguée de la location de détail non imposable sans sous-location ; toutefois, dans certains cas, notamment dans le cadre de contrats de location-vente, le loyer était soumis à l'imposition de la consommation propre afin de lutter contre l'évasion fiscale.

4 En 1977, 1979 et 1991, le Conseil fédéral et le Parlement ont voulu remplacer l'impôt sur le chiffre d'affaires par une taxe sur la valeur ajoutée, mais cette

mesure n'a pas obtenu la majorité auprès du peuple et des cantons et n'a abouti qu'à une prolongation de l'autorisation de percevoir l'impôt sur le chiffre d'affaires. En raison de l'échec de la taxe sur la valeur ajoutée lors du vote de 1991 et du fait que la compétence de percevoir la taxe sur le chiffre d'affaires expirait déjà à la fin de 1994, le Conseil fédéral a souhaité, dans son message du 18 décembre 1991, inscrire dans la Constitution une simple autorisation de percevoir une **taxe sur le chiffre d'affaires** à un taux maximal de 6,2 %. Sur cette base, le Parlement aurait pu soit **introduire la taxe sur la valeur ajoutée**, soit **prolonger la taxe sur le chiffre d'affaires**. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi correspondante, la taxe sur le chiffre d'affaires aurait continué à s'appliquer sur la base d'une disposition transitoire.

Le Parlement, en revanche, souhaitait **introduire directement la taxe sur la valeur ajoutée**. La raison principale en était que la situation financière de la Confédération ne permettait pas de supprimer la taxe sur le chiffre d'affaires, qui pesait comme une taxe occulte sur les biens d'investissement et les moyens de production, afin de réduire les coûts de production et d'éliminer ainsi les désavantages concurrentiels par rapport à l'étranger. Avec la taxe sur la valeur ajoutée, en revanche, la suppression de la taxe occulte a permis de compenser la baisse des recettes par l'**imposition des services**. Une majorité des partis politiques et des associations faîtières ont accepté l'introduction directe de la taxe sur la valeur ajoutée, mais la confédération syndicale ne l'a fait qu'après qu'une augmentation du taux de TVA en faveur de l'AVS et de l'AI et l'utilisation de 5 % des recettes pour **alléger la charge des classes à faibles revenus** aient été prévues. Le peuple et les cantons ont suivi et ont approuvé le 28 novembre 1993 la **base constitutionnelle** pour l'introduction de la **taxe sur la valeur ajoutée**. 5

Le délai entre le rejet de la taxe sur la valeur ajoutée en 1991 et l'expiration de la compétence de perception de la taxe sur le chiffre d'affaires à la fin de 1994 était trop court pour permettre une procédure législative ordinaire. C'est pourquoi la base constitutionnelle pour l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée prévoyait une **disposition transitoire** qui régissait les principes fondamentaux de la taxe sur la valeur ajoutée dans la Constitution fédérale elle-même et qui devait s'appliquer jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation fédérale. La disposition transitoire habilitait le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution en se fondant directement sur la Constitution, ce qu'il fit avec l'**ordonnance ayant force de loi** du 22 juin 1994 sur la taxe sur la 6

valeur ajoutée (**aMWSTV**). Cette ordonnance entra en vigueur en même temps que les dispositions constitutionnelles, au début de **1995**.

7 La taxe sur la valeur ajoutée était réglementée, avec d'autres impôts, à l'**art. 41ter aCst.** et aux **art. 8 à 8ter DT aCst.**. Ce n'est qu'avec la **nouvelle Constitution fédérale** que la taxe sur la valeur ajoutée s'est vu attribuer son propre article, l'**art. 130 Cst.**, à partir de **2000**. Le contenu de la réglementation correspondait à l'art. 41ter aCst. dans la mesure où celui-ci concernait la taxe sur la valeur ajoutée. Seule l'augmentation du taux d'imposition pour l'AVS et l'AI devait désormais prendre la forme d'une loi fédérale plutôt que d'un arrêté fédéral soumis au référendum, car la nouvelle Constitution fédérale ne permettait plus de présenter les actes législatifs sous la forme d'arrêtés fédéraux. Les dispositions transitoires figurant jusqu'alors aux art. 8 à 8ter DT aCst ont été transférées à l'**art. 196, ch. 14, Cst.** et sont restées inchangées sur le fond, à l'exception de quelques adaptations linguistiques et structurelles.

8 Avec le **message sur le nouveau régime financier** du 9 décembre 2002, le **Conseil fédéral** a voulu conférer expressément à la Confédération, à l'art. 130, al. 1, Cst., la compétence de prélever, en plus du taux normal actuel de 6,5 % au maximum, **un taux réduit** d'au moins 2,0 % (cf. N. 62 ss) : « Cela signifie qu'un seul *taux réduit* est possible, ce qui contribue grandement à la simplification de la TVA ». Le Conseil fédéral souhaitait en outre supprimer le **taux spécial** introduit pour une durée limitée le 1er octobre 1996 pour les prestations d'hébergement (cf. N. 73 ss) non pas « immédiatement », mais seulement après une période transitoire à la fin de 2006, et donc, bien que reformulé sur le modèle de l'art. 36, al. 2, de la loi fédérale du 2 septembre 1999 sur la taxe sur la valeur ajoutée (aMWSTG), le maintenir dans les dispositions transitoires ; il souhaitait également **renoncer** totalement à la **limitation dans le temps** de la **compétence de perception** de la taxe sur la valeur ajoutée.

9 Le **Parlement**, en revanche, souhaitait d'une part **ne pas laisser expirer** la base constitutionnelle d'un **taux spécial** pour les prestations d'hébergement et, d'autre part, **maintenir** dans son ensemble la **compétence de perception** limitée dans le temps de la taxe sur la valeur ajoutée. Comme le taux spécial n'était désormais plus limité dans le temps dans la Constitution, il a été transféré dans le corps de la Constitution à l'art. 130, al. 2, Cst. ; l'affectation des 5 % des recettes fiscales non affectées à d'autres fins à la

réduction des primes d'assurance-maladie a également été transférée dans le corps de la Constitution. Désormais, il était possible de déroger à cette affectation par la loi. La **durée limitée** du **taux spécial** a également été redéfinie **dans la loi**. Le nouveau régime financier est entré en vigueur au début de l'année 2007. Depuis son introduction en 1996, le taux spécial a été **prolongé six fois**, la dernière fois pour une durée de dix ans jusqu'à fin 2027. Lors de la session extraordinaire de 2025, le Parlement a transmis au Conseil fédéral une motion demandant le maintien du taux spécial au-delà de 2027.

10 De début 2011 à fin 2017, le taux normal a été augmenté de 0,4 point de pourcentage, le taux réduit de 0,1 point de pourcentage et le taux spécial de 0,2 point de pourcentage pour le **financement supplémentaire temporaire de l'AI**. Dans le cadre du **financement supplémentaire de l'AVS et de la réforme de la prévoyance vieillesse 2020**, les augmentations des taux d'imposition en faveur de l'AVS et du financement de l'infrastructure ferroviaire devaient être prolongées. Cependant, ce projet ayant été rejeté dans les urnes le 24 septembre 2017, une **baisse des taux d'imposition** a eu lieu pour la première fois depuis l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée au début de l'année 2018 (cf. N. 78).

11 Début 2016, l'acceptation du contre-projet direct du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Pour les transports publics » a entraîné l'ajout de l'art. 130, al. 3bis, Cst. L'augmentation jusqu'alors temporaire de 0,1 point de pourcentage de la taxe sur la valeur ajoutée destinée au **financement de l'infrastructure ferroviaire** a été transformée en une augmentation illimitée dans le temps, raison pour laquelle elle a été déplacée des dispositions transitoires vers le corps principal de la Constitution. Dans le même temps, une augmentation temporaire de la TVA de 0,1 point de pourcentage jusqu'à fin 2030 a été ajoutée à l'art. 196, ch. 14, al. 4, Cst. afin de garantir le financement de l'infrastructure ferroviaire (cf. également N. 80).

12 Le 4 mars 2018, le nouveau régime financier a été approuvé par le peuple et les cantons et la compétence de prélever la taxe sur la valeur ajoutée **a été prolongée jusqu'en 2035**. Le 25 septembre 2022, le peuple et les cantons ont approuvé l'arrêté fédéral sur le **financement supplémentaire de l'AVS** par une augmentation de la taxe sur la valeur ajoutée. Sur la base du nouvel al. 3ter, le Conseil fédéral a relevé le taux normal de 0,4 point de pourcentage et le taux réduit ainsi que le taux spécial pour les prestations d'hébergement de 0,1 point de pourcentage chacun à compter du début de 2024. Conformément

au nouvel al. 3quater, le produit de l'augmentation est intégralement affecté au fonds de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants (cf. également N. 81). Depuis le début de l'année 2024, le **taux normal** est donc de **8,1 %**, le **taux réduit** de **2,6 %** et le **taux spécial** pour les prestations d'hébergement de **3,8 %**.

13 Afin de financer la **13e rente AVS**, le Conseil fédéral propose, dans son message du 16 octobre 2024, une augmentation de la taxe sur la valeur ajoutée de 0,7 point de pourcentage à partir de début 2026.

III. CONTEXTE

14 L'art. 130 Cst. figure sous le titre 3 « La Confédération, les cantons et les communes » du chapitre 3 « Régime financier ». Comme l'a écrit le Conseil fédéral dans son message sur la réforme de la Constitution fédérale, « toutes les dispositions relatives aux recettes et aux dépenses ont été regroupées dans un chapitre, les impôts ont été classés en fonction de leur importance et les dispositions obsolètes ont été supprimées. En conséquence, les deux impôts fédéraux les plus importants, l'impôt fédéral direct et la taxe sur la valeur ajoutée, sont chacun régis par un article spécifique. [...]. Les recettes de la Confédération qui sont prélevées pour un financement spécial ne sont pas ou seulement partiellement reprises dans ce chapitre ». Ces explications montrent que les dispositions relatives au régime financier du chapitre 3 font certes partie de la Constitution financière, mais que le **régime financier** ne peut **pas être assimilé à la Constitution financière**.

15 Selon l'art. 127, al. 2, Cst., le principe de l'**imposition selon la capacité économique** ne doit être respecté « que dans la mesure où la nature de l'impôt le permet ». La capacité économique **mesurée par le revenu** signifie que seuls les revenus dépassant le minimum vital peuvent être imposés. Cela n'est pas possible dans le cadre des systèmes de TVA traditionnels, car même les personnes qui vivent au niveau du minimum vital ou en dessous paient la TVA sur leurs dépenses de consommation. Comme la part de la TVA dans les dépenses totales est proportionnellement plus importante pour les faibles revenus que pour les revenus élevés, la TVA a un effet **régressif** par rapport au revenu. Il convient toutefois de relativiser cet effet dans la mesure où, pour les faibles revenus, une grande partie des dépenses n'est pratiquement pas soumise à la TVA en raison des exemptions pour les loyers et les prestations d'assurance, y compris les assurances maladie.

16 L'effet régressif de la taxe sur la valeur ajoutée devrait être compensé d'une part par l'effet **progressif** de l'**impôt sur le revenu** et d'autre part par des **transferts** ciblés, comme c'est le cas par exemple avec l'affectation partielle des recettes à la réduction des primes d'assurance maladie (cf. également N. 83). Comme alternative aux transferts, une étude du Fonds monétaire international propose de rendre la TVA et d'autres taxes sur les transactions progressives grâce à des remboursements automatisés en temps réel aux personnes à faibles revenus, ce qui serait plus conforme au principe de la capacité contributive mesurée en fonction du revenu.

17 Les exonérations de TVA et les taux réduits ne sont guère adaptés pour contrer l'effet régressif de la TVA (cf. également N. 68). En termes de revenu, les **ménages aisés profitent de manière disproportionnée** de ces **allégements fiscaux** en raison de leurs dépenses de consommation plus élevées en montants absolus. L'État renonce ainsi à des recettes et réduit d'autant ses possibilités de prestations de transfert. Dans le cadre de la TVA, il convient donc de respecter uniquement le principe de l'universalité et de l'égalité de l'imposition, tandis que le principe de l'imposition selon la capacité économique mesurée en fonction du revenu doit être pris en compte en combinaison avec d'autres impôts et transferts. Dans cette perspective, les **exceptions à la taxe sur la valeur ajoutée** et les **taux réduits** devraient être **supprimés** dans la mesure du possible et les charges supplémentaires qui en résultent pour les personnes à faibles revenus devraient être compensées par des transferts, comme le prévoyait pour l'essentiel le message du Conseil fédéral du 25 juin 2008 sur la simplification de la taxe sur la valeur ajoutée.

18 Les questions liées à l'imposition selon la capacité économique mesurée au revenu ne se posent pas lorsque l'imposition selon la capacité économique est mesurée à la consommation. Dans ce cas, les **dépenses de consommation** servent de mesure de la **capacité économique**. Celui qui peut consommer davantage est, mesuré à l'aune de la consommation, plus performant sur le plan économique et paie donc plus de taxe sur la valeur ajoutée. Comme la charge de la taxe sur la valeur ajoutée augmente de manière linéaire proportionnellement aux dépenses de consommation soumises à la taxe, celle-ci n'a donc pas d'effet régressif, comme c'est le cas lorsqu'on la compare au revenu. Mesurer la capacité économique à l'aune de la consommation semble être un **concept peu convaincant**. Comme, contrairement à la capacité économique mesurée en termes de revenu, l'origine des fonds

destinés à la consommation n'a pas d'importance, les dépenses de consommation sont simplement assimilées à la capacité économique, sans que celle-ci soit expliquée plus en détail. La pertinence limitée de ce concept est particulièrement évidente lorsque les dépenses de consommation sont financées par l'endettement. Dans ce cas également, la capacité économique serait mesurée en fonction des dépenses de consommation, bien que l'on puisse difficilement supposer que les consommateurs ont une capacité économique lorsque la consommation est financée par l'endettement. Dans l'ensemble, on ne peut s'empêcher de penser que le concept d'imposition en fonction de la capacité économique mesurée à l'aune de la consommation vise à montrer que la taxe sur la valeur ajoutée est également prélevée sur la base du principe de l'imposition en fonction de la capacité économique. Pour la Suisse, comme indiqué ci-dessus, cela n'est ni nécessaire d'un point de vue financier, ni indispensable d'un point de vue constitutionnel, si l'on considère le système fiscal et les prestations de transfert dans leur ensemble, car l'art. 127, al. 2, Cst. prévoit que l'imposition selon la **capacité économique ne s'applique pas à tous les impôts**.

IV. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Art. 130, al. 1, Cst.

19 L'art. 130, al. 1, Cst. parle d'une taxe sur la valeur ajoutée, alors qu'il s'agit en réalité de **trois impôts différents** : l'impôt sur les prestations à titre onéreux, l'impôt sur la consommation propre et l'impôt sur les importations. Par opposition à l'**impôt sur les importations**, l'impôt sur les prestations à titre onéreux est désigné ci-après comme **impôt intérieur**, même s'il s'agit de prestations de services transfrontalières à titre onéreux. Bien que la **consommation propre** soit mentionnée dans la Constitution comme objet fiscal, elle n'est plus, depuis la révision totale de la LTVA en 2009, qu'une forme de correction de l'impôt préalable, raison pour laquelle elle est traitée comme un impôt intérieur (cf. N. 52). Selon l'avis défendu ici, l'**impôt sur les acquisitions** n'est pas un objet fiscal à part entière, mais simplement une **forme de perception de l'impôt intérieur**, raison pour laquelle il est également traité dans le cadre de l'impôt intérieur (cf. N. 53).

1. Compétence en matière de perception

a. Impôt intérieur : compétence dérogatoire et globale a posteriori

Selon l'art. 130, al. 1, Cst., la Confédération peut percevoir une taxe sur la valeur ajoutée, mais n'y est pas tenue, comme l'indique la formulation « peut ». Si la Confédération y renonçait, la compétence en matière de perception reviendrait aux cantons en vertu de l'art. 3 Cst. Toutefois, dès que la Confédération prélève une taxe sur la valeur ajoutée, les cantons ne peuvent plus prélever d'impôt de même nature, conformément à l'art. 134 Cst. Il en résulte, d'une part, que la compétence des cantons en matière de perception n'est supplantée que lorsque la Confédération fait usage de sa compétence en la matière, ce qui lui confère un effet **rétroactif dérogatoire**, et, d'autre part, que la compétence en matière de perception est transférée intégralement à la Confédération et qu'il s'agit donc d'une **compétence globale**. 20

b. Interdiction des impôts cantonaux de même nature

Avec l'extension de l'objet fiscal aux prestations de services dans le cadre de l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée en 1995, la question s'est posée de savoir si les impôts cantonaux et communaux déjà existants sur les prestations de services, tels que les droits de timbre et les droits de mutation, relevaient également du champ d'application de l'interdiction des impôts cantonaux et communaux de même nature (art. 41ter, al. 2, aCst., aujourd'hui art. 134 Cst.). Lors de la consultation sur le projet d'ordonnance sur la taxe sur la valeur ajoutée du 28 octobre 1993, la question a été posée, en particulier par l'industrie cinématographique, de savoir si la perception d'**impôts cantonaux et communaux sur les billets** était encore **conforme à la Constitution**. 21

Dans son commentaire sur l'ordonnance sur la taxe sur la valeur ajoutée, le **DFF** précise « que les impôts cantonaux et communaux de même nature ne peuvent être prélevés sur les opérations soumises à la taxe sur la valeur ajoutée ou déclarées exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée, c'est-à-dire véritablement exonérées au sens de l'art. 15. En revanche, les taxes sur les billets, les jeux de hasard et autres peuvent être prélevées sur les opérations (telles que les prestations culturelles) qui sont exonérées de l'impôt en vertu des art. 13 et 14 ». En conséquence, l'exonération fiscale pour les opérations liées aux paris, aux loteries et autres jeux de hasard a été justifiée par le fait « 22

que ces jeux et appareils de jeu sont soumis à d'autres charges fiscales (en particulier à un prélèvement cantonal important) ». Cette argumentation a été critiquée dans la **doctrine**, car les prestations exonérées d'impôt relèvent également du champ d'application de la TVA, ce qui se traduit notamment par le fait que les prestations exonérées peuvent être imposées volontairement ou que les impôts préalables qui y sont liés ne peuvent pas être déduits. Par conséquent, il n'y a pas de place pour une imposition cantonale ou communale similaire. L'argumentation du DFF doit toutefois être considérée avant tout dans le contexte de la préservation de la **souveraineté cantonale** et de la **volonté d'éviter** toute **résistance** de la part des cantons lors de l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée.

23 Dans son arrêt sur l'impôt genevois sur les pauvres, le **Tribunal fédéral** a également rejeté l'argumentation du DFF, estimant qu'elle constituait une interprétation trop littérale de la notion d'exonération fiscale, et a au contraire fait valoir que l'impôt genevois sur les pauvres ne correspondait **ni aux impôts spéciaux sur la consommation** de marchandises (art. 41ter, al. 2, en relation avec l'art. 41ter, al. 1, let. b, aCst.), **ni à un impôt général sur la consommation** tel que la taxe sur la valeur ajoutée (art. 41ter, al. 2, en relation avec l'art. 41ter, al. 1, let. a, aCst.). Il a expressément laissé ouverte la question de savoir si d'autres impôts spéciaux sur la consommation des cantons devaient également être considérés comme non similaires. Cet arrêt a également été critiqué dans certaines parties de la **doctrine**. Si la consommation finale est imposée et non l'entreprise, les deux impôts sont similaires. Il convient donc de se baser sur l'effet fiscal visé par la loi, c'est-à-dire l'objectif fiscal.

24 L'**objectif de la charge** en tant que critère central de la similitude semble également **peu convaincant**. Si l'on se base sur l'objectif de la charge visé par la loi, les cantons et les communes ont la possibilité de concevoir l'impôt de manière à ce que ce ne soit pas la consommation finale qui soit imposée, mais le contribuable lui-même, par exemple l'entreprise. Se baser sur l'effet fiscal réel (**incidence fiscale**) ne constitue pas non plus un critère approprié. Ainsi, toutes les taxes à la consommation, indépendamment de l'endroit où elles sont prélevées dans la chaîne de valeur et de la personne qu'elles visent à taxer, pèsent sur la consommation des biens taxés.

25 Afin d'éviter les charges multiples, les impôts liés au chiffre d'affaires ou à une autre variable comparable telle que le volume ou le poids devraient donc être

considérés **comme des impôts de même nature**, indépendamment de leur objectif ou de leur incidence réelle. Les **taxes incitatives** ne seraient toujours pas concernées. Outre le fait que les taxes incitatives ne poursuivent pas d'objectifs fiscaux et ne sont donc pas considérées comme des impôts au sens propre, elles ne constituent pas une charge définitive, mais peuvent même conduire à un allègement si leur effet incitatif se fait sentir. La condition préalable est toutefois que les taxes incitatives soient **remboursées** à la population.

Ce qui n'était encore mentionné que dans le commentaire du DFF et avec une autre justification (cf. N. 22) pour l'aRTVA a été intégré à l'art. 2 LTVA en tant que **fiction** : les taxes sur les billets et les droits de mutation ne sont pas considérés comme similaires. Cette décision du législateur a créé une sécurité juridique pour la pratique concernant ces deux impôts expressément mentionnés, car en raison de l'obligation d'application de l'art. 190 Cst., un examen judiciaire de cette disposition n'aurait aucun effet. L'art. 2 LTVA a finalement renoncé à reprendre le contenu réglementaire de l'art. 134 Cst. et s'est contenté de mentionner la **non-similitude** des deux impôts. Dans les commentaires, cela a été justifié par la sécurité juridique et la poursuite de la pratique du Tribunal fédéral. 26

c. Impôt sur les importations : compétence exclusive ?

Si la compétence fédérale de percevoir un impôt sur les importations se fondait exclusivement sur l'art. 130 Cst., cette compétence serait, tout comme celle de percevoir l'impôt intérieur, dérogatoire a posteriori (cf. N. 20). Si, en revanche, l'impôt sur les importations est également compris dans son contexte historique, selon lequel la législation sur les taxes sur le trafic transfrontalier de marchandises relève de la compétence de la Confédération en vertu de l'**art. 133 Cst.**, il s'agirait alors d'une compétence exclusive. Cette question plutôt théorique semble jusqu'à présent laissée en suspens par la doctrine. 27

d. Limitation dans le temps de la compétence de perception

La **compétence** de la Confédération en matière de perception de la taxe sur la valeur ajoutée est, tout comme celle en matière de perception de l'impôt fédéral direct, **limitée dans le temps** jusqu'à fin 2035 (cf. N. 86 ss). Après que la majorité des partis politiques qui se sont exprimés lors de la consultation 28

sur le nouveau régime financier 2021 en juin 2015 ont rejeté la suppression de la limitation dans le temps proposée par le Conseil fédéral, celui-ci a de nouveau soumis au Parlement une simple prolongation de la compétence.

2. Souveraineté fiscale et champ d'application territorial

29 L'art. 130, al. 1, Cst. ne se prononce pas expressément sur le champ d'application territorial de la taxe sur la valeur ajoutée. Celui-ci découle de la finalité de la taxe sur la valeur ajoutée en tant qu'impôt sur la consommation intérieure. Sont considérées comme consommées sur le territoire national au sens de la taxe sur la valeur ajoutée les prestations dont le lieu de prestation se trouve sur le territoire national ou qui sont importées de l'étranger. Les prestations dont le lieu de prestation se trouve à l'étranger ou qui sont exportées de Suisse sont considérées comme consommées à l'étranger. Elles ne devraient donc pas être soumises à la taxe sur la valeur ajoutée suisse. C'est pourquoi on parle également du **principe du pays de destination**. La taxe sur la valeur ajoutée ne devrait pas influencer les échanges transfrontaliers de biens et de services et est donc qualifiée de **neutre pour le commerce extérieur**. La taxe sur la valeur ajoutée ne peut **pas être comparée aux droits de douane**, car contrairement à ces derniers, elle ne frappe pas seulement les importations, mais surtout les livraisons sur le territoire national.

30 **Les livraisons** sont considérées comme consommées sur le territoire national et sont donc **imposées dans ce pays** si le lieu de livraison se trouve sur le territoire national ou si les biens sont importés de l'étranger. Le lieu de livraison se trouve en principe là où le pouvoir de disposition économique est transféré (par exemple là où une cuisine est installée). Si, dans le cas de la livraison de biens meubles, ce lieu se trouve à l'étranger et que le transport ou l'expédition s'effectue vers le territoire national, l'impôt sur les importations s'applique. Inversement, si le lieu de livraison se trouve sur le territoire national et que les biens meubles sont transportés ou expédiés à l'étranger, il y a exonération fiscale sur le territoire national. Les prestations exonérées d'impôt donnent droit à la déduction de l'impôt préalable y afférent. Dans le cas contraire, les exportations seraient soumises de manière occulte à la taxe sur la valeur ajoutée suisse, ce qui les rendrait plus chères et entraînerait un désavantage concurrentiel pour l'économie d'exportation suisse (cf. N. 5).

Les prestations de services sont considérées comme consommées sur le territoire national et donc **imposées sur le territoire national** si le lieu de prestation se trouve sur le territoire national. Comme le lieu de consommation effective est souvent difficile à déterminer (p. ex. pour les prestations de conseil) ou que l'imposition au lieu de consommation effective entraînerait des difficultés pratiques considérables (p. ex. l'imposition des services électroniques sur smartphone au lieu de leur utilisation effective), on part en principe du principe que la consommation a lieu là où la clientèle est domiciliée (lieu de destination). Il ne devrait être dérogé à cette règle que si un autre lien local permet de mieux réaliser l'imposition au **lieu de consommation effective**. C'est notamment le cas lorsqu'un service est reçu et consommé simultanément à sa prestation sur place, comme c'est le cas, par exemple, pour les services de restauration ou les manifestations devant un public physiquement présent. Ces services sont donc imposés au lieu de leur prestation. D'autres lieux d'imposition peuvent également être utilisés à la place du lieu d'activité, comme par exemple l'imposition au lieu de situation pour les services liés à un bien immobilier, dont font également partie les services d'hébergement, l'imposition au lieu de transport ou l'imposition au lieu de prestation, c'est-à-dire là où réside la personne qui fournit le service. 31

Dans le cas de l'**imposition au lieu de prestation**, c'est-à-dire là où la personne qui fournit la prestation est domiciliée, le sujet fiscal et le lieu de prestation coïncident. Le contribuable se trouve toujours sur le territoire fiscal, ce qui garantit l'exécution, mais dans le contexte transfrontalier, cela signifie que la taxe sur la valeur ajoutée n'est pas payée sur le territoire où la consommation a lieu. L'imposition au lieu de prestation est donc également appelée **principe du pays d'origine**. 32

Au sein de l'**UE**, le **principe du pays d'origine** devait initialement être introduit pour la TVA harmonisée afin de préserver autant que possible la souveraineté financière des États membres. Cependant, le principe du pays d'origine s'est avéré impraticable, car l'harmonisation des taux d'imposition n'était pas réalisable sur le plan politique et les différences de taux d'imposition influençaient le choix de l'implantation des entreprises au sein de l'UE. La directive actuelle sur le système de TVA suit donc désormais largement le **principe du pays de destination**. Le développement du système de guichet unique (One-Stop-Shop), l'enregistrement à la TVA dans un seul État membre est nécessaire pour toutes les prestations au sein de l'UE, 33

est une étape centrale pour un passage cohérent au principe du pays de destination au sein du marché intérieur de l'UE. Cela permet en effet d'éviter que l'imposition dans le pays de destination n'entraîne également une obligation fiscale dans le pays de destination, comme c'est d'ailleurs le cas en dehors du marché intérieur de l'UE.

34 Tout comme les livraisons à l'étranger ne devraient pas être soumises à la TVA suisse (cf. N. 30), les **prestations de services à l'étranger** exonérées d'impôt devraient en principe donner droit à la déduction de l'impôt préalable correspondant, afin d'éviter que les prestations de services fournies à l'étranger ne deviennent plus chères et que la TVA ne devienne un désavantage concurrentiel pour les entreprises suisses. On peut donc se demander si le fait que **les prestations de services** dans les domaines **financier, des assurances et des jeux d'argent** ne donnent pas droit à la déduction de l'impôt préalable, même lorsqu'elles ont été fournies à l'étranger, est compatible avec le principe du pays de destination et le principe de neutralité de la TVA en matière de commerce extérieur. La crainte d'une baisse des recettes fiscales a été déterminante pour le maintien de cette réglementation, en vigueur depuis l'introduction de la TVA, même après la révision totale de la LTVA, dans le cadre de laquelle la déduction de l'impôt préalable a été explicitement autorisée pour la plupart des services exonérés de l'impôt à l'étranger, car dans les années 2000, les activités étrangères gérées depuis la Suisse restaient considérables.

3. Impôt intérieur

a. Concept d'imposition et de perception

35 L'art. 130, al. 1, Cst. confère à la Confédération la compétence de percevoir une taxe sur la valeur ajoutée. Selon son **concept d'imposition**, la taxe sur la valeur ajoutée est un impôt général sur la consommation qui, selon son **concept de perception**, est prélevé à chaque étape de la chaîne de création de valeur sur la base de la valeur ajoutée correspondante. C'est surtout par son concept de perception que la taxe sur la valeur ajoutée se distingue de l'ancienne taxe sur le chiffre d'affaires prélevée au niveau du commerce de gros (cf. N. 3) et des impôts spéciaux sur la consommation, qui sont prélevés une seule fois lors de la fabrication ou de l'importation. Comme ces trois types d'impôts grèvent finalement la consommation finale, ils ne se distinguent pas dans leur conception fiscale. Bien que, selon le concept de

perception de la taxe sur la valeur ajoutée, la **perception de l'impôt à chaque étape de la chaîne de valeur** constitue une caractéristique centrale, il existe également des exceptions à cette règle au sein même de la taxe sur la valeur ajoutée. On peut penser par exemple à la procédure de déclaration, où la perception de l'impôt est remplacée par une déclaration, ou à la procédure d'impôt sur les acquisitions servant à lutter contre la fraude sur le territoire national pour les droits d'émission et autres, dans laquelle la vente des droits d'émission reste exonérée d'impôt, mais où la clientèle assujettie doit décompter la taxe sur la valeur ajoutée en tant qu'impôt sur les acquisitions. Dans les deux cas, il n'y a pas de perception d'impôt au niveau de la chaîne de valeur concerné pour ce type de transactions, ce qui constitue une dérogation au principe de perception de la taxe sur la valeur ajoutée.

La question se pose de savoir dans quelle mesure la notion constitutionnelle de taxe sur la valeur ajoutée, en raison de son principe de perception, couvre également la perception de l'impôt indépendamment de la création d'une valeur ajoutée. À mon avis, cette question ne se pose pas lorsque la taxe est **exceptionnellement directement prélevée** au sein de la chaîne de valeur ajoutée **auprès de l'entreprise** qui achète la prestation, comme c'est le cas, par exemple, pour la **taxe sur les acquisitions** ou la **taxe à l'importation**. Si de telles prestations sont achetées par des personnes assujetties à l'impôt et que l'impôt est directement décompté avec l'Office fédéral des douanes ou de la sécurité des frontières (OFDF) ou l'AFC, il s'agit généralement de prestations préalables pour leurs propres prestations, dont la valeur ajoutée est à nouveau soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. 36

La question se pose toutefois lorsque la taxe sur la valeur ajoutée est **exceptionnellement prélevée directement auprès des consommateurs finaux**. C'est notamment le cas lorsque des personnes qui n'exploitent pas d'entreprise, comme **les particuliers**, sont redevables de l'**impôt sur les acquisitions** parce qu'elles acquièrent pour plus de 10 000 francs par an des prestations soumises à cet impôt. L'imposition des consommateurs finaux tient compte du principe de la charge fiscale de la taxe sur la valeur ajoutée, mais ne correspond pas au principe de perception, selon lequel la taxe sur la valeur ajoutée doit être prélevée indirectement au niveau de la valeur ajoutée et non directement au niveau de la consommation. L'objectif d'**universalité et d'uniformité de l'imposition** énoncé à l'art. 127, al. 2, qui exige une imposition aussi complète que possible de la consommation pour la taxe sur 37

la valeur ajoutée, justifie à mon avis de s'écarter ponctuellement du concept de perception et de **prélever l'impôt directement dans des cas exceptionnels**. En outre, depuis la révision partielle de la loi sur la TVA entrée en vigueur début 2018, l'impôt sur les acquisitions pour les personnes non assujetties a encore perdu de son importance, car les entreprises sont désormais assujetties à l'impôt dès que leur chiffre d'affaires mondial atteint 100 000 francs, et non plus seulement à partir d'un chiffre d'affaires de 100 000 francs sur le territoire national, ce qui a encore réduit la perception directe de la taxe sur la valeur ajoutée auprès des consommateurs finaux.

38 Si l'on renonçait à **prélever l'impôt** non seulement dans des cas exceptionnels, mais **de manière générale** sur les **prestations entre personnes assujetties**, comme le propose l'interpellation Caroni 21.4353, la question se poserait de savoir si cela serait compatible avec le concept de perception de la taxe sur la valeur ajoutée. Cela est corroboré par le fait qu'il est toujours possible de percevoir un impôt à un stade de la chaîne de valeur en amont de la consommation finale, par exemple lorsqu'une personne assujettie à l'impôt achète une prestation soumise à l'impôt. Dans le même temps, il apparaît clairement que, même s'il est toujours possible de percevoir un impôt en amont de la consommation finale, on ne peut plus vraiment parler de perception d'impôt à tous les stades de la chaîne de valeur. Cet élément caractéristique du **concept de perception** de la taxe sur la valeur ajoutée sert avant tout à garantir le recouvrement de l'impôt. La perception de la taxe à chaque étape de la chaîne de valeur ajoutée, appelée **perception fractionnée**, garantit que, en cas de défaillance d'un assujetti dans la chaîne de valeur ajoutée, seule la taxe sur la valeur ajoutée correspondant à sa valeur ajoutée est perdue. Si l'on renonçait dans une large mesure à la perception de l'impôt à tous les niveaux de la chaîne de valeur ajoutée et que l'impôt était prélevé en grande partie au dernier niveau, le risque de pertes fiscales augmenterait considérablement. Dans ce contexte, le **concept de perception** de l'impôt à chaque niveau de la chaîne de valeur ajoutée doit être considéré comme un **élément central de la notion de taxe sur la valeur ajoutée**. Si l'on renonçait largement à ce concept de perception, il ne s'agirait plus d'une véritable taxe sur la valeur ajoutée, mais plutôt d'un **impôt à phase unique**, auquel les constituants se sont délibérément opposés en 1995 lors de l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée. On peut se demander si l'art. 130 Cst. serait suffisant comme base constitutionnelle pour un tel impôt.

b. Sujet fiscal de l'impôt intérieur

L'art. 130 Cst. ne se prononce pas expressément sur le **sujet fiscal**. Seule la notion de taxe sur la valeur ajoutée permet de déterminer qui est assujetti à l'impôt. Selon le concept de perception de la taxe sur la valeur ajoutée, l'impôt est dû sur la valeur ajoutée que les entrepreneurs créent à chaque étape de la chaîne de valeur (cf. N. 35). Ainsi, les personnes qui exploitent une **entreprise** sont en principe assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée. 39

Dès l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée au début de 1995, le Conseil fédéral avait fixé un **seuil minimal de chiffre d'affaires** de 75 000 francs pour l'assujettissement à l'impôt, bien que l'art. 8 des dispositions transitoires de l'ancienne Constitution fédérale, sur lequel se fondait directement la première ordonnance sur la TVA, ne prévoyait pas de seuil minimal de chiffre d'affaires. Dans le cadre de la révision totale de la LTVA, entrée en vigueur début 2010, le seuil de chiffre d'affaires pour l'assujettissement à l'impôt a été relevé à 100 000 francs afin de décharger encore plus d'entreprises des obligations liées à la TVA. Les seuils minimaux de chiffre d'affaires pour l'assujettissement à l'impôt sont justifiés par des raisons d'efficacité en matière de perception et de recouvrement : les montants de TVA relativement faibles générés par des chiffres d'affaires relativement bas sont disproportionnés par rapport aux coûts supportés par les entreprises pour leur paiement et par l'administration pour leur perception. Cet argument s'appuie sur le principe constitutionnel de **proportionnalité** de l'action de l'État (art. 5, al. 2, Cst.). En revanche, le chiffre d'affaires minimal pour l'assujettissement à l'impôt est, selon son montant, plus ou moins en contradiction avec les principes constitutionnels de l'**égalité devant la loi** (art. 8 Cst.) et, plus concrètement, de l'**universalité et de l'égalité de l'impôt** (art. 127, al. 2, Cst.). Compte tenu notamment des évolutions techniques en matière de comptabilité numérique des entreprises et de décompte en ligne de la TVA, je me demande si le seuil de chiffre d'affaires applicable pour l'exonération fiscale, fixé à 100 000 francs, est toujours proportionné. En particulier dans le cas des services à faible charge fiscale, comme dans le secteur des cosmétiques ou des transports, les entreprises unipersonnelles ne sont pas assujetties à l'impôt, ce qui entraîne des désavantages liés à la TVA pour les entreprises qui emploient des salariés. En outre, le seuil élevé du chiffre d'affaires peut renforcer l'incitation à recourir au faux travail indépendant au regard du droit des assurances sociales, si l'assujettissement à la TVA est également supprimé. 40

c. Objet fiscal de l'impôt intérieur

i. La prestation

41 L'art. 130, al. 1, Cst. mentionne la livraison de biens et la fourniture de services comme points de rattachement matériels de l'impôt intérieur. Les deux notions de livraison et de services sont complémentaires : ce qui n'est pas une livraison est un service. Les livraisons et les services sont donc également regroupés sous le terme de **prestation**. Étant donné que tant les livraisons que les prestations de services sont soumises à la TVA si d'autres conditions sont remplies, la distinction entre livraison et prestation de services joue tout au plus un rôle dans les situations transfrontalières, où, dans certains cas, il peut y avoir double imposition ou non-imposition, notamment en raison de lieux de prestation différents.

42 La Constitution ne définit ni la livraison ni la prestation de services. La question se pose donc de savoir quelles exigences constitutionnelles doivent être imposées à ces deux notions. Si l'on se base sur l'usage linguistique quotidien, on peut dire qu'une livraison sans objet est difficilement concevable, alors que les prestations de services peuvent tout à fait inclure des objets. De nombreux systèmes de TVA étrangers suivent cette logique, même si cela soulève des **questions de délimitation** difficiles. Dans le cas des réparations notamment, la question se pose de savoir à partir de quand l'ajout de pièces neuves transforme la prestation de réparation en livraison de biens.

43 Afin d'éviter ces difficultés de délimitation, le droit suisse en matière de TVA s'écarte, depuis son introduction en 1995, de l'usage linguistique courant : s'il s'agit d'une prestation en rapport avec un bien, on parle de **livraison**. Ainsi, non seulement les simples **travaux** effectués sur un bien, comme le nettoyage d'un bureau, mais aussi la simple **mise à disposition pour utilisation**, comme la location de bureaux, constituent des livraisons de bâtiments au sens de la TVA suisse. Ce n'est que lorsqu'une prestation est indépendante d'un bien qu'il s'agit d'un **service** au sens de la TVA suisse. Les animaux étant considérés comme des biens, contrairement aux êtres humains, les traitements médicaux prodigués aux êtres humains sont qualifiés de prestations de services, tandis que ceux prodigués aux animaux sont qualifiés de livraisons. Même si ces classifications peuvent sembler étranges du point de vue de l'usage linguistique quotidien, elles ont l'avantage de **faciliter la**

délimitation et contribuent ainsi à la sécurité juridique et au respect des principes de l'**art. 5 Cst.** Par exemple, selon la législation suisse sur la TVA, les réparations sont toujours des livraisons, qu'il s'agisse d'une simple mesure des gaz d'échappement d'une voiture ou de la reconstruction complète d'un véhicule de collection.

ii. Caractère onéreux

L'art. 130, al. 1, Cst. ne se prononce pas sur la question du caractère onéreux. 44
Il ressort toutefois de la notion de taxe sur la valeur ajoutée que les livraisons et les prestations ne sont soumises à l'impôt que si elles sont fournies contre **rémunération**. Dans le cas contraire, il n'y aurait pas de valeur ajoutée à laquelle la taxe sur la valeur ajoutée pourrait se rattacher selon son concept de perception (cf. N. 35). La rémunération peut être versée par la **personne bénéficiaire de la prestation** ou, en tout ou en partie, par un **tiers**.

Des questions de délimitation difficiles se posent notamment en rapport avec 45
les **subventions** qui, sous certaines conditions, peuvent être considérées a) comme une contrepartie pour une prestation fournie à la collectivité payante, b) comme une contrepartie pour une prestation fournie à des tiers ou c) comme une non-contrepartie qui ne rémunère aucune prestation. Dans la mesure où les paiements créent une valeur ajoutée et permettent ainsi de réduire le coût des prestations ou même de les rendre possibles, une imposition étendue des subventions en tant que rémunération (partielle) de la prestation subventionnée serait, selon l'avis défendu ici, conforme à la notion constitutionnelle de taxe sur la valeur ajoutée (cf. N. 71). Afin de simplifier la distinction entre rémunération et subventions et d'assurer ainsi une plus grande sécurité juridique, le Parlement a choisi une autre voie : depuis le début de l'année 2025, est en principe considérée comme une subvention toute prestation désignée comme telle par la collectivité publique qui la finance (art. 18, al. 3, LTVA). Cette mesure tend plutôt à élargir qu'à restreindre le champ d'application des subventions. Les prescriptions de la comptabilité publique doivent permettre de contrer une utilisation trop extensive de cette norme. En particulier, ce qui serait considéré comme une contrepartie entre particuliers ne peut être qualifié de subvention.

iii. Contrepartie et prestation attendue au lieu de lien

économique

46 L'art. 130, al. 1, Cst. ne précise pas quel doit être le rapport entre la prestation et la contrepartie pour qu'il s'agisse d'une relation de prestation soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. Dans la doctrine, le rapport entre la prestation et la contrepartie est décrit comme un **lien économique** interne qui, outre la prestation et la contrepartie, constitue également un élément constitutif de l'objet fiscal. On distingue ici entre un lien final et un lien causal. Dans le cas d'un **lien final**, la contrepartie est versée afin d'obtenir la prestation, tandis que dans le cas d'un **lien causal**, il existe un rapport de cause à effet entre la contrepartie et la prestation, et non un simple échange fortuit. Aucune de ces deux théories ne permet de décrire de manière exhaustive les relations de prestation soumises à la taxe sur la valeur ajoutée. C'est pourquoi nous proposons ci-après une autre approche de l'interaction entre prestation et contrepartie.

47 Selon la LTVA, est considérée comme **une prestation** l'octroi d'une valeur économique consommable en vue d'une contrepartie (art. 3, let. c, LTVA). La prestation se compose d'un **élément objectif** – l'octroi d'une valeur économique consommable – et d'un **élément subjectif** – l'attente d'une contre-prestation. Il ne s'agit donc pas d'une prestation au sens de la LTVA lorsqu'aucune contre-prestation n'est attendue, comme c'est le cas pour un **cadeau** ou une **faveur**. En l'absence d'**attente de contrepartie**, une indemnisation volontaire ne doit pas conduire à un rapport de prestation non souhaité. Si une contrepartie est attendue, il s'agit d'une prestation au sens de la LTVA, même si la prestation peut être obtenue sans paiement de la contrepartie.

48 Est considéré comme **contre-prestation** tout bien patrimonial que le destinataire ou, à sa place, un tiers, dépense pour obtenir une prestation (art. 3, let. f, LTVA). La contrepartie au sens de la LTVA se compose donc également d'un **élément objectif** – la dépense patrimoniale – et d'un **élément subjectif** – l'**attente de prestation**. Un **don**, par exemple, est une dépense patrimoniale sans attente de prestation.

49 Outre les deux éléments objectifs que sont **la prestation** et **la dépense patrimoniale**, **l'attente d'une contrepartie et d'une prestation** doivent toujours être présentes en tant qu'éléments subjectifs pour qu'un **rapport de prestation soit considéré comme un objet fiscal**. Si, outre l'élément constitutif objectif de la prestation, l'élément constitutif subjectif de l'attente d'une contrepartie est également présent, le fait qu'une prestation soit

également disponible à titre gratuit n'a aucune importance. Dès qu'un actif est dépensé pour obtenir la prestation, l'élément objectif de la dépense financière et l'élément subjectif de l'attente d'une contrepartie sont remplis et il existe un rapport de prestation imposable au titre de la taxe sur la valeur ajoutée. Cela s'applique d'une part aux cas notoires de la **musique de rue**, du **petit pourboire pour les toilettes** et sans doute aussi à la rémunération du service par des **pourboires**, mais d'autre part aussi aux situations économiquement plus importantes dans lesquelles des applications ou des contenus en ligne sont mis à disposition gratuitement, associés à une demande de « dons », ou aux « donations » aux influenceurs. Il convient de distinguer ces cas des **collectes de dons** accompagnées, par exemple, de cartes postales, d'un calendrier ou d'un livre. Il ne s'agit pas ici d'obtenir une rémunération volontaire pour les marchandises envoyées, mais de collecter des dons pour la cause idéologique poursuivie. Les marchandises ne constituent qu'une forme de remerciement collectif anticipé pour le don potentiel. En l'absence d'attente de rémunération, il manque dans ce cas un élément constitutif du rapport de prestation, raison pour laquelle une imposition n'entre pas en ligne de compte, même si quelqu'un souhaite rémunérer la prestation par une dépense patrimoniale au lieu d'un don.

Si l'objet fiscal « rapport de prestation » est compris comme une prestation contre rémunération avec les conditions objectives et subjectives correspondantes, on peut **renoncer à** l'élément constitutif du **lien économique** entre la prestation et la rémunération. Cela permet également de mettre fin à la controverse sur la nature de ce lien, à savoir si la contrepartie est versée dans le but d'obtenir la prestation (finalité) ou s'il suffit que la contrepartie ait été versée parce que la prestation a été obtenue (causalité) (cf. N. 46). Si la finalité est exigée, il n'y a pas de lien économique entre la prestation et la rémunération et donc pas d'objet fiscal, en particulier dans tous les domaines où une prestation peut également être obtenue gratuitement, même si, comme indiqué ci-dessus au n° 49, une prestation a été fournie en attendant une rémunération, ce qui est particulièrement gênant au regard des nouveaux modèles commerciaux en ligne. Si, en revanche, seule la causalité était exigée, il y aurait au contraire imposition dans les cas où il n'y a pas d'attente de rémunération, par exemple dans le cas des collectes de dons également mentionnées au N. 49. La question de savoir si le lien économique doit être évalué du point de vue de la personne qui fournit la prestation ou de celle qui la reçoit devient alors superflue. Pour qu'une 50

relation de prestation soit soumise à la TVA, elle doit être **volontaire des deux parties**. Comme toujours dans le cas d'éléments constitutifs subjectifs, leur existence doit être déduite d'actions perceptibles de l'extérieur. Pour des raisons d'universalité et de neutralité de l'impôt, il ne faut pas imposer d'exigences excessives en matière de preuve de l'existence d'une attente subjective de rémunération de la part du prestataire.

51 Il convient de distinguer l'objet fiscal du rapport de prestation d'**autres conditions d'imposition** d'un rapport de prestation, telles que le **lieu de prestation sur le territoire national**, l'**assujettissement à l'impôt** de la personne qui fournit la prestation ou l'**absence d'exonération fiscale**. Comme l'indique le terme « objet », il s'agit de la base matérielle de l'impôt, qui est indépendante des caractéristiques subjectives des personnes concernées ou du lien local. L'objet fiscal est une condition nécessaire, mais non suffisante, à l'imposition. Ce n'est que lorsque le rapport de prestation, en tant qu'objet fiscal de la taxe sur la valeur ajoutée, est réalisé subjectivement par une personne assujettie à l'impôt sur le territoire national et qu'aucune exemption fiscale ne s'applique, qu'il y a en principe imposition.

iv. Consommation propre

52 La Constitution mentionne expressément la consommation propre, car celle-ci était à l'origine conçue comme un objet fiscal distinct. Depuis la révision totale de 2009, une correction de la déduction de l'impôt préalable est désignée comme consommation propre. À l'origine, la consommation propre devait être supprimée de la Constitution. Cependant, le Parlement n'ayant pas donné suite au projet de taux d'imposition unique en 2013, la Constitution n'a finalement pas été modifiée, raison pour laquelle la consommation propre continue d'être mentionnée comme objet fiscal. La question se pose donc de savoir si le fait de renoncer à la consommation propre en tant qu'objet fiscal distinct est constitutionnel. C'est principalement pour des raisons de simplification que le Parlement a renoncé, dans le cadre de la révision totale de 2009, à la **consommation propre de fabrication et de transformation** en tant qu'objet fiscal distinct. Du point de vue de la systématique fiscale, elle serait toujours justifiée. Si une personne prélève un bien qu'elle a fabriqué elle-même de son entreprise individuelle, elle ne peut simplement pas faire valoir les impôts préalables qui y sont liés. Si, en revanche, une personne prélève le même bien de sa société anonyme dont elle est l'unique

actionnaire, elle doit payer le prix applicable aux tiers. Si la consommation propre n'est plus un objet fiscal, mais seulement une correction de l'impôt préalable, la valeur ajoutée reste donc non imposable dans le premier cas, alors qu'elle est imposable dans le second. La loi en vigueur n'est donc pas neutre sur le plan juridique, raison pour laquelle, indépendamment de la mention de la consommation propre comme objet fiscal à l'art. 130 Cst., des questions se posent quant à la constitutionnalité de la consommation propre actuelle au regard du **principe d'égalité** et des principes de l'**art. 127, al. 2, Cst.**

v. Impôt sur les acquisitions

53 La disposition constitutionnelle ne mentionne pas l'**impôt sur les acquisitions**. Comme l'impôt sur les acquisitions, tout comme l'impôt intérieur, repose sur la prestation comme objet fiscal, il ne constitue **pas un objet fiscal propre**. Il se distingue de l'impôt intérieur principalement par le fait que, dans le cas de l'impôt sur les acquisitions, la taxe sur la valeur ajoutée n'est pas due par le prestataire, mais par le destinataire de la prestation. Dans le droit allemand relatif à la taxe sur le chiffre d'affaires, on parle d'ailleurs à titre illustratif de changement ou de transfert de la dette fiscale. La législation suisse a en revanche opté pour le terme de « taxe à la source », car lors de la révision totale de la LTVA en 2009, la taxe à la source s'appliquait exclusivement à l'**acquisition de prestations de services provenant de l'étranger**. Ce n'est qu'avec la révision partielle de la LTVA, entrée en vigueur début 2025, que l'impôt à la source sera également appliqué pour la première fois au transfert de **droits d'émission** et autres droits similaires sur le territoire national afin de lutter contre les abus.

d. Base de calcul

54 Tout comme pour la rémunération, la Constitution ne se prononce pas sur la base de calcul. Tout comme la rémunération, la base de calcul ne peut être déduite que de la notion de taxe sur la valeur ajoutée (cf. N. 44). Les questions relatives à la **base de calcul (minimale)** se posent surtout lorsque les prestations sont fournies à un prix inférieur à leur valeur. Bien que la taxe sur la valeur ajoutée soit qualifiée d'impôt général sur la consommation, l'objectif de l'imposition n'est pas la consommation elle-même, mais l'utilisation des moyens pour la consommation. C'est pourquoi la taxe sur la valeur ajoutée n'est pas calculée sur la valeur objective d'une prestation, mais en principe sur

la contre-prestation effectivement reçue pour la prestation. Il ne convient de s'écarter de la contrepartie effectivement reçue comme base de calcul que lorsque son montant a été influencé par des raisons autres que commerciales. Ainsi, les prestations fournies à des **personnes étroitement liées** sont en principe calculées sur la base de la valeur qui aurait été convenue entre des tiers indépendants (art. 24, al. 2, LTVA). Comme dans le cas de la consommation propre dans une relation unilatérale, où la déduction de l'impôt préalable doit être annulée, cela garantit, dans une relation multipartite,
qu'il n'y ait pas de sous-imposition de la consommation finale (cf. N. 52).

e. Taxation

55 L'art. 130 Cst. ne précise pas la procédure à suivre pour percevoir la taxe sur la valeur ajoutée. À mon avis, le concept de taxe sur la valeur ajoutée ne permet pas non plus de tirer des conclusions quant à une procédure de taxation particulière. Étant donné que l'administration ne participe pas à la taxation de la taxe sur la valeur ajoutée, celle-ci est qualifiée d'**impôt à taxation automatique**, contrairement à la taxation mixte des impôts directs, dans laquelle l'administration fixe définitivement la créance fiscale. Il ne faut toutefois pas en conclure que c'est le contribuable qui **fixe définitivement** la créance fiscale à la place de l'administration. Il fixe certes la créance fiscale, mais tant que le **délai de prescription de cinq ans** n'est pas écoulé, la créance fiscale peut être ajustée tant par l'AFC dans le cadre d'un contrôle que par le contribuable. Ce n'est qu'après l'expiration du délai de prescription que la créance fiscale devient définitive. En cas de **contrôle** par l'AFC, on passe à la **procédure de taxation mixte**, car l'AFC fixe la créance fiscale dans sa communication d'estimation et celle-ci devient exécutoire et donc définitive soit par paiement sans réserve, soit par reconnaissance écrite de la part du contribuable. Ces mesures visent à renforcer la sécurité juridique pour les contribuables dans le cadre de la révision totale de la loi sur la TVA. Cela inclut également la séparation des **procédures de fixation et de perception de l'impôt**, raison pour laquelle on parle également d'**auto-évaluation modifiée**. Cela a également permis de répondre aux demandes isolées en faveur d'un passage à une **taxation mixte** de la taxe sur la valeur ajoutée, qui, selon l'avis défendu ici, serait **constitutionnellement admissible**, car la Constitution ne contient aucune indication sur la procédure de taxation.

4. Impôt sur les importations

Sur le plan conceptuel, l'impôt sur les importations est le **corollaire de l'exonération fiscale applicable aux exportations** de biens. Il vise à garantir que les dépenses en capital pour la consommation intérieure soient soumises à la TVA selon le **principe du pays de destination**, que les biens soient d'origine suisse ou étrangère. Cela permet de garantir que les entreprises nationales ne subissent **aucun désavantage concurrentiel lié à la TVA** par rapport aux entreprises étrangères (cf. N. 5). 56

Conformément à l'art. 130, al. 1, Cst., l'importation de biens est **un objet imposable** au titre de la TVA. Selon la loi, est considéré comme importation tout mouvement de marchandises franchissant la frontière douanière (cf. art. 52, al. 1, let. a, LTVA en relation avec l'art. 7 de la loi sur les douanes, LD, RS 631.0). Peu importe que ce mouvement de marchandises repose sur un acte juridique, comme dans le cas d'un **rapport de prestation**, ou sur un acte réel, comme dans le cas de l'**introduction** de biens sur le territoire national. Étant donné que l'impôt sur les importations est, par définition, le pendant de l'exonération fiscale à l'exportation afin de garantir l'imposition dans le pays de destination, la question se pose de savoir si l'introduction de biens personnels sur le territoire national doit également être soumise à l'impôt sur les importations dans tous les cas. Cela est sans aucun doute correct lorsque **des biens nouvellement acquis** sont retirés à l'étranger au lieu d'être expédiés. Le tourisme d'achat en fait également partie. À l'exception des règles de minimis à l'étranger, ces biens nouvellement acquis peuvent en principe être exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée, c'est pourquoi, conformément au principe du pays de destination, la taxe sur la valeur ajoutée suisse doit être prélevée à l'importation. On peut toutefois se demander si la perception de l'impôt sur les importations est conceptuellement correcte lorsque les biens importés ont été soumis à la TVA étrangère, mais ne peuvent plus être exonérés d'impôt, par exemple en raison de leur **longue durée de possession**. Il en résulte une imposition multiple, contraire au principe du pays de destination. On peut se demander si, dans ce cas, la perception de la taxe à l'importation est couverte par l'art. 130 Cst. La raison de la perception de la taxe à l'importation sur toutes les importations réside plutôt dans le fait que, pour des raisons pratiques, la taxe à l'importation a été étroitement alignée sur le droit douanier. Sur le plan conceptuel, cela ne pourrait être contré que par une exonération fiscale fictive dans le pays d'origine, qui serait 57

calquée sur la déduction fictive de l'impôt préalable. À l'inverse, une exonération fiscale fictive devrait également être accordée en Suisse si l'impôt sur les importations est dû dans le pays de destination.

58 L'art. 130, al. 1, Cst. ne permet pas de déterminer qui est assujetti à l'impôt sur les importations et donc **soumis à l'impôt**. Pour des raisons pratiques, la loi se réfère au **débiteur douanier** (art. 51, al. 1, LTVA). Ainsi, pratiquement toute personne impliquée dans l'introduction des marchandises sur le territoire douanier peut être prise en considération. Du point de vue de la taxe sur la valeur ajoutée, le sujet fiscal est ici aussi défini de manière large et est étroitement lié au droit douanier et à l'accent mis sur la recouvrabilité des créances (cf. N. 57).

59 L'art. 130 Cst. ne fournit aucune indication sur la **procédure relative à l'impôt sur les importations**. Étant donné que l'objet de l'impôt est l'importation de biens, la perception de l'impôt par l'Office fédéral des douanes et de la sécurité des frontières (OFDBS) s'impose. Contrairement à l'impôt intérieur, l'impôt sur les importations est définitivement fixé par l'OFDBS dans le cadre d'une **procédure de taxation mixte** et n'est pas déterminé dans le cadre d'une procédure d'autotaxation et décompté avec l'AFC (cf. N. 55). La **procédure de dédouanement** constitue une exception : l'impôt sur les importations n'est pas d'abord payé à l'OFDF, puis réclamé à l'AFC en tant qu'impôt préalable, mais il peut être déclaré dans le décompte fiscal auprès de l'AFC et simultanément fait valoir en tant qu'impôt préalable. Les demandes visant à ce que cette procédure, initialement prévue uniquement pour l'importation *et l'*exportation de biens de grande valeur tels que les bijoux destinés à des expositions et à des ventes aux enchères, s'applique à toutes les importations effectuées par des personnes assujetties à l'impôt méconnaissent le fait que cela entraînerait des **désavantages concurrentiels pour les entreprises** nationales en raison de la TVA. La taxe sur la valeur ajoutée ne serait plus payable qu'à l'achat auprès d'entreprises nationales et pourrait être réclamée ultérieurement à titre d'impôt préalable. En revanche, lors d'achats auprès d'entreprises étrangères par le biais d'importations, la taxe sur la valeur ajoutée pourrait être déduite à nouveau en tant qu'impôt préalable dans la même déclaration que celle dans laquelle elle est déclarée. Il en résulterait pour les importations, sinon un avantage fiscal, du moins un **avantage en termes de liquidités**, qui ne serait pas négligeable, surtout en cas de hausse des taux d'intérêt.

5. Taux d'imposition

L'art. 130, al. 1, Cst. stipule uniquement que la Confédération peut percevoir une taxe sur la valeur ajoutée dont le taux normal ne peut dépasser 6,5 % (cf. N. 61) et le taux réduit 2,0 % au moins (cf. N. 62). Hormis les prestations d'hébergement (cf. N. 73 ss), la Constitution ne précise pas quelles prestations sont soumises au taux normal et lesquelles sont soumises au taux réduit. 60

a. Taux normal

Le taux normal de 8,1 % en vigueur depuis début 2024 résulte d'une combinaison des dispositions de l'art. 130, al. 1, 3, 3bis et 3ter, Cst. et de la disposition transitoire de l'art. 196, ch. 14, al. 4, Cst. (cf. N. 78 ss). Cela relativise la formulation claire de l'art. 130, al. 1, Cst., selon laquelle le taux normal est **au maximum** de 6,5 %. Afin que les taux de TVA en vigueur puissent être consultés sans calcul dans la Constitution fédérale, ceux-ci sont mentionnés dans la publication officielle dans les notes de bas de page des al. 2 et 3. 61

b. Taux réduit

Tout comme le taux normal, le taux réduit de 2,6 % résulte d'une combinaison des dispositions des al. 1, 3 et 3bis ainsi que de la disposition transitoire de l'art. 196, ch. 14, al. 4, Cst. (cf. N. 78 ss). Contrairement au taux normal, l'art. 130, al. 1, Cst. prévoit un **taux minimal** de 2 % pour le taux réduit, raison pour laquelle l'augmentation du taux réduit, contrairement à celle du taux normal, est sans problème compatible avec le texte de la Constitution. En revanche, il ne serait plus compatible avec le texte de la Constitution d'aligner le taux réduit sur le taux normal et de fusionner ainsi de facto les deux taux sans modifier la Constitution, car celle-ci mentionne expressément un taux réduit. Le législateur doit donc, en vertu de la Constitution, prévoir un taux réduit. Un taux unique de TVA nécessiterait donc impérativement une modification constitutionnelle soumise à un référendum obligatoire, comme l'avait également prévu le Conseil fédéral dans son projet de taux unique de 2008. 62

L'art. 130 Cst. prévoit certes expressément un taux réduit, mais ne précise pas à quelles prestations il doit s'appliquer. La genèse du taux réduit fournit les indices les plus probants à ce sujet. Dès l'introduction de l'impôt sur le chiffre d'affaires des marchandises en 1941, certains produits alimentaires ont été 63

exonérés de l'impôt afin de soulager les ménages aux revenus modestes. En plusieurs étapes, l'exonération fiscale a été étendue à tous les produits alimentaires et aux boissons non alcoolisées. C'est pourquoi on parle souvent des **biens de consommation courante** ou des biens de première nécessité qui sont taxés au taux réduit, mais à y regarder de plus près, ce n'est que très partiellement le cas. Par exemple, les produits d'hygiène, les vêtements, l'énergie et la mobilité font sans aucun doute partie des biens de consommation courante, mais ils sont taxés au taux normal. La taxe sur la valeur ajoutée suisse distingue plutôt **quatre groupes** de prestations imposées à un taux réduit : **les denrées alimentaires** et les prestations liées à la production primaire, **les médicaments**, **les médias** ainsi que les prestations imposées volontairement dans les domaines **du sport et de la culture**. L'imposition réduite de ces prestations poursuit différents objectifs non fiscaux.

64 **Les objectifs de politique sociale** sont principalement poursuivis par le biais de la taxation réduite des **denrées alimentaires**. Étant donné que la part des denrées alimentaires taxées au taux réduit dans les dépenses totales des ménages est passée d'environ 35 % en 1941 à moins de 10 % aujourd'hui, les taux réduits sur les denrées alimentaires soulagent de moins en moins les ménages aux revenus modestes. L'agriculture et d'autres producteurs primaires bénéficient également de la réduction de la taxation, soit par une taxe occulte moins élevée en l'absence d'assujettissement à l'impôt, soit par une taxe moins élevée sur le chiffre d'affaires en cas d'assujettissement à l'impôt. Lors de la fixation du taux réduit, le montant de la taxe occulte dans l'agriculture a également été déterminant, raison pour laquelle le taux réduit correspond à la déduction forfaitaire de l'impôt préalable pour les produits agricoles (art. 28, al. 2, LTVA) et non l'inverse. La réduction de la taxation des **médicaments** répond également à des considérations de politique sociale. Il conviendrait toutefois d'examiner si, dans un marché aussi fortement réglementé, le taux réduit est répercuté sur les consommateurs finaux ou s'il entraîne une marge plus élevée pour la fabrication et le commerce des médicaments, ce qui irait à l'encontre de l'objectif visé, qui est d'alléger la charge pesant sur les consommateurs.

65 À l'origine, l'imposition réduite des **médias** visait à **promouvoir les médias**. Afin de garantir l'égalité de traitement, sur le plan de la TVA, entre les médias audiovisuels, qui étaient alors principalement publics, et les médias imprimés

privés, le Conseil des États a demandé, lors de l'introduction de la TVA, que les prestations non commerciales des sociétés de radio et de télévision soient également soumises à une imposition réduite, au lieu d'être exonérées de la TVA. Le législateur a ainsi créé un objet fiscal en vertu de la loi et a donc prélevé la taxe sur la valeur ajoutée, en particulier sur les « redevances Billag ». La question de savoir s'il existe un objet fiscal au sens d'une relation de prestation entre les sociétés de radio et de télévision concessionnaires et les personnes qui paient la redevance radio et télévision n'avait aucune importance. Pour des raisons d'égalité de traitement, il était politiquement souhaitable que la redevance radio et télévision soit imposée à un taux réduit. On peut toutefois se demander si cet objet fiscal créé par la loi est couvert par l'art. 130 Cst., car la notion de taxe sur la valeur ajoutée présuppose toujours un rapport de prestation comme objet fiscal. En revanche, compte tenu de l'historique de l'imposition réduite de la redevance radio et télévision, le Tribunal fédéral n'aurait pas dû examiner, dans son arrêt du 13 avril 2015, s'il existait un rapport de prestation entre les redevables, la Confédération et les sociétés de radio et de télévision, car dans ce cas particulier, l'imposition était politiquement souhaitée indépendamment de l'existence d'un objet fiscal sous la forme d'un rapport de prestation. En examinant cette question et en niant l'existence d'un rapport de prestation, le Tribunal fédéral a indirectement enfreint le principe d'application des lois fédérales prévu à l'art. 190 Cst.

66 Enfin, l'imposition réduite des prestations imposées volontairement dans les domaines du **sport et de la culture** encourage ces activités : lorsque l'impôt sur les prestations préalables au taux normal est supérieur à l'impôt au taux réduit sur le chiffre d'affaires, les personnes imposables reçoivent de l'argent de l'administration fiscale. Outre le fait d'éviter une taxe occulte sur les prestations entre personnes assujetties, c'est une raison importante pour laquelle quelqu'un s'assujettit volontairement à l'impôt.

6. Exceptions fiscales

67 Bien que l'art. 130 Cst. se prononce sur le nombre et le montant des taux d'imposition, il ne dit rien sur les exceptions fiscales. Seule la notion de taxe sur la valeur ajoutée, qui, contrairement aux impôts de consommation spéciaux visés à l'art. 131 Cst., est un impôt général sur la consommation, permet de déduire que la base de calcul doit être aussi large que possible. La question se pose donc de savoir si les exonérations fiscales poursuivent **des**

objectifs non fiscaux qui ont eux-mêmes rang constitutionnel. Cela permettrait de justifier le fait que les exonérations fiscales dérogent au principe constitutionnel de l'égalité de traitement en général et au principe de l'imposition générale et uniforme prévu à l'art. 127, al. 2, Cst. en particulier (cf. N. 68).

7. Poursuite d'objectifs non fiscaux

68 Les taux d'imposition réduits et les exonérations fiscales, appelés avantages fiscaux, ne sont que partiellement adaptés à la poursuite d'objectifs non fiscaux, tels que les questions sociales, culturelles ou médiatiques. Certes, les avantages fiscaux soulagent les ménages aux revenus modestes. Mais ce n'est pas tout : les ménages aisés bénéficient d'un allègement encore plus important en termes absolus, car ils consomment nettement plus. Il en résulte un manque à gagner en recettes fiscales, qui ne peut être compensé, par exemple, par des transferts ciblés en faveur des ménages modestes. Cela montre que les allégements fiscaux permettent certes d'atteindre au moins en partie les objectifs non fiscaux poursuivis, mais de manière inefficace, car **les allégements fiscaux** sont **trop peu ciblés**. C'est pourquoi il convient de **faire preuve de retenue** dans l'utilisation des **taux d'imposition réduits** mentionnés dans la Constitution et des **exceptions fiscales** non mentionnées dans la Constitution au niveau législatif.

69 Les allégements fiscaux sont certes inefficaces, mais ils atténuent néanmoins les charges supplémentaires liées aux augmentations des taux d'imposition. En particulier, les exonérations fiscales pour les prestations d'assurance et les loyers, qui constituent l'un des postes budgétaires les plus importants des ménages aux revenus modestes, font que ces derniers sont moins touchés par les **augmentations des taux d'imposition** que les ménages pour lesquels ces dépenses représentent une part moins importante du budget. Les augmentations des taux de TVA ont donc un meilleur impact **en termes de politique de redistribution** que ce que l'on prétend souvent.

8. Activités souveraines

70 L'art. 130 Cst. ne se prononce pas sur le traitement fiscal des activités souveraines, car la TVA ne s'applique pas aux activités souveraines ou, plus généralement, aux prestations publiques, sauf si une collectivité publique exerce à titre exceptionnel une activité économique ou entrepreneuriale. Cela

s'explique par le fait qu'il s'agit de l'accomplissement de tâches étatiques et non d'une consommation volontaire, et que les prestations des pouvoirs publics ne devraient **pas être commercialisables** et donc ne pas être en concurrence directe avec les prestations fournies par le secteur privé, ce qui éviterait toute distorsion de concurrence. Étant donné que les prestations publiques ne sont généralement pas rémunérées ni par les personnes qui en bénéficient ni par des tiers, la taxe sur la valeur ajoutée ne s'appliquerait pas aux prestations publiques en l'absence d'un objet fiscal sous la forme d'une relation de prestation. Du fait que les prestations publiques **ne relèvent pas du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée**, elles sont également soumises à la taxe occulte, car la TVA sur les prestations utilisées pour la fourniture de prestations publiques ne peut être déduite en tant qu'impôt préalable.

La question se pose toutefois de savoir quel est le rapport entre la non-imposition des prestations étatiques et le principe constitutionnel de l'**égalité de traitement** en général et le principe de l'**imposition générale et uniforme** selon l'art. 127, al. 2, Cst. en particulier. La question de savoir quelles prestations doivent être offertes par l'État est avant tout une question politique. Toutefois, dès que l'État offre des prestations financées par l'impôt, celles-ci sont en principe exclues du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée en raison de leur gratuité et donc de l'absence d'objet imposable, et peuvent ainsi être proposées à un prix plus avantageux que si elles étaient fournies contre une rémunération imposable. En Suisse, par exemple, la taxe sur la valeur ajoutée est également due sur les billets de transport public. Mais dès qu'ils sont proposés gratuitement aux utilisateurs, comme c'est le cas dans certaines parties de la ville de Genève, la TVA ne s'applique plus. La TVA crée ainsi une incitation financière à proposer des prestations financées par l'impôt, même si celles-ci pourraient être financées en tout ou en partie selon le principe du pollueur-payeur. La TVA influence donc la décision de financer les prestations par les recettes fiscales générales ou par les personnes qui les utilisent, ce qui touche au principe constitutionnel d'égalité de traitement et au principe d'imposition générale et uniforme prévu à l'art. 127, al. 2, Cst. 71

Dans le domaine des **exceptions fiscales**, cet effet ne joue pas, car tant les prestations financées par l'impôt que celles financées par des rémunérations non imposables sont uniquement soumises à la taxe occulte. Dans ce 72

contexte, les exceptions fiscales dans les domaines de la **santé** et de la **formation** conduisent notamment à une **égalité de traitement en matière de TVA**, indépendamment de leur financement. Si, en revanche, les collectivités publiques pouvaient supprimer leur taxe occulte par une déduction de l'impôt préalable ou par l'acquisition de prestations exonérées d'impôt, comme cela est parfois demandé afin que la Confédération n'impose pas les cantons et les communes au titre de la TVA, cela conduirait également à un privilège fiscal pour les pouvoirs publics en matière de TVA. Le prix à payer pour l'égalité de traitement en matière de TVA entre les prestations publiques et privées dans le domaine des exonérations fiscales est la charge que représente pour les cantons et les communes la taxe occulte prélevée par la Confédération.

B. Art. 130, al. 2, Cst.

73 Au départ, les **prestations d'hébergement** étaient considérées comme faisant partie des prestations hôtelières. Étant donné que l'impôt sur le chiffre d'affaires ne taxait pas les prestations de services et que, d'une part, la restauration était considérée comme une livraison exonérée de denrées alimentaires et de boissons et que, d'autre part, les boissons alcoolisées étaient taxées au stade préalable, les entreprises hôtelières, dont faisaient également partie tous les **établissements d'hébergement**, n'étaient **subjectivement pas assujetties à l'impôt**. Bien que la **commission d'experts** en 1974 et le Conseil fédéral lors du premier projet d'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée en 1977, qui a échoué, aient voulu imposer l'hôtellerie et la restauration au **taux normal**, l'**Assemblée fédérale** a prévu un **taux spécial**, car elle craignait des désavantages concurrentiels par rapport à l'étranger et le risque d'un échec politique du projet. Dans les projets également rejetés de 1979 et 1991, le **Conseil fédéral** avait déjà prévu le **taux spécial** dans son message. Lors de l'élaboration du projet de 1993, l'Assemblée fédérale a renoncé à inscrire un taux spécial dans la Constitution, mais a prévu dans les **dispositions transitoires** la compétence d'introduire un **taux spécial au niveau de la loi** (art. 8ter aCst.) .

74 En vertu de l'art. 8ter aCst, la Confédération pouvait fixer par voie **législative** un taux réduit de taxe sur le chiffre d'affaires pour certaines **prestations touristiques** fournies sur le territoire national, pour autant que ces prestations soient consommées dans une large mesure par des personnes

provenant de l'étranger et que la compétitivité l'exige. Dans son message du 16 août 1995, le Conseil fédéral a considéré que ces conditions étaient remplies. D'une part, le nombre de nuitées stagnait depuis le début des années 80 et avait atteint un niveau historiquement bas en 1995, ce qui était considéré comme un signe de manque de compétitivité. D'autre part, contrairement aux prestations de l'hôtellerie et de la restauration ou aux prestations de transport, par exemple, les prestations d'hébergement étaient principalement demandées par des clients étrangers. « Un taux réduit pour les prestations d'hébergement, qui sont statistiquement demandées pour plus de la moitié par des étrangers, est donc certainement conforme à la Constitution ». Le **taux spécial pour les prestations d'hébergement** a été introduit pour la première fois le 1er octobre 1996 pour une durée limitée à cinq ans, puis prolongé six fois, la dernière fois pour dix ans jusqu'à fin 2027. Lors de la session extraordinaire de 2025, le Parlement a transmis au Conseil fédéral une motion demandant le maintien du taux spécial au-delà de 2027.

Concernant la **fixation du taux spécial** à 3 %, le Conseil fédéral indique 75
simplement dans son message qu'il tient ainsi compte du fait qu'une part importante des nuitées est attribuable à des hôtes étrangers. Étant donné que, selon le Conseil fédéral, la disposition constitutionnelle ne vise pas à privilégier l'économie touristique, mais à reconnaître son caractère similaire à l'exportation, il est concevable que les prestations d'hébergement demandées par les hôtes étrangers soient exonérées d'impôt et que seules celles demandées par les hôtes nationaux soient imposées. Toutefois, afin d'épargner des charges administratives à la branche, le Conseil fédéral a délibérément renoncé à faire une distinction entre les touristes suisses et étrangers. Il a en outre précisé qu'environ deux tiers des nuitées étaient demandées par des touristes étrangers. Si ces prestations devaient être exonérées sans distinction entre les clients nationaux et étrangers, cela donnerait un taux spécial inférieur de deux tiers au taux normal de 6,5 % en vigueur à l'époque, soit environ 2,2 %. Un taux qui aurait donc pratiquement correspondu au taux réduit de 2 % en vigueur à l'époque. On peut donc se demander si ces considérations ont été déterminantes.

1. Prestations d'hébergement

L'art. 130, al. 2, Cst. mentionne les prestations d'hébergement sans toutefois 76
les définir plus précisément. Étant donné que, d'un point de vue historique,

les prestations d'hébergement étaient considérées comme faisant partie des prestations hôtelières (cf. N. 73), la définition légale de la prestation d'hébergement comme étant la fourniture d'un **logement**, y compris le **petit-déjeuner**, même si celui-ci est facturé séparément (art. 25, al. 4, LTVA), ne semble pas poser de problème sur le plan constitutionnel. Ce qui semble un peu plus difficile à concilier avec la notion d'hébergement, c'est que, selon le droit suisse en matière de TVA, la location à long terme est également considérée comme une prestation d'hébergement. Selon la pratique de l'AFC, il ne s'agit d'une **location exonérée** que si un séjour hebdomadaire ou un domicile, un siège ou un établissement stable est établi. Comme pour la distinction entre les livraisons et les prestations de services (cf. N. 42), l'objectif premier est ici aussi de distinguer de manière plus simple et plus sûre sur le plan juridique la prestation d'hébergement imposable de la location exonérée d'impôt, raison pour laquelle on s'est écarté de la conception courante de la notion de prestation d'hébergement. Du point de vue de la systématique fiscale, il serait toutefois préférable d'opérer la distinction en fonction de la **part de service**, car c'est elle qui fait la différence entre la prestation d'hébergement et la simple location (livraison). Cela se concrétise en partie dans la pratique de l'AFC, dans la mesure où **les hôtels** fournissent toujours des prestations d'hébergement, même lorsqu'un client y prend domicile. En revanche, cela devrait logiquement s'appliquer également aux **appartements avec services**.

2. Taux spécial

77 Selon l'art. 130, al. 2, Cst., la loi peut fixer un taux compris entre le taux réduit et le taux normal pour l'imposition des prestations d'hébergement. Le « peut » dans cette disposition a deux significations : Étant donné que l'art. 130 Cst. constitue dans son ensemble une compétence fédérale dérogatoire a posteriori (cf. N. 20), l'al. 2 doit, tout comme l'al. 1, être formulé comme une disposition potestative. D'autre part, l'art. 130, al. 2, Cst. laisse au législateur la liberté de faire usage ou non de cette compétence. Si le législateur fait usage de cette compétence, seul un taux compris entre le **taux réduit** et le **taux normal** peut être envisagé comme taux spécial pour les prestations d'hébergement, comme c'est le cas aujourd'hui avec le taux spécial de 3,8 %. En revanche, compte tenu de la genèse de la norme, le législateur ne pourrait pas imposer les prestations d'hébergement au taux réduit (cf. N. 73 ss.). Si le législateur ne faisait pas usage de cette compétence constitutionnelle ou

laissait expirer la limitation actuelle à la fin de 2027, les prestations d'hébergement seraient imposables au taux normal.

C. Art. 130, al. 3, Cst. : affectation des recettes au financement de l'AVS

78 Dès l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée en 1995, l'art. 41ter, al. 3bis, aCst prévoyait que le taux de la taxe sur le chiffre d'affaires pouvait être augmenté d'un point de pourcentage au maximum, par un arrêté fédéral soumis au référendum facultatif, afin de garantir le financement de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité si celui-ci n'était plus assuré en raison de l'évolution de la pyramide des âges. Au début de 1999, le Parlement a fait usage de cette possibilité et a augmenté le taux normal d'un point de pourcentage, le taux réduit de 0,3 point de pourcentage et le taux spécial de 0,5 point de pourcentage. Jusqu'à fin 2019, le Conseil fédéral avait en outre la possibilité d'utiliser au maximum 10 % du produit total de l'augmentation pour financer l'assurance-invalidité. Dans le cadre de la loi fédérale sur la réforme fiscale et le financement de l'AVS (RFFA) initiée par le Parlement après le rejet de la troisième réforme de l'imposition des entreprises, cette norme de délégation a été supprimée. Depuis lors, la **totalité du montant** provenant de l'augmentation des taux de TVA est **versée à l'AVS**. Une **nouvelle augmentation** des taux de la TVA en faveur de l'AVS et de l'AI est prévue **depuis début 2024** par l'art. 130, al. 3ter, Cst. (cf. N. 81), dont le produit est également intégralement affecté au fonds de compensation de l'AVS conformément à l'art. 130, al. 3quater, Cst. (cf. N. 82).

79 Contrairement au financement de l'AVS par les pourcentages salariaux, le financement supplémentaire de l'AVS par la taxe sur la valeur ajoutée fait également contribuer les ménages des bénéficiaires de rentes. Cela tient compte de l'**évolution démographique**, selon laquelle, en raison des générations nombreuses et de l'allongement de l'espérance de vie, un nombre moins important de personnes actives doivent financer un montant croissant de rentes.

D. Art. 130, al. 3bis, Cst. : affectation du produit au financement de l'infrastructure ferroviaire et disposition transitoire art. 196, ch. 14, al. 4 et 5, Cst.

80 Au début de l'année 2001, le Conseil fédéral a obtenu le pouvoir d'augmenter linéairement les taux de la taxe sur la valeur ajoutée de 0,1 point de pourcentage afin de financer les grands projets ferroviaires. Comme il s'agissait d'une augmentation temporaire, elle figurait dans les **dispositions transitoires** de la Constitution fédérale, non pas à l'art. 130 Cst., mais **à l'art. 87 Cst.** concernant les chemins de fer et les autres moyens de transport. Début 2016, le contre-projet direct du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Pour les transports publics », approuvé par le peuple et les cantons le 28 novembre 2014, a d'une part transformé la hausse temporaire de 0,1 point de pourcentage **en une hausse illimitée**, raison pour laquelle la réglementation a été déplacée des dispositions transitoires à l'art. 130, al. 3bis, Cst. D'autre part, l'art. 196, ch. 14, al. 4, Cst. a de nouveau **augmenté de** manière linéaire les taux de la taxe sur la valeur ajoutée de **0,1 point de pourcentage** jusqu'à **fin 2030**, afin de financer l'extension supplémentaire requise de l'infrastructure ferroviaire.

E. Art. 130, al. 3ter, Cst. : affectation du produit à un financement supplémentaire de l'AVS

81 Lors de la votation du 25 septembre 2022, l'arrêté fédéral du 17 décembre 2021 sur le financement supplémentaire de l'AVS par une augmentation de la taxe sur la valeur ajoutée a été accepté par le peuple et les cantons. Il s'agit ainsi de garantir le financement des rentes AVS à moyen terme, dans le but de maintenir le niveau des prestations de prévoyance vieillesse et d'assurer l'équilibre financier de l'AVS. L'art. 130, al. 3ter, lie expressément la compétence du Conseil fédéral d'augmenter la taxe sur la valeur ajoutée au principe de l'**uniformisation de l'âge de référence** des femmes et des hommes dans l'assurance-vieillesse et survivants au niveau législatif. Avec l'acceptation simultanée de la modification du 17 décembre 2021 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (**AVS 21**), contre laquelle un référendum a été lancé par les milieux de gauche, cette condition a été remplie et, début 2024, le taux normal a été augmenté de 0,4 point de pourcentage à **8,1 %**, le taux réduit de 0,1 point de pourcentage à **2,6 %** et le

taux spécial pour les prestations d'hébergement également de 0,1 point de pourcentage à **3,8 %**.

F. Art. 130, al. 3quater, Cst. : attribution au fonds de compensation AVS

L'al. 3quater, introduit en même temps que l'al. 3ter, précise que **l'intégralité du produit** de l'augmentation des taux d'imposition prévue à l'al. 3ter est attribuée au fonds de compensation AVS. Cette disposition doit être considérée dans le contexte où, jusqu'en 2019, seuls 83 % du produit de l'augmentation des taux d'imposition prévue à l'al. 3 étaient directement affectés au financement de l'AVS, les 17 % restants allant à la Confédération pour financer l'augmentation de sa contribution à l'AVS due à l'évolution démographique (cf. N. 78). 82

G. Art. 130, al. 4, Cst. : affectation des fonds à la réduction des primes d'assurance-maladie

Dès l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée en 1995, la Constitution stipulait que **5 %** du produit de la TVA devaient être affectés à des mesures visant à alléger la charge fiscale des classes de revenus inférieures (art. 41ter, al. 3, aCst.), et ce pendant les cinq premières années suivant l'introduction de la TVA, pour la réduction des primes d'assurance-maladie. L'Assemblée fédérale pouvait ensuite décider de l'utilisation future de cette part affectée (art. 8, al. 4, DT aCst). Cette mesure visait à atténuer la charge **plus élevée de la taxe sur la valeur ajoutée** (cf. N. 68) pour les ménages aux revenus modestes, afin de rallier également l'Union syndicale suisse à l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée (cf. N. 5). 83

Les deux dispositions ont été reprises en 1999, sans modification matérielle, dans le corps et les dispositions transitoires de la nouvelle Constitution fédérale (art. 130, al. 2, Cst., art. 196, ch. 14, al. 3, Cst.). Le délai de cinq ans étant écoulé lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale au début de l'année 2000, l'Assemblée fédérale, désormais compétente en la matière, a décidé en décembre 1999 de **prolonger** jusqu'à fin 2003, par voie d'ordonnance, l'affectation des **réductions des primes d'assurance-maladie**. En juin 2004, une nouvelle prolongation a été décidée avec effet 84

rétroactif au début de 2004 et pour une durée limitée jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau régime financier, mais au plus tard jusqu'à la fin de 2006.

85 Dans son message sur le nouveau régime financier du 9 décembre 2002, le Conseil fédéral souhaitait maintenir ces dispositions. L'Assemblée fédérale a toutefois rejeté cette proposition et décidé de régler l'affectation des fonds destinés à la réduction des primes d'assurance-maladie directement **dans le corps de la Constitution**, à moins qu'une autre utilisation visant à alléger la charge des classes à faible revenu ne soit prévue par la loi. L'affectation des recettes en faveur des classes à faible revenu devait désormais être fixée par l'Assemblée fédérale **au moyen d'une loi soumise au référendum** et non plus simplement par une ordonnance, comme c'était le cas jusqu'alors. L'affectation des recettes a été maintenue sans changement pour la réduction des primes d'assurance-maladie.

H. Art. 196, ch. 14, al. 1, Cst.

86 La compétence de la Confédération en matière de perception de la taxe sur la valeur ajoutée est limitée dans le temps jusqu'en 2035, tout comme celle en matière de perception de l'impôt fédéral direct (art. 128 Cst.). Les **limitations dans le temps** en vigueur jusqu'à aujourd'hui s'expliquent principalement par leur genèse historique. L'impôt sur le chiffre d'affaires, précurseur de la taxe sur la valeur ajoutée, avait déjà été introduit pour une durée limitée pendant la Seconde Guerre mondiale, puis prolongé une première fois par le Conseil fédéral jusqu'en 1949, puis par l'Assemblée fédérale jusqu'à fin 1951. En décembre 1950, une disposition transitoire limitée à fin 1954 a été acceptée par une majorité du peuple et des cantons. En 1953, le peuple et les cantons ont rejeté un projet de nouvelle constitution financière qui aurait réglementé l'impôt sur le chiffre d'affaires dans le corps de la Constitution et l'aurait limité à douze ans. En revanche, en 1954, la poursuite du régime existant pour quatre années supplémentaires jusqu'en 1958 a été approuvée à la majorité. Ce n'est qu'avec le régime financier entré en vigueur en 1959 que l'impôt sur le chiffre d'affaires a été intégré pour la première fois dans la partie principale de la Constitution sous la forme de l'art. 41ter (cf. N. 2), mais pour une durée limitée à six ans seulement, jusqu'en 1964, et non à douze ans comme l'avait proposé le Conseil fédéral. Trois autres prolongations ont suivi jusqu'à fin 1974, fin 1982 et fin 1994, après quoi l'impôt sur le chiffre d'affaires a été remplacé début 1995 par la taxe sur la valeur ajoutée, qui a elle-même été

limitée jusqu'à fin 2006. La compétence de perception de la taxe sur la valeur ajoutée a ensuite été prolongée jusqu'à fin 2020, puis jusqu'à fin 2035. Dans les deux cas, la **suppression de la limitation dans le temps a été discutée**, mais finalement rejetée. En 1977, 1979 et 1991, parallèlement à l'introduction de la taxe sur la valeur ajoutée, la suppression de la limitation dans le temps a également été rejetée par le peuple et les cantons.

87 Bien que le DFF ait expliqué en détail dans le rapport explicatif accompagnant le projet de consultation sur le régime financier 2021 pourquoi la **limitation dans le temps** des deux principales sources de recettes de la Confédération n'était **pas appropriée**, la consultation a montré qu'une telle suppression serait rejetée par le Parlement, raison pour laquelle le Conseil fédéral a finalement renoncé à la supprimer. Les **arguments en faveur de la limitation dans le temps** étaient très généraux : il a par exemple été avancé que le fait de demander de temps à autre au souverain s'il autorisait encore la perception des impôts était une marque de respect à son égard, ou que cela offrait l'occasion de réfléchir de manière approfondie au système fiscal. C'est sans doute le conseiller fédéral Ueli Maurer qui a le mieux exprimé l'enjeu de la limitation dans le temps, affirmant que la renonciation serait « une rupture avec notre tradition et peut-être aussi un peu avec notre conception des relations entre l'État et les citoyens ». Tout cela permet de conclure que la limitation dans le temps de la compétence de perception est avant tout un **rituel** fondé sur une longue **tradition**. D'un point de vue politique, on ne souhaite pas non plus s'exposer au reproche de réduire les droits populaires. **Objectivement**, la limitation dans le temps est toutefois **difficilement justifiable**, comme l'a expliqué le conseiller fédéral dans le rapport explicatif sur le projet de consultation relatif au régime financier 2021.

À propos de l'auteur

Claude Grosjean a étudié le droit à l'Université de Berne. Il a obtenu sa licence en 2003 et a été admis au barreau bernois en 2005. Au début des années 2020, il a suivi une formation continue à l'Université de Berne pour obtenir un Executive Master of Public Administration (MPA). Claude Grosjean travaille depuis 2007 dans le domaine de la législation fiscale à l'Administration fédérale des contributions (AFC) à Berne. À partir de 2011, il a dirigé le service Legislation sur la TVA et, depuis 2015, il est chef adjoint de la division Législation fiscale, qui est responsable des travaux législatifs relatifs à tous les actes législatifs fédéraux en matière fiscale relevant de la

compétence de l'AFC. Depuis 2011, il est membre du groupe de travail n° 9 de l'OCDE sur les taxes à la consommation. Claude Grosjean est membre du Parlement cantonal bernois pour le Parti vert'libéral (PVL). Entre 2005 et 2011, il a été chargé de cours en droit à la Haute école spécialisée bernoise Économie et administration.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Birkenfeld Wolfram, Das grosse Umsatzsteuer-Handbuch, Köln 1992.

Dobratz Lars, Mehrwertsteuer, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., Köln 2020, S. 767 ff.

De la Feria Rita, EU VAT Principles as Interpretative Aids to EU VAT Rules: The Inherent Paradox, in: Lang et al., CJEU – Recent Developments in Value Added Tax 2015, Wien 2016, S. 3 ff.

Hongler Peter, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Vielsteuersystem, in: Institute of Public Finance, Fiscal Law and Law & Economics (IFF-HSG), IFF-HSG Working Papers, Working Paper vom 9. März 2021.

Kempny Simon, Gedanken zum «Leistungsfähigkeitsprinzip», Rekonstruktion eines Schlüsselbegriffs als Beitrag zur Rationalisierung des Diskurses über Steuergerechtigkeit, StuW 2021, S. 85 ff.

Mollard Pascal/Oberson Xavier/Tissot Benedetto Anne, Traité TVA, Basel 2009.

mwst.com, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Kompetenzzentrum MWST der Treuhand-Kammer (Hrsg.), Clavadetscher Diego/Glauser Pierre Marie/Schafroth Gerhard (Red.), Basel 2000.

Oberson Xavier, Droit fiscal suisse, 4. Aufl., Basel 2012.

Oberson Xavier, Les principes directeurs et constitutionnels régissant la taxe sur la valeur ajoutée, RDAF 1997, S. 33 ff.

Rivier Jean-Marc/Rochat Pauchard Annie, Droit fiscal suisse, La taxe sur la valeur ajoutée, Lausanne 2000.

Robinson Philip, Mehrwertsteuerrecht, in: Reich Markus, Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020, S. 665 ff.

Rochat Pascal, Les «exonérations» dans le système de la TVA suisse, Lausanne 2002.

Ruppe Hans Georg/Achatz Markus, Umsatzsteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., Wien 2011.

Vogel Manuel, Grenzüberschreitender Dienstleistungs- und Warenverkehr im Lichte der Mehrwertsteuer, Bern 2003.

BIBLIOGRAPHIE

Baumgartner Ivo/Clavadetscher Diego/Kocher Martin, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, Langenthal 2010 (zit. Baumgarter/Clavadetscher/Kocher).

Behnisch urs, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Auflage, Basel 2015 (zit. BSK BV-Behnisch, (1. Aufl.)).

Biaggini Giovanni, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung, Zürich 2017 (zit. OFK BV-Biaggini).

Blumenstein Ernst/Locher Peter, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Auflage, Zürich 2016 (zit. Blumenstein/Locher).

Camenzind Alois/Honauer Niklaus/Vallender Klaus A., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), 3. Aufl., Bern 2012 (zit. Camenzind/Honauer/Vallender).

Cnossen Sijbren, Global Trends and Issues in Value Added Taxation. Int Tax Public
Finance, 5, S. 399–428, Boston 1998, (zit. Cnossen 1998) abrufbar unter https://doi.org/10.1023/A:1008694529567, besucht am 29.3.2025.

Geiger Felix, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, MWSTG, Zürich 2012 (zit. OFK MWSTG-Geiger).

Glauser Pierre-Marie, in: Martenet Vincent, Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (Zit. CR Cst.-Glauser).

Glauser Pierre-Marie, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Glauser).

Glauser Pierre-Marie, Les principes régissant la TVA: de l'utopie à la réalité, ASA 84 (2015), 97 ff. (zit. Principes TVA);

Imstepf Ralf/Beusch Michael, in: Ehrenzeller Bernhard, Egli Patricia, Hettich Peter, Hongler Peter, Schindler Benjamin, Schmid Stefan G.; Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, (zit. SGK BV-Imstepf/Beusch).

Imstepf Ralf, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Mehrwertsteuerrecht, Diss., Bern 2011 (zit. Imstepf 2011).

Imstepf Ralf, Die (Quasi-)Abschaffung des Vorsteuerabzugs, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR), St. Gallen 2022, Volume 2 (zit. Imstepf 2022).

Kocher Martin, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. BSK BV-Kocher).

Kocher Martin, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Kocher).

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017 (zit. Lienhard/Mächler/Zielniewicz).

Metzger Dieter, Handbuch der Warenumsatzsteuer, Muri bei Bern 1983 (zit. Metzger WUST).

Metzger Dieter, Kurzkommentar zum MWSTG, Muri bei Bern 2000 (zit. Metzger MWSTG).

Nieskens Hans, in Rau Günter/Dürrwächter Erich, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, Köln 1997; Loseblatt-Ausgabe, wird nachgeführt (zit. UStG Rau/Dürrwächter-Nieskens).

OECD, Internationale Leitlinien für die Mehrwertbesteuerung, Paris 2017 (zit. OECD Mehrwertbesteuerung).

OECD/Korea Institute of Public Finance, The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries, OECD Tax Policy Studies, No. 22, OECD Publishing, Paris 2014 (zit. OECD 2014), abrufbar unter https://doi.org/10.1787/9789264224520-en, besucht am 15.4.2025.

Raas Susanne, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. Komm. MWSTG-Raas).

Riedo Daniel, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchssteuer und den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, Bern 1999 (zit. Riedo).

Schluckebier Regine, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, MWSTG, Zürich 2012 (zit. OFK MWSTG-Schluckebier).

Schluckebier Regine, in: Zweifel Martin, Beusch Michael, Glauser Pierre-Marie, Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015 (zit. MWSTG-Schluckebier).

Swistak Artur/de la Feria Rita, Designing a Progressive VAT, IMF Working Papers, Washington D.C 2024 (zit. Swistak/Feria 2024), abrufbar unter https://doi.org/10.5089/9798400271830.001, besucht am 15.4.2025.

Thomas Alastair, Reassessing the Regressivity of the VAT, OECD Taxation Working Papers, No. 49, OECD Publishing, Paris 2020 (zit. Thomas 2020), abrufbar unter https://doi.org/10.1787/b76ced82-en, besucht am 15.04.2025.

Vallender Klaus A., Die Genfer Armensteuer (taxe dite "droit des pauvres") ist keine "gleichgeartete Steuer" im Sinne von Art. 41ter Abs. 2 BV – Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil vom 16. Juli 1996, StR 1997 S. 1 (zit. Vallender, Armensteuer).

Vallender Klaus A./Luzius Cavelti, in: Ehrenzeller Bernhard, Egli Patricia, Hettich Peter, Hongler Peter, Schindler Benjamin, Schmid Stefan G.; Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023, (zit. SGK BV-Vallender/Cavelti).

Wellauer Wilhelm, Die eidgenössische Warenumsatzsteuer, Basel 1959 (zit. Wellauer).

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin des Nationalrats (zit. AB N).

Amtliches Bulletin des Ständerats (zit. AB S).

Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle «Tiefere Mehrwertsteuersätze als Steuervergünstigung, Evaluation des reduzierten Satzes für Lebensmittel und verwandte Bereiche» vom Oktober 2007, EFK-5305 (zit. EFK 2007), abrufbar unter https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/wirtschaft_und_verwaltung/oeffentliche_finanzen_und_steuern/5305/5305_bericht_in_deutsch.pdf

Bericht der Fachkommission Mehrwertsteuer «Vorschläge zur Gestaltung einer schweizerischen Umsatzsteuer nach dem Mehrwertsystem (Mehrwertsteuer)» vom 15.8.1974 (zit. Bericht Fachkommission 1974).

Bericht vom eidgenössischen Finanzdepartement über das Vernehmlassungsverfahren zum Verordnungsentwurf über die Mehrwertsteuer vom 28.10.1993 (zit. Bericht VL-Verfahren aMWSTV).

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 14.3015 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats über die Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import von Waren, System von Dänemark, vom 2.12.2016 (zit. Bericht Vereinfachte Erhebung der Mehrwertsteuer beim Import), abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143015, besucht am 27.12.2023.

Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats über die dauerhafte Verankerung des Sondersatzes für Beherbergungsleistungen vom 9.5.2017, BBl 2017 3429, (zit. Bericht Sondersatz), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/779/de, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über die verfassungsmässige Neuordnung des Finanz- und Steuerrechts des Bundes vom 24.3.1976, BBl 1976 I 1384 (zit. Botschaft Finanz- und Steuerrecht 1976), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1976/1_1384_1392_1367, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über die neue Finanzordnung vom 9.12.2002, BBl 2003 1531 (zit. Botschaft Finanzordnung 2002), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2003/220, besucht am 27.12.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft neue Bundesverfassung), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zu einem Bundesbeschluss über einen Sondersatz der Mehrwertsteuer für Beherbergungsleistungen vom 16.8.1995, BBl 1995 IV 358 (zit. Botschaft Sondersatz), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1995/4_358_361_352.

Botschaft zum Ersatz der Finanzordnung und zu den besonderen Verbrauchssteuern vom 18.12.1991, BBl 1992 I 785 (zit. Botschaft Ersatz Finanzordnung), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1992/1_785_781_672, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur neuen Finanzordnung 2021 vom 22.6.2016, BBl 2016 6221 (zit. Botschaft Finanzordnung 2021), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2016/1193, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer vom 25.6.2008, BBl 2008 6885 (zit. Botschaft Vereinfachung MWST), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2008/1202, besucht am 27.12.2023.

Botschaft zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenentwurf (Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisenbahninfrastruktur, FABI) vom 18.1.2012, BBl 2012 1577 (zit. Botschaft FABI), abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/305, besucht am 27.12.2023.

Kommentar des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22.6.1994, BBl 1994 III 529 (zit. MWSTV-Kommentar EFD), abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1994/3_529__/de, besucht am 27.12.2023.

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesbeschluss über die neue Finanzordnung 2021 vom 24.6.2015, (zit. Erläuternder Bericht Finanzordnung 2021), abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40031.pdf, besucht am 27.12.2023.

Zusatzbotschaft zur Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer (Förderung der Wirtschaft und des Wachstums) vom 23.6.2010, BBl 2010 5397

(zit. Zusatzbotschaft Vereinfachung MWST) abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2010/921, besucht am 27.12.2023.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 136 Cst.

Un commentaire de Karl-Marc Wyss

PROPOSITION DE CITATION

Karl-Marc Wyss, Commentaire de l'art. 136 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Wyss, art. 136 Cst. N. XXX.

Titre 4 Peuple et cantons

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 136 Droits politiques

[1] Tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit ont les droits politiques en matière fédérale. Tous ont les mêmes droits et devoirs politiques.

[2] Ils peuvent prendre part à l'élection du Conseil national et aux votations fédérales et lancer et signer des initiatives populaires et des demandes de référendum en matière fédérale.

TABLE DES MATIÈRES

I. Historique 1277
II. Contexte 1278
A. Changement de terme 1278
B. Systématique et but 1278
C. Nature juridique et portée 1279
III. Commentaire au sens strict. 1280
A. Exigences en matière de capacité et d'autorisation (al. 1, première phrase) 1280
1. La nationalité suisse 1280
2. Avoir 18 ans révolus 1280
3. Pas d'incapacité durable de discernement 1281
4. Conséquence juridique : entité juridique et inscription au registre des électeurs 1283
B. Généralité et égalité des droits politiques (al. 1, 2e phrase) 1283
C. Aperçu des différents droits politiques (al. 2) 1285
IV. Exigences de réforme 1285
A. Inclusion des étrangers 1285
B. Inclusion des personnes handicapées mentales 1287
C. Abaissement de l'âge du droit de vote 1289
Lectures complémentaires recommandées 1291
Bibliographie 1292
Matériaux 1297

I. HISTORIQUE

Depuis 1848, la Constitution fédérale en vigueur détermine qui, en Suisse, a des droits politiques en matière fédérale et qui peut les exercer. Au début, seuls les hommes suisses âgés de plus de 20 ans pouvaient voter et élire - ceci pour l'élection du Conseil national par le peuple, l'initiative populaire pour la révision totale de la Constitution fédérale, la votation populaire obligatoire sur le principe de la révision totale ainsi que le référendum constitutionnel obligatoire avec majorité du peuple et des cantons. La Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.) a ajouté le référendum facultatif contre les lois fédérales et contre les arrêtés fédéraux de portée générale. Ont suivi l'initiative populaire pour la révision partielle de la Constitution (1891), le passage à la proportionnalité pour les élections au Conseil national (1918), le référendum sur les traités internationaux, le nouveau droit d'urgence (1939 et 1949), la création d'une base constitutionnelle concernant les Suisses de l'étranger (1966 ; législation d'application en 1977 et en 1992). 1992), le droit de vote et d'éligibilité des femmes (1971 - et donc tardif en comparaison européenne), l'augmentation du nombre de signatures pour les initiatives populaires et les référendums (1977), la nouveauté de la procédure de vote pour les initiatives populaires avec contre-projet (1987) ainsi que l'abaissement de l'âge du droit de vote et d'éligibilité à 18 ans (1991). 1

L'art. 136 Cst. existe sans changement depuis la réforme constitutionnelle de 1999 et reprend pour l'essentiel l'art. 74 aCst. dans la Constitution actuelle. L'al. 1 se rattache aux deux premiers alinéas de la norme précédente, tout en inscrivant désormais dans le texte constitutionnel le motif d'exclusion de l'interdiction pour cause de "maladie mentale ou de faiblesse d'esprit" selon l'ancien droit de la protection de l'adulte. L'al. 2 énumère désormais les droits politiques au sein de la Confédération. En revanche, les al. 3 et 4 de la norme précédente n'ont pas été repris : lorsque les cantons pouvaient encore prévoir des motifs d'exclusion du droit de vote pour les affaires fédérales, il fallait une attribution de compétence explicite (art. 74, al. 3, aCst.), tout comme pour son pendant apparenté à l'art. 66 aCst. La compétence législative en matière de droits politiques dans les affaires fédérales est désormais du seul ressort de la Confédération. En revanche, la réserve du droit cantonal pour les votations et les élections cantonales et communales (art. 74, al. 4, aCst.) est maintenue à l'art. 39, al. 1, de la Constitution. Le libellé de l'art. 136 se recoupe largement 2

avec celui du projet du Conseil fédéral (art. 127 AP-96). Alors que les commissions constitutionnelles des deux Chambres avaient approuvé l'art. 127 AP-96 sans en modifier le contenu, le Conseil national et le Conseil des Etats ont remplacé les termes "droit de vote" et "stimmberechtigt" par "droits politiques".

II. CONTEXTE

A. Changement de terme

3 Au lieu de l'expression "droit de vote" ou "droit d'éligibilité" - utilisée dans la norme précédente et dans les premiers projets - l'art. 136 Cst. parle désormais de "droits politiques", ce qui correspond conceptuellement à l'art. 34 Cst., à l'art. 39, al. 1 à 3, Cst. Ce changement n'a aucune signification matérielle, mais il est judicieux dans la mesure où il permet d'appréhender les différents droits politiques de manière plus pertinente : Le catalogue des droits politiques ne comprend pas seulement la participation aux élections et aux votations, mais aussi la prise et la signature d'initiatives populaires et de référendums (art. 136, al. 2, Cst.) ; il relie en outre mieux l'art. 136 Cst. à la garantie des droits politiques (art. 34 Cst.). La Constitution continue toutefois de désigner les titulaires des droits politiques par le terme d'"électeurs".

B. Systématique et but

4 A la suite des chapitres consacrés à la Confédération, aux cantons et aux communes (titre 3), l'art. 136 Cst. forme, avec l'art. 137 Cst. - intitulé "Droits politiques" ou "Partis politiques" - le chapitre 1 "Dispositions générales" du titre 4 "Peuple et cantons". Le chapitre 2, avec l'art. 138 bis et l'art. 142 Cst., réglemente l'initiative et le référendum, suivi du titre 5 sur les autorités fédérales. Au-delà de la Constitution, l'art. 136 Cst. s'inscrit dans l'ordre juridique en tant que norme fondamentale contraignante de droit interne par rapport aux dispositions de droit international public, concrétisée par la législation d'exécution, notamment dans la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) et la loi sur les Suisses de l'étranger (LSE). Dans ce contexte, l'art. 136 Cst. vise en premier lieu à définir qui est titulaire des droits politiques en matière fédérale (composition du corps électoral [électeurs]) et à préciser symboliquement que ces droits sont les mêmes pour tous. En même temps, il doit offrir une vue d'ensemble des droits politiques au niveau fédéral.

C. Nature juridique et portée

De par sa nature juridique, l'art. 136 Cst. fait partie des dispositions organisationnelles de la Constitution. Seule la première phrase du premier alinéa (effet constitutif) confère des droits propres : D'une part, elle définit qui est titulaire des droits politiques en matière fédérale ; d'autre part, elle constitue la base de compétence pour des normes d'exécution légales concernant des aspects techniques des droits politiques - pour autant que le législateur ne se fonde pas plutôt sur l'art. 39 Cst. pour l'exercice des droits politiques. La deuxième phrase du premier alinéa, selon laquelle tous ont les mêmes droits et obligations politiques, est en revanche de nature essentiellement symbolique. Le deuxième alinéa informe sur les droits politiques existants en matière fédérale, des élections au Conseil national au référendum, sans les ancrer juridiquement. 5

La portée de l'art. 136 Cst. doit être délimitée, d'une part, par rapport aux différents droits politiques (y compris la protection des droits fondamentaux) et, d'autre part, par rapport aux compétences cantonales : L'art. 136 Cst. définit uniquement les conditions auxquelles les droits politiques en matière fédérale sont attribués, alors que leur existence découle des art. 138 à 142, 143 et 149 Cst. La condition des droits politiques en matière cantonale est déterminée par le droit cantonal. Les cantons disposent ainsi d'une marge de manœuvre considérable, comme par exemple pour la fixation de l'âge du droit de vote ou pour les droits politiques des étrangères et des étrangers. La protection des droits fondamentaux en matière de droits politiques est garantie par l'art. 34 Cst. L'égalité de droit concernant les droits politiques découle de l'art. 8 Cst. L'art. 136 Cst. n'offre pas de protection autonome ou même plus étendue. 6

L'Office fédéral de la statistique a recensé environ 5,5 millions d'électeurs au niveau fédéral pour l'année 2022, ce qui correspond à environ 63% de la population résidante permanente de 8,7 millions de personnes. En moyenne, 47,1 pour cent des électeurs ont participé aux votations fédérales entre 2011 et 2022. 7

III. COMMENTAIRE AU SENS STRICT.

A. Exigences en matière de capacité et d'autorisation (al. 1, première phrase)

8 Dans son premier alinéa, l'art. 136 Cst. mentionne de manière exhaustive, pour les droits politiques en matière fédérale, trois exigences qui doivent être remplies de manière cumulative : (i.) la nationalité suisse, (ii.) l'âge de 18 ans révolus et (iii.) l'absence d'interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. Les personnes qui remplissent ces conditions sont titulaires des droits politiques en matière fédérale. De par leur nature, les deux premières exigences sont positives, tandis que la troisième est négative. Toutes trois se basent sur des critères formels qui peuvent être facilement appliqués, mais qui admettent aussi certaines objections : ainsi, comme le fait remarquer Tschannen à juste titre, les étrangers ne connaissent pas forcément moins bien les affaires politiques en Suisse, les jeunes de 16 ans peuvent tout à fait être plus intelligents que certaines personnes très âgées, ou les limitations cognitives n'entraînent pas toujours une incapacité totale de discernement.

1. La nationalité suisse

9 Les droits politiques ne sont accordés qu'aux Suisses et Suissesses au sens de la législation sur la nationalité. En font également partie les doubles-nationaux et les multi-nationaux suisses et étrangers. L'acquisition et la perte de la nationalité suisse sont régies par la loi fédérale sur la nationalité (LN). En raison de leur filiation, la plupart des Suisses ont acquis leur droit de cité de par la loi dès leur naissance (art. 1 LN). Le mode d'acquisition de la nationalité n'a cependant pas d'importance : à partir du moment où la naturalisation est entrée en vigueur, les nouvelles personnes naturalisées sont soumises aux mêmes règles que les autres citoyennes et citoyens suisses. Un délai d'attente ou toute autre limitation de leurs droits politiques, comme le connaissait encore la Constitution avant 1874, est inadmissible. Les tentatives d'étendre les droits politiques en matière fédérale aux étrangers résidant sur place n'ont eu que peu de succès jusqu'à présent.

2. Avoir 18 ans révolus

10 La deuxième exigence posée par l'art. 136, al. 1, Cst. est que les citoyens suisses doivent avoir atteint l'âge de 18 ans. Ils peuvent ainsi exercer les droits

politiques en matière fédérale dès qu'ils ont 18 ans révolus, c'est-à-dire dès leur 18e anniversaire, pour autant qu'il n'existe pas de motif d'exclusion (cf. n. 12 s. infra). Comme nous l'avons mentionné, il s'agit là d'un critère purement formel. La majorité politique ou civique ne se détermine donc pas dans le temps en fonction de l'apparition du discernement politique personnel, mais en fonction de la majorité, telle que le prévoit le droit civil à partir de 18 ans (art. 14 CCS). Comme toute limite d'âge, la fixation à 18 ans a quelque chose d'arbitraire. Un abaissement à 16 ans a certes fait l'objet de plusieurs débats dans un passé récent, mais n'a jusqu'à présent pas obtenu de majorité politique au niveau fédéral, ni dans tous les cantons à l'exception du canton de Glaris.

En ce qui concerne les droits politiques et les fonctions fédérales, la Constitution ne prévoit pas de limite d'âge supplémentaire, ni vers le bas (âge minimum) ni vers le haut (âge maximum). Toute personne remplissant les exigences de l'art. 136 Cst. est par conséquent éligible au Conseil national (art. 143 Cst.), au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral. 11

3. Pas d'incapacité durable de discernement

L'art. 136 Cst. exclut des droits politiques en matière fédérale les personnes qui sont interdites pour cause de "maladie mentale ou de faiblesse d'esprit". Le motif d'exclusion correspond conceptuellement au Code civil (CC) dans sa version en vigueur jusqu'à fin 2012. Tant le droit révisé de la protection de l'adulte du CC que la loi fédérale sur les droits politiques (LDP) renoncent depuis lors aux termes péjoratifs d'"interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit" et parlent de curatelle de portée générale. Sont donc considérées comme "interdites" au sens de l'art. 136 Cst. les "personnes qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont protégées par une curatelle de portée générale ou sont représentées par un mandataire pour cause d'inaptitude" (art. 2 LDP ; cf. également art. 17 LSE). Les termes utilisés s'inspirent du Code civil : est incapable de discernement de manière durable toute personne qui, en raison d'un handicap mental ou de troubles psychiques, est privée de manière permanente de la faculté d'agir raisonnablement (art. 16 CC e contrario). Une curatelle de portée générale est instituée par l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) compétente lorsque la personne durablement incapable de discernement a particulièrement besoin d'aide (art. 398 CCS), comme c'est souvent le cas, par 12

exemple, pour une personne atteinte d'une démence grave. En cas de représentation par un mandataire pour cause d'inaptitude, la personne représentée est également durablement incapable de discernement. Avant la survenance de l'incapacité de discernement, elle a toutefois chargé une autre personne physique ou morale de la représenter au cas où elle deviendrait incapable de discernement, conformément à l'art. 360, al. 1 CC (art. 360 ss, en particulier l'examen obligatoire de la validité de l'incapacité de discernement selon l'art. 363, al. 2, ch. 2 CC). Dans la mesure où le mandat pour cause d'inaptitude comprend entièrement l'assistance personnelle et patrimoniale ainsi que la représentation dans les rapports juridiques, il correspond dans une large mesure à une curatelle de portée générale. L'exclusion des droits politiques en matière fédérale selon l'art. 136, al. 1, Cst. en relation avec l'art. 2 de la loi sur la protection de l'adulte. L'exclusion de l'art. 2 LDP concerne en premier lieu les personnes souffrant de troubles cognitifs ; c'est-à-dire les personnes dont le développement intellectuel global et la capacité d'apprentissage sont à ce point entravés, en raison d'une lésion organique et génétique ou d'une autre nature, qu'elles auront vraisemblablement besoin d'une aide sociale et pédagogique à vie.

13 Comme nous l'avons mentionné, les notions de "maladie mentale" et de "faiblesse d'esprit" ont une connotation négative, sont juridiquement dépassées et doivent donc être adaptées à l'occasion. Tout au plus, les récents développements dans les cantons, notamment à Genève, offrent-ils l'occasion d'un débat à ce sujet au niveau fédéral. Dans l'esprit de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CRD), il convient de remettre en question la privation générale des droits politiques des personnes handicapées mentales et de saluer leur meilleure participation à la vie politique et publique. L'exclusion quasi "automatique" des droits politiques des personnes mentalement handicapées en fonction de leur statut de droit civil - curatelle de portée générale ou représentation par un mandataire pour cause d'inaptitude -, telle qu'elle est prévue tant par l'art. 136 Cst. en relation avec l'art. 2 DPR que par la plupart des constitutions cantonales, n'est pas compatible avec les dispositions de l'art. 29 CRM.

4. Conséquence juridique : entité juridique et inscription au registre des électeurs

Quiconque remplit les trois exigences est, comme mentionné, titulaire des droits politiques en matière fédérale. Il découle de l'art. 3 al. 1 LDP (et non de l'art. 136 Cst.) qu'une telle personne doit être inscrite en conséquence dans le registre électoral de la commune de domicile : si elle est domiciliée en Suisse, cette inscription a lieu d'office (art. 4 al. 1 LDP) ; pour les Suisses de l'étranger, elle n'a lieu qu'après leur inscription dans le registre des Suisses de l'étranger et leur annonce à la commune de vote (art. 11 ss et 18 ss LSE). 14

L'inscription au registre est une condition procédurale nécessaire à l'exercice des droits politiques au niveau fédéral et revêt à ce titre une importance capitale. Le registre électoral peut donc être consulté publiquement par les électeurs et les inscriptions erronées peuvent être contestées en dernière instance devant le Tribunal fédéral. Toute personne qui ne remplit plus les exigences de l'art. 136 Cst. est radiée du registre électoral : si l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) place une personne sous curatelle de portée générale en raison d'une incapacité durable de discernement ou si un mandat pour cause d'inaptitude prend effet pour une personne durablement incapable de discernement, l'APEA en informe l'office de l'état civil compétent (art. 449c CC), qui doit à son tour transmettre la communication au contrôle communal des habitants compétent pour le registre électoral. 15

B. Généralité et égalité des droits politiques (al. 1, 2e phrase)

Le sujet de la deuxième phrase est constitué par les titulaires des droits politiques, tels qu'ils sont décrits dans la première phrase. Ils "ont tous les mêmes droits et obligations politiques". La deuxième phrase reprend ainsi le principe démocratique selon lequel toutes les personnes ayant le droit de vote ont les mêmes droits politiques et doivent donc être traitées de la même manière par l'État, sans exception (généralité et égalité). Cette concrétisation du principe général d'égalité pour les droits politiques est historiquement conditionnée et ne confère pas de droits juridiques autonomes allant au-delà de l'art. 8 Cst (égalité de droit), mais a un effet essentiellement symbolique. L'égalité des droits promise se limite en fait à une simple égalité de valeur de comptage au sens de "une personne égale une voix", alors que l'ordre constitutionnel suisse autorise certaines dérogations à l'égalité de force 16

électorale et de valeur de succès : ainsi, l'exigence de la majorité des cantons (art. 142, al. 2, Cst.) - le résultat à l'intérieur d'un canton compte comme voix de canton (art. 142, al. 3, Cst.) - a pour conséquence, en cas de double vote, que la voix d'un électeur dans un petit canton a plus de poids (force électorale plus élevée) que la voix d'un électeur dans un grand canton. Dans la procédure actuelle d'élection du Conseil national, les électeurs votent certes à la proportionnelle. Comme les cantons forment les circonscriptions électorales (art. 149 al. 3 Cst.), mais qu'il n'y a pas de compensation proportionnelle entre les circonscriptions, toutes les voix ne peuvent pas contribuer de la même manière au résultat de l'élection, ce qui fausse encore plus l'égalité des voix. Dans l'ATF 147 I 194, le Tribunal fédéral a toutefois qualifié la "restriction de l'égalité des voix" qui accompagne la réglementation relative à la majorité des cantons en cas d'initiative populaire de "voulue par le droit constitutionnel [...] et contraignante pour le Tribunal fédéral".

17 Le fait que la deuxième phrase de l'art. 136, al. 1, Cst. mentionne non seulement les droits, mais aussi les devoirs, s'explique par des raisons historiques et, selon le message, "[a]u nom de la symétrie". Elle comprend une éventuelle obligation de voter, éventuellement assortie d'une peine en cas de non-respect de cette obligation (obligation de voter), et l'obligation d'accepter et d'exercer certaines fonctions accessoires (obligation d'exercer une fonction). Le droit fédéral ne prévoit toutefois pas de telles obligations politiques individuelles - sauf si l'on y ajoute les obligations de publication en matière de transparence du financement de la politique, en vigueur depuis le 23 octobre 2022 (art. 76b et suivants LDP). Si le législateur fédéral voulait introduire une obligation de voter ou une obligation d'exercer une fonction, l'art. 136, al. 1, deuxième phrase, Cst. et la notion d'"obligations" seraient certainement en ligne de mire. Les cantons sont en revanche libres d'introduire une obligation de voter et des sanctions correspondantes pour les votations cantonales et fédérales, comme l'a fait le canton de Schaffhouse.

18 Il existe des raisons de supprimer la deuxième phrase à l'occasion. Toutefois, la Commission des institutions politiques du Conseil national y a récemment renoncé dans son avant-projet. Elle a opté pour la plus petite modification possible et le plus grand respect de la tradition du texte constitutionnel actuel, bien que l'abaissement de l'âge du droit de vote à 16 ans - sans le droit d'éligibilité - dans la première phrase aurait renforcé la tension avec l'égalité

promise dans la deuxième phrase. Au vu des nouvelles obligations de publication des art. 76b ss. BPR, cela s'est certainement avéré judicieux.

C. Aperçu des différents droits politiques (al. 2)

Le deuxième alinéa énumère individuellement les droits politiques en matière fédérale. Il n'a pas d'effet constitutif : L'énumération n'a pas de signification propre, mais informe le lecteur des droits politiques auxquels le premier alinéa donne droit. En revanche, la nature et l'étendue des droits énumérés sont déterminées par des normes constitutionnelles distinctes : Ainsi, le droit de participation active aux élections du Conseil national découle de l'art. 149 Cst., le droit passif de l'art. 143 Cst. ainsi que des art. 140 à 142 Cst. concernant les votations fédérales ; les art. 138, 139 et 141 Cst. règlent ensuite le lancement et la signature de référendums et d'initiatives populaires. Comme une obligation de lancer ou de signer ces dernières est absurde, le deuxième alinéa utilise - probablement pour des raisons d'économie de langage, les documents ne disent rien à ce sujet - le verbe "pouvoir" pour tous les droits de participation énumérés, sans toutefois exclure une obligation légale de participer aux votations et aux élections fédérales. Les élections au Conseil des Etats, en tant qu'élections cantonales (art. 150, al. 3, Cst.), ne sont à juste titre pas mentionnées. Si le constituant devait à l'avenir élargir les droits politiques en matière fédérale, le deuxième alinéa de l'art. 136 Cst. devrait être mis à jour en conséquence, en raison de son caractère informatif. 19

IV. EXIGENCES DE RÉFORME

Dans un passé récent, des interventions politiques au niveau national ont demandé une extension du droit de vote dans trois domaines qui nécessitaient une modification de l'art. 136 Cst., à savoir en ce qui concerne l'inclusion des étrangers (A.), l'inclusion des personnes mentalement handicapées (B.) et l'abaissement de l'âge du droit de vote (C.). 20

A. Inclusion des étrangers

Au **niveau fédéral**, la Constitution refuse les droits politiques aux étrangers. L'introduction du droit de vote des étrangers nécessiterait une révision de la disposition finale de l'art. 136, al. 1 Cst. Ainsi, l'initiative parlementaire du groupe parlementaire des Verts (21.405) «Oser plus de démocratie. Droit de vote des étrangers» du 1er mars 2021, l'art. 136 Cst. devait être modifié de 21

manière à ce que les étrangers séjournant légalement en Suisse depuis cinq ans puissent également bénéficier de droits politiques au niveau fédéral. Le Conseil national a rejeté l'initiative à une large majorité le 7 juin 2022. En conséquence, la doctrine estime que la chance de voir de telles initiatives aboutir *dans un avenir proche* est *politiquement irréaliste*. L'initiative populaire fédérale « Pour un droit de cité moderne (initiative démocratique) », qui a abouti le 24 janvier 2025, suit une approche légèrement différente. Elle demande une modification de l'art. 38 al. 2 Cst. afin que les étrangers puissent obtenir la nationalité suisse sur demande après seulement cinq ans de séjour légal en Suisse, à condition qu'ils aient des connaissances de base dans une langue nationale et qu'ils n'aient pas été condamnés à une peine d'emprisonnement de longue durée ni ne mettent en danger la sécurité intérieure de la Suisse. La Suisse n'a aucune obligation internationale d'accorder des droits politiques aux ressortissants étrangers.

22 La Constitution fédérale autorise les cantons à accorder des droits politiques à la population étrangère au **niveau cantonal et communal** (art. 39 al. 1 Cst.). La question de savoir si les cantons ont besoin d'une base constitutionnelle correspondante à cet effet est controversée. Jusqu'à présent, les cantons *de Neuchâtel* et *du Jura* accordent des droits politiques aux étrangers au niveau cantonal, les constitutions des deux cantons le prévoyant explicitement. Dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, le droit de vote des étrangers est en débat avec le nouveau projet de constitution. En outre, les constitutions cantonales de *Fribourg, du Jura, de Neuchâtel et de Vaud* accordent aux étrangers des droits politiques dans toutes les communes pour les affaires communales**, alors que** dans le canton *du Valais*, le nouveau projet de constitution (2023) qui contenait une telle disposition a été rejeté par les urnes en mars 2024. Le canton *de Genève* va moins loin. Les étrangers peuvent voter et élire aux élections communales, mais ils ne peuvent pas être élus. Ils ont le droit de signer des initiatives et des référendums. Parmi les cantons suisses alémaniques, seuls *Appenzell Rhodes-Extérieures*, *Bâle-Ville et les Grisons* autorisent leurs communes à introduire des droits politiques pour les étrangers, à l'exception des réglementations concernant les églises nationales ; jusqu'à présent, seul un petit nombre de communes en ont fait usage**.** Dans tous les cantons cités, certaines conditions préalables s'appliquent, comme un statut de séjour spécifique, une durée de séjour minimale en Suisse (souvent 10 ans) ainsi qu'une durée de résidence minimale pour les affaires communales. Alors qu'une partie des partis politiques se

prononce en faveur d'une extension des droits politiques aux étrangers, du moins au niveau communal, le Conseil national a rejeté à une large majorité en été 2022 l'initiative parlementaire Atici (21.414) «Droit de vote pour tous en matière communale après cinq ans de résidence en Suisse» du 11 mars 2021.

B. Inclusion des personnes handicapées mentales

La Constitution fédérale et la législation d'exécution excluent des droits politiques en matière fédérale les Suisses majeurs qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont placés sous curatelle de portée générale ou représentés par un mandataire pour cause d'inaptitude. L'exclusion est quasi "automatique" - c'est-à-dire sans examen individuel - dans l'hypothèse où les personnes concernées sont durablement incapables de discernement en matière politique également. La Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CRD) garantit en revanche des droits politiques aux personnes handicapées (art. 29), indépendamment du type de handicap. La CRM exige une action correspondante de l'État partie ; elle ne prévoit pas d'exclusion. Des voix dans la doctrine et la politique critiquent donc à juste titre l'exclusion quasi "automatique" des droits politiques pour les personnes handicapées mentales dans le droit suisse, et ce non sans effet : 23

- Au **niveau fédéral**, la Chancellerie fédérale (BK) a élaboré un rapport sur la participation politique des Suisses souffrant d'un handicap mental, en réponse au postulat Carobbio (21.3296) «Les personnes souffrant d'un handicap mental doivent pouvoir participer pleinement à la vie politique et publique» et l'interpellation Baume-Schneider (21.3295) « Droits politiques pour les personnes souffrant d'un handicap psychique ou mental », toutes deux datées du 18 mars 2021. Le *rapport Po. 21.3296* a été publié le 25 octobre 2023. Selon ses conclusions, la réglementation actuelle sur l'exclusion du droit de vote est en conflit avec l'égalité des droits et les obligations internationales ; la question de la nécessité d'exclure des personnes du droit de vote et la mise en balance des intérêts qui y sont liés doivent être clarifiées au niveau constitutionnel. L'Assemblée fédérale a pris connaissance du rapport et de ses revendications et a examiné le postulat et les nouvelles interventions qui y sont liées. Le 24 octobre 2024, la Commission des institutions politiques du Conseil national a déposé la *motion (24.4266) « Droits politiques pour les personnes en situation de*

handicap », donnant ainsi suite à la pétition de la Session des personnes handicapées 2023 (23.2019) « Droit de vote et d'éligibilité autonome et sans entrave ». Le Conseil fédéral doit ainsi soumettre un projet de modification de l'art. 136 al. 1 Cst., en modifiant la première phrase comme suit : « Les droits politiques en matière fédérale appartiennent à tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus ». Le Conseil fédéral a proposé d'adopter la motion le 27 novembre 2024. La prochaine étape sera le traitement de la motion par le Conseil national, ou plus précisément par sa Commission des institutions politiques (probablement en mars 2025).

- Au niveau cantonal, les cantons *de Genève* et *d'Appenzell Rhodes-Intérieures* se distinguent : depuis fin 2020, Genève renonce totalement à restreindre le droit de vote des personnes durablement incapables de discernement (art. 48 KV/GE). La nouvelle constitution du *canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures*, adoptée par la Landsgemeinde en avril 2024 et qui devrait entrer en vigueur en 2027, renonce également totalement à toute restriction (art. 9 KV/AI [2027]). Des initiatives et des projets similaires sont actuellement à l'étude dans les cantons de *Bâle-Ville*, *Soleure*, *Neuchâtel*, *Vaud*, *Zurich et Zoug*. Les réglementations des cantons *de Vaud* et *de Neuchâtel*, qui prévoient des procédures d'examen spéciales au lieu de l'automatisme critiqué lorsqu'elles excluent des personnes des droits politiques cantonaux, sont moins inclusives, mais déjà en vigueur.
- Les *paroisses religieuses* pourraient également donner de nouvelles impulsions à la réforme. Ainsi, les fusions envisagées entre les paroisses réformées évangéliques de la ville de Berne pourraient être l'occasion de mettre en place de nouveaux règlements d'organisation conformes à la BRK.

24 Les obligations de la Suisse en matière de droit international, les développements dans le canton de Genève ainsi que les nombreux projets et interventions en cours au niveau de la Confédération et des cantons montrent qu'un aménagement des droits politiques conforme à la CRM semble prendre de l'ampleur sur le plan politique. L'avenir nous dira si les bases juridiques à cet effet reprendront la solution genevoise ou prévoient une procédure d'examen individuelle, continueront à s'établir d'abord au niveau cantonal et ensuite seulement au niveau fédéral. Indépendamment de cela, l'orientation est à saluer.

C. Abaissement de l'âge du droit de vote

Depuis 1991, des interventions ont lancé tous les cinq à sept ans le débat parlementaire sur l'abaissement de l'âge du droit de vote à 16 ans, comme dernièrement l'initiative parlementaire Arslan (19.415) "Donner une voix aux jeunes" du 21 mars 2019. Ces interventions ont même demandé, dans certains cas, de renoncer totalement à un âge minimum. La Convention relative aux droits de l'enfant garantit certes aux enfants et aux jeunes, d'une part, le droit de former et d'exprimer leur opinion sur les questions qui les concernent et, d'autre part, une considération adaptée à leur âge et à leur maturité. En l'état actuel, le droit international public ne prévoit toutefois pas de droit de vote égal pour les enfants et les jeunes. Pour un droit de vote et d'élection purement actif en matière fédérale à partir de 16 ans (ou d'un âge encore plus bas), il faudrait adapter au moins l'art. 136 Cst. et la législation d'exécution correspondante. L'introduction du droit de vote à 16 ans augmenterait le nombre d'électeurs d'environ deux pour cent et demi. Au **niveau fédéral**, *toutes les tentatives ont échoué jusqu'à présent*, comme dernièrement l'initiative parlementaire Arslan (19.415) mentionnée plus haut. 25

Comme au niveau fédéral, les initiatives ont jusqu'à présent échoué dans les **cantons suisses**, à l'exception du canton de Glaris. Ce dernier a été le seul canton à introduire le droit de vote à 16 ans le 6 mai 2007. Lors de la dernière consultation fédérale concernant l'abaissement de l'âge du droit de vote à 16 ans fin 2022, sept cantons se sont néanmoins prononcés en faveur d'un abaissement de l'âge du droit de vote à 16 ans ou ont au moins salué l'ouverture d'un débat national, et ce malgré des résultats de vote parfois contraires. Les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures, de Bâle-Ville et des Grisons examinent actuellement (hiver 2024/2025) des projets ou des initiatives qui incluent ou exigent le droit de vote à 16 ans. En outre, certains cantons autorisent déjà légalement l'extension du cercle des électeurs pour les églises nationales, les paroisses et d'autres collectivités de droit public, ou transfèrent directement à ces organisations le pouvoir de déterminer l'âge du droit de vote. Ainsi, l'âge du droit de vote est fixé à 16 ans dans de nombreuses églises nationales protestantes réformées. 26

Le critère formel de l'âge minimum repose sur l'idée que l'exercice des droits politiques exige la maturité et la capacité de se former un jugement politique. Il ne dépend pas du développement individuel de l'individu. Dans le débat politique, les partisans de l'âge du droit de vote à 16 ans soulignent que 27

l'implication plus précoce des jeunes dans les processus de décision politique peut encourager et aider à maintenir l'engagement politique chez les jeunes ; en même temps, l'abaissement de l'âge permettrait de réduire la sous-représentation des jeunes dans les organes politiques et d'abaisser la valeur médiane de l'âge parmi les électeurs. Les opposants justifient souvent leur refus par le fait que l'âge de la majorité civile est fixé à 18 ans et que les jeunes disposent déjà de possibilités spécifiques de participation politique, comme la Session des jeunes. De plus, toutes les tentatives au niveau cantonal ont récemment échoué. La littérature juridique se prononce parfois en faveur du droit de vote à 16 ans ; elle s'en tient souvent - comme dans le cas présent - à une présentation de la situation juridique. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral n'a pas pris de position claire sur le droit de vote à 16 ans. Il s'est toutefois déclaré prêt à procéder à des clarifications supplémentaires (par exemple au moyen d'un rapport) et a estimé qu'il était au moins possible d'abaisser l'âge de la majorité.

28 En comparaison internationale, l'âge du droit de vote au niveau national est de 18 ans dans la majorité des États. Il existe toutefois des exceptions : L'Autriche a introduit l'âge du droit de vote à 16 ans il y a plus de 10 ans déjà. Au sein de l'Europe, l'Écosse, le Pays de Galles, la Slovaquie et Malte ont également adopté une telle réglementation. En dehors de l'Europe, les pays les plus concernés sont l'Argentine, le Brésil, l'Équateur et Cuba. En Nouvelle-Zélande, la Cour suprême a jugé en novembre 2022 que l'âge de 18 ans pour voter était discriminatoire pour les jeunes de 16 et 17 ans. Les développements à l'étranger, les initiatives cantonales en cours et la régularité des interventions au niveau fédéral montrent que le débat sur l'abaissement de l'âge du droit de vote en Suisse ne risque pas de se taire à l'avenir.

Dans ce commentaire, l'auteur fait part de son appréciation personnelle.

Il remercie Beat Kuoni, docteur en droit, juriste, section des droits politiques, Chancellerie fédérale, ainsi que Lukas Schaub, docteur en droit, LL.M., chargé de cours en droit public et administratif à la ZHAW, pour leur relecture et leurs précieuses indications et remarques.

A propos de l'auteur

Karl-Marc Wyss, docteur en droit et avocat, est collaborateur scientifique à l'Office fédéral de la justice, unité de direction Droit public, projets législatifs II. Il a rédigé une thèse de doctorat sur la mise en œuvre provisoire en droit

fédéral d'initiatives populaires fédérales par voie d'ordonnance et publie et enseigne dans le domaine du droit administratif, du droit public et du droit procédural.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Boillet Véronique, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657 ff.

Dubey Jacques, art. 136 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadija/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Hangartner et al.; auch im Open Access verfügbar).

von Heydebrand Sibylle, Stimmrecht und kantonale Autonomie: Allgemeines und gleiches Stimmrecht am Beispiel der Nordwestschweizer Kantone, Diss., Basel 2019.

Kley Andreas, Art. 136 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 2 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr2, besucht am 5.4.2023.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 277 ff.

Tschannen Pierre, Art. 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 2153 ff.

Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016.

BIBLIOGRAPHIE

Adler Tibère/Moret Hugo/Pomezny Nicole/Schlegel Tobias, Passives Wahlrecht für aktive Ausländer: Möglichkeiten für politisches Engagement auf Gemeindeebene, in: Avenir Suisse (Hrsg.), Zürich 2015 (zit. Adler et al.; auch im Open Access verfügbar).

Aeschimann Lisa/Schaub Lukas, Die neuen Transparenzvorschriften des BPR, in: LeGes 34 (2023), Heft 1 (auch im Open Access verfügbar).

Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Basel/Genf 2003.

Belser Eva Maria, Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 5 ff.

Belser Eva Maria/Massüger Nina, Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 968 ff.

Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Biaggini Giovanni, Die Volksabstimmung über die Konzernverantwortungsinitiative vor Bundesgericht, ZBl 122 (2021), S. 614 ff.

Bisaz Corsin, Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz – Formen und Rechtsungleichheiten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 107 ff.

Bisaz Corsin, Politische Mitwirkungsrechte von Personen ohne Stimmrecht – ein neues Phänomen auf Gemeindeebene, in: AJP 2016, S. 1356 ff. (Bisaz, AJP[2016]).

Blatter Joachim K./Schmid Samuel D./Blättler Andrea C., Vom Demokratiedefizit europäischer Nationalstaaten: Elektorale Exklusivität im Vergleich, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 1 ff.

Boillet Véronique, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657 ff.

Boillet Véronique/Demay Clémence, Access to Political Rights in Switzerland: Critique of the Naturalisation Process as a Source of Exclusion, sui generis 2021, S. 229 ff.

Bucher Eugen/Aebi-Müller Regina E., Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit (Berner Kommentar), 2. Aufl., Bern 2017.

Bucher Laura, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Bucher L.).

Bucher Nevin Martina, Jugend und Politik, Diss., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Bucher M.).

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Monika Plozza, Migrationsrecht, 5. Aufl., Bern 2022 (zit. Caroni et al.).

Demay Clémence, 2. ATF 147 I 194-205 (23.3.2021/a; 1C_713/2020), RDAF 2022 I, S. 283 ff.

Dermont Clau, Politische Partizipation « à la carte ». Die selektive Partizipation in der Schweiz, Masterarbeit Universität Bern 2014.

Dubey Jacques, art. 136 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Basel 2021.

Eichhorn Jan/Bergh Johannes (Hrsg.), Lowering the Voting Age to 16: Learning from Real Experiences Worldwide, Palgrave Studien in Young People and Politics (2020), DOI: 10.1007/978-3-030-32541-1_1.

Frei Nula, Art. 29 UNO-BRK, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), UNO-Behindertenrechtskonvention, Stämpflis Handkommentar (SHK), Bern 2023.

Grodecki Stéphane, Le corps électoral dans les cantons et les communes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 1783 ff.

Gut Robin, Herr Gut, sind 16-jährige bereit für das Stimmrecht? (Interview), in: Defacto 19.7.2024, abrufbar unter «https://www.defacto.expert/2024/07/19/herr-gut-sind-16-jaehrige-bereit-fuer-das-stimmrecht/», besucht am 7.1.2025.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020 (Häfelin et al.).

Hangartner Yvo/Kley Andreas/Braun Binder Nadija/Glaser Andreas, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Hangartner et al.; auch im Open Access verfügbar).

Hess-Klein Caroline, Rien sur nous sans nous : le lobby des personnes handicapées, in : LeGes 24 (2013), Heft 3, S. 603 ff.

Hess-Klein Caroline/Scheibler Eliane, Aktualisierter Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2022 (auch im Open Access verfügbar).

Horlacher Maj-Britt, Die politischen Rechte der Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, Diss., Zürich/Basel/Genf 2018.

Jungo Alexandra, Art. 363 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar (BSK), 7. Aufl., Basel 2022, S. 2226 ff.

Kley Andreas, Art. 136 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Kölz Alfred, Quellenbuch zur neueren Schweizer Verfassungsgeschichte, Vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.

Kriesi Hanspeter, Das Abstimmungsverhalten der Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger: Wie wirken Abstimmungskampagnen?, in: Béatrice Ziegler und Nicole Wälti (Hrsg), Wahl-Probleme der Demokratie, Zürich 2012, S. 39 ff.

Maranta Luca, Art. 449*c* ZGB, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar (BSK), 7. Aufl., Basel 2022, S. 2916 ff.

Matthey Fanny/Burgat Sabrina, Egalité, in: Matthey Fanny/Dupont Anne-Sylvie/Défago Valérie (Hrsg.), Glossaire scientifique en l'honneur de Pascal Mahon, Basel 2023, S. 121 ff.

Müller Andreas/Schlegel Tobias, Passives Wahlrecht für aktive Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 31 ff.

Rüegger Vanessa, Demokratie – Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 73 ff.

Schaub Lukas, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, ZBl 118 (2017), S. 583 ff.

Schefer Markus/Martin Céline/Hess-Klein Caroline, Leitfaden für eine behindertenrechtliche Gesetzgebung in den Kantonen, Bern 2022.

Schmahl Stefanie, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar (HK), 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 2 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr2, besucht am 5.4.2023.

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 3 BPR, in: Glaser Andreas et al. (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte – Version: 3.4.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr3, besucht am 6.5.2023.

Serdült Uwe, Partizipation als Norm und Artefakt in der schweizerischen Abstimmungsdemokratie. Entmystifizierung der durchschnittlichen Stimmbeteiligung anhand von Stimmregisterdaten aus der Stadt St. Gallen, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 41 ff.

Steinmann Gerold/Besson Michel, Art. 34 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Studer Brigitte/Wyttenbach Judith, Frauenstimmrecht: Historische und rechtliche Entwicklungen 1848 – 1971, Zürich 2021.

Strijbis Oliver, Wenn AusländerInnen wählen und abstimmen dürften: Überlegungen anhand von aktuellen Umfragedaten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 57 ff.

Tanquerel Thierry, Art. 136 al. 1: droits politiques, in: Weerts Sophie et al. (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 244 ff. (zit. Tanquerel, FS)

Tanquerel Thierry, Les fondements démocratique de la Constitution, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg-Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 301 ff.

Tobler Christa, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, ZSR 140 (2021) II, S. 277 ff.

Tschannen Pierre, Art. 34, 39 und 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar (BSK), Basel 2015, S. 701 ff., 793 ff., 2153 ff.

Tschannen Pierre, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band I Grundlagen Demokratie Föderalismus, S. 511 ff. (zit. Tschannen, Perspektiven).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Tschannen, Staatsrecht).

Verhellen Eugeen, Partizipationsrechte der Kinder und Jugendlichen, in: Gerber Jenni Regula/Hausammann Christina (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, S. 107 ff.

von Heydebrand Sibylle, Stimmrecht und kantonale Autonomie: Allgemeines und gleiches Stimmrecht am Beispiel der Nordwestschweizer Kantone, Diss., Basel 2019.

Weber Anina, Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016.

Wenger David R., Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz und im europäischen Ausland – ein kommentierter Vergleich, AJP 2004, S. 1186 ff.

Wyss Karl-Marc, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg, Diss., Zürich/St. Gallen 2020 (auch im Open Access verfügbar).

MATÉRIAUX

Die Ausübung des Stimmrechts aus dem Ausland: Grundlagen, aktuelle Praxis und Handlungsoptionen, Bericht des Bundesrats vom 17.3.2023 in Erfüllung des Postulats 20.4348 Silberschmidt vom 30.11.2020, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20204348 (zit. Bericht Po. 20.4348).

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 24.10.2019 zur Parlamentarischen Initiative 19.400 Mehr Transparenz in der Politikfinanzierung, BBl 2019 7875 (zit. Bericht SPK-S zu Pa.Iv. 19.400).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de , besucht am 1.7.2023).
(zit.: Botschaft BV); enthält im Anschluss den Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung, A Entwurf (S. 589-634; zit. VE-96).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.6.2006, BBl 2006 7001 ff., abrufbar unter BBl 2006 7001 - Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) (admin.ch) (zit. Botschaft Erwachsenenschutz).

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 30.3.2023 zur Parlamentarischen Initiative (19.415) «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben», abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2022#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/59 (zit. Ergebnisbericht zur Pa.Iv. 19.415).

Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 29.4.2022 zu den Parlamentarischen Initiativen «Mehr Demokratie wagen. Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer» (21.405) und «Stimmrecht für alle in kommunalen Angelegenheiten nach fünf Jahren Wohnsitz in der Schweiz» (21.414), abrufbar unter https://www.parlament.ch//centers/kb/Documents/2021/Kommissionsbericht_SPK-N_21.414_2022-04-29.pdf (zit. Bericht SPK-N zu Pa.Iv. 21.405/21.414).

Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen vom 29.6.2016, abrufbar unter https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/bericht/Initialstaatenbericht%20BRK.pdf.download.pdf/Initialstaatenbericht_BRK_v1.0.pdf (zit. Staatenbericht).

Explanatory memorandum by Mr Aligrudić, rapporteur, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Expansion of democracy by lowering the voting age to 16, Mars 2011, Doc. 12546 (zit. Rapport 12546).

Politische Teilhabe von Schweizerinnen und Schweizern mit einer geistigen Behinderung, Bericht des Bundesrates vom 25.10.2023 in Erfüllung des Postulats 21.3296 Carobbio vom 18.3.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=MAUWFQFXFMCR-2-54152 (zit. Bericht Po. 21.3296).

Stimmrechtsalter 16: Partizipation stärken und begleiten, Ein Positionspapier der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen EKKJ, Bern Mai 2020 abrufbar unter https://ekkj.admin.ch/fileadmin/user_upload/ekkj/02pubblikationen/Positionspapier/d_2020_Positionspapier_EKKJ_Stimmrechtalter_16_.pdf (zit. EKKJ-Positionspapier).

United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13.4.2022, CRPD/C/CHE/CO/1.

Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 1.9.2022 zur Parlamentarische Initiative (19.415) «Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige», abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2022#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/59 (zit. Bericht SPK-N zur Pa.Iv. 19.415).

COMMENTAIRE

Art. 164 Cst.

Un commentaire de Leo Tiberghien

PROPOSITION DE CITATION

Leo Tiberghien, Commentaire de l'art. Art. 164 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Tiberghien, art. 164 Cst. N. XXX.

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.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 1301
A. Genèse 1301
B. Fondements 1303
C. Contexte 1304
1. Compétence législative formelle 1304
2. Réserves générale et spéciales de la loi 1305
D. Structure 1306
II. Réserve de la loi (al. 1) 1307
A. Exigence de forme de la loi (al. 1 1ère phrase) 1307
1. Forme de la « loi fédérale » 1307
2. « Dispositions importantes qui fixent des règles de droit » 1308
B. Exigence de densité normative de la loi (al. 1 2ème phrase i.i.) 1311
1. « Dispositions fondamentales » 1311
2. « En particulier » 1314
3. Densité normative des autres dispositions importantes 1315
C. Catalogue de domaines (al. 1 2ème phrase i.f.) 1317
III. Délégation législative (al. 2) 1322
A. Principe de la délégation législative 1322
1. Notion 1322
2. Sous-délégation 1324
3. Destinataires 1325
B. Admissibilité de la délégation législative 1330
1. Conditions en général 1330
2. « Prévue dans une loi fédérale » 1331
3. « À moins que la Constitution ne l'exclue » 1331
4. Conditions implicites 1332
C. Conflit avec les compétences originaires du Conseil fédéral 1333
IV. Justiciabilité 1336
V. Conclusion 1338
Lectures complémentaires recommandées 1339
Bibliographie 1341
Matériaux 1347

I. INTRODUCTION

A. Genèse

L'art. 164 Cst. définit quand une règle de droit doit revêtir la forme d'une loi et quand elle peut, au contraire, prendre la forme d'une ordonnance. En cela, il était dépourvu d'équivalent dans l'**ancienne Constitution**[1242]. Cette disposition codifie néanmoins la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) relative à la délégation législative développée au cours du XXème siècle[1243] ; en outre, elle s'inspire de dispositions déjà connues de nombreuses constitutions cantonales depuis les années 1980[1244]. Pour autant, l'adoption de l'art. 164 Cst. fut mouvementée. Sa mouture finale est le fruit d'un processus marqué par divers compromis et altérations. C'est pourquoi la formulation actuelle de l'art. 164 Cst. est quelque peu malheureuse. Son histoire explique en partie les controverses qui marquent son interprétation[1245]. 1

La **Commission d'experts** mandatée par les Commissions des institutions politiques des deux Conseils suggéra la première d'ancrer dans la Constitution une disposition qui réserve au législateur la compétence d'adopter les règles de droit importantes[1246]. Cette disposition prévoyait ainsi que « [l]'Assemblée fédérale édicte les règles de droit importantes, lesquelles doivent revêtir la forme d'une loi fédérale »[1247]. La Commission d'experts proposait en outre de définir la notion d'importance par le biais d'une liste de critères, qu'elle souhaitait toutefois codifier dans une loi[1248]. Elle se passait par ailleurs de la figure de la délégation législative. Cette dernière était jugée superflue, car la 2

1242 Art. 85 ch. 2 aCst. ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 431 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 5 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 1.

1243 ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Cottier ; Müller, Rechtssetzung, p. 260 ; Mader, Erlassformen, p. 7.

1244 Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Auer, Staatsrecht, N 667 ss ; cf. p. ex. art. 69 al. 4 Cst./BE, qui introduit pour la première fois la liste de domaines et qui a exercé une influence particulière sur les travaux préparatoires : Müller, Rechtssetzung, p. 260.

1245 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 3 ss et 30 ss ; Rhinow, Bundesvefassung, 187 s. ; Ehrenzeller, Erlassformen, p. 14 ss ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 15 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 6.

1246 Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 413 ss ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 5.

1247 Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436.

1248 Projet d'art. 5 II^{bis} LREC, Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 519.

séparation des compétences était conçue de manière stricte : l'adoption des règles importantes revenait au législateur, toute autre règle de droit au Conseil fédéral[1249].

3 Le **Conseil fédéral** s'écarta de la proposition de la Commission d'experts. Le Projet de 1996 (P-1996) faisait ainsi l'économie de l'actuel art. 164 al. 1. Plutôt que de retenir une réserve de compétences en faveur du législateur, le P-1996 se limitait à régler la question de la délégation législative[1250]. Cette disposition ne faisait néanmoins que reprendre les principes développés par la jurisprudence et la doctrine[1251]. L'art. 154 al. 2 P-1996 disposait ainsi qu' « [u]ne loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale soumis au référendum peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la constitution ne l'exclue. La norme de délégation doit fixer, dans ses grandes lignes, le contenu de ces règles. » Quant à l'art. 154 al. 1 P-1996, il se contentait d'énoncer que « [l]'Assemblée fédérale édicte les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale », ce qui figure à l'actuel art. 163 Cst.

4 Les **Commissions des institutions politiques** (CIP) renouèrent toutefois avec la proposition de la Commission d'experts, à deux différences près. D'abord, elles souhaitaient définir la notion d'importance par une liste non plus de critères, mais de domaines particulièrement sensibles. La disposition proposée précisait alors que les « dispositions fondamentales » de ces différents domaines étaient toujours importantes[1252]. Ensuite, le rapport des CIP abandonnait la séparation stricte en matière de compétences législatives. Il maintenait la compétence de l'Assemblée fédérale d'adopter des règles de droit de moindre importance[1253]. Le législateur avait ainsi la charge de déterminer les règles dont l'adoption reviendrait au Conseil fédéral, par analogie avec les règles sur la délégation législative[1254].

5 Malgré la réticence réitérée du Conseil fédéral[1255], les **Commissions constituantes** et les **Chambres du Parlement** adoptèrent la version des CIP en ce qui concerne la réserve de la loi, le critère de l'importance et la liste de

1249 Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436 ss.
1250 Mess. Cst., FF 1997 I 395 ss et 634.
1251 Mess. Cst., FF 1997 I 397.
1252 Rapport CIP, FF 1997 III 281-283 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 8.
1253 Rapport CIP, FF 1997 III 281-283 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 7.
1254 Rapport CIP, FF 1997 III 281.
1255 Avis du Conseil fédéral, FF 1997 III 1323.

domaines, sans que cela ne fût guère débattu[1256]. Ces éléments correspondent à l'actuel art. 164 al. 1 Cst. En revanche, le second alinéa suscita de vives controverses. Les deux Conseils s'accordèrent sur le principe d'une disposition qui réintroduit la délégation législative. Toutefois, en sus de la première phrase aux termes de laquelle « [u]ne loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue », le Conseil national tenait à maintenir la seconde phrase du P-1996 qui disposait que « [l]a norme de délégation doit fixer, dans ses grandes lignes, le contenu de ces règles »[1257]. Le Conseil des États jugeait un tel ajout redondant au regard de l'alinéa premier : les « dispositions fondamentales » des domaines évoqués couvraient en effet déjà les « grandes lignes » des règles y relatives[1258]. La divergence persista jusqu'à la Conférence de conciliation[1259], au sein de laquelle l'emporta la version du Conseil des États[1260].

B. Fondements

Le choix de réserver au législateur l'adoption des règles de droit importantes repose sur trois fondements[1261]. L'art. 164 Cst. préserve d'abord la **démocratie (représentative mais aussi directe)** en assurant que les grands arbitrages politiques et sociaux soient réalisés par l'organe le plus représentatif et soumis au référendum populaire obligatoire ou facultatif[1262]. L'art. 164 Cst. concourt ensuite à l'instauration et au respect du principe de la **séparation des** 6

1256 PV Commission CN (sous-commission 1) 2269-2273 ; PV Commission CN 292-296 ; PV Commission CdE (sous-commission 1) 5733-5734 ; PV Commission CdE 4625 ; BO CN 76-79 ; BO CE 131-132 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 10.

1257 Art. 154 al. 2 Projet de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil National, FF 1998 I 343 ; BO CN 1998 76-79, 361 et 474.

1258 Art. 154 al. 2 du Projet de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil des États, FF 1998 I 408 ; BO CdE 1998 131, 191 et 220.

1259 BO CN 1998 361 et 490 ; BO CdE 1998 220 et 226.

1260 BO CN 1998 490 ; BO CdE 1998 226 ; PV Conférence de conciliation 1595.

1261 ATF 103 Ia 369, c. 6 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4.

1262 ATF 148 III 172, c. 3.2.2 ; ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 143 I 253, c. 6.1 ; ATF 141 II 169, c. 3.1-3.2 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 427, 432 et 474 ; Mess. Cst., FF 1997 I 396 ; Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Frick BO CdE 1998 131 ; Sägesser, Bundesbehörden, N 445 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 82 s. ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 27 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4 et 37 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 6.

pouvoirs en réservant (une partie de) la compétence législative au législateur à l'exclusion de tout autre organe[1263]. Finalement, cette disposition concrétise le principe de l'**État de droit** dès lors qu'elle en garantit les déclinaisons, telles que les principes d'égalité et de prévisibilité de l'action étatique[1264].

C. Contexte

1. Compétence législative formelle

7 L'art. 164 Cst. s'inscrit dans un cadre constitutionnel plus large relatif aux compétences de l'Assemblée fédérale[1265]. Alors que l'art. 163 Cst. définit les formes d'actions dont dispose l'Assemblée fédérale, l'art. 164 Cst. lui attribue la **compétence législative formelle**[1266]. L'art. 164 Cst. n'attribue pas pour autant de compétence à la Confédération : il se limite à répartir la compétence législative entre différentes autorités fédérales lorsque cette compétence résulte d'une disposition constitutionnelle (cf. art. 3 Cst.)[1267]. L'art. 164 al. 1 Cst. définit quelles règles de droit doivent être adoptées par l'Assemblée fédérale et soumises au référendum obligatoire ou facultatif, par renvoi aux art. 163 et 141 al. 1 let. a et b Cst. C'est pourquoi l'art. 164 Cst. porte en réalité sur la compétence de l'Assemblée fédérale et du peuple, même s'il se situe dans la section de la Constitution relative aux compétences de l'Assemblée fédérale.

8 L'art. 164 Cst. doit être lu conjointement avec l'art. 182 Cst., qui régit la **compétence législative du Conseil fédéral**. Aux termes de ce dernier, « [l]e

---

1263 ATF 141 II 169, c. 3.1 ; ATF 134 I 322, c. 2.2 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 118 Ia 305, c. 2a ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport CIP, FF 1997 II 254 ss ; Avis du Conseil fédéral, FF 1997 III 1313 ; Feuz, Recht, p. 18 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 28 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 3 s. et 37 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4.

1264 ATF 146 I 11, c. 3.1.2 ; ATF 141 II 169, c. 3.1 ; ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 474 ; Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; Mess. Cst., FF 1997 I 396 ; Frick BO CdE 1998 131 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 27 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 4 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7.

1265 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 3 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 1.

1266 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 2 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 2.

1267 Comm. Cst. 1874-Aubert, Art. 85 N 29 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, 214 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 8 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 3 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 2 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 12. Cf. toutefois la pratique législative douteuse à cet égard : Baumann, p. 478 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 8.

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 » (al. 1), et « veille à la mise en œuvre de la législation, des arrêtés de l'Assemblée fédérale et des jugements rendus par les autorités judiciaires fédérales » (al. 2). La lecture croisée des art. 164 et 182 Cst. permet de distinguer trois niveaux normatifs : les règles de droit dont la délégation est interdite, celles dont la délégation est admise et celles dont la délégation est superflue[1268]. Cette tripartition se fonde sur deux critères, dont les contours demeurent indéterminés[1269] : la distinction entre délégation interdite et admise s'opère selon l'importance de la règle de droit ; la distinction entre délégation admise et superflue correspond à celle entre règles de droit primaires et règles de mise en œuvre[1270].

Le Conseil fédéral dispose également d'une compétence législative en vertu des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, respectivement en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure (*infra* N. 50)[1271]. Finalement, les dispositions transitoires de certaines initiatives populaires chargent le Conseil fédéral de légiférer par voie d'ordonnance à la place du législateur lorsque ce dernier n'a pas mis en œuvre l'initiative dans un certain délai (p. ex. art. 197 ch. 9 al. 1 et ch. 11 al. 2 Cst. ; *infra* N. 51)[1272]. 9

2. Réserves générale et spéciales de la loi

En exigeant que toutes les règles de droit importantes figurent dans une loi, l'art. 164 al. 1 Cst. pose une **réserve générale** de la loi. Par contraste, la 10

1268 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 7.

1269 C'est pourquoi la Commission d'experts proposait de se passer de la distinction entre ordonnances d'exécution et de substitution et d'entériner une répartition des compétences strictes (réservant à l'Assemblée fédérale les dispositions importantes et au gouvernement les disposition peu ou non importantes), Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436-437, alors que la difficulté de définir l'importance d'une règle de droit a ensuite justifié le choix des CIP de se distancer d'une telle répartition stricte, FF 1997 III 281.

1270 Sur la notion de règle primaire : art. 22 LParl ; ParlG Komm.-Odermatt/Tophinke, Art. 22 LParl, N 18 ss ; CR-Moor, Art. 182 Cst. N 13 ss ; ATF 141 II 169, c. 4.3.1.

1271 Biaggini, Komm. BV, Art. 184 Cst. N 11 ss et Art. 185 Cst. N 9 ss ; BSK-Saxer/Brunner, Art. 184 Cst. N 29 ss et Art. 185 Cst. N 26 ss ; CR-Schmidt, Art. 184 Cst. N 30 ss ; CR-Gonin, Art. 185 Cst. N 55 ss ; SGK-Künzli, Art. 184 Cst. N 114 ss et Art. 185 Cst. N 59 ss.

Constitution connaît diverses **réserves spéciales** ou **sectorielles**, à savoir des dispositions qui exigent la forme de la loi de façon ponctuelle, pour un sujet ou un type de règle de droit particuliers[1273]. Dans leur champ d'application respectif, ces réserves sectorielles se situent dans un rapport de spécialité avec l'art. 164 al. 1 Cst. car elles posent une exigence de forme indépendante et plus stricte. Il en va ainsi des restrictions graves aux droit fondamentaux (art. 36 al. 1 2ème phrase Cst.), de restrictions à certains droits fondamentaux spécifiques (art. 28 al. 4, 29*a* 2ème phrase, 30 al. 2 et 3 2èmes phrase et 31 al. 1 Cst.) ou des principes généraux régissant le régime fiscal (art. 127 al. 1 Cst.)[1274]. Par ailleurs, certaines dispositions constitutionnelles se limitent à renvoyer à la loi s'agissant de la règlementation de certains domaines ou questions (p. ex. art. 58 al. 2 2ème phrase, 59 al. 1 1ère phrase, 144 al. 3, 162 al. 2, 153, 178 al. 3 et 188 al. 2 Cst.). Ces dernières ne vont pas au-delà de ce qu'exige l'art. 164 al. 1 Cst., c'est-à-dire que les règles de droit importantes revêtent la forme de la loi[1275]. Il s'agit dès lors moins d'un rapport de spécialité que d'un renvoi à l'art. 164 al. 1 Cst.

D. Structure

11 L'art. 164 comprend deux alinéas : le premier a trait à la **réserve de la loi**, le second à la **délégation législative**. L'alinéa premier est à son tour composé deux phrases. La première commande que « les dispositions importantes fixant des règles de droit figurent dans une loi ». La seconde phrase dresse une liste de domaines dont « les dispositions fondamentales » « appartiennent en particulier » à la catégorie des dispositions importantes[1276]. La rédaction de cet alinéa est malheureuse et l'articulation de ses deux phrases prête à controverse. Selon la position minoritaire que nous adoptons, les exigences que posent les deux phrases de l'art. 164 al. 1 sont de nature différente[1277]. La

1272.Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1868 ; Wyss, Umsetzung, N 336 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 50 ; Rausch, p. 66 ss.

1273.Müller, Inhalt, p. 126 ss ; Sägesser, Neuordnung, p. 682 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 13 ; Wyss, Umsetzung, N 346 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 12 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 11.

1274.Moins strict: SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 11.

1275.Feuz, Gesetzbegriffe, p. 113 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 14 ; Wyss, Umsetzung, N 349 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 15. Plus strict: Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 28 et 41 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1634 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2736.

1276.BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 14.

première phrase ancre une exigence de forme ; la seconde, une exigence de contenu, à savoir de densité normative. L'exigence de forme dépend de l'importance de la disposition, qui est une fonction de ses conséquences. L'exigence de contenu repose sur le caractère fondamental d'une disposition, qui a trait au degré de précision de la loi. En d'autres termes, selon la première phrase, toute règle de droit importante doit revêtir la forme d'une loi ; selon la seconde phrase, les dispositions fondamentales d'une loi sont toujours importantes car elles en constituent la densité normative minimale.

II. RÉSERVE DE LA LOI (AL. 1)

A. Exigence de forme de la loi (al. 1 1ère phrase)

1. Forme de la « loi fédérale »

L'art. 164 al. 1 Cst. réserve une certaine forme (celle de la loi fédérale) pour certaines dispositions (celles qui fixent des règles de droit importantes). Ainsi, l'art. 164 al. 1 Cst. concrétise le principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.) et le renforce car il exige pour certains actes non seulement une base légale, mais une base légale qualifiée[1278]. Cette disposition renvoie aux art. 163 al. 1 et 141 al. 1 let. a et b. Cst. et consacre une réserve en faveur de la **loi au sens formel**, à savoir un acte adopté par l'Assemblée fédérale avec le concours obligatoire ou facultatif du peuple[1279]. Sont toutefois réservées les lois urgentes qui se passent (temporairement) de tout référendum, conformément à l'art. 165 Cst. Il convient de noter également que l'art. 164 al. 1 Cst. n'exclut pas que des règles de droit importantes figurent dans la Constitution ou des traités internationaux dont la légitimité démocratique est équivalente aux lois fédérales (pour les premières : art. 139, 194 et 195 Cst. ; pour les deuxièmes, art. 140 al. 1 let. b, 141 al. 1 let. d et al. 2 et 166 al. 2 Cst.)[1280], voire dans une ordonnance indépendante (*infra* N. 50 ss). Les projets de loi qui tombent sous le coup de l'art. 164 al. 1 Cst. doivent en outre faire l'objet d'une procédure de 12

1277. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 8.

1278. ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 141 II 169, c. 3.1 ; ATF 131 II 13, c. 6.3 ; CR-Dubey, Art. 5 Cst. N 42 ss.

1279. Moor/Flückiger/Martenet, p. 656 ss.

1280. Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 11 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 11 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 5 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 18 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 5.

consultation, conformément à l'art. 3 al. 1 let. b LCo. La procédure de consultation permet d'associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à l'élaboration desdit projets[1281].

13 Si l'art. 164 al. 1 Cst. réserve la forme de la loi pour les dispositions importantes fixant des règles de droit, il ne limite pas le contenu de la loi à ces dernières. L'art. 164 al. 1 Cst. ne prévoit pas de définition du contenu de la loi ; la Constitution ne connaît pas, en d'autres termes, de « **réserve de l'ordonnance** »[1282]. La loi peut en effet contenir des dispositions de moindre importance, y compris de mise en œuvre[1283], voire des dispositions individuelles et/ou concrètes[1284]. La compétence d'adopter des dispositions d'exécution revient d'abord au Conseil fédéral (art. 182 al. 2 Cst.), mais demeure partagée avec le législateur[1285].

2. « Dispositions importantes qui fixent des règles de droit »

14 L'art. 164 al. 1 Cst. circonscrit la réserve de la loi aux « dispositions importantes qui fixent des règles de droit ». Les dispositions concernées sont d'abord limitées à celles qui présentent une certaine structure normative, c'est-à-dire celles qui fixent des **règles de droit**. Cette notion renvoie aux art. 163 al. 1 Cst. et 22 al. 4 LParl et désigne les « dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences »[1286]. Les dispositions d'exécution telles que prévues à l'art. 182 al. 1 et 2 Cst. et les décisions individuelles et concrètes

1281 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4.

1282 Contrairement à ce que suggérait la Commission d'experts : Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 436-437.

1283 Rapport CIP, FF 1997 III 280 ; BO CdE 1998 130 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 199 ; Ehrenzeller, Erlassformen, p. 17 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 234 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 4 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2677 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 1825 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 17 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 10.

1284 Rapport CIP, FF 1997 III 279 ; Müller, Rechtssetzung, p. 256 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 50 ; Odermatt, Erlassformen, p. 107 ss ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 232 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 163 Cst. N 5 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 163 Cst. N 12 ; SGK-Tschannen, Art. 163 Cst. N 17.

1285 Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 4 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 7.

1286 ParlG Komm.-Odermatt/Tophinke, Art. 22 LParl, N 18 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 20. Critique : Müller, Bundesbeschluss, p. 161 s. ; Biaggini, Komm. BV, Art. 163 Cst. N 5.

sont ainsi exclues du champ de la réserve de la loi, même lorsqu'elles sont importantes[1287].

L'art. 164 al. 1 Cst. restreint ensuite la réserve de la loi aux dispositions 15
importantes. Ce critère matériel constitue la pierre de touche de l'art. 164 al. 1 Cst. dès lors qu'il départage les règles de droit qui doivent revêtir la forme de la loi de celles qui ne sont pas soumises à cette exigence. C'est pourquoi la doctrine se réfère à la notion de « définition matérielle de la réserve de la loi » ou, plus commun en allemand, de « *materieller Gesetzesvorbehalt* »[1288]. La Constitution ne fournit toutefois aucune définition de la notion d'importance, si bien qu'il est nécessaire de se référer à un faisceau de critères ou d'indices (ou de déclinaisons[1289]) développé par la jurisprudence et la doctrine. L'importance d'une disposition se mesure ainsi (1) au cercle des personnes ou situations affectées ; (2) à l'intensité de ses conséquences sur la position juridique des destinataires ; (3) à son impact financier pour les particuliers ou l'État ; (4) à son effet sur la formation de la volonté politique ou l'organisation des autorités fédérales ; (5) au caractère politiquement controversé des questions qu'elle se propose de régler ; (6) à son caractère inédit et à sa divergence d'avec les principes jusque-là admis ; (7) à l'ampleur de la contestation politique qu'elle génère[1290].

Les différents indices ont trait avant tout aux **conséquences** de la règle de 16
droit : à leur tour, ces conséquences peuvent être importantes en raison de leur portée quantitative, car elles s'appliquent à un large cercle de destinataire et de situations, ou qualitative, en ceci qu'elles affectent les destinataires avec une certaine intensité[1291]. Ces indices ne doivent pas être satisfaits cumulativement ; une norme peut déjà être importante au regard d'un seul

1287 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 20.

1288 Sur la terminologie francophone : CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 11 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 3 ; sur la terminologie germanophone : SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 4 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2720 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 209 ss.

1289 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 22 s.

1290 ATF 145 V 380, c. 6.3.1 ; ATF 134 I 322, c. 2.6.3 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 130 I 1 c. 3.4.2 ; ATF 121 I 22, c. 4a ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Eichenberger, Rechtssetzungsfunktion, p. 343 ; Müller, Inhalt, p. 110 ss ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 102 ss ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 235 s. ; Wiederekehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 28 ss ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 6 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 9 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 22 ; Seaders, p. 55 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 432 ; OFJ, Guide de législation, N 570.

1291 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 22 s.

élément[1292]. L'importance d'une disposition ne peut être déterminée de façon abstraite, mais seulement en relation avec la matière et l'objet de règlementation[1293]. Le jugement portant sur l'importance d'une disposition dépend toujours des circonstances concrètes et d'une appréciation d'ensemble qui se prête mal à tout schématisme[1294]. Il emporte dès lors une importante marge d'appréciation en faveur du législateur[1295].

17 L'interprétation de la notion d'importance doit être guidée par les **fondements** de l'art. 164 Cst., à savoir les garanties de l'État de droit, de la démocratie et de la séparation des pouvoirs[1296]. La doctrine avance par ailleurs que ces fondements doivent s'accommoder, voire être pondérés avec d'autres impératifs d'intérêt public parfois divergents : l'efficacité, la rapidité ou la flexibilité de l'activité publique, en particulier en présence de règles à charactère technique[1297]. Il s'agirait ainsi de tenir compte de **considérations d'ordre pratique**[1298]. Selon nous, cette affirmation ne devrait toutefois être admise qu'avec retenue au vu de la lettre et de l'esprit de l'art. 164 Cst.[1299]. Certes, la jurisprudence admet que le niveau de densité normative attendu est réduit à la mesure des exigences de la réalité juridique et pratique[1300]. Toutefois, ces considérations ont trait à la densité normative, soit au degré de précision de la formulation d'une disposition et ne disent rien, en tant que telles, de l'importance d'une règle de droit[1301]. De surcroît, le charactère

1292 ATF 130 I 1, c. 3.4.2 ; Müller, Inhalt, p. 110 ss ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 32 s. ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 9 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 24 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7.

1293 ATF 130 I 1, c. 3.4.2 ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 432.

1294 ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 237 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 25.

1295 Kley/Feller, Erlassformen, p. 235 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 6 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 12 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 25 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 7.

1296 ATF 103 Ia 369, c 6 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 24.

1297 Häfelin/Müller/Uhlmann, N 359 ; Feuz, Recht, 19 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 242 ss ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 11 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2723 ; Kradolfer, N 494 ; Seaders, p. 5 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 25.

1298 Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzungslehre, N 242 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 11 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 26.

1299 Dans ce sens : BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 11.

1300 ATF 135 I 130, c. 7.2 ; ATF 129 I 346, c. 5.1 ; ATF 126 I 180, c. 2a/bb. Sur le lien entre technicité et flexibilité d'une part, et densité normative d'autre part : ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ; ATF 131 II 13, 6.5.1.

1301 Cf. ATF 131 II 13, c. 6.4 et 6.5 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 33.

technique d'une règle de droit ne lui ôte pas nécessairement ses éventuelles dimensions politique et éthique. La *ratio legis* de l'art. 164 al. 1 Cst. est précisément d'assurer qu'une règle de droit importante figure dans une loi au sens formel, quand bien même des considérations d'opportunité plaideraient en faveur de sa délégation. L'on ne peut admettre que la réserve de la loi ne trouve à s'appliquer que lorsque la loi semble être l'instrument propice – sans quoi la réserve de la loi serait largement dépourvue de portée.

B. Exigence de densité normative de la loi (al. 1 2ème phrase *i.i.*)

1. « Dispositions fondamentales »

La seconde phrase du premier alinéa dresse une liste de domaines dont les « dispositions fondamentales » appartiennent « en particulier à [la] catégorie [des dispositions importantes] ». L'articulation des qualificatifs « important » (al. 1 1ère phrase) et « fondamental » (al. 1 2ème phrase) soulève des difficultés d'interprétation. Selon la doctrine majoritaire, ils seraient synonymes[1302]. La différence aurait une visée esthétique[1303]. La locution « en particulier » se rapporterait ainsi à la liste de domaines, suggérant son caractère non exhaustif[1304]. Nous adhérons à la lecture minoritaire défendue en particulier par Dubey[1305] selon laquelle le qualificatif « fondamental » ne doit pas être lu comme un synonyme d' « important » mais plutôt comme une référence aux « grandes lignes » des domaines visés. L'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. consacre en cela une exigence de contenu, soit **de densité normative minimale**[1306]. Il découle de l'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. que lorsque le droit se saisit de l'un des domaines évoqués, la loi doit définir les grandes lignes ou les bases de la réglementation – c'est-à-dire son but, son objet, son étendue, et ses grands

18

1302 Müller, Rechtssetzung, p. 260 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 113 ss ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 24 s. ; Kley/Feller, Erlassformen ParlG, p. 235 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 25 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtsetzungslehre, N 235 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 3 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 23 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2729 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 13 ; Seaders, p. 32 s. ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 14.

1303 SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 14.

1304 Cf. nbp. 61.

1305 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 9 ss.

1306 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N27 ss. Dans ce sens déjà : Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; Sägesser, Bundesbehörden, N 447 ; Kaufmann, Variation, p. 433 ; Beusch, Gesetzbegriff, p. 240 ss ; OFJ, Guide de législation, N 722.

principes[1307]. En d'autres termes, si l'importance définit les questions – aussi précises soient-elles – qui doivent être réglées par la loi au sens formel (*quoi*), le qualificatif « fondamental » sert à déterminer la précision avec laquelle la loi doit régler les différents domaines de la vie sociale lorsque le droit s'en saisit (*comment*)[1308].

19 Cette lecture découle d'abord de la **lettre** et la **syntaxe** de l'art. 164 al. 1 Cst., tant à l'égard des termes employés que de la position grammaticale de la locution « en particulier »[1309]. Au sens premier, est fondamental ce qui sert de base à quelque chose. Dans un contexte normatif, ce terme désigne ce sur quoi repose toute règle de droit ; à savoir, en droit suisse, une loi au sens formel qui en définisse les grandes lignes. Les **travaux préparatoires** de l'art. 164 al. 1 Cst. appuient cette interprétation. Les CIP, qui les premières introduisirent le terme « fondamental », affirmaient à ce propos que « [c]inq domaines clés ont été retenus, dont les grandes lignes exigent d'être édictées sous forme de lois fédérales », et que la définition de ces « principes fondamentaux » peut être « fixée, dans une large mesure, par analogie avec les règles de délégation actuelles »[1310]. Ainsi, si elles estimaient pouvoir se passer de la figure de la délégation législative (*supra* N. 4), les CIP en conservaient les exigences en matière d'assise légale et de densité normative[1311]. Puis, au moment de réintroduire expressément la figure de la délégation législative, les Commissions constituantes puis les Conseils renoncèrent à la seconde phrase de l'art. 164 al. 2 Cst., considérant qu'elle était déjà couverte par l'alinéa premier : elles jugèrent superflu de préciser que la loi décrive les « grandes lignes » de la délégation dès lors qu'elle devait en contenir les « dispositions fondamentales »[1312]. La maladresse rédactionnelle s'explique par cette

1307. CR-Dubey, Art. 164 Cst N 31.

1308. Kaufmann, p. 433.

1309. Certes, les travaux préparatoires se réfèrent à la locution « en particulier » pour illustrer le caractère non exhaustif de liste : Rapport CIP, FF 1997 III 282 ; PV Commission CN (sous-commission 1) 2272 ; Leuba BO CN 76-79 ; Frick BO CdE 1998 131. Cela n'est toutefois pas déterminant, dès lors que la locution, même à articuler les deux alinéas, implique par extension la non-exhaustivité de la liste.

1310. Rapport CIP, FF 1997 III 281 s. L'exemple mentionné à FF 1997 III 282 démontre que tout ce qui est important n'est pas fondamental.

1311. Cf. Rapport CIP, FF 1997 III 302 s.

1312. Voir not. Frick BO CE 131 ; Frick BO CE 191 ; PV Commission CE 4866 s ; PV Commission CN 1298 ; PV Commission CN 1486 ; PV Commission CdE 5355 s. ; cpdt. PV Commission CdE 5214.

construction historique : la commission d'experts souhaitait se passer entièrement de la délégation législative au profit du critère de l'importance ; les CIP conservèrent cette version en y apposant toutefois, en parallèle du critère de l'importance, les exigences relatives à la délégation législative par le biais de l'exigence relative aux dispositions fondamentales. L'Assemblée fédérale ajouta un alinéa second qui réintroduisit explicitement la délégation législative, sans toutefois modifier l'alinéa premier du projet CIP qui en reprenait implicitement les conditions. Il en découle que l'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. partage un lien dogmatique moins avec la première phrase de l'alinéa premier (le critère de l'importance) qu'avec le second alinéa (la délégation législative).

Par ailleurs, les Commissions ont sciemment maintenu les termes « important » et « fondamental ». La Commission CN rejeta à l'unanimité une motion qui visait à ne conserver que le premier, faute de pouvoir les distinguer : elle considéra plutôt que « fondamental » se référait au fondement (« *die Grundlage* ») sur lequel le Conseil fédéral est appelé à adopter des ordonnances[1313]. Cette dialectique loi-ordonnance et les exigences de densité normative qui s'y rattachent se dégagent plus largement des délibérations au sein des Commissions constituantes et en plénum[1314]. En témoignent également les nombreuses références parlementaires à la parenté entre le qualificatif « *grundlegend* » de l'actuel art. 164 al. 1 Cst. et le terme « *Grundlage* » de l'art. 170 al. 1 de la version allemande du Projet des CIP[1315]. Ce dernier prévoyait que le Conseil fédéral adopte des ordonnances « sur la base et dans le cadre [...] de la loi » (« *auf der Grundlage und im Rahmen von [...] Gesetzen* »)[1316]. 20

1313.PV Commission CN (sous-commission 1) 2451.

1314.PV Commission CN 293-295 ; PV Commission CN 1003 ; PV Commission CN (sous-commission 1) 2270 ; PV Commission CdE 4867 s. ; PV Commission CN 1486 ; Schmid BO CN 1998 76. En faveur de la thèse de la différence plus généralement : PV Commission CN (sous-commission 1) 2451. Certes, il y a eu des désaccords. Toutefois, les voix dissidentes ont été minorées en votation. C'est le cas de PV Commission CN 294, PV Commission CN (sous-commission 1) 2451 et PV Commission CN 1004 ; PV Commission CN (sous-commission 1) 245. Cf. Sägesser, Bundesbehörden, N 447 s. Avec réserves : Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 115. Contra : Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 17 et Müller, Rechtssetzung, p. 260.

1315.PV Commission CN (sous-commission 1) 2270 ; PV Commission CN 293-295. Cf. toutefois Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 25 qui souligne également ce lien mais parvient à la conclusion inverse. Il convient de noter que « *Grundlage* », dans ce contexte, se réfère à une base légale formelle et au cadre et à l'esprit de la loi, PV Commission CE (sous-commission 1) 5853.

21 Finalement, c'est également le sens donné au terme « fondamental » par la **jurisprudence** du TF relative aux délégations législatives cantonales, que l'art. 164 al. 1 était par ailleurs appelé à codifier[1317]. De même, dans sa jurisprudence à propos de l'art. 127 al. 1 Cst., lequel consacre une réserve de la loi ponctuelle en matière fiscale, le TF affirme que l'exigence selon laquelle la loi doit contenir les dispositions fondamentales relatives à la perception d'une redevance constitue une exigence de densité normative[1318]. Il déduit finalement de l'appartenance d'une règle de droit à l'une des let. a – g de l'art. 164 al. 1 Cst. que sa délégation demeure possible, mais que la clause qui fonde cette délégation doit « être suffisamment précise de manière à circonscrire les lignes fondamentales de la règlementation déléguée, soit le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués »[1319]. C'est bien là le cœur de l'exigence de densité normative.

2. « En particulier »

22 L'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. exige que tout acte juridique repose, directement ou indirectement, sur une base légale formelle qui en définisse les grandes lignes. Selon cette lecture, les dispositions fondamentales composent dès lors un **sous-groupe** des dispositions importantes, ce qui justifie de rattacher la locution « en particulier » à l'articulation des deux phrases de l'art. 164 al. 1 Cst. : sont importantes *en particulier* les dispositions fondamentales[1320]. En ce sens, la locution « en particulier » a une dimension quantitative. Elle comporte également une dimension qualitative : les dispositions fondamentales sont *particulièrement* importantes. Il découle de ces considérations que les dispositions fondamentales sont ainsi toujours importantes, sans que l'inverse soit vrai : toute disposition importante n'est pas fondamentale. En effet, l'importance d'une disposition se mesure tant à la lumière de son amplitude et généralité qu'à l'intensité concrète de ses effets[1321]. Dès lors, une règle pourrait se révéler importante sans participer des

1316. Rapport CIP, FF 1997 III 325.

1317. Cf. Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 432 ; Rapport CIP, FF 1997 III 281 ; Mess. Cst., 1997 I 397 ; Schmid BO CN 1998 76 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 25 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 32.

1318. ATF 146 II 97, c. 2.2.4.

1319. ATF 144 II 376, c. 7.2 ; ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 143 II 87, c. 4.5 ; ATF 137 II 409, c. 6.4 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 31. Sur le lien entre « exigence de contenu » et « dispositions fondamentales » : ATF 144 II 454, c. 3.4 ; ATF 143 II 87, c. 4.5.

1320. CR-Dubey, Art. 164 Cst., N 33-34.

grandes lignes d'un certain domaine en ceci qu'elle serait précise, circonstanciée, individualisée, couteuse, inédite, et/ou controversée[1322]. Il en va ainsi d'une atteinte sérieuse aux droits fondamentaux d'un cercle de personnes restreint, telle qu'une obligation de constitution de réserves imposées à certaines entreprises qui produisent des bien vitaux (art. 11 LAP), de l'instauration d'une exception ciblée à une règle générale, telle que l'exclusion de certaines entreprises de la loi sur le travail (art. 2 LTr), de l'introduction d'une clause de cas de rigueur, telle que le soutien financier apporté en raison de l'épidémie de COVID-19 (art. 12 Loi COVID-19), ou de conditions spécifiques subordonnant l'accès à une prestation, telles que les exigences de renseignement en matière de demandes de subventions (art. 15c LSu).

3. Densité normative des autres dispositions importantes

L'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. ancre ainsi une exigence de densité normative, selon laquelle la loi doit contenir les dispositions fondamentales de différents domaines car elles sont particulièrement importantes. En cela, l'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. concrétise et renforce l'**exigence de densité normative générale** de la loi qui découle déjà de l'art. 164 al. 1 Cst. et, plus généralement, de l'art. 5 al. 1 Cst.[1323]. L'exigence de densité normative est en effet le corollaire de la réserve de la loi. Toute disposition légale importante, même si elle n'est pas fondamentale, doit faire preuve d'un degré de densité normative suffisant[1324]. A défaut, la réserve de la loi serait dépourvue de portée normative : le législateur pourrait adopter une disposition conférant matériellement un blanc-seing aux autres autorités[1325]. Ainsi, la loi doit non seulement contenir les grandes lignes des domaines mentionnés à l'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst., mais ses dispositions importantes doivent en outre toujours faire preuve d'une densité normative suffisante. 23

Pour déterminer la densité normative attendue de la loi, il convient de se référer aux principes développés par la jurisprudence[1326]. La densité 24

1321 *Idem*, N 34.

1322 *Ibid*.

1323 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 29.

1324 ATF 109 Ia 273, c. 4d ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4 et 15 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 27 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 6 et 8.

1325 ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 109 Ia c. 4d ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4 et 15 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 27 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 6 et 8.

normative d'une norme désigne le degré de **précision, clarté et détermination** de sa formulation[1327]. La loi doit ainsi être énoncée d'une manière suffisamment précise pour permettre aux individus d'adapter leur comportement et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un degré de certitude approprié aux circonstances[1328]. Le degré de précision attendu ne se détermine toutefois pas de manière abstraite[1329]. La jurisprudence note ainsi que le législateur ne peut pas entièrement renoncer à utiliser des notions indéterminées dont la portée n'est pas précisément définie ; cela peut se justifier par la diversité des faits à réglementer, par la nécessité de pouvoir prendre des décisions suffisamment adaptées aux cas d'espèce, ou par l'adaptation des règles à un contexte en constante mutation[1330]. Le degré de précision attendu varie en outre en fonction de la multiplicité des situations à régler, de la complexité ou de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas particulier, des destinataires de la norme ou encore de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels[1331]. Il dépend aussi de l'appréciation que l'on peut faire, objectivement, lorsque se présente un cas concret d'application[1332]. Des domaines éminemment techniques ou complexes s'accommodent d'une densité normative plus faible[1333]. Les règles de droit en matière d'administration de prestation sont soumises à des

1326 Pour les exigences déduites de la Convention européenne des droits de l'homme : Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, Série A, vol. 30, § 49 : « on ne peut considérer comme une 'loi' qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. » ; Lautenbach, p. 88 ss.

1327 ATF 148 I 160, c. 7.8 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 28.

1328 ATF 150 I 106, c. 5 ; ATF 149 I 249, c. 4.6.1 ; ATF 147 I 450, c. 3.2.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; ATF 143 I 310, c. 3.3.1 ; ATF 117 Ia 472, c. 3e ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2624 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 308 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger , N 1866 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 28.

1329 ATF 147 I 450, c. 3.2.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1 ; ATF 136 I 87, c. 3.1 ; Feuz, Recht, 19 ; Jaag, Verordnung, 647 ss ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1867 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 35 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

1330 ATF 146 I 70, c. 6.2.2 ; ATF 148 I 160, c. 7.8 ; ATF 147 IV 274, c. 2.1.1 ; ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ATF 141 I 201, c. 4.1 ; ATF 139 II 243, c. 10 ; ATF 131 II 13, c. 6.5.1 ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 255 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 19 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

1331 ATF 147 I 450, c. 3.2.1 ; ATF 144 I 126, c. 6.1 ; ATF 139 I 280, c. 5.1.

1332 ATF 147 IV 274, c. 2.1.1 ; ATF 150 I 106, c. 5 ; ATF 146 I 70, c 6.2.2 ; ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ATF 139 I 280, c. 5.1 ; ATF 136 I 87, c. 3.1 ; ATF 132 I 49, c. 6.2 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15. ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 35 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

exigences de densité normative moins élevées qu'en matière d'administration de restriction[1334]. Dans le cas de mesures de police mises en œuvre à l'encontre de menaces difficilement prévisibles, à adapter aux circonstances concrètes de chaque cas, des assouplissements sont inévitables dans la précision de la base légale[1335]. Finalement, une faible densité normative peut être compensée par un renforcement des garanties de procédures[1336], voire par un contrôle renforcé de la proportionnalité[1337].

C. Catalogue de domaines (al. 1 2ème phrase *i.f.*)

L'art. 164 al. 1 2ème phrase *i.f.* Cst. dresse une liste de domaines dont les dispositions fondamentales sont toujours importantes. La doctrine se montre critique sur le principe d'une telle liste en ceci qu'elle raterait sa cible[1338]. La (non-)appartenance à l'un des domaines ne dit, en tant que telle, rien de l'importance ni du caractère fondamental d'une règle de droit. D'une part, ces domaines comportent assurément des règles non importantes. D'autre part, il est douteux que les dispositions fondamentales relevant d'autres domaines soient moins dignes d'importance. Pour autant, cette liste n'est pas dépourvue d'intérêt, à condition de la replacer dans le cadre de la fonction de l'art. 164 al. 1 Cst. Ainsi, la liste tend notamment à orienter les débats parlementaires[1339], et à créer les conditions d'une discussion rationnelle et transparente à propos des compétences des autorités fédérales tant au sein de l'Assemblée fédérale 25

1333 ATF 150 I 106, c. 5 ; ATF 147 I 393, c. 5.1.1 ; ATF 146 I 70, c. 6.2.2 ; ATF 143 II 162, c. 3.2.1 ; ATF 141 I 201, c. 4.1 ; ATF 139 II 243, c. 10 ; ATF 131 II 13, c. 6.5.1 ; ATF 103 Ia 369, c. 6 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 15 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

1334 ATF 103 Ia 369, c. 6.5.1 ; ATF 150 I 1, c. 4.4.2 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 18 ; Häfelin/ Haller/Keller/Thurnherr, N 308 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8. « Par administration de restriction » l'on entend la restriction d'un droit ou l'imposition d'une obligation ; par « administration de prestation », l'octroi d'un avantage ou d'un service: cf. Dubey/Zufferey, N 139-140.

1335 ATF 147 I 478, c. 3.1.2 ; ATF 147 I 393, c. 5.1.1 ; ATF 146 I 11, c. 3.1.2 ; ATF 143 I 310 ; ATF 143 II 162 ; ATF 136 I 87, c. 3.1 ; ATF 132 I 49, c. 6.2 ; Schweizer/Müller, Polizeibereich, p. 379 ss ; Häfelin/ Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 309. Cpdt : ATF 147 I 103, c. 14.2 ; TF 1C_63/2023 (publication ATF prévue), c. 4-6.

1336 ATF 147 I 393, c. 5.1.1 ; ATF 132 I 49, c. 6.2 ; ATF 131 II 13, c. 6.5 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 6 ; CR-Dubey, Art. 5 Cst. N 50 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 8.

1337 TF 1C_63/2023 (publication ATF prévue), c. 4.5.1 ; ATF 147 I 450, c. 3.2.3 ; ATF 147 I 450, c. 3.2.1. Critique : Biaggini, p. 84.

1338 Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, p. 33 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 5 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 22 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 13 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 11. Plus généreux : CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 38.

que du débat public[1340]. Cette liste fait office de garde-fou, rappelant au législateur les domaines sensibles dans lesquels une attention accrue est de mise[1341]. Dès lors, la liste de domaines participe effectivement de cette fonction à chaque référence faite, lors des débats parlementaires, aux différentes lettres de l'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst.[1342].

26 En ce qui concerne les domaines visés, la liste comprend les domaines dans lesquels le TF a invalidé des ordonnances à défaut de base légale suffisante[1343]. Elle est non exhaustive[1344], même si elle épuise déjà peu ou prou l'entier de l'activité étatique[1345]. Les différents domaines se recoupent fréquemment[1346]. Par ailleurs, la densité normative requise varie d'un domaine à l'autre[1347]. L'art. 164 al. 1 2ème phr *i.f.* Cst. mentionne les **domaines suivants**.

27 *L'exercice des droits politiques (let. a).* Les droits politiques consistent dans les formes de **participation des citoyennes et citoyens** à la formation et à l'expression de la volonté populaire (art. 34 Cst.)[1348]. Ces droits sont définis par la Constitution elle-même, mais doivent être concrétisés. Les droits politiques ne peuvent en effet être exercés qu'au sein d'un cadre juridique matériel, procédural et institutionnel, à l'image des dispositions qui définissent le cercle électoral, le mode de scrutin de l'élection au Conseil national, le domicile politique ou le vote électronique[1349].

1339 Feuz, Recht, p. 18 s. ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 238 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 4. Comme l'indique l'emplacement de l'art. 164 al. 1 Cst., il est avant tout adressé à l'Assemblée fédérale : Dubey/Zufferey, N 527.

1340 Rapport Commission d'experts, FF 1996 II 435 ; Schmid, BO CN 1998 p. 76 ; Rapport CIP, FF 1997 II 280 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 215 ss ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 238 s.

1341 Häfelin/Müller/Uhlmann, N 353.

1342 Cf. Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 238 avec réfs. pour l'exemple de la Loi sur le personnel de la Confédération et le rôle qu'ont joué les let. b, c et e dans les délibérations.

1343 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 26.

1344 ATF 148 III 172, c. 3.2.2 ; Rapport CIP, FF 1997 III 282 ; Dettling, BO CN 1998 77 ; Leuba BO CN 1998 77 ; Frick BO CdE 1998 361 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 22 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 13.

1345 Kley/Feller, Erlassformen, p. 235 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 13.

1346 PV Commission CN (sous-commission 1) 2270 et Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Müller, Formen, p. 259 s. ; Sägesser, Neuordnung, p. 684. Critique : SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 13.

1347 ATF 103 Ia 369, c. 6 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 121 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. 17.

1348 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 40 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 233.

La restriction des droits constitutionnels (let. b). La notion de **droits constitutionnels** s'entend des dispositions constitutionnelles qui protègent les citoyens contre les interventions étatiques ou celles qui, bien qu'elles poursuivent en premier lieu un intérêt public, accordent également une protection à des intérêts privés[1350]. La disposition est donc plus large que les seuls « droits fondamentaux »[1351]. De même, la notion de « restriction » dépasse celle ancrée à l'art. 36 al. 1 Cst.[1352]. Cela est d'autant plus vrai que la doctrine majoritaire réduit, à tort, selon nous, la notion de « restriction » de l'art. 36 al. 1 Cst. aux libertés fondamentales à l'exclusion des droits sociaux[1353]. Le régime de l'art. 36 Cst. devrait également s'appliquer à ces derniers sinon directement, du moins par analogie : les droits sociaux imposent à l'État tant des obligations positives que négatives, qui se prêtent à la dialectique droit – restriction au même titre que les libertés fondamentales[1354]. Aux fins de l'application de l'art. 164 al. 1 Cst., la portée pratique de la controverse est toutefois limitée, dès lors que la let. c comprend tout droit qui ne tomberait pas sous le coup de la let. b. 28

Les droits et obligations des personnes (let. c). La let. c tend à se confondre avec la définition de « règle de droit » (*supra* N 14) et se recoupe largement avec les let. a, b et d, ce qui a suscité certaines critiques à son égard[1355]. Il s'agit avant tout d'une **clause subsidiaire**[1356]. Sa portée est toutefois limitée et les domaines qu'elle couvre sont incertains. A titre d'exemples, l'on peut 29

1349 Cf. en particulier Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976, RS 161.1. ATF 149 I 195, c. 2 ; 136 I 376, c. 4.1 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 24 ; Gfeller/Glaser/Lehner, p. 12 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 17.

1350 ATF 131 I 366, c. 2.2 ; ATF 137 I 77, c. 1.3.1 ; Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41 ; Pelli BO CN 1998 394, à propos de l'actuel art. 189 Cst. Contra : Feuz, Gestzesbegriffe, p. 121 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 18.

1351 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41. Contra : BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

1352 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41. Contra : BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

1353 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 26 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

1354 Avec réfs. jurisprudentielles : CR-Dubey, Art. 36 Cst. N 51 ss. Cf. ég. ATF 129 I 35, c. 8.2 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 41 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 19.

1355 Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 149 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 42 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 21.

1356 Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 145 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 42 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22.

mentionner les droits et obligations qui relèvent du droit du personnel de la Confédération[1357], des assurances sociales[1358], de la nationalité[1359], voire du droit pénal[1360]. D'aucuns mentionnent également le droit privé[1361], ce que d'autres critiquent[1362].

30 *La qualité de contribuable, l'objet des impôts et le calcul du montant des impôts (let. d).* La let. d reflète le **principe de la légalité en matière fiscale**, également ancré à l'art. 127 Cst.[1363]. Ce principe repose sur une importante pratique jurisprudentielle selon laquelle la loi doit énoncer les règles essentielles concernant le cercle des contribuables (sujet fiscal), l'objet (objet fiscal) et le mode de calcul de la contribution (base de calcul et tarif)[1364], de même que les exonérations et les exceptions[1365] ou encore les buts en matière de redevance causale[1366]. La let. d n'est pas exhaustive[1367]. Le régime s'applique par ailleurs aux redevances causales et non seulement aux impôts, même s'il s'accommode alors de certains allégements[1368]. Il ne concerne toutefois pas les émoluments de chancellerie[1369].

31 *Les tâches et les prestations de la Confédération (let. e).* Les **tâches** de la Confédération ressortent de la Constitution (art. 3 et 42 al. 1 Cst.). La réserve de la loi se réfère, dans ce contexte, à leur définition et concrétisation[1370]. Elle

1357 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22.

1358 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 27.

1359 SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22.

1360 Dans la mesure toutefois où les normes en question ne seraient pas couvertes par d'autres lettres de l'art. 164 al. 1 Cst. ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 22. Dans ce sens : ATF 147 IV 274, c. 2.1.1.

1361 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234.

1362 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 42 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 23.

1363 Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 28 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 24.

1364 ATF 144 II 454, c. 3.4.

1365 ATF 144 II 454, c. 3.4 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 24.

1366 Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 151 s. et 155 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 29 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 24.

1367 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 25.

1368 ATF 149 II 177, c. 8.3.2 ; ATF 143 II 283, c. 3.5 ; ATF 143 I 227, c. 4.2.1 ; ATF 132 II 371, c. 2.1 ; ATF 130 I 113, c. 2.2; Sägesser, Neuordnung, p. 683 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 29 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 25.

1369 ATF 130 I 113, c. 2.2 ; ATF 125 I 173, c. 9b ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 43.

1370 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 30 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 26.

comprend le but, l'objet et l'étendue des tâches de la Confédération, de même que les instruments et la procédure qui servent à les mettre en œuvre, ou encore leur délégation à une entité décentralisée[1371]. Le terme « **prestations** » sert quant à lui à confirmer que le principe de légalité s'applique non seulement à l'administration de restriction mais également à celle de prestation[1372] – quand bien même ses exigences sont alors assouplies au vu des conséquences moins incisives qu'emporte l'administration de prestation[1373].

Les obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral (let. f). La let. f rappelle l'art. 46 Cst., qui impose aux cantons de mettre en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi[1374]. En exigeant que les obligations de mise en œuvre des cantons soient prévues par la loi, cette disposition consacre une **dimension fédéraliste** du principe de la légalité[1375]. La notion de « mise en œuvre » englobe toute mesure visant au respect ou à l'application du droit fédéral ; dès lors, le terme d' « exécution » est redondant[1376]. 32

L'organisation et la procédure des autorités fédérales (let. g). La notion d' « **autorité fédérale** » inclut toute entité chargée d'une tâche publique fédérale, qu'elle soit législative, exécutive ou judiciaire, centralisée ou décentralisée, titulaire ou délégataire[1377]. Les exigences précises en matière d'organisation 33

1371. ATF 146 II 56, c. 6.2.1 ; ATF 137 II 409, c. 6.3 s. ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 158 s. ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 30 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 44 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 26.

1372. ATF 130 I 1, c. 3.1 ; ATF 103 Ia 369, c. 5 ; Sägesser, Neuordnung, 683 s. ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 27 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7. Sur la distinction: Dubey/Zufferey, N 138 ss.

1373. ATF 150 I 1, c. 4.4.2 ; ATF 141 V 688, c. 4.2.2 ; ATF 138 I 378, c. 7.2 ; ATF 118 Ia 46, c. 5b ; Sägesser, Bundesbehörden, 468 s. ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 7 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 30 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 379 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 44 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 27.

1374. ATF 143 II 1, c. 4.2 ; ATF 127 II 49.

1375. ATF 138 IV 40, c. 2.2.4 ; Müller, Umschreibung, p. 32 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, 179 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 28.

1376. Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 175 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 34 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 45 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 28.

1377. Cf. p. ex. Loi sur l'Assemblée fédérale, RS 171.10 ; Loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110 ; ATF 148 III 172, c. 3.2.2 ; ATF 104 Ia 226, c. 2c ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 46 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 182 ; Kley/Feller, Erlassformen, p. 234 s. ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 35 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 31.

dépendent du type d'autorité, mais elles incluent notamment le statut juridique, l'autonomie, les compétences, la surveillance, l'engagement des fonctionnaires, les incompatibilités ou encore des questions de coordination et de collaboration[1378]. La notion de « procédure » couvre l'adoption de toute règle ou décision qui produit des effets juridiques, tant au niveau législatif ou judiciaire qu'administratif[1379]. Sont visés les lois de procédure fédérales[1380], certains domaines spécifiques tels que les marchés publics[1381], ou encore les procédures d'adoption du droit international[1382]. Si l'art. 164 al. 1 let. e vise les autorités fédérales, les mêmes exigences s'appliquent aux procédures devant les autorités cantonales dès lors que la liste n'est pas exhaustive. C'est par exemple le cas d'une ordonnance fédérale qui soumet un litige à la juridiction civile sans égard à sa nature de droit public, même s'il s'agit alors de tribunaux cantonaux[1383].

III. DÉLÉGATION LÉGISLATIVE (AL. 2)

A. Principe de la délégation législative

1. Notion

34 L'art. 164 al. 2 Cst. consacre et, simultanément, limite la **délégation législative**, c'est-à-dire tout acte par lequel le législateur (l'Assemblée fédérale avec le concours éventuel du peuple, *supra* N. 7 et N. 12) confère à une autre autorité (voire à une autre institution ou personne) le droit ou l'obligation d'édicter une règle de droit qui relève de sa compétence[1384]. La figure de la délégation n'apparaissait pas dans l'ancienne Constitution, bien qu'elle fût déjà pratiquée et sanctionnée par le TF[1385]. La délégation législative

1378 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 36 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 46 ; Petrig/Sinz, p. 143 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 32.

1379 ATF 104 Ia 226, c. 2c ; Sägesser, Neuordnung, p. 684 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 46 ; SGK-Tschannen, Art. 182 N 33.

1380 SGK-Tschannen, Art. 182 N 33.

1381 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 33.

1382 Petrig/Sinz, p. 141 ss.

1383 ATF 148 III 172, c. 3.2.2.

1384 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 36 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1631 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1631 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 47 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 34.

1385 ATF 116 Ib 410, c. 3a ; ATF 109 Ib, c. 2a ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 37.

répond à des considérations d'ordre pratique car elle permet au législateur d'écarter les questions de détail ou de rang inférieur afin de se concentrer sur les éléments importants. Une délégation législative se justifie lorsqu'elle est nécessaire à la souplesse et à la rapidité de l'action étatique, qu'elle permet d'éviter à la loi de régler des détails, ou que des questions techniques sont appelées à évoluer[1386]. Toutefois, chaque délégation législative affecte la séparation des pouvoirs ainsi que la qualité démocratique du droit. Elle permet d'une part au législateur de se dessaisir d'une compétence que la Constitution lui assigne au profit d'un autre organe ; elle soustrait d'autre part l'adoption de règles de droit au concours du peuple[1387]. C'est pourquoi la délégation législative est soumise à différentes conditions examinées ci-dessous.

La règle de droit adoptée sur le fondement d'une délégation législative revêt la 35
forme d'une **ordonnance** dite dépendante de substitution. Dans cette constellation, l'ordonnance dépend d'une loi qui prévoit une délégation législative et s'y substitue car elle contient des règles de droit primaires (*supra* N. 8)[1388]. La délégation législative ne concerne que la compétence législative générale de l'Assemblée fédérale. Elle ne s'applique pas aux cas où une autorité fédérale adopte une ordonnance sur la base d'une compétence directement prévue par la Constitution, c'est-à-dire une compétence originaire (cf. art. 84 al. 2, 182 al. 2, 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. pour le Conseil fédéral, art. 159 al. 4 et 173 al. 1 let. c Cst. pour l'Assemblée fédérale et art. 188 al. 3 Cst. pour le TF)[1389]. Dans ce dernier cas, l'ordonnance est dite indépendante dès lors qu'elle trouve son fondement non pas dans une loi fédérale (et n'en dépend pas), mais dans la Constitution[1390]. Cela étant, certaines compétences originaires du Conseil fédéral peuvent entrer en conflit avec l'art. 164 al. 1 Cst. car elles conduisent parfois à l'adoption de règles de droit importantes. Cette tension est examinée ci-dessous (*infra* N. 51 s.).

1386 OFJ, Guide de législation, N 723; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 37 ; Wyss, Rechtsetzungsverfahren, N 28.

1387 ATF 103 Ia 369, c. 3a ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 37 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 37 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1631.

1388 Jaag, Verordnung, p. 629 ss ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht, N 1869 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 47.

1389 Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 9 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 50.

1390 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 50.

2. Sous-délégation

36 La Constitution ne mentionne pas la question de la **sous-délégation**. Une sous-délégation a lieu lorsque que le délégataire transmet, à son tour, la compétence qui lui a été déléguée[1391]. La doctrine déduit du silence de la Constitution que celle-ci n'exclut pas la sous-délégation[1392]. L'art. 48 LOGA régit la question pour le Conseil fédéral[1393]. Selon son alinéa premier, le Conseil fédéral peut déléguer aux **départements** la compétence d'édicter des règles de droit, mais doit alors prendre en compte « la portée de la norme envisagée ». Une telle limite se justifie car la sous-délégation atténue encore le lien entre citoyennes et citoyens, d'une part, et adoption du droit, d'autre part. De surcroît, une sous-délégation à un département affecte la répartition des compétences au sein de l'administration car elle affaiblit la participation des autres départements[1394]. Finalement, le droit de consultation des commissions parlementaires ne porte que sur les ordonnances du Conseil fédéral (art. 151 LParl), à l'exclusion des ordonnances des départements[1395]. Le message relatif à la LOGA indique que l'attribution au Conseil fédéral ou au département de la compétence d'édicter une ordonnance est tributaire de l'importance de la matière[1396] et qu'une délégation se justifie d'autant plus qu'elle porte sur une prescription de nature technique[1397]. De même, l'OFJ mentionne au titre de critères applicables l'importance de la matière, le cercle des destinataires, les conséquences de la norme et la technicité de la matière[1398]. Ces critères rappellent l'évaluation de l'importance d'une norme au sens de l'art. 164 al. 1 Cst. L'évaluation du degré d'importance est toutefois indépendante de l'art. 164 al. 1 Cst., dès lors que les dispositions importantes au sens de de cet article ne peuvent pas être déléguées au Conseil fédéral. Quant au TF, il semble limiter la sous-délégation fondée sur l'art. 48 al. 1 LOGA aux règles de mise en

1391 ATF 141 II 169, c. 3.5.

1392 ATF 141 II 169, c. 3.5 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 11 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 40 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1875 ss ; SGK-Tschannen, Art. 182 N 9 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 1. Plus strict: CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 48. La jurisprudence admettait la pratique avant l'entrée en vigueur de la LOGA: ATF 120 II 137, c. 2a.

1393 Dubey/Zufferey, N 539 s. ; Tanquerel, N 498 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 1 ss.

1394 OFJ, Guide de législation, N 379 et 729.

1395 Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 17.

1396 Mess. LOGA, FF 1993 III 1047 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 9.

1397 Mess. LOGA, FF 1993 III 1047 ; Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 9.

1398 OFJ, Guide de législation, N 381.

œuvre qu'il assimile aux prescriptions d'ordre technique[1399], même s'il adopte une définition large de la notion de mise en œuvre[1400].

Si une délégation aux départements peut se passer de base légale formelle spécifique, il en va autrement d'une délégation aux **groupements et offices**. L'art. 48 al. 2 LOGA dispose que la délégation de compétences législatives aux groupements et aux offices n'est autorisée « que si une loi fédérale le permet ». 37

L'art. 48 LOGA ne mentionne pas la **sous-délégation de deuxième degré**, par le biais de laquelle les départements ou offices et groupements délèguent une compétence aux entités administratives qui leur sont subordonnées[1401]. Selon Sägesser, il convient d'affirmer sa constitutionnalité tant qu'elle n'est pas exclue par la clause de (sous-)délégation[1402]. Il est toutefois douteux qu'un département délégataire d'une compétence sur la base de l'art. 48 LOGA puisse la déléguer à un office sans base légale formelle, au risque de contourner l'art. 48 al. 2 LOGA. Pour des raisons de sécurité juridique, il serait judicieux que la clause de délégation prévoie explicitement l'autorisation ou l'interdiction d'une sous-délégation[1403]. 38

3. Destinataires

La Constitution ne dit rien des **possibles destinataires** de la délégation législative. Il s'agit avant tout du Conseil fédéral ou de l'administration, mais également du TF ou de l'Assemblée fédérale (lorsqu'elle adopte une ordonnance, conformément à l'art. 163 al. 1 Cst., avec pour effet de soustraire l'adoption d'une règle de droit au référendum facultatif au sens de l'art. 141 al. 1 Cst.). Dans une perspective fédéraliste, l'art. 164 al. 2 Cst. régit la délégation « horizontale », par opposition à la délégation « verticale » ; la première a trait aux relations entre autorités fédérales, la seconde à celles entre autorités d'un échelon fédéral différent[1404]. 39

Par ailleurs, le législateur peut déléguer le pouvoir d'édicter des ordonnances à des **établissements autonomes de droit public**[1405]. Se pose alors la 40

1399 TF 1C_35/2013, c. 6.1-6.3 ; ATF 128 V 75, c. 4a ; ATF 120 II 137, c. 2a.

1400 TF 1C_35/2013, c. 6.3 à propos d'une sous-délégation de règles qui emportent une restriction légère à la liberté économique.

1401 Komm RVOG-Sägesser, Art. 48 LOGA N 23.

1402 *Ibid*.

1403 *Ibid*.

question des conditions y relatives et, en particulier, de la densité normative de la clause de délégation. Une analyse au cas par cas, et institution par institution, est nécessaire. Selon le TF, une délégation législative en faveur de la FINMA est assortie de conditions strictes, car son Conseil d'administration n'est pas élu par le Parlement, contrairement au Conseil fédéral. La légitimité démocratique des normes de la FINMA est donc plus faible[1406]. Dès lors, le fondement dans une loi formelle doit être d'autant plus net. À défaut de prescription légale concrète, la clause de délégation se limite à ce qui est, dans le cadre de la réglementation légale, indispensable à la réalisation du but légal, c'est-à-dire au minimum nécessaire[1407]. En revanche, le TF estime que la Direction d'une EPF dispose d'une grande latitude d'appréciation concernant le système de cours, les examens et les exigences y relatives[1408]. L'autonomie des EPF est explicitement garantie à l'art. 63a Cst., en plus de découler de la liberté de la science (art. 20 Cst.)[1409]. En somme, les conditions de la délégation à un établissement autonome de droit public sont souples quand il s'agit de l'accès à un établissement dont la fonction est spécifique ; elles sont strictes lorsque les règles déléguées emportent des conséquences importantes sur les droits des administrés[1410].

41 La constitutionnalité des **délégations législatives en faveur d'organismes ou personnes privés** est controversée. L'art. 164 al. 2 Cst. doit être contrasté avec l'art. 178 al. 3 Cst. Ce dernier prévoit explicitement la délégation à des organismes ou personnes de droit privé de tâches publiques incombant à l'administration, quand l'art. 164 al. 2 Cst. premier ne la mentionne pas[1411]. Nonobstant l'absence de base constitutionnelle, de telles délégations législatives à des privés sont fréquentes en pratique. Si une délégation législative à un organisme privé peut être explicite, elle résulte souvent d'un « **renvoi dynamique** »[1412]. La technique du renvoi au profit de normes privées revêt une importance croissante, en particulier dans des domaines

1404 Zysset, N 583 ss ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 47.
1406 ATF 143 I 253, c. 6.2.
1407 ATF 143 I 253, c. 6.2.
1408 ATF 146 II 56, c. 8.1.
1409 ATF 146 II 56, c. 8.1.
1410 Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 219.
1411 Sur la délégation d'activités étatiques à des personnes privées : Moor/Bellanger/Tanquerel, 221 ss ; Favre, 145 ss ; Bellanger, 43 ss ; Poltier, 193 ss ; Dubey/Zufferey, N 106 ss ; Tschannen/Müller/Kern, § 10 N 16 ss.
1412 ATF 136 I 316, c. 2.4.1 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 224. Critiques: Uhlmann/Natassia, p. 14.

techniques[1413]. Un acte législatif comprend un renvoi lorsqu'il se réfère à des prescriptions émises par un organisme privé et renonce par là même à réglementer l'objet en question[1414]. Le renvoi constitue le lien entre l'acte législatif et la norme privée[1415]. Le renvoi est dit statique lorsqu'il porte sur des règles déjà existantes et n'emporte pas création ni modification de normes[1416]. Le renvoi est dit dynamique lorsqu'il ne fait pas référence à une version déterminée de la norme privée, de sorte que celle-ci peut évoluer au fil des modifications apportées par l'organisme privé[1417]. Un renvoi dynamique se confond avec une délégation législative[1418]. La classification d'un renvoi est une question d'interprétation tranchée au cas par cas[1419]. La constitutionnalité du renvoi statique est en principe admise, dès lors qu'il s'agit d'une réception des normes plutôt que d'une délégation[1420]. En revanche, le renvoi dynamique est soumis aux conditions de la délégation législative et à ses controverses.

La **doctrine majoritaire** estime qu'une délégation législative à des 42
organismes ou personnes privés est admissible dans la mesure où elle porte sur des règles secondaires et d'ordre technique[1421]. Une délégation d'une règle de droit qui dépasse la simple exécution est en principe exclue ; en revanche, les règles qui pourraient figurer dans des ordonnances d'exécution peuvent être déléguées à des organismes privés par analogie avec l'art. 178 al. 3 Cst. [1422]. Il s'agirait alors, d'un point de vue fonctionnel, d'un exercice administratif

1413.P. ex. Zulauf, p. 61 ss ; Stutz, p. 71 ss ; Jenni/Schüpbach, p. 83 ss ; Mächler, p. 107 ss.

1414.Sur la distinction entre renvoi direct et indirect : ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide de législation, N 739.

1415.OFJ, Guide de législation, N 739.

1416.TF 1C_35/2013, c. 6.4 ; TF 1C_259/2012, c. 2.3 ; ATF 136 I 316, c. 2.1 ; ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide de législation, N 740 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 350 ss ; Sägesser, Bundesbehörden, N 482 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41.

1417.TF 1C_35/2013, c. 6.4 ; TF 1C_259/2012, c. 2.3 ; ATF 136 I 316, c. 2.1 ; ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide de législation, N 743.

1418.TF 1C_35/2013, c. 6.4 ; TF 1C_259/2012, c. 2.3 ; ATF 136 I 316, c. 2.1 ; ATF 123 I 112, c. 7c/cc ; OFJ, Guide, N 740 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 350 ss; Sägesser, Bundesbehörden, N 482; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41.

1419.ATF 136 I 316, c. 2.1 ; TF 1C_35/2013.

1420ATF 136 I 316, c. 2.1 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 235 ; Errass, N 357 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 517; Marti, Aufgabenteilung, 1161.

1421.Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 11 ; Marti, Aufgabenteilung, p. 1155 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 513 ss ; Mader, Regulierung, p. 91 s. ; Errass, p. 225 ss ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 219 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2739 ss ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 35 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1890 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 49.

et non législatif. En revanche, une partie de la doctrine[1423], le Conseil fédéral[1424] et l'OFJ[1425] excluent entièrement la constitutionnalité d'une délégation législative à des organismes privés, faute de base constitutionnelle explicite.

43 La **jurisprudence du TF** est en partie incohérente, mais semble plus généreuse que ce dernier avis[1426]. Dans un premier temps, le TF affirma qu'une délégation à un organisme privé était subordonnée à l'exigence d'une base constitutionnelle et au respect des conditions relatives à la délégation législative. Néanmoins, si les normes pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de mise en œuvre (avant tout les normes purement techniques), il s'agissait de délégation de tâches administratives et l'art. 178 al. 3 Cst. s'appliquait par analogie[1427]. Par la suite toutefois, le TF estima, sans référence à sa décision précitée, qu'une délégation législative était subordonnée aux conditions relatives à la délégation législative au sens de l'art. 164 al. 2 Cst., à savoir, une base légale et non constitutionnelle[1428]. Dans un arrêt ultérieur, le TF restreignit explicitement la portée de son arrêt initial, affirmant que les réserves exprimées à l'égard du renvoi dynamique étaient limitées au domaine fiscal ; dans d'autres domaines, la délégation pouvait se passer de base constitutionnelle[1429]. Dans un dernier arrêt, le TF réaffirma qu'une délégation à un organisme privé s'analysait sous l'angle de l'art 178 al. 3 Cst., sans toutefois indiquer si ce dernier s'appliquait directement ou par analogie, ni traiter de son articulation avec l'art. 164 al. 2 Cst[1430].

44 Selon nous, la délégation législative à des personnes privées ne doit être **admise que restrictivement**. Le texte de l'art. 164 Cst. et sa lecture croisée avec l'art. 178 al. 3 Cst., de même que les travaux préparatoires, l'excluent. En outre, la ratio legis de l'art. 164 Cst. réside dans la garantie de la légitimité

1422 Mader, Regulierung, 91 s. ; Errass, 225 ss ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 513 ss ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 2739 ss ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht N 1890 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 49 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 35.

1423 Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 40.

1424 P. ex. PV Commission CE 4866 ; Mess Cst., FF 1997 I 397.

1425 OFJ, Guide de législation, N 733.

1426 Wyss, Legalitätsprinzip, p. 67 et Rechtsetzungsverfahren, p. 1958 s.

1427 ATF 136 I 316, c. 2.4.1.

1428 ATF 137 III 37, c. 2.2.1.

1429 TF 1C_259/2012, c. 2.3.

1430 TF 1C_35/2013, c. 6.4.

démocratique du droit fédéral et de la séparation des pouvoirs. Le silence de la Constitution ne saurait justifier une pratique qui met à mal ces fondements. Autre est la question de l'application par analogie de l'art. 178 al. 3 Cst. Une telle délégation doit être limitée à des règles d'exécution, et l'interprétation de cette notion doit être restrictive[1431]. Ainsi, des normes privées ne peuvent que préciser la volonté du législateur sans annuler ni modifier la loi et sans restreindre les droits du citoyen ni l'assujettir à aucune obligation supplémentaire, même conforme au but de la loi[1432]. En sus d'une application rigoureuse des conditions relatives à la délégation législative[1433], une délégation à un organisme ou personne privé doit en tous les cas poursuivre un intérêt public et satisfaire les exigences du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.)[1434]. Par ailleurs, l'accessibilité des normes doit être garantie[1435]. Finalement, il serait judicieux de soumettre l'organisme privé à une surveillance étatique minimale[1436].

Force est de constater que le **droit fédéral** comporte des délégations à des organismes privés dont la constitutionnalité est douteuse. C'est par exemple le cas d'une délégation aux « organismes d'autorégulation » en matière de blanchiment d'argent à la faveur de laquelle ces derniers « édictent un règlement [qui précise] à l'intention des intermédiaires financiers qui leur sont affiliés les obligations de diligence [...] et règlent les modalités d'application » (art. 25 al. 1 et 2 LBA). Est ainsi « un organisme d'autorégulation » une association reconnue par la FINMA, à laquelle les intermédiaires financiers non soumis directement à sa surveillance peuvent s'affilier pour satisfaire à leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, et qui édicte des règles de conduite conformes à la LBA, contrôle leur respect par 45

1431 Dans le cadre d'une sous-délégation du Conseil fédéral à un département, le TF a ainsi considéré qu'une restriction légère à la liberté économique pouvait constituer une règle de mise en œuvre : TF 1C_35/2013, c. 6.3.

1432 ATF 139 II 460, c. 2.2 ; ATF 136 I 29 ; ATF 130 I 140, c. 5.1 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, N 2004.

1433 Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 513 ss ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41; Zysset, N 593-595 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Bundestaatsrecht N 1890.

1434 Marti, Aufgabenteilung, 1156 ; Müller/Uhlmann/Höfler, Rechtssetzung, N 516 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 41; Wyss, Rechtsetzungsvefahren, N 31.

1435 Uhlmann, Publikation, p. 89 ss ; Uhlmann/Natassia, p. 12 ss ; ATF 120 Ia 1, c. 4b.

1436 Marti, Aufgabenteilung, p. 1155 ; Wyss, Rechtsetzungsvefahren, N 31 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1890 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1839. Pour des exemples de procédure d'approbation : art. 18 al. 2 LFINMA et art. 28 al. 2 LFPr.

ses membres et dispose d'un pouvoir disciplinaire à leur égard. Secondement, en matière de formation professionnelle, la loi prévoit que « Les organisations du monde du travail compétentes définissent les conditions d'admission, le niveau exigé, les procédures de qualification, les certificats délivrés et les titres décernés » (art. 28 al. 2 LFPr). De telles délégations vont au-delà de la simple exécution, dès lors qu'elles affectent les droits et obligations des particuliers[1437]. Elles nécessitent ainsi une base constitutionnelle qui fait défaut en droit fédéral.

B. Admissibilité de la délégation législative

1. Conditions en général

46 La délégation législative emporte des conséquences importantes en matière de légitimité démocratique et de séparation des pouvoirs. C'est pourquoi le TF assortit la pratique d'une série de **quatre conditions cumulatives** : la délégation doit (1) figurer dans une loi au sens formel ; (2) ne pas être exclue par le droit supérieur ; (3) être limitée à une matière particulière ; et (4) contenir les grandes lignes de la réglementation, en particulier lorsque la situation juridique des particuliers est affectée de manière importante[1438]. Cette jurisprudence concerne les délégations législatives au niveau cantonal, dès lors que l'art. 190 Cst. empêche un contrôle effectif d'une clause de délégation contenue dans une loi fédérale, mais est applicable *mutatis mutandis* au niveau fédéral[1439]. De ces quatre conditions, l'art. 164 al. 2 Cst. ne mentionne explicitement que les deux premières. Le constituant n'a toutefois pas voulu, par cette formulation, se distancer de la pratique antérieure[1440]. La concision de l'art. 164 al. 2 Cst. s'explique plutôt par sa genèse et sa systématique. Comme évoqué ci-dessus, l'Assemblée fédérale abandonna explicitement la seconde phrase de l'alinéa second proposée par le Conseil national et qui prévoyait que la clause de délégation dût prévoir les grandes

1437 Uhlmann/Natassia, p. 8.

1438 ATF 142 I 26, c. 3.3 ; 134 I 322, c. 2.4 ; ATF 128 I 113, c. 3c ; ATF 118 Ia 305 ; Jaag, Verordnung, p. 644 ss ; Dubey/Zufferey, N 536 ss ; Tanquerel, N 492 ss ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 25 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1633 ss ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 368 ss.

1439 ATF 144 II 376, c. 7.2 ; ATF 137 II 409, c. 6.4 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 130 I 26 ; Jaag, Verordnung, p. 645 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 13 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 50 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39.

1440 Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 13 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 50 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 38.

lignes (*supra* N. 5). Elle jugeait cet ajout superflu au regard de l'alinéa premier, qui dispose que les dispositions fondamentales des domaines évoqués doivent figurer dans la loi. De surcroît, dans sa mouture finale, l'art. 164 al. 2 Cst. renvoie à son alinéa premier, lequel couvre, implicitement, les deux conditions restantes. En cela, l'art. 164 al. 2 Cst. contient déjà, implicitement, les deux dernières conditions[1441].

2. « Prévue dans une loi fédérale »

47 En premier lieu, l'art. 164 al. 2 Cst. exige que la délégation soit **prévue** dans une « **loi fédérale** », c'est-à-dire une loi au sens formel. Cette condition a pour but de sauvegarder les droits populaires en permettant la tenue d'un éventuel référendum (par le renvoi aux art. 163 et 141 Cst.)[1442]. A défaut de pouvoir provoquer un scrutin sur la règlementation déléguée, le peuple peut se prononcer sur le principe de la délégation[1443]. C'est pourquoi la norme de délégation doit toujours être explicite[1444]. Une délégation législative implicite se heurterait également aux exigences de sécurité du droit[1445]. L'art. 141 al. 2 let. b LParl sert par ailleurs cette fonction en exigeant que le Conseil fédéral fasse état, dans son message relatif à un projet d'acte, des compétences que le projet prévoit de déléguer[1446].

3. « À moins que la Constitution ne l'exclue »

48 En deuxième lieu, une délégation est admissible « **à moins que la Constitution ne l'exclue** ». Par cette formulation, l'art. 164 al. 2 Cst. se réfère aux réserves de la loi, générale ou spéciales (*supra* N. 10). Lorsque la Constitution réserve la forme de la loi, elle exclut les délégations. En cela, l'art. 164 al. 2 Cst. renvoie d'abord à son alinéa premier. La réserve de la loi au sens formel ancrée à l'art. 164 al. 1 Cst. constitue ainsi un cas d'exclusion de la délégation législative. L'articulation des deux alinéas de l'art. 164 Cst. soulève

1441 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

1442 Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 12 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 42 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1635 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

1443 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

1444 Sägesser, Bundesbehörden N 478 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 42 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39.

1445 SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 39.

1446 Biaggini, Komm. BV, Art. 164 Cst. N 14 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

certaines difficultés d'interprétation[1447], mais la doctrine majoritaire considère à raison que la délégation législative portant sur des règles de droit importantes est inadmissible[1448], avis corroboré par la jurisprudence du TF[1449]. Les réserves spéciales constituent également des cas d'exclusion sectoriels de la délégation législative. Il en va ainsi d'une restriction grave à un droit fondamental (art. 36 al. 1 Cst.) ou d'une privation de liberté (art. 31 al. 1 Cst.) (*supra* N. 28).

4. Conditions implicites

49 En renvoyant à son alinéa premier, l'art. 164 al. 2 Cst. exclut les délégations législatives portant sur les dispositions fondamentales des domaines listés aux let. a–g. Il en découle que l'art. 164 al. 2 Cst. implique déjà les deux dernières conditions développées par le TF[1450]. En effet, ces deux conditions ont trait à la densité normative de la loi[1451]. Elles tendent à interdire les délégations conférant un « blanc-seing » au délégataire[1452]. En d'autres termes, elles assurent que les dispositions fondamentales soient adoptées par le législateur. C'est bien là l'exigence que pose l'art. 164 al. 1 2ème phrase Cst. Par renvoi à cette dernière disposition, l'art. 164 al. 2 Cst. couvre dès lors les deux dernières conditions développées par le TF. Ainsi, en troisième lieu, la délégation doit être **limitée à une matière déterminée**[1453]. Sont exclues les délégations dont le champ d'application serait trop vaste[1454]. En dernier lieu, la loi doit énoncer les règles principales dans les **grandes lignes**, à savoir le but, l'objet et l'étendue des pouvoirs délégués[1455]. Afin de servir de base légale, la norme de délégation doit être suffisamment dense ; l'on se référera à

1447 Müller, Umschreibung, 35 s. ; Comm. Cst.-Aubert, Art. 164 Cst. N 14.

1448 Rhinow, Bundesverfassung, 190 ; Beusch, Gesetzbegriff, p. 242 ; Feuz, Gesetzesbegriffe, p. 234 ; Wiederkehr, Wesentlichkeitstheorie, 25 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 377 ; Rhinow/Schefer/Uebersax, N 2733 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1870 ; Malinverni/Hotelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1633 ; SGK-Tschannen, Art. 164 Cst. N 40 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 53 s. Cf. cpdt. OJF, Guide de législation, N 722 ; Rapport CIP, FF 1997 III 282.

1449 Le TF n'est toutefois pas absolument clair à cet égard : ATF 146 II 53 ; ATF 145 V 380, c 6.3.1 ; ATF 141 II 169 ; ATF 131 II 13, c. 6.3 – après avoir laissé la question ouverte : ATF 133 II 331, c. 7.2.2.

1450 Cf. CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 52.

1451 *Ibid.*

1452 ATF 128 I 113, c. 3c et 3f ; Jaag, Verordnung, p. 465 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 26.

1453 ATF 142 I 26, c. 3.3 ; ATF 132 I 7 c. 2.4 ; ATF 133 II 331, c. 7.2.1 ; ATF 128 I 113, c. 3d ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1636 ; Uhlmann, Legalitätsprinzip, N 26.

1454 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 56.

la jurisprudence évoquée ci-dessus (*supra* N. 24). Le législateur ne peut se dessaisir d'une question sans définir, dans une certaine mesure, le contenu de sa règlementation. Il est à cet égard essentiel que les dispositions de la règle déléguée puissent être rattachées ou rapportées à sa base légale formelle[1456]. En d'autres termes, la loi doit constituer, de façon claire, le fondement de tout acte étatique qui en est dérivé (*supra* N. 19).

C. Conflit avec les compétences originaires du Conseil fédéral

50 L'art. 164 al. 2 Cst. a trait aux délégations de compétences prévues dans une loi. La Constitution ne précise en revanche pas les relations entre les **compétences originaires** – c'est-à-dire les dispositions de la Constitution qui habilitent (en particulier) le Conseil fédéral à adopter des règles de droit – et la réserve de la loi au sens de l'art. 164 Cst.[1457]. Lorsque le Conseil fédéral adopte des règles de droit sur la base d'une compétence originaire, il est amené à adopter des règles de droit importantes. C'est d'abord le cas des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst., qui octroient au Conseil fédéral une compétence législative lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, respectivement en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure[1458]. Ce droit d'urgence ou de nécessité semble appelé à gagner en importance au vu de l'interprétation large qu'en a fait le Conseil fédéral dans le contexte de la recapitalisation d'UBS[1459] ou de la pandémie de Covid-19[1460]. Il est toutefois admis que ces dispositions se trouvent dans une relation de spécialité avec (et donc priment) l'art. 164 Cst., notamment au vu de l'intérêt public en cause et du caractère temporaire des mesures[1461].

51 Certaines dispositions transitoires adoptées à l'occasion d'initiatives populaires imposent au Conseil fédéral d'édicter des **ordonnances «**

1455 ATF 143 I 227 ; ATF 142 I 26, c. 3.3 ; ATF 134 I 322, c. 2.6.2 ; ATF 128 I 113, c. 3d ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1637.

1456 ATF 144 II 454, c. 5.3.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 55.

1457 BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 43.

1458 BSK-Saxer/Brunner, Art. 184 Cst. et 185 Cst. ; Tschanen, Staatsrecht, § 46 N 25 ; CR-Schmidt, Art. 184 Cst. ; CR-Gonin, Art. 185 Cst. ; SGK-Künzli, Art. 184 Cst. et 185 Cst.

1459 Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1867a ss.

1460 BSK-Saxer/Brunner, Art. 185 Cst. N 147 ; Waldmann ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 1867f ss ; CR-Gonin, Art. 185 N 107 ss. Critique: Biaggini, Verfassungsgefüge, p. 62 ss.

d'application » ou « d'exécution » provisoires en cas d'inactivité de l'Assemblée fédérale dans un délai imparti (cf. p. ex. art. 197 ch. 9 al. 1 et ch. 11 al. 2 Cst.). Ce mécanisme sert à exercer une pression sur l'Assemblée fédérale et assurer la mise en œuvre effective de l'initiative constitutionnelle[1462]. Il s'ensuit toutefois une tension avec l'art. 164 Cst., dès lors que la mise en œuvre d'une initiative populaire entraîne potentiellement l'adoption de règles de droit importantes. Cette tension doit être résolue par voie d'interprétation[1463]. Dans une telle constellation, il convient d'interpréter la Constitution de façon harmonieuse, en favorisant la lecture la plus respectueuse possible des différentes dispositions et de sorte à garantir une « concordance pratique »[1464]. L'interprétation doit tenir compte du contexte constitutionnel global : à eux seuls, la volonté des initiants et le caractère postérieur d'une disposition ne suffisent pas à établir un rapport de spécialité[1465].

52 La **doctrine** estime que de telles dispositions transitoires octroient au Conseil fédéral la compétence d'adopter des règles de droit importantes et priment l'art. 164 Cst. Selon Rausch, cette primauté se justifie en raison du caractère temporaire des ordonnances ainsi adoptées[1466]. Cette approche peine à convaincre, dans la mesure où le déficit démocratique de l'ordonnance est amplifié par l'effet préjudiciel qu'elle exerce en pratique : pour des raisons de sécurité juridique, la loi fédérale sera susceptible de reprendre tout ou partie de l'ordonnance[1467]. De plus, le caractère temporaire d'une règle de droit ne diminue pas nécessairement son importance. C'est pourquoi la Constitution circonscrit bien plutôt la possibilité offerte au Conseil fédéral d'adopter de façon temporaire des règles de droit importantes aux situations d'urgence et qui répondent à un intérêt public particulier (art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst.).

1461 ATF 147 I 333 (implicite) ; ATF 141 I 20, c. 5.1; ATF 125 II 417, c. 6b ; Wyss, Umsetzung, N 354 ss ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 43; Tschannen, Staatsrecht, § 46 N 26.

1462 Rausch, p. 68 ; Wyss, Umsetzung, N 329 ; Rhinow, Bundesrat, 345 s.

1463 Wyss, Umsetzung, N 351; Rhinow, Bundesrat, 346.

1464 ATF 139 I 16, c. 4.2.2 ; ATF 145 IV 364, c. 3.3 ; ATF 129 I 173, c. 5.1; ATF 126 III 129, c. 8a Rhinow/Schefer/Uebersax, Verfassungsrecht, N 529 ss ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1520 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 100 ; Wyss, Umsetzung, N 169 ss ; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N 41; Biaggini, Auslegung, p. 320 ss ; Rausch, p. 67.

1465 ATF 139 I 16, c. 4.2.2 ; Tschannen, Staatsrecht, § 4 N 41 ; Rausch, p. 68.

1466 Rausch, p. 68.

1467 CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 51; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 44 ; Rhinow, Bundesrat, p. 346.

Wyss considère que l'art. 164 al. 1 doit céder le pas car les dispositions transitoires seraient dénuées de sens à défaut de permettre au Conseil fédéral d'adopter des règles de droit importantes. Le Conseil fédéral serait incapable, en pratique, de remplir son mandat[1468]. Selon nous, cette position fait toutefois la part trop belle à la volonté des initiants et à la postériorité des dispositions transitoires, au détriment de l'expression fidèle de la volonté populaire.

53 Une initiative qui permet au Conseil fédéral d'adopter des normes importantes comporte toujours deux objets : l'un a trait à la substance de l'initiative, l'autre modifie l'architecture constitutionnelle de la séparation des pouvoirs[1469]. La Constitution prévoit en effet que les règles de droit importantes sont adoptées par l'Assemblée fédérale ; elle soumet les lois fédérales au référendum ; elle affirme que les lois, contrairement aux ordonnances, échappent à la juridiction constitutionnelle ; quant à une éventuelle pression exercée sur l'Assemblée fédérale, elle est du ressort du peuple par le biais des élections[1470]. A estimer que le Conseil fédéral peut adopter des règles de droit importantes par voie d'ordonnance, c'est l'entier de cet **équilibre constitutionnel** qui est mis à mal. L'on ne peut dès lors présumer que le constituant entend s'écarter d'une telle structure constitutionnelle au moment de se prononcer sur le fond d'une initiative populaire, sauf au constituant de s'exprimer sans ambiguïté à cet égard[1471]. Cela vaut d'autant plus que les messages relatifs auxdites initiatives ne mentionnent pas les rapports entre les dispositions transitoires et l'art. 164 Cst.[1472]. Cette absence peut être contrastée avec l'art. 141 al. 2 let. b LParl qui, comme indiqué ci-dessus, astreint le Conseil fédéral à clarifier toute délégation législative dans son message relatif à un projet de loi. Cette obligation existe alors même que les règles de droit importantes ne peuvent en tous les cas être déléguées (*supra* N. 15). Il ne s'agit pas là d'affirmer que de telles initiatives devraient être invalidées à raison d'une violation du principe

1468 Wyss, Umsetzung, N 363 ss, qui est toutefois plus nuancé concernant les réserves spéciales.

1469 Contra: Wyss, Umsetzung, N 80 ss.

1470 Rhinow, Bundesrat, 346.

1471 Il en irait en effet différemment si les dispositions comportaient une règle de conflit : ATF 139 I 16, c. 4.2.2.

1472 Cf. p. ex. Mess. Initiative Populaire « contre l'immigration de masse », FF 2013 279 ; Mess. Initiative populaire « contre les rémunérations abusives », FF 2009 265 ; Wyss, Umsetzung, N 365.

de l'unité de la matière – ce qui est peu plausible au vu de la pratique des autorités[1473] – mais plutôt de suggérer que le **principe de l'unité de la matière** doit guider l'interprétation des dispositions constitutionnelles car il garantit l'expression fidèle de la volonté du peuple. Ainsi, en l'absence de l'expression univoque d'une volonté contraire – laquelle devrait reposer notamment sur un texte clair et un message y relatif explicite –, les dispositions transitoires doivent être interprétées en ce sens qu'elles n'altèrent pas l'architecture constitutionnelle. Les mandats législatifs octroyés au Conseil fédéral par de telles dispositions transitoires emportent la compétence d'adopter des ordonnances de substitution, mais pas des règles de droit importantes.

IV. JUSTICIABILITÉ

54 La question de la justiciabilité d'une ordonnance se pose avant tout à l'égard des **ordonnances du Conseil fédéral**. Alors que le contrôle abstrait est exclu (art. 189 al. 4 Cst.), le TF peut examiner les ordonnances du Conseil fédéral dans le cadre d'un contrôle préjudiciel. Le contrôle d'une ordonnance n'a donc lieu qu'à l'occasion d'un acte d'application individuel et concret[1474]. Un administré peut invoquer une violation de la séparation des pouvoirs lorsqu'une ordonnance est dépourvue de base légale suffisante ou qu'elle comprend des dispositions qui devraient figurer dans une loi[1475]. Le cas échéant, le TF refuse d'appliquer l'ordonnance et annule la décision fondée sur celle-ci. Il revient alors au Conseil fédéral de modifier ou abroger son ordonnance[1476].

55 Le TF peut examiner librement les **ordonnances indépendantes** du Conseil fédéral[1477]. Celles-ci se fondent sur la Constitution, ce qui ne dispense

1473. Biaggini, Komm. BV, Art. 139 N 12 ; BSK-Epiney/Diezig, Art. 139 Cst. N 25 ss ; CR-Dubey, Art. 139 Cst. N 70 ss ; SGK-Ehrenzeller/Gertsch, Art. 139 Cst. N 40 ss.

1474. Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1992 ss ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2096 ss ; Tschanen, Staatsrecht, § 11 N 35 ss.

1475. ATF 149 I 329, c. 5.2 ; ATF 131 II 13, c. 6.1 ; ATF 128 I 113 ; ATF 127 I 60, c. 3a ; ATF 118 Ia 305 c. 2.

1476. ATF 141 II 169, c. 3.4 s. et 4.4.1 ; TF 2C_391/2013, C. 3.3.3 ; ATF 131 II 13, c. 6.1 ; ATF 128 I 113 ; ATF 124 V 257, c. 6b ; ATF 118 Ia 305, c. 2 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 57 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 1993.

1477. ATF 147 I 333, c. 1.5 ; ATF 132 I 229, c. 9-11 ; ATF 125 II 326, c. 3 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2098.

toutefois pas le Conseil fédéral de respecter le droit fédéral, en particulier la Constitution et les lois fédérales[1478]. Il appartient au TF de s'assurer que l'ordonnance indépendante n'entre pas en collision avec d'autres normes constitutionnelles, à moins que la norme constitutionnelle attributive de compétences ne prévoie elle-même de telles atteintes ou les accepte[1479]. Cela étant, le TF n'empiète pas sur la marge d'appréciation politique qui revient au Conseil fédéral dans le cadre de ses compétences originaires[1480].

56 La situation est en revanche plus complexe lorsqu'il en va d'une **ordonnance dépendante**, laquelle repose sur une loi. Le contrôle d'une délégation législative s'analyse de façon distincte selon que l'objet du contrôle est la loi qui la fonde ou l'ordonnance elle-même. En droit fédéral, le TF est tenu d'appliquer **une loi qui prévoit une délégation législative** en raison de l'art. 190 Cst., quand bien même celle-ci violerait les conditions susmentionnées (*Anwendungsgebot*)[1481]. L'obligation d'appliquer le droit fédéral ne l'empêche toutefois pas de contrôler le respect desdites conditions (*kein Prüfungsverbot*) [1482]. En revanche, le TF peut contrôler à titre préjudiciel tant la légalité que la constitutionnalité des **ordonnances dépendantes de substitution**[1483]. Le TF examine d'abord la conformité de l'ordonnance à la loi qui la fonde, c'est à dire si l'autorité délégataire est restée dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés[1484]. Lorsqu'une ordonnance est conforme à la loi, le TF contrôle ensuite sa conformité à la Constitution, sous réserve toutefois que la délégation législative autorise le délégataire à y déroger[1485]. Dans la mesure où une clause de délégation donne un pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral, cette clause s'impose au TF en vertu de l'art. 190 Cst. Dans un tel cas, le TF doit se borner à examiner si les

1478 ATF 141 I 20, c. 5.4 ; ATF 123 IV 29, c. 3a ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2011, N 1998 s.

1479 ATF 125 II 326, c.3a ; ATF 147 I 333, c. 1.6 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2001.

1480 ATF 125 II 326, c. 3a ; ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2098.

1481 ATF 150 III 34, c. 3.7.1 ; ATF 148 II 392, c. 4.2.1 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 128 II 247 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 57 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2086 ss.

1482 ATF 150 III 34, c. 3.7.1 ; ATF 148 II 392, c. 4.2.1 ; ATF 144 I 126, c. 3 ; ATF 139 I 180, c. 2.2 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 59 ; Dubey/Zufferey, N 538.

1483 ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 146 II 56, c. 6.2.2 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2013 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 6.

1484 ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 60 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2011.

dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution ; il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral[1486]. Le contrôle de la constitutionnalité d'une ordonnance se confond alors avec le contrôle de l'arbitraire et de l'égalité de traitement[1487].

57 Finalement, la constitutionnalité et légalité d'une ordonnance adoptée sur la base d'une **sous-délégation** sont appréciées selon les principes applicables à une ordonnance du Conseil fédéral reposant sur une délégation de la loi[1488].

V. CONCLUSION

58 L'art. 164 Cst. constitue une norme charnière du droit constitutionnel suisse, en ce qu'il articule l'exigence démocratique et la séparation des pouvoirs avec la nécessité d'une action étatique souple et efficace. Si la recherche d'efficience, portée notamment par le New Public Management, tend aujourd'hui à prévaloir, l'art. 164 Cst. doit continuer de préserver la « dignité de la loi »[1489] et les principes démocratiques qui en sont le fondement. La tension ancrée à l'art. 164 Cst. ne cesse par ailleurs de se rappeler à nous. Ainsi, l'initiative « pour la démocratie directe et la compétitivité de notre pays – contre une Suisse membre passif de l'UE (initiative boussole) », déposée en août 2025 à la Chancellerie fédérale, propose d'introduire un nouvel al. 3 à l'art. 164 Cst., selon lequel « [l]a reprise de dispositions importantes fixant des règles de droit doit être prévue expressément dans une loi fédérale ou dans un traité international soumis au référendum obligatoire et restreinte à un domaine étroitement délimité ». Elle prévoit également une modification de l'art. 140 al. 1 Cst., soumettant « au vote du peuple et des cantons [...] les traités

1485 ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 63 ; BSK-Wyttenbach/Wyss, Art. 164 Cst. N 57 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2099.

1486 ATF 146 II 56, c. 6.2.2 ; ATF 147 V 251, c. 5 ; ATF 145 V 278, c. 4.1; ATF 144 II 454, c. 3.3 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 143 II 87, c. 4.4 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 137 III 217 ; ATF 136 II 337 c. 5.1 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2011 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 2099 ; CR-Dubey, Art. 164 Cst. N 60.

1487 ATF 145 V 278, c. 4.1 ; ATF 143 V 208, c. 4.3 ; ATF 140 II 194, c. 5.8 ; ATF 136 II 337, c. 5.1 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, N 2013.

1488 ATF 147 V 242, c. 7.1 ; ATF 144 II 313, c. 5.2.

1489 Waldron, p. 1 ss.

internationaux qui prévoient la reprise de dispositions importantes fixant des règles de droit ». Or, comme on l'a vu, la Constitution soumet déjà les traités internationaux au référendum facultatif lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit (art. 141 al. 1 let. d Cst.). De surcroît, ni l'art. 164 ni l'art. 140 Cst. ne prévoient une double majorité du peuple et des cantons pour l'adoption de lois fixant des règles de droit importantes – ni, d'ailleurs, de référendum obligatoire. L'on peut ainsi interroger l'opportunité d'ancrer des exigences plus strictes pour les traités internationaux que le droit fédéral : une telle asymétrie dénote peut-être moins un souci démocratique qu'une réticence de principe au droit international (ou, en particulier, au droit européen). La légitimité démocratique doit être préservée, non pas instrumentalisée.

A propos de l'auteur

Leo Tiberghien est candidat au doctorat à l'Université de Fribourg. Ses recherches portent sur le cadre juridique applicable à la privatisation du financement, des procédures d'adoption du droit, et de la mise en œuvre du droit et des opérations des organisations internationales. Il a été chercheur invité au Lauterpacht Center for International Law, Université de Cambridge (2023-2024) et à l'Erik Castrén Institute, Université de Helsinki (2022-2023). Il a travaillé comme Assistant de recherche et d'enseignement à la Chaire de droit international et européen de l'Université de Fribourg (2020-2022), et comme assistant-étudiant à la Chaire de droit pénal et criminologie de l'Université de Fribourg (2017-2020). Leo est titulaire d'un LL.M. de l'Université de Yale et d'un MLaw et BLaw de l'Université de Fribourg.

Je remercie chaleureusement la Dr. Camilla Jacquemoud, Judith Gelblat, la Prof. Odile Ammann, le Dr. Stefan Schlegel et le Prof. Jacques Dubey pour les suggestions, discussions et relectures minutieuses.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, La notion de loi en droit cantonal : carrefour du fédéralisme et de la démocratie suisses, in : Auer Andreas/Kälin Walter (édit), La loi en droit public cantonal – Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur 1991, 21-34.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse Berne, 2002.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019.

Gili Natasia Isabelle, Staatlich gesteuerte Selbstregulierung : Am Beispiel der medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SaMW), Schulthess, Thèse, Zurich 2017.

Iancu Bodgan, Legislative Delegation : The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism, Berlin 2012.

Martenet Vincent, Architecture des pouvoirs : enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies, Zurich 2016.

Möllers Christoph, The Three Branches : A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford 2013.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/ Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre /Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich 2022.

Uhlmann Felix (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St-Gall 2017.

Waldron Jeremy, The Dignity of Legislation, Cambridge 2009.

Wyttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Art. 164 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Baumann, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes (3) 2014, S. 463-487.

Bellanger François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Beusch Michael, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung (art. 164 BV), in : Gächter Thomas/Bertschi Martin (édit.), Neue Akzente in der « nachgeführten » Bundesverfassung, Zürich 2000, 227-250.

Biaggini Giovanni, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl (123) 2022, S. 59-91.

Biaggini Giovanni, « Notrecht » in Zeiten der Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl (121) 2020, S. 239-267.

Biaggini Giovanni, Art. 139 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 164 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Art. 178 Cst., in : BV Kommentar, 2ème éd., Zurich 2017.

Biaggini Giovanni, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 2013/114 316-337.

Cottier Thomas, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage : Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Thèse, Berne 1983.

Dubey Jacques, Art. 139 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014.

Ehrenzeller Bernhard, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, LeGes (3) 2000, S. 13-27.

Ehrenzeller Bernhard/Gertsch Gabriel, Art. 139, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./ Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Eichenberger Kurt, Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, ZSR 1974/II 7-27.

Epiney Astrid/Diezig Stefan, Art. 139, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Errass Christoph, Kooperative Rechtssetzung, Thèse, Zurich 2010.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à charactère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/ Bâle 2016.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe : Inhalt und Tragweite – Dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Thèse, Berne 2002.

Feuz Roland, Materielle Gesetzesbegriffe, Recht 2002 17-23.

Flückiger alexandre, La procédure législative dans les cantons et les communes, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin

(édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020, 1969-1987.

Gfeller Katja/Glaser Andreas/Lehner Irina, E-Collecting: Umsetzungsvarianten und Rechtsetzungsbedarf, LeGes (32) 2021, S.1-15.

Gonin Luc, Art. 185, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème éd., Zurich/St. Gall 2020.

Jaag Tobias, Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl (112) 2011, S. 629-659.

Jenni Christoph/Schüpbach Mike, Private Normen im Gesundheitsrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Kaufmann Mathias, Variation im Ausdruck oder Akzentverschiebung?, ZBl 2013/114 432-440.

Kley Andreas/Feller Reto, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetzes, ZBl (105) 2004, S. 229-245.

Kradolfer Matthias, Intertemporales öffentliches Recht, Zurich/St. Gall 2020.

Künzli Jörg, Art. 184, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Künzli Jörg, Art. 185, in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Lautenbach Geranne, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, Oxford 2014.

Mader Luzius, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung – Anmerkung aus legistischer Sicht, ZSR 2004/II 3-156.

Mader Luzius, Die Erlassformen der Bundesversammlung und der Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung, LeGes 2000/3 7-9.

Mächler August, Private Normen in der Rechnungslegung, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, Berne 2021.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bale/Genève 2020, 999-1023.

Marti Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl (101) 2000, S. 561-586.

Marti Arnold, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung – Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002 1154-1162.

Moor Pierre, Art. 182 Cst, Art. 164 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume I : Les fondements, 3ème éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif – Volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2ème éd., Berne 2018.

Müller Georg, Formen der Rechtssetzung, in : Ulrich Zimmerli (édit.), Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universät Bern, Berne 2000, 223-248.

Müller Georg, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, LeGes (3) 2000, S. 29-40.

Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Müller Georg, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl (97) 1996, S. 97-114.

Müller Georg, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl (99)1998, S. 1-23.

Müller Georg, Der verfassungswidrige Bundesbeschluss : Nachlese zum Parlamentsgesetz, LeGes 2004/2 159-163.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4ème éd., Zurich 2024.

Odermatt Luzian, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungs- und Einzelakte, LeGes (2) 2003, S. 107-111.

Odermatt Luzian/Tophinke Esther, Art. 22, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung : Kommentar zuum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, 2ème éd., Bâle 2024.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema « Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law », im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, Basel, 29 novembre 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/petrig-sinz_rechtsgutachtensoft-law-version-publikation.pdf.

Poltier Etienne, Délégation d'activités économiques, in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Bâle 2016.

Rausch Caroline, Ausgleichmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen, Zurich 2023.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000: Eine Einführung, Bâle 2000.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3ème éd., Bâle 2016.

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2ème éd., Berne 2022.

Sägesser Thomas, Art. 164 Cst., in : Sägesser Thomas (édit.), Die Bundesbehörden : Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Berne 2000.

Sägesser Thomas, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, JPA 1998 677-686.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 184, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Saxer Urs/Brunner Florian, Art. 185, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Schmidt Evelyne, Art. 184, in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Schweizer Rainer/Müller Lucien, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008/3 379-399.

Seaders Lloyd Ian, Das Erfordernis der Gesetzesform als Begründungsproblem, Zurich/St-Gall 2021.

Seiler Hansjörg, Gewaltenteilung : Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Berne 1994.

Hans Stutz, Private Normen in Umwelt- und Baurecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2ème éd., Zurich 2018.

Tschannen Pierre, Art. 164 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich/St. Gall 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5ème éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Legalitätsprinzip, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.

Uhlmann Felix, « Die Normen können bei ... bezogen werden » : Gedanken zur Publikation und Verbindlichkeit privater Normen, LeGes (1) 2013, S. 89-104.

Uhlmann Felix/Gili natassia, Private Normen und staatliches Recht, in : Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Waldmann Bernhard, Staatliche Herausforderung, in : Uhlmann Felix/Höfler Stefan (édit.), Notrecht in der Corona-Krise, Zurich/St. Gall 2021.

Wiederkehr René, Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Licht der Verwaltungspraxis, Recht 2007 25-39.

Wyss Karl-Marc, Die Vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg : Phänomen – Grundsätze – Gefahren, Zurich/St. Gall 2020.

Wyss Martin, Rechtsetzungsverfahren im Bund, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2020.

Wyss Martin, Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, in Felix Uhlmann (édit.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zurich/St. Gall 2017.

Wyttenbach Judith/Wyss Karl-Marc, Art. 164 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2025.

Zulauf Urs, Koregulierung in den « Kleeblattentwürfen » zum Schweizer Finanzmarktrecht, in Felix Uhlmann (édit.), Private Normen und staatliches Recht, Zurich/St. Gall 2015.

Pascal Zysset, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsgerichtliche Qualifikationen und rechtstaatlicher Rahmen, Zurich/Bâle/Genève 2017.

MATÉRIAUX

Conseil fédéral, Exposé des motifs, Berne 1995 et Avant-Projet.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, FF 1996 II 413.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 et Projet de Constitution 1996, FF 1997 I 1.

Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution du 6 mars 1997, FF 1997 III 243.

Rapport complémentaire des Commission des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral, Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF 1997 III 1312.

Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérales, Réforme de la Constitution fédérale, FF 1998 I 286.

Office fédéral de la justice, Guide de législation : Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 2019.

COMMENTAIRE

Art. 166 Cst.

Un commentaire de Jelena Protic

PROPOSITION DE CITATION

Jelena Protic, Commentary of art. 166 FC, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (eds.), Online Commentary of the Swiss Federal Constitution

Citation abrégée: OK-Protic, N XXX zu Art. 166 BV.

Art. 166 Relations avec l'étranger et traités internationaux

[1] L'Assemblée fédérale participe à la définition de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger.

[2] Elle approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 1351
II. Systématique et contexte 1352
III. Art. 166: Relations avec l'étranger et traités internationaux 1353
A. Participation à la définition de la politique extérieure et surveillance des relations avec l'étranger (al. 1) 1353
1. Participation à la définition de la politique extérieure 1354
a. Terminologie 1354
b. Acteurs de la participation 1356
c. Formes de participation 1357
d. Instruments de participation 1360
e. Effets de la participation 1361
2. Surveillance des relations avec l'étranger 1361
B. Approbation des traités internationaux (al. 2) 1362
1. Généralités 1362
2. Approbation par l'Assemblée fédérale (procédure dite ordinaire) 1363
3. Conclusion par le Conseil fédéral seul (procédure dite simplifiée) 1366
4. Modification et dénonciation 1368
5. Rapport annuel 1370
Lectures complémentaires recommandées 1371
A propos de l'auteure 1372
Bibliographie 1373

I. GENÈSE

La Constitution fédérale de 1848 consacrait déjà à son art. 74 ch. 5 la compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver des alliances et des traités avec les États étrangers. Malgré l'absence de disposition générale relative à la participation de l'Assemblée fédérale en matière d'affaires étrangères dans la Constitution de 1874 et le rôle dominant du Conseil fédéral en pratique entre la fin du 19ème siècle et la fin du 20e siècle[1490], l'exécutif ne disposait pas d'une compétence exclusive dans le domaine[1491]. 1

L'actuel art. 166 Cst. a fait l'objet de vives discussions lors de la **dernière révision totale** de la Constitution fédérale. À la suite des critiques exprimées durant la procédure de consultation[1492], le Conseil fédéral a proposé un nouvel art. 156 Cst. dans son projet de 1996. Le premier alinéa de celui-ci consacrait expressément la compétence de l'Assemblée fédérale d'exercer une influence considérable sur la politique étrangère, prévoyant que «l'Assemblée fédérale participe à la conception de la politique extérieure et surveille les relations avec l'étranger». L'alinéa 2 réaffirmait la compétence d'approbation des traités de l'Assemblée fédérale, sauf dans les cas où le Conseil fédéral était habilité à les conclure seul sur la base de la Constitution, d'une loi ou d'un traité international. En 1997, les deux commissions de la révision constitutionnelle ont proposé une formulation plus directe de la compétence générale («l'Assemblée fédérale fixe les orientations fondamentales de la politique étrangère»[1493]), formulation à laquelle le Conseil fédéral s'est opposé[1494]. Par ailleurs, les deux commissions ont considéré qu'il convenait de définir au niveau de la loi les traités internationaux relevant uniquement de la compétence du Conseil fédéral et donc ne nécessitant pas d'approbation de l'Assemblée fédérale[1495]. 2

Après d'**intenses débats**, la proposition du Conseil fédéral a été retenue en ce qui concerne l'actuel al. 1 de l'art. 166 Cst.[1496]. Ainsi, une disposition 3

1490 CR-Schmid, Art. 166 N 9.

1491 Moeri, p. 27.

1492 Notamment au sujet de la formulation de la conduite de la politique étrangère par le Conseil fédéral jugée trop restrictive et de l'habilitation générale de celui-ci à conclure seul des traités internationaux. Résultats, pp. 210, 211, 218, 219.

1493 FF 1997 III 1319.

1494 FF 1997 III 1312, 1325.

générale et explicite sur la participation de l'Assemblée fédérale en matière de politique étrangère a été adoptée, sans toutefois accorder à l'Assemblée fédérale la compétence de fixer les orientations dans ce domaine de manière contraignante. Quant à l'al. 2, la proposition selon laquelle la Constitution pouvait octroyer la compétence au Conseil fédéral de conclure seul certains traités internationaux a rapidement été écartée et la proposition des commissions a été acceptée[1497].

II. SYSTÉMATIQUE ET CONTEXTE

4 L'art. 166 Cst. s'inscrit dans la thématique générale des **compétences de l'Assemblée fédérale** (titre 5, section 3, chapitre 3 Cst.) et porte plus précisément sur la séparation des pouvoirs dans le domaine de la politique étrangère. L'art. 166 Cst. est étroitement lié à l'art. 184 Cst. qui établit que «[l]e Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale» tels que définis à l'art. 166 Cst.[1498]. Ce lien intrinsèque entre les deux dispositions démontre l'imbrication des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif dans ce domaine. Par ailleurs, l'inclusion des compétences partagées et de la coopération intense entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale dans le domaine de la politique extérieure dans la Constitution de 1999 marque une étape importante de la tendance générale vers l'érosion du monopole de l'exécutif en matière de relations extérieures[1499].

5 A l'origine de cet entrelacement de compétences se trouvent **deux défis majeurs** auxquelles les autorités fédérales chargées des affaires étrangères doivent faire face. D'un côté, l'internationalisation de la politique et du droit, qui a gagné en intensité notamment depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle[1500] et les effets que les normes internationales produisent directement sur les justiciables et le droit national[1501] ont mis en évidence un besoin accru de légitimité démocratique dans la sphère internationale[1502]. De l'autre, le

1495FF 1997 III 1327.
1497.BO CN 87 ; BO CE 132 – 134.
1498L'art. 166 Cst. a des liens étroits également avec les dispositions constitutionnelles suivantes : art. 5, 54, 55, 56, 140, 141, 141a, 163, 164, 169, 173 al. 1 let. a et c et 185 al. 1 et 3.
1499Petrig, Democratic participation, p. 8.
1500Petrig, Genehmigung, p. 96 ; Diggelmann, p. 1 ; Linder, p. 224, 225.
1501.Diggelmann, p. 5.
1502Schmid/Altwicker, pp. 501, 504-505.

Conseil fédéral doit pouvoir maintenir une marge de manœuvre ainsi qu'un certain degré de flexibilité et d'efficacité dans la conduite de la politique étrangère, besoins auxquels les processus d'implication parlementaire souvent chronophages risquent de porter atteinte. Cette tension est particulièrement délicate pour un État globalisé comme la Suisse, dont l'«ADN constitutionnel» comprend la participation démocratique à l'élaboration du droit[1503].

III. ART. 166: RELATIONS AVEC L'ÉTRANGER ET TRAITÉS INTERNATIONAUX

L'art. 166 Cst. concerne le **partage horizontal** des compétences dans le domaine des affaires étrangères entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale. 6

A. Participation à la définition de la politique extérieure et surveillance des relations avec l'étranger (al. 1)

Alors que le Conseil fédéral est «chargé des affaires étrangères» (art. 184 al. 1 Cst.), l'Assemblée fédérale bénéficie de certains droits de participation en vertu des art. 166 et 184 al. 1 Cst. La doctrine considère que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale disposent de **compétences concurrentes** en matière d'affaires étrangères[1504]. Le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 constate un parallélisme et des recoupements des compétences respectives de l'exécutif et du législatif qui «incitent [...] les deux pouvoirs à conjuguer leurs efforts»[1505] et que ces derniers agissent comme «les doigts d'une même main»[1506] dans le domaine de la politique extérieure. Le pouvoir législatif fédéral a ainsi une position forte en matière de politique extérieure, unique en comparaison internationale[1507]. Selon l'art. 166 al. 1 Cst., l'Assemblée fédérale «participe à la définition de la politique extérieure» (entre autres en approuvant les traités internationaux, al. 2) et «surveille les relations avec l'étranger»[1508]. 7

1503Petrig, Democratic participation, p. 2.
1504SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 8 ; Zellweger, p. 272 et 274.
1505FF 1997 I 399.
1506«Verhältnis zu gesamter Hand», FF 1997 I 399 ; Friesenhahn, p. 38.
1507Rapport CPA, p. 3, 18, 51.
1508BSK BV-Epiney, Art. 166 N 7 ; SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 8; CR-Schmid, Art. 166 N 12.

1. Participation à la définition de la politique extérieure

a. Terminologie

«Participation» à la définition

8 «**Participer»** signifie prendre part à quelque chose, à une action, ici à la définition de la politique extérieure. L'art. 166 al. 1 Cst. établit ainsi un droit et une obligation de participation de l'Assemblée fédérale. Ehrenzeller parle alors de «décideur coresponsable» («mitverantwortlicher Entscheidungsträger»)[1509].

9 La **formulation** actuelle va plus loin que celle de l'avant-projet de 1995 («elle peut contribuer à l'orientation de la politique étrangère»), mais moins loin que la proposition des deux commissions de 1997 selon laquelle «l'Assemblée fédérale fixe les orientations fondamentales de la politique étrangère»[1510]. Nous en déduisons alors que l'Assemblée fédérale ne peut pas fixer de manière contraignante les buts à atteindre dans le domaine de la politique internationale[1511]. Toutefois, en juin 2021, la CPE du Conseil national a demandé par le biais d'une initiative parlementaire à ce que «le Conseil fédéral [ait] pour but, dans le cadre du dialogue politique structuré avec l'Union européenne, de clarifier les règles institutionnelles pour la poursuite et la facilitation des relations avec l'Union européenne, de manière à sauvegarder les intérêts de la Suisse» et que «les grands axes du dialogue ainsi que le rôle dévolu au Parlement et aux cantons et leur implication dans le processus [soient] définis dans une loi fédérale»[1512]. Baumbacher considère qu'une telle loi ne saurait être compatible avec le partage des compétences établi par la Constitution[1513]. A notre avis, il serait justifié que l'Assemblée fédérale définisse juridiquement les orientations stratégiques et les lignes directrices de la politique européenne. Cependant, une obligation d'entamer des négociations et l'impossibilité pour le Conseil fédéral de rompre celles-ci, telles que proposées par l'initiative, iraient au-delà de la participation de l'art.

1509 SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 17.

1510 FF 1997 III 319 ; voir N 2.

1511 Selon Aubert, la proposition de 1997 signifiait que «l'Assemblée fédérale donnerait de façon régulière des directives générales sur les buts à atteindre dans le domaine de la politique internationale», Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 5.

1512 Initiative 21.480 CPE-CN du 25 juin 2021.

1513 Autonomie suisse, p. 2.

166 al. 1 Cst. et enfreindraient ainsi la prérogative de l'exécutif. Le Tribunal fédéral a expressément considéré qu'au sens de l'art. 166 al. 1 Cst. l'Assemblée fédérale ne peut pas obliger le Conseil fédéral à entreprendre certains actes de politique extérieure et qu'il relève de la seule compétence du Conseil fédéral de renoncer à la poursuite de négociations.[1514]

En «participant» au sens de l'art. 166 al. 1 Cst., l'Assemblée fédérale ne doit pas simplement légitimer l'action du Conseil fédéral sur le plan de la politique étrangère, mais faire preuve d'un **comportement proactif**[1515] en agissant sur sa propre initiative et selon les procédures en vigueur[1516]. 10

«Définition» de la «politique extérieure»

La notion de **«politique extérieure»** doit être comprise de manière large, en ce sens qu'elle comprend toutes les activités menées dans le cadre des affaires extérieures de la Suisse[1517]. De façon générale, il est considéré que la notion de «politique étrangère» est plus restreinte que la notion d'«affaires étrangères»[1518]. Toutefois, ces distinctions terminologiques n'ont que très peu de portée pratique[1519]. 11

L'Assemblée fédérale **«participe à la définition»**, «sich an der Gestaltung beteiligen», «participa all'elaborazione» de la politique extérieure. La version française parle simplement de «définition», tandis que la version allemande utilise le terme de «Gestaltung» et la version italienne celui d'«elaborazione». Il peut en être déduit que l'Assemblée fédérale doit participer au façonnement, à l'élaboration de la politique extérieure, c'est-à-dire à sa formation et à sa mûre préparation. Dès lors, l'Assemblée fédérale doit être associée à la formation de la volonté politique sur les questions fondamentales et être impliquée dans la prise de décisions importantes[1520] et ainsi avoir la possibilité d'exercer une influence effective sur l'orientation de la politique extérieure suisse[1521]. Quant aux aspects opérationnels de la conduite de cette politique, 12

1514.ATF 139 V 263, consid. 7.2.
1515.SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 18.
1516.Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 8.
1517.BSK BV-Epiney, Art. 166 N 9 ; CR-Schmid, Art. 166 N 13.
1518.CR-Maroonian/Kolb, Art. 54 N 14.
1519.CR-Maroonian/Kolb, Art. 54 N 13 ; CR-Schmid, Art. 166 N 13.
1520SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 18.
1521.BSK BV-Epiney, Art. 166 N 11 ; CR-Schmid, Art. 166 N 14.

notamment son exécution, ceux-ci relèvent de la compétence du Conseil fédéral seul[1522].

13 **L'art. 24 LParl**[1523] précise la notion de «définition de la politique extérieure». Selon son al. 1, «l'Assemblée fédérale [...] participe au processus de décision relatif aux questions importantes en matière de politique extérieure»[1524]. La doctrine estime que la notion de «questions importantes» est d'ordre matériel et non formel, en ce sens que des critères formels tels que la forme ou la nature d'un acte de politique extérieure ne sont pas décisifs et qu'elle doit s'apprécier au cas par cas en prenant en compte toutes les circonstances[1525].

14 En conclusion, le Conseil fédéral a l'obligation d'associer l'Assemblée fédérale avant de prendre des décisions relatives à des «questions importantes» dans le domaine de la politique étrangère. Cependant, une **responsabilité** à la charge de l'Assemblée fédérale découle également de cette participation, notamment celle de «sui[vre] l'évolution de la situation internationale» selon l'art. 24 al. 1 LParl et de prendre position et des initiatives à ce sujet[1526].

b. Acteurs de la participation

15 L'art. 166 Cst. comprend la participation du plénum et des commissions parlementaires[1527]. Les commissions les plus pertinentes sont les deux **Commissions de politique extérieure (CPE)**, mais d'autres commissions thématiques participent également selon le domaine concerné. Les CPE remplissent la fonction de charnière entre le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale grâce aux droits spécifiques qui leur sont octroyés en vertu de l'art. 152 LParl[1528].

1522 Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 9 ; Rapport Soft Law, p. 13.

1523 RS 171.10.

1524 Selon le Contrôle parlementaire de l'administration, «Dans la version allemande, le terme 'Grundsatzfragen' (questions importantes) renvoie plutôt à des aspects de planification stratégique, tandis que le terme de 'Entscheide' (processus de décision) se réfère plutôt à des projets concrets, liés par exemple à l'activité normative ; il apparaît ainsi clairement que la participation parlementaire touche tous les aspects de la politique extérieure [...]», Rapport CPA, p. 22.

1525 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 13 ; CR-Schmid, Art. 166 N 20 et 35.

1526 FF 1997 III 285 ; CR-Schmid, Art. 166 N 23 ; SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 18, 21 ; Ehrenzeller, Aussenpolitik, p. 596.

1527 CR-Schmid, Art. 166 N 15.

1528 Le «dialogue de politique extérieure» selon SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 34 ; Sägesser, p. 72 ; Lüthi, p. 62.

c. Formes de participation

L'Assemblée fédérale s'acquitte des tâches définies aux art. 166 Cst. et 24 al. 1 LParl (à savoir le suivi de l'évolution de la situation internationale et la participation au processus de décision relatif aux questions importantes en matière de politique extérieure) principalement sous **quatre formes**: l'échange de vues, le droit d'information, le droit de consultation et les relations extérieures parlementaires. 16

Échange de vues et droit d'information

Selon l'art. 152 al. 1 LParl, «[l]es commissions compétentes en matière de politique extérieure et le Conseil fédéral entretiennent des contacts mutuels et procèdent régulièrement à des **échanges de vues**»[1529]. 17

L'al. 2 du même article impose au Conseil fédéral d'**informer** les collèges présidentiels des conseils et les CPE de façon régulière, rapide et complète des développements importants dans ce domaine, que ceux-ci concernent uniquement la politique étrangère de la Suisse ou qu'ils aient des implications pour sa politique intérieure[1530]. Ehrenzeller considère qu'afin de garantir une participation effective de l'Assemblée fédérale, il appartient aux CPE et non au Conseil fédéral de faire le tri entre les développements importants et ceux qui le sont moins[1531]. Par ailleurs, les droits généraux d'information de l'Assemblée fédérale de l'art. 150 al. 1 let. a à c LParl ainsi que leurs limitations selon l'al. 2 let. a et b[1532] s'appliquent également au domaine de la politique extérieure[1533]. 18

1529 Pour plus de détails, voir Komm. ParlG-Tripet Cordier, Art. 152 N 19.

1530 Komm. ParlG-Tripet Cordier, Art. 152 N 21.

1531 La Note du secrétariat des CPE relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure énumère de manière détaillée les «développements importants». Toutefois, nous ne qualifions pas cette liste d'exhaustive et estimons que le Conseil fédéral peut informer les CPE de tout autre développement de politique extérieure qu'il considère important. De plus, les CPE ou les autres commissions compétentes peuvent demander d'être informées ou consultées à tout moment selon l'art. 152, al. 5 LParl.

1532 Le Conseil fédéral peut refuser de transmettre les informations concernant «les procédures de co-rapport et les séances du Conseil fédéral» (let. a) et celles «qui sont classées secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'État ou du renseignement, ou dont la prise de connaissance par des personnes non autorisées peut porter un grave préjudice aux intérêts du pays» (let. b).

1533 Komm. ParlG-Tripet Cordier, Art. 152 N 18.

Droit de consultation

19 L'art. 152 al. 3 LParl établit une obligation de **consulter** les CPE sur les orientations principales de politique extérieure, sur les modifications prévues du réseau diplomatique et consulaire suisse à l'étranger et sur les directives ou lignes directrices concernant l'adoption ou la modification d'un mandat pour des négociations internationales importantes à la charge du Conseil fédéral. Celui-ci est également tenu d'informer les CPE de l'état d'avancement des travaux dans la perspective des orientations prises et desdites négociations. La formulation large de **négociations internationales importantes** englobe non seulement les négociations menées au sein d'organisations internationales[1534], mais aussi toutes les négociations bilatérales et multilatérales. La notion d'**orientations principales** est encore plus large et comprend également les normes juridiques souples[1535]. Cette notion a été précisée par l'art. 5b OLOGA[1536], entré en vigueur le 1er août 2016[1537]. Les «orientations principales» et les «négociations internationales importantes» sont des notions juridiques indéterminées et ne devraient donc pas être définies de manière abstraite, mais appréciées au cas par cas par les commissions et le Conseil fédéral[1538]. En cas de conflit entre le Conseil fédéral et les CPE sur une telle appréciation, les CPE peuvent à tout moment exiger du Conseil fédéral une consultation sur la base de l'art. 152 al. 5 LParl.

20 D'un côté, **un manque d'information et de consultation** suffisante des CPE, et naturellement de l'Assemblée fédérale dans son entier, a été allégué à plusieurs reprises par les membres concernés. Par exemple, de nombreuses interventions parlementaires ont reproché au Conseil fédéral de ne pas avoir suffisamment impliqué le Parlement dans l'élaboration des instruments de droit souple international et ont conduit à l'introduction de l'art. 5b OLOGA

1534.Telle a été la formulation de l'art. 47bisa, al. 3 de l'ancienne LREC.

1535.FF 2001 3438.

1536.RS 172.010.1.

1537.Cet article dresse une courte liste non-exhaustive de cas dans lesquels les CPE doivent être consultées : lorsque la mise en œuvre de recommandations ou de décisions d'organisations internationales ou d'organes multilatéraux nécessite une adoption ou une modification **importante** d'une loi fédérale ou lorsque la renonciation à la mise en œuvre desdits actes expose la Suisse à des préjudices économiques **importants**, à des sanctions, à l'isolement ou à une atteinte à sa réputation politique ou lorsqu'elle entraîne d'autres inconvénients graves pour la Suisse. Sur le critère de l'importance, voir Petrig, Democratic participation, p. 19 ; Hauri, p. 14 ; Rapport Soft Law, pp. 15-16.

1538.Tripet, Mitwirkung, p. 41.

susmentionné[1539]. Nonobstant, d'autres interventions parlementaires sur la même problématique ont été déposées dans le courant de l'année 2018 se focalisant particulièrement sur le Pacte ONU sur les migrations[1540]. A notre avis, ces différentes contestations n'ont pas été motivées uniquement par la nature juridique dudit instrument, mais également et surtout par la portée politique de son contenu.

De l'autre côté, la CPE du Conseil des États a **renoncé à s'exprimer** lorsque le Conseil fédéral l'a consultée lors de la dernière étape des négociations sur l'accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne en avril 2021. Les deux CPE ont été consultées au sujet de l'évaluation du Conseil fédéral selon laquelle les conditions pour la poursuite des négociations ou la signature de l'accord n'étaient pas réunies pour la Suisse[1541]. La CPE du Conseil des États a estimé qu'il revenait uniquement au Conseil fédéral de décider de l'éventuelle interruption, suspension ou poursuite des négociations en vertu du partage des compétences constitutionnel[1542]. La CPE du Conseil national s'est, quant à elle, prononcée et a exigé la poursuite des négociations avec l'adoption rapide d'un message à l'intention du Parlement[1543]. 21

Relations extérieures parlementaires

L'art. 24 al. 4 LParl précise que l'Assemblée fédérale «participe aux travaux d'assemblées parlementaires internationales et entretient des relations suivies avec les parlements étrangers». Les **relations extérieures parlementaires** sont traitées à l'art. 60 LParl et dans l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement (ORInt)[1544]. Le but de cette forme de participation n'est pas uniquement d'avoir un effet vers l'extérieur de l'Assemblée fédérale, mais également de permettre une implication plus efficace de celle-ci au processus décisionnel interne. L'Assemblée fédérale peut ainsi se présenter plus informée et compétente devant le Conseil fédéral grâce aux expériences internationales individuelles de ses membres[1545]. 22

1539 Initiative 14.433 Aeschi du 20 juin 2014 ; Initiative 14.474 Romano du 12 décembre 2014 ; Naef, pp. 1115-1119.

1540 A titre d'exemple, la motion 18.3378 CPE-CN du 18 mars 2018 et le postulat 18.4104 CPE-CE du 12 novembre 2018. Pour les développements ultérieurs, voir Rapport Soft Law et Petrig/Sinz, Rechtgutachten.

1541 Rapport accord-cadre, p. 31.

1542 Ibid, p. 32.

1543 Ibid.

1544 RS 171.117.

Aujourd'hui, les membres de l'Assemblée fédérale participent aux travaux de l'Union interparlementaire et aux assemblées parlementaires d'organisations internationales telles que le Conseil de l'Europe, l'OSCE, l'AELE, l'OTAN et l'Organisation internationale de la francophonie (art. 1 et 2 ORInt). L'art. 60 LParl prévoit la création de délégations parlementaires chargées d'entretenir les relations bilatérales avec les parlements étrangers. Actuellement, de telles délégations permanentes existent pour les relations avec les parlements de tous les États voisins (art. 4 ORInt). Ces différents contacts contribuent, d'un côté, à la démocratisation des organisations internationales et de l'autre, à la légitimité de la politique extérieure en permettant un exercice plus efficace du mandat de participation de l'Assemblée fédérale de l'art. 166 Cst.[1546].

d. Instruments de participation

23 **L'éventail d'instruments** au moyen desquels l'Assemblée fédérale participe à la définition de la politique extérieure est large. Le premier instrument à disposition est la loi fédérale (art. 164 Cst). Elle n'est cependant pas beaucoup utilisée en raison de la nature souvent imprévisible de la politique extérieure, ce qui engendre un besoin d'action rapide[1547]. Les arrêtés fédéraux, les arrêtés fédéraux simples, les décisions de principe et les planifications (art. 28 LParl) constituent des instruments plus adaptés pour «des actes ponctuels relevant de la conduite de l'État, pour les activités limitées dans le temps, pour les actes de procédure importants ou pour les décisions provisoires»[1548]. En outre, l'Assemblée fédérale peut se servir de diverses interventions parlementaires (art. 118 LParl) et décisions budgétaires[1549]. Enfin, les droits de participation, notamment le droit à l'information, sont concrétisés par divers rapports : les rapports du Conseil fédéral sur la stratégie de politique extérieure par législature (l'art. 148 al. 3bis LParl), les rapports annuels ordinaires du Conseil fédéral sur les activités de politique extérieure de la Suisse (l'art. 148 al. 3 LParl), les listes trimestrielles informant les CPE des activités de politique extérieure et européenne et les Commissions de l'économie et des redevances des activités de politique extérieure financière[1550] ainsi que d'autres rapports spécifiques ou thématiques.

1545 Lanz, p. 236 ; Moeri, p. 303 ; Komm. ParlG-Zehnder, Art. 60 N 23.
1546 SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 37 ; CR-Schmid, Art. 166 N 26.
1547 SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 23 ; Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 10.
1548 FF 1997 III 285 ; Ehrenzeller, Aussenpolitik, pp. 570 ss.
1549 CR-Schmid, Art. 166 N 24.

e. Effets de la participation

Il découle de l'art. 166 al. 1 Cst. **un droit et un devoir** du Conseil fédéral de prendre connaissance des différents avis de l'Assemblée fédérale et de les examiner au fond. Schmid parle d'une obligation de «réflexion sincère sur le contenu des prises de position de l'Assemblée fédérale et de ses commissions» à la charge du Conseil fédéral[1551]. Sans une telle prise en compte, les droits de participation de l'Assemblée fédérale ne seraient pas respectés[1552]. Le Conseil fédéral n'est toutefois pas obligé de suivre les avis de l'Assemblée fédérale; il peut s'en écarter lorsqu'il a dûment et concrètement pondéré les intérêts en jeu et lorsque les circonstances l'exigent[1553], mais doit alors justifier l'orientation de ses actions en politique extérieure.[1554]. 24

2. Surveillance des relations avec l'étranger

Selon l'art. 166 al. 1 Cst., l'Assemblée fédérale **surveille** les relations avec l'étranger. Au vu de la systémique de cet alinéa, un lien étroit entre la surveillance et la participation peut être déduit. La mention expresse de la surveillance à cet endroit démontre que le rôle de l'Assemblée fédérale ne se limite pas à un contrôle politique *a posteriori*, mais qu'il s'agit d'un aspect de la compétence générale de participation, à savoir une participation proactive de l'Assemblée fédérale[1555]. 25

La surveillance («Beaufsichtigung») ne vise pas uniquement la manière dont le Conseil fédéral gère les affaires étrangères, cet aspect faisant déjà objet de la haute surveillance de l'Assemblée fédérale (art. 169 Cst.), mais également les relations de la Suisse avec l'étranger de manière générale, y compris les activités des différents acteurs publics dans le domaine, dont celles des cantons (art. 56 Cst.) et sa propre politique extérieure (art. 24 al. 4 LParl)[1556]. Nous partageons l'avis d'Aubert selon lequel le verbe **«veiller»** aurait été plus approprié, en ce sens que l'Assemblée fédérale doit «veiller» à ce que les relations avec l'étranger soient «aussi bonnes que possible» globalement[1557]. 26

1550 Rapport Soft Law, p. 16.
1551 CR-Schmid, Art. 166 N 27.
1552 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 12.
1553 Ehrenzeller, Aussenpolitik, pp. 293 ss.
1554 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 12.
1555 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 22.
1556 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 22 ; SGK BV-Ehrenzeller, Art. 166 N 32.

Son rôle ne se limite pas à une observation passive, en ce sens qu'elle doit «soigner» ces relations lorsqu'elle agit elle-même[1558]. Par ailleurs, l'Assemblée fédérale veille à sa propre participation effective à la définition de la politique extérieure[1559].

B. Approbation des traités internationaux (al. 2)

27 L'art. 166 al. 2 Cst. prévoit un droit de participation spécial particulièrement étendu de l'Assemblée fédérale en matière d'affaires étrangères[1560]. En principe, il appartient à l'Assemblée fédérale d'**approuver** les traités internationaux avant leur ratification par le Conseil fédéral[1561]. Ce rôle du législatif d'approuver le droit «dur» international s'assimile à la fonction principale de l'organe législatif, à savoir l'élaboration du droit[1562]. Une exception au principe précité concerne les traités dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international.

1. Généralités

28 Le champ d'application matériel de l'art. 166 al. 2 Cst. se limite aux **traités internationaux**. Un traité est un accord international entre deux ou plusieurs sujets de droit international public (États et organisations internationales) par lequel ceux-ci expriment leurs volontés concordantes et créent ainsi, à leur bénéfice ou à leur charge, des droits ou des obligations régis par le droit international[1563]. Selon la doctrine majoritaire, l'art. 166 al. 2 Cst. s'applique uniquement aux traités internationaux au sens étroit et non aux décisions des organisations internationales ou au droit souple[1564]. Il convient toutefois de mentionner que certains instruments internationaux ne correspondant pas à cette définition de traité international ont déjà été soumis à l'approbation de

1557 Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 11.
1558 Ibid. ; FF 1996 II 464-465.
1559 CR-Schmid, Art. 166 N 29.
1560 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 24.
1561 Art. 184, al. 2 Cst.
1562 Rapport CPA, p. 19.
1563 Guide, p. 4 ; Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 13.
1564 CR-Schmid, Art. 166 N 33. Doctrine minoritaire notamment: Petrig, Genehmigung, pp. 131 ss; Hangartner/Kley, Demokratische Rechte, N 1068.

l'Assemblée fédérale, par exemple le Pacte mondial sur les migrations de l'ONU, un instrument de droit souple[1565].

A la différence de la signature, de la ratification et de la dénonciation, l'approbation est l'expression d'un consentement explicite à travers un acte de droit national rendu dans le cadre de la procédure de décision interne[1566]. Du point de vue juridique, l'approbation n'est pas un mandat, mais une simple **autorisation de ratification**[1567]. Cela signifie que le Conseil fédéral peut ne pas ratifier un traité malgré une approbation préalable de l'Assemblée fédérale. Cependant, des différences dogmatiques existent dans la doctrine. Schmid estime que l'approbation contient une autorisation de ratification pour le Conseil fédéral mais qu'au vu de l'art. 184 al. 1 Cst. celui-ci peut y renoncer, notamment en cas d'évolution majeure de la situation factuelle[1568]. Epiney, quant à elle, considère que l'approbation constitue une obligation de ratification, mais que des exceptions en cas de changement substantiel de circonstances sont envisageables[1569]. 29

La question de la participation du Parlement à la **conclusion, modification et dénonciation** des traités internationaux s'inscrit dans le cadre d'une des problématiques centrales du droit constitutionnel de ces dernières années, à savoir comment rendre le droit international plus démocratiquement légitime et mieux y associer le pouvoir législatif. En 2019, ce débat a conduit à l'adoption de la nouvelle Loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux[1570] qui est traitée au point 4 de la présente section. 30

2. Approbation par l'Assemblée fédérale (procédure dite ordinaire)

L'**approbation** intervient entre le moment de la signature et la ratification du traité par le Conseil fédéral. Elle prend la forme d'un arrêté fédéral soumis au 31

1565 À la suite des motions CIP-CN 18.4093, CIP-CE 18.4103 et CPE-CE 18.4106. L'examen du Pacte ONU sur les migrations par l'Assemblée fédérale a été suspendu en attendant les résultats des travaux de la sous-commission sur le droit souple. Selon la Dépêche ATS du 8 juin 2021, le rapport de la sous-commission aurait dû être publié dans le courant de l'année 2022.

1566 CR-Schmid, Art. 166 N 32 ; Ehrenzeller, Aussenpolitik, pp. 456 ss.

1567 FF 1997 I 400 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 166 N 8 ; Petit Comm.-Aubert, Art. 166 N 14 ; Lanz, p. 183.

1568 CR-Schmid, Art. 166 N 37.

1569 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 28.

référendum obligatoire si le traité porte sur l'adhésion de la Suisse à une organisation de sécurité collective ou à une communauté supranationale (art. 140 al. 1 let. b Cst.), ou d'un arrêté fédéral soumis au référendum facultatif lorsque le traité a une durée indéterminée et n'est pas dénonçable, prévoit l'adhésion à une organisation internationale, contient des dispositions importantes fixant des règles de droit (art. 22 al. 4 LParl) ou lorsque sa mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141 al. 1 let. d Cst.). Dans tous les autres cas, il s'agit d'un arrêté fédéral simple (art. 24 al. 3 LParl).

32 Le 6 décembre 2021, le Conseil national a rejeté un **projet de révision de la Constitution** visant à étendre le référendum obligatoire aux traités internationaux comportant des dispositions de rang constitutionnel ou dont la mise en œuvre exige une modification de la Constitution. Ce cas d'application du référendum obligatoire faisait déjà partie du droit constitutionnel non écrit selon une interprétation largement répandue[1571]. Le projet de révision a été proposé à la suite de l'adoption de la motion 15.3557 Caroni[1572] par le Parlement qui se référaient, quant à elle, au rapport établi en exécution du postulat 13.3805[1573] dans lequel le Conseil fédéral soutenait l'idée d'un référendum obligatoire pour les traités internationaux à caractère constitutionnel[1574]. Selon le conseiller national Caroni l'inscription de ce droit populaire dans la Constitution ne créait pas un nouveau cas d'application du référendum obligatoire, mais introduisait simplement du droit constitutionnel non écrit déjà existant afin de garantir la clarté et la sécurité du droit[1575]. Cependant, il ne peut pas être exclu que la motion 15.3557 Caroni et l'avant-projet étaient motivés également par l'absence de référendum avant la ratification de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en 1974 et les nombreux développements que celle-ci a entraînés en droit suisse[1576]. En 2018, Schmid a

1570.RO 2019 3119.

1571.FF 2020 1195 ; Dépêche ATS du 6 décembre 2021.

1572.Motion 15.3557 Caroni du 15 juin 2016 «Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel».

1573.Postulat 13.3805 Groupe Libéral-Radical du 25 septembre 2013 «Établir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse».

1574.Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805, Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, du 12 juin 2015.

1575.Motion 15.3557 Caroni du 15 juin 2016 «Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel».

1576.Schmid, Prise de position, p. 2 ; FF 2015 353.

considéré que la modification du référendum obligatoire n'était pas une solution adéquate au malaise général concernant l'entrelacement normatif entre le droit national suisse et le droit international[1577]. Elle a par ailleurs estimé que la nouvelle formulation de l'art. 140 Cst.[1578] telle que proposée par le Conseil fédéral aurait posé plusieurs problèmes d'interprétation ainsi qu'un risque d'introduction d'un référendum obligatoire pour tous les traités portant sur des droits fondamentaux[1579].

33 Suivant les débats parlementaires dans les deux chambres, l'Assemblée fédérale peut **soit accepter, soit rejeter** le traité, c'est-à-dire soit octroyer, soit rejeter l'approbation lors du vote final. Cette dernière doit porter sur l'entièreté du traité et être sans conditions[1580]. Dans la mesure où des réserves sont autorisées par le traité et par les règles générales du droit international (art. 19 CVDT[1581]), l'Assemblée fédérale peut approuver un traité à condition qu'une réserve soit émise lors de la ratification par le Conseil fédéral[1582].

34 L'art. 141a Cst. dispose que les arrêtés portant approbation d'un traité international soumis au référendum obligatoire ou facultatif peuvent contenir également des **modifications** constitutionnelles respectivement législatives liées à la mise en œuvre du traité. La question de savoir si l'Assemblée fédérale peut intégrer d'autres éléments («enrichissements») que l'approbation proprement dite, tels que des modalités d'application ou d'interprétation du traité, dans un arrêté simple est controversée. A ce propos, Epiney estime qu'en raison du monisme suisse, les traités acquièrent force obligatoire également en droit interne dès leur entrée en vigueur au niveau international et que de telles déclarations d'interprétation ne seraient pas contraignantes pour les tribunaux[1583]. Schmid considère, quant à elle, que l'art. 166 al. 2 Cst.

1577. Schmid, Prise de position, p. 2.

1578. «1 Sont soumis au vote du peuple et des cantons :bbis. les traités internationaux dont la mise en œuvre exige une modification de la Constitution ou qui comportent des dispositions de rang constitutionnel dans l'un des domaines mentionnés ci-après:1. le catalogue des droits fondamentaux, la nationalité suisse, les droits de cité ou les droits politiques ;2. les rapports entre la Confédération et les cantons ou les compétences de la Confédération ;3. le régime des finances ;4. l'organisation ou les compétences des autorités fédérales.», FF 2020 1195.

1579. Pour plus de détails, voir Schmid, Prise de position, p. 3-5.

1580 Baumann, p. 383 ; Biaggini, Komm. BV, Art. 166 N 11 ; BSK BV-Epiney, Art. 166 N 25 ; CR-Schmid, Art. 166 N 35; Monnier, p. 215; Wildhaber, p. 138.

1581. RS 0.111.

1582 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 25 ; CR-Schmid, Art. 166 N 35 ; Guide, p. 25.

vise uniquement l'approbation des traités internationaux et non pas les modalités de leur application ou interprétation[1584].

35 L'**effet** de l'approbation d'un traité international par l'Assemblée fédérale n'est pas une obligation à la charge du Conseil fédéral[1585]. En vertu de l'art. 184 al. 2 Cst., il appartient au Conseil fédéral de ratifier ou non par la suite ledit traité, tout en motivant son choix[1586]. De plus, l'Assemblée fédérale ne peut pas obliger le Conseil fédéral à ratifier (ou à ne pas ratifier) un traité par voie de motion, de postulat ou d'initiative même lorsque l'arrêté d'approbation a été valablement adopté, dû à la nature purement habilitante de ce dernier et aux limites des effets de ces instruments[1587]. Au niveau international, le non-respect d'une disposition de droit interne concernant la compétence pour conclure un traité telle que l'art. 166 al. 2 Cst. n'invalide pas la ratification, à moins que «cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de droit interne d'importance fondamentale» (art. 46 CVDT).

36 Selon l'art. 7b LOGA[1588], le Conseil fédéral peut décider d'appliquer un traité dont l'approbation relève de la compétence de l'Assemblée fédérale **à titre provisoire** sans cette dernière lorsque «la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent» (al. 1) et si les commissions compétentes des deux conseils ne s'y opposent pas (al. 1bis). Lammers, Schenker et Schmid parlent alors d'un véritable droit de veto des commissions parlementaires[1589]. Le Conseil fédéral doit soumettre un projet d'arrêté d'approbation au Parlement dans les six mois, faute de quoi l'application à titre provisoire prend fin (al. 2).

3. Conclusion par le Conseil fédéral seul (procédure dite simplifiée)

37 L'art. 166 al. 2 Cst. *in fine* habilite le Conseil fédéral à conclure des traités internationaux sans l'approbation de l'Assemblée fédérale dans deux cas de

1583 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 26 ; Pour une approche nuancée, voir Biaggini, Komm. BV, Art. 166 N. 11.

1584 CR-Schmid, Art. 166 N 36.

1585 Baumann, p. 371 ; CR-Schmid, Art. 166 N 38 ; Wildhaber, p. 139.

1586 Ehrenzeller, Aussenpolitik, p. 476. Epiney estime que le Conseil fédéral a l'obligation fondamentale de ratifier après l'approbation du Parlement avec une possibilité d'y renoncer provisoirement pour des «vertrebare Gründe» ; BSK BV-Epiney, Art. 166 N 28.

1587 ATF 139 V 263, consid. 7.2; Lanz, p. 184.

1588 RS 172.010.

1589 Lammers, p. 12 ; Schenker, p. 226; CR-Schmid, Art. 166 N 40.

figure: lorsque cela est prévu par une loi fédérale ou un traité international (clause de délégation, art. 7a al. 1 LOGA), ou lorsque le traité international est de portée mineure (art. 7a al. 2 LOGA). Grâce à cette **compétence propre** de conclure des traités[1590], le Conseil fédéral peut indépendamment engager la Suisse sur le plan international. Malgré le fait que la procédure simplifiée constitue l'exception au principe, elle représente la majeure partie des cas en pratique[1591].

38 L'art. 166 al. 2 Cst. reflète le principe selon lequel les dispositions importantes au niveau fédéral sont édictées par l'Assemblée fédérale (art. 164 Cst.) et vise à assurer la **légitimité démocratique** des traités conclus par le Conseil fédéral seul en exigeant que la compétence propre du Conseil fédéral repose sur un traité ou une loi fédérale que l'Assemblée fédérale a respectivement déjà approuvé ou adoptée[1592].

39 Le premier cas de figure de la procédure simplifiée (et le plus répandu[1593]) est précisé à l'art. 7a al. 1 LOGA. Un grand nombre de traités internationaux[1594] et de lois spéciales[1595] contiennent des **clauses de délégation** permettant au Conseil fédéral de conclure un traité seul. Lesdites clauses ne doivent pas octroyer une autorisation générale au Conseil fédéral de conclure lui-même des traités internationaux et doivent donc être suffisamment délimitées et précises[1596].

40 Le Conseil fédéral peut également conclure seul des traités internationaux **de portée mineure**, conformément à l'art. 7a al. 2 LOGA. Schmid considère que cet alinéa constitue une clause générale subsidiaire par rapport à l'al. 1, en ce sens qu'il fonde la compétence autonome du Conseil fédéral lorsqu'il n'existe pas de base légale spéciale[1597]. L'al. 3 dudit article énumère de manière non-exhaustive les traités pouvant être qualifiés de portée mineure (définition positive, let. a à c). L'al. 4 dresse une liste également exemplative des cas dans

1590 Guide, p. 26.
1591 FF 2012 6959, 6969 ; Lanz, p. 185.
1592 CR-Schmid, Art. 166 N 42.
1593 SGK BV-Thürer, Art. 166 N 43.
1594 Par exemple, art. 25 de l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Monténégro sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité (RS 0.360.573.1).
1595 Par exemple, art. 100 LEI (RS 142.20).
1596 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 31 ; CR-Schmid, Art. 166 N 42 ; Lanz, p. 186.
1597 CR-Schmid, Art. 166 N 44.

lesquels la portée mineure est exclue (définition négative, let. a à c)[1598]. Le Conseil fédéral reste toutefois libre de soumettre ces traités à l'Assemblée fédérale.

41 La compétence de conclure les traités internationaux peut être **déléguée** par l'Assemblée fédérale au Conseil fédéral (art. 7a al. 1 LOGA), mais aussi aux unités administratives subordonnées. Le Conseil fédéral, quant à lui, peut également déléguer sa compétence de conclure des traités seul à un département (art. 48a al. 1 1ère phrase LOGA)[1599], à un groupement ou à un office en présence d'une base légale expresse ou d'un traité de portée mineure (art. 48a al. 1 2ème phrase LOGA)[1600].

4. Modification et dénonciation

42 La nouvelle **Loi fédérale sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux** est entrée en vigueur le 2 décembre 2019[1601]. En doctrine, il a été question de savoir si la notion d'«approbation» au sens de l'art. 166 al. 2 Cst. englobait déjà la dénonciation et si, autrement, une modification constitutionnelle aurait été nécessaire[1602].

43 Le cœur de cette modification législative se trouve à l'art. 24 al. 2 LParl, selon lequel l'Assemblée fédérale «approuve la conclusion, **la modification ou la dénonciation** des traités internationaux dans la mesure où le Conseil fédéral n'est pas autorisé à les conclure, modifier ou dénoncer seul en vertu des art. 7a et 7b^bis LOGA». En vertu du principe de l'acte contraire, les compétences sont parallèles en matière de conclusion et de modification ou dénonciation de traités internationaux[1603]. Il s'agit d'une importante clarification de la situation juridique au niveau de la loi car le Conseil fédéral considérait

---

1598 FF 2012 6986.

1599 JAAC 70.69 (2006 IV), C.2 : «Une norme générale et abstraite prévue dans une ordonnance ou une autorisation individuelle ou collective concrète sous la forme d'un arrêté du Conseil fédéral est nécessaire à cet effet».

1600 Guide, p. 26.

1601 RO 2019 3119. Pour plus de développements sur l'absence de réglementation explicite avant 2019, voir Lanz, pp. 193 ss, CR-Schmid, Art. 166 N 53.

1602 En faveur d'une modification constitutionnelle, voir Lanz, p. 200 et Chiariello, p. 5. Pour un parallélisme limité déduit des art. 166 et 184 Cst., voir CR-Schmid, Art. 166 N 55 ss, Art. 184 N 15-17.

1603 FF 2018 3599.

auparavant que la dénonciation de traités relevait de sa compétence exclusive en vertu de la Constitution[1604]. Étant donné qu'une partie considérable des traités internationaux fondent des droits et des obligations individuels, il était crucial que la modification et la dénonciation bénéficient d'une légitimité démocratique suffisante. Un déplacement dans la répartition des compétences en faveur du Parlement qui suit la tendance actuelle vers une plus grande implication de celui-ci dans la politique extérieure a été clairement formulé. Ainsi, la modification ou la dénonciation doit, en principe, être approuvée par l'Assemblée fédérale avec une potentielle soumission au référendum selon les critères constitutionnels pertinents pour la conclusion qui s'appliquent par analogie. L'approbation de la dénonciation ou de la modification constitue donc une autorisation donnée au Conseil fédéral d'exécuter l'acte en vertu du droit international. La question de l'exigence de l'approbation de l'Assemblée fédérale doit être réexaminée à chaque modification ou dénonciation en fonction de son importance matérielle, même lorsque cette modification est prévue dans le texte de base (parallélisme des compétences selon l'importance du contenu ou parallélisme matériel)[1605]. Suivant l'art. 24 al. 2 LParl, le Conseil fédéral peut donc modifier ou dénoncer un traité de manière autonome selon les critères des art. 7a al. 1 et 7b al. 1bis et 2 LOGA. Il convient de souligner que l'art. 7a al. 1bis LOGA prévoit un cas de dénonciation autonome par le Conseil fédéral qui n'est pas parallèle aux cas de conclusion ou modification, en ce sens que le Conseil fédéral peut dénoncer des traités internationaux également lorsque «la Constitution prescrit leur dénonciation»[1606], par exemple en cas d'acceptation d'une initiative populaire[1607].

Le nouvel art. 7b^{bis} LOGA prévoit le cas de la **dénonciation urgente**. Le Conseil fédéral peut dénoncer un traité sans l'approbation de l'Assemblée fédérale, même lorsque cette approbation est en principe requise, si «la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière 44

1604 Avis du Conseil fédéral du 25 février 2015 relatif à l'interpellation Schneider-Schneiter 14.4249 du 12 décembre 2014 « Protection des droits politiques ».

1605 FF 2018 3603 ; CR-Schmid, Art. 166 N 48 et 53 ; Lanz, p. 197.

1606 «Ce principe s'applique uniquement aux dispositions constitutionnelles directement applicables qui ne laissent aucune marge de manœuvre quant à la détermination de la nécessité d'une dénonciation», Communiqué de presse CIP-E.

1607 Tel aurait été le cas si, par exemple, l'initiative populaire fédérale «Pour une immigration modérée (initiative de limitation)» avait été acceptée en 2020.

l'exigent» (al. 1)[1608] et si aucune des commissions parlementaires compétentes ne s'y oppose (art. 7b^{bis} LOGA, art. 152 al. 3bis LParl). Les commissions compétentes disposent donc d'un droit de veto. Cette procédure permet au Conseil fédéral d'agir rapidement et de dénoncer un traité international définitivement[1609].

45 L'art. 166 al. 2 Cst. n'octroie pas à l'Assemblée fédérale la compétence d'**imposer** au Conseil fédéral la dénonciation d'un traité. L'Assemblée fédérale peut toutefois lui demander de procéder à une dénonciation au moyen de ses compétences générales au sens de l'art. 166 al. 1 Cst., telles qu'une motion, sans que le Conseil fédéral ne soit obligé d'y donner suite[1610]. Ainsi, nous estimons qu'au vu du principe de l'acte contraire et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale ne devrait pas contraindre le Conseil fédéral à dénoncer les traités existants ou lui interdire de rompre les négociations par le biais d'une éventuelle nouvelle Loi fédérale sur la poursuite et la facilitation des relations entre la Confédération suisse et l'Union européenne[1611].

5. Rapport annuel

46 L'art. 48a al. 2 LOGA prévoit que le Conseil fédéral **rende annuellement compte** à l'Assemblée fédérale des traités conclus, modifiés et dénoncés par lui seul, ses départements, les groupements ou les offices. Une section spécifique pour les traités internationaux de la Direction du droit international public du DFAE coordonne la soumission du rapport annuel à

1608 Cet alinéa exprime la même idée que l'art. 184, al. 3 Cst. selon lequel «le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires» lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige.

1609 Lanz exprime des doutes quant à la nécessité et la pertinence de la réglementation de la dénonciation urgente. Premièrement, il rappelle qu'aucun traité important n'a été dénoncé en Suisse et qu'il est peu probable qu'un traité important devienne soudainement aussi problématique qu'une procédure parlementaire accélérée et un éventuel référendum ne puissent être attendus. Secondement, selon cet auteur, le Conseil fédéral et les commissions agiraient alors comme l'organe législatif *de facto* et enfreindraient l'art. 153, al. 3 Cst., une confirmation ultérieure des Chambres étant vidée de son sens car la dénonciation est définitive en droit international ; Lanz, p. 201. Pour les conséquences de droit international d'un non-respect du droit national lors de la dénonciation d'un traité, voir Woolaver.

1610 BSK BV-Epiney, Art. 166 N 14 ; Blum/Naegeli/Peters, p. 551 ; CR-Schmid, Art. 166 N 58; Lanz, pp. 201-202.

1611 Voir N 9; ATF 139 V 263, consid. 7.2.

l'Assemblée fédérale. Par conséquent, l'Assemblée fédérale bénéficie d'un droit de regard sur les accords conclus par le Conseil fédéral[1612]. Cette procédure de contrôle lui permet de vérifier si chaque traité conclu relève effectivement de la seule compétence du Conseil fédéral, notamment s'il s'agit d'un traité de portée mineure. En cas de désaccord, l'Assemblée fédérale peut demander une approbation *a posteriori* par voie de motion[1613]. Dans ce cas, le traité reste applicable pendant la procédure parlementaire et doit être dénoncé dans les plus brefs délais en cas de rejet par le Parlement[1614]. Toutefois, en pratique, les risques pour l'image et la réputation de la Suisse à l'échelle internationale à la suite d'une telle dénonciation ne doivent guère être négligés. Cela s'explique notamment par le fait qu'un traité conclu sans respecter les normes nationales relatives à la compétence pour conclure reste valablement conclu au regard du droit international et que de nombreux traités ne permettent simplement pas la dénonciation.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Berne 2005.

Ehrenzeller Bernhard, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung: Eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (éds.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, pp. 703–731.

Ehrenzeller Bernhard, Bundesversammlung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 1699–1721.

Epiney Astrid/Kern Markus, Aussenverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 2151–2182.

1612. Lammers, p. 7.

1613. Guide, p. 28. Cela a presque été le cas d'un accord entre les autorités de poursuite pénale de la Suisse et des États-Unis d'Amérique ; Motion 03.3577 CPE-CN du 11 novembre 2003.

1614. Ibid.

Glaser Andreas/Müller Carla, Die Mitwirkung der Bundesversammlung beim Abschluss völkerrechtlicher Vorträge, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Vienne 2017, pp. 25–42.

Künzli Jörg, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, Revue de droit suisse vol. 128, no. 1, 2009, pp. 47–75.

Langer Lorenz, Die demokratische Kontrolle von Kompetenzübertragungen an inter- und supranationale Institutionen, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (éds.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz, Vienne 2017, pp. 61–79.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, thèse, Zürich 2020.

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/ Schindler Benjamin (éds.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, pp. 999–1023.

Petrig Anna, Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, in: Revue suisse de droit international et européen vol. 25, no. 4, 2015, pp. 507–537.

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema «Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», im Auftrag der PVK, Bâle 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/01-02-22-Rechtsgutachten%20Prof.%20Petrig%20definitiv.pdf.

Sägesser Thomas, Parlamentarische Informations- und Konsultationsrechte, in: Pratique juridique actuelle, 2002, pp. 382 ss.

A PROPOS DE L'AUTEURE

Jelena Protic est assistante diplômée en droit international public au Centre de droit comparé, européen et international de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne. Elle mène actuellement des recherches en vue d'obtention du titre de docteure en droit sur la participation de l'Assemblée fédérale à l'élaboration des instruments juridiques internationaux non-contraignants. Madame Protic

est titulaire d'un MLaw et d'un BLaw en droit de l'Université de Lausanne. De 2019 à 2021, elle a travaillé au sein de la Direction du droit international public (DDIP) du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE).

L'auteure tient à remercier la Prof. Evelyne Schmid et Dr. Constance Kaempfer ainsi que la Prof. Odile Ammann et Dr. Stefan Schlegel de l'*Onlinekommentar* pour leurs suggestions et leurs relectures minutieuses.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Art. 166, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Bâle/Genève 2003.

Autonomie suisse, La position de la Suisse dans les négociations en péril: le Conseil des États doit rectifier la décision du Conseil national, Communiqué de presse, 21 mars 2022, https://www.autonomiesuisse.ch/assets/Medien/Medienmitteilungen/20220321/autonomiesuisse_communique_de_presse_20220321.pdf, consulté le 20 avril 2022.

Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution Assemblée fédérale, Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral Avis du Conseil fédéral du 9 juin 1997, FF1997 III 1312, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/3__1312_/fr, consulté le 7 février 2022.

Avis du Conseil fédéral du 25 février 2015 relatif à l'interpellation Schneider-Schneiter 14.4249 du 12 décembre 2014 «Protection des droits politiques».

Baumann Robert, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, thèse, Zürich 2002.

Biaggini Giovanni, Art. 166 BV, in: Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2ème éd., Zürich 2017.

Blum Nina/Naegeli Vera/ Peters Anne, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 114(10), 2013.

Chiariello Elisabeth, Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, Eine Skizze der neuen Zuständigkeitsregel, in: LeGes 31 (2020) 2.

Communication de la Direction du droit international public du DFAE et de l'Office fédéral de la justice du DFJP du 14 juin 2006, La compétence des unités administratives pour conclure et dénoncer des instruments internationaux, Droit et pratique suisses, JAAC 70.69 (2006 IV), https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_006_JAAC-70-69--_2006-06-14.pdf, consulté le 23 février 2022.

Communiqué de presse de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 17 mai 2018, Dénonciation ou modification de traités internationaux: clarifier les compétences, https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-s-2018-05-17.aspx?lang=1036, consulté le 21 avril 2022 (Communiqué de presse CIP-E).

Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»), Rapport du Conseil fédéral du 26 juin 2019 en réponse au postulat 18.4104, Commission de politique extérieure CE, 12 novembre 2018, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57589.pdf, consulté le 1er février 2022 (Rapport Soft Law).

Département fédéral de justice et police, Réforme de la Constitution fédérale, Résultats de la procédure de consultation, 1996, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber-f.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf, consulté le 15 avril 2022 (Résultats).

Dépêche ATS, Vers une suspension de l'examen du Pacte sur les migrations, le 8 juin 2021, https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/2021/20210608114946529194158159038_bsf073.aspx, consulté le 14 février.

Dépêche ATS, Délibérations au Conseil national, le 6 décembre 2021, Pas de référendum obligatoire appliqué aux traités, https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200016, consulté le 22 septembre 2022.

Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Berne 2005.

Direction du droit international public DDIP, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, 2015, https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_fr.pdf, consulté le 22 février 2022 (Guide).

Ehrenzeller Bernhard, Legislative Gewalt und Aussenpolitik: eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich, Habilitation, Basel 1993 (Aussenpolitik).

Ehrenzeller Bernhard/Thürer Daniel/Isliker Franziska, Art. 166 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (éds), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014 (nouvelle édition en préparation, paraît en décembre 2022).

Epiney Astrid, Art. 166 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Friesenhahn Ernst, Parlament und Regierung im modernen Staat: Die Organisationsgewalt, in: Friesenhahn Ernst/Köttgen Arnold/Ermacora Felix (éds.), Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Berlin am 10. und 11. Oktober 1957, Berlin 1958.

Hauri Milène, Soft Law international: Rapport du Conseil fédéral, in: Jusletter 2020.

Initiative 14.433 Aeschi du 20 juin 2014 «Recommandations et décisions de l'OCDE et de ses organismes spécialisés. Obligation d'informer et de consulter la commission législative compétente».

Initiative 14.474 Romano du 12 décembre 2014 «Sauvegarder les compétences du Parlement en matière de politique étrangère et de législation».

Initiative 21.480 CPE-CN du 25 juin 2021 «Loi fédérale sur la poursuite et la facilitation des relations entre la Confédération suisse et l'Union européenne».

Lammers Guillaume, Traités internationaux: leur conclusion selon la procédure simplifiée et leur application provisoire suite à la révision législative du 26 septembre 2014, in: Jusletter 2015.

Lanz Matthias, Bundesversammlung und Aussenpolitik, Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Mitwirkung, thèse, Zürich 2020.

Linder Wolf, Swiss Legislation in the Era of Globalisation: A Quantitative Assessment of Federal Legislation (1983-2007), in: Swiss Political Science Review, mai 2014, pp. 223–231.

Lüthi Ruth, Die Stellung der Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, in: LeGes 14 (2003) 2.

Maroonian Anaïs/Kolb Robert, Art. 54, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 7 février 2022.

Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 concernant la loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement), FF 2012 6959, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1138/fr, consulté le 23 février 2022.

Message du Conseil fédéral du 15 janvier 2020 concernant le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel (Modification de l'art. 140 de la Constitution), FF 2020 1195, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/271/fr, consulté le 22 septembre 2022.

Moeri Jacqueline B., Die Kompetenzen der schweizerischen Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten, Saint-Gall 1990.

Monnier Jean, Principes constitutionnels de la politique étrangère suisse, in: Revue de droit suisse no. 2, 1986.

Motion 03.3577 CPE-CN du 11 novembre 2003 «Approbation par le Parlement de l''Operative Working Arrangement' entre les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des États-Unis d'Amérique».

Motion 15.3557 Caroni du 15 juin 2016 «Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel».

Motion 18.3378 CPE-CN du 18 mars 2018 «Rapports établis par des organisations internationales sur la Suisse. Implication du Parlement dans la procédure de consultation».

Naef Francesco, Soft Law und Gewaltenteilung, in: Pratique juridique actuelle no. 8, 2015.

Petrig Anna, Democratic Participation in International Lawmaking in Switzerland after the 'Age of Treaties', in: Aust Helmut Philipp/Kleinlein Thomas (éds.), Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries, Cambridge 2021 (Democratic participation).

Petrig Anna, Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt? Eine Untersuchung anhand von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 78 (1) 2018 (Genehmigung).

Petrig Anna/Sinz Mareike, Rechtsgutachten zum Thema «Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law», im Auftrag der PVK, Bâle 2021, https://www.parlament.ch/centers/documents/de/01-02-22-Rechtsgutachten%20Prof.%20Petrig%20definitiv.pdf, consulté le 1er mars 2022 (Rechtsgutachten).

Postulat 13.3805 Groupe Libéral-Radical du 25 septembre 2013 «Établir un rapport clair entre le droit international et le droit suisse».

Postulat 18.4104 CPE-CE du 12 novembre 2018 «Consultation et participation du Parlement dans le domaine du droit souple («soft law»)».

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995, La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, FF 1996 II 413, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/2__413_/fr, consulté le 18 mars 2022.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001, Initiative parlementaire, Loi sur le Parlement (LParl), FF 2001 3298, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/639/fr, consulté le 8 février 2022.

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives du 19 novembre 2014, FF 2015 353, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2015/7/fr, consulté le 22 septembre 2022.

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 13.3805, Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne, du 12 juin 2015, https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133805/Bericht%20BR%20F.pdf, consulté le 22 septembre 2022.

Rapport du Conseil fédéral relatif aux négociations sur un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE du 26 mai 2021, https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/66827.pdf, consulté le 21 avril 2022 (Rapport accord-cadre).

Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des États du 1er décembre 2021, Participation du Parlement dans le domaine du droit souple, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Bericht%20PVK%20definitiv%20F.pdf, consulté le 15 mars 2022 (Rapport CPA).

Sägesser Thomas, Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz, in: LeGes 14 (2003) 2.

Schenker Claude, L'application provisoire des traités: droit et pratique suisses, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25 (2015) 2.

Schmid Evelyne/Altwicker Tilmann, International Law and (Swiss) Domestic Law-Making Processes, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 25 (2015) 4.

Schmid Evelyne, Art. 166, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Schmid Evelyne, Procédure de consultation concernant l'avant-projet de référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel, Prise de position à destination du Service juridique et législatif du Canton de Vaud, Lausanne 2018, https://serval.unil.ch/resource/

serval:BIB_5E3D512733D6.P001/REF.pdf, consulté le 22 septembre 2022 (Prise de position).

Secrétariat des Commissions de politiques extérieure, Note relative à la participation des Chambres fédérales dans le domaine de la politique extérieure, https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/mitwirkung-aussenpolitik-apk-f.pdf, consulté le 4 mars 2022.

Tripet Florent Manuel, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, in: Cahier de l'IDHEAP, Lausanne 2012 (Mitwirkung).

Tripet Florent, Art. 152 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Wildhaber Luzius, Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat, in: Riklin Alois/Partsch Karl Josef/Probst Raymond (éds.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Berne 1992.

Woolaver Hannah, From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal, European Journal of International Law vol. 30, no. 1, 2019, pp. 73–104.

Zehnder Daniel, Art. 60 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Zellweger Valentin, Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen, LeGes 10 (1999) 3.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 170 Cst.

Un commentaire de Carl Jauslin / Gabriel Gertsch

PROPOSITION DE CITATION

Carl Jauslin/Gabriel Gertsch, Commentaire de l'art. 170 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Jauslin/Gertsch, art. 170 Cst. N. XXX.

Art. 170 Évaluation de l'efficacité

L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation.

TABLE DES MATIÈRES

But, systématique, genèse et terminologie 1383
I. Contexte 1385
A. Principes fondamentaux 1385
B. Évaluation et législation 1387
C. Comparaison juridique 1388
II. Commentaire au sens strict 1390
A. Destinataire (« L'Assemblée fédérale... ») 1390
B. Mandat (« veille à ce que ... ») 1392
C. Objet («...les mesures de la Confédération...») 1393
D. Critère (« ... sur leur efficacité... ») 1395
E. Étendue (« ... être examinées. ») 1397
1. Méthodes et instruments 1397
2. Moment 1398
3. Relation avec la haute surveillance 1401
III. Mise en œuvre 1401
A. Formes d'évaluation 1401
B. Normes d'évaluation 1403
C. Clauses d'évaluation 1403
IV. L'efficacité comme principe constitutionnel ? 1403
Lectures complémentaires recommandée 1410
Bibliographie 1411
Matériaux 1419

BUT, SYSTÉMATIQUE, GENÈSE ET TERMINOLOGIE

But. L'art. 170 Cst. charge l'Assemblée fédérale de veiller à ce que les effets des mesures prises par l'État soient examinés. Ces effets doivent être mesurés à l'aide d'analyses méthodologiques (examens d'efficacité ou évaluations). Les organes constitutionnels doivent ainsi disposer des bases nécessaires pour pouvoir exercer leurs tâches de direction de l'État (en particulier les art. 163 à 173 Cst. et les art. 180 à 187 Cst.) de la manière la plus efficace possible. Les examens d'efficacité doivent déclencher des processus d'apprentissage en intégrant les conclusions dans les décisions futures, en particulier dans la législation. L'efficacité de l'action étatique doit contribuer à sa légitimation (« légitimation par les résultats » ; pour les fonctions : N. 6 s.). D'un point de vue institutionnel, l'art. 170 Cst. vise à attribuer la **responsabilité finale** de cette tâche à l'Assemblée fédérale, au sens d'un mandat de garantie (type de norme : N. 17 et N. 21) à l'Assemblée fédérale (pour l'objectif spécifique par rapport à la haute surveillance : N. 2). L'Assemblée fédérale peut déléguer la mise en œuvre du mandat au Conseil fédéral et faire appel à des organes auxiliaires (pour la mise en œuvre N. 20 et 21). L'exécution du mandat n'est pas justiciable (normativité faible : N. 22 et N. 51). 1

Sur le plan systématique, l'art. 170 Cst. figure dans la section 3 (« Compétences ») du chapitre 2 consacré aux autorités fédérales. Cette disposition consacre une compétence et un mandat de l'Assemblée fédérale. Le mandat recoupe, en termes de critère (efficacité) et d'objet (en particulier le Conseil fédéral et l'administration fédérale), la haute surveillance prévue à l'art. 169 Cst. Par rapport à la haute surveillance, l'art. 170 Cst. vise, d'une part, à mettre particulièrement l'accent sur le critère de l'efficacité (auquel l'art. 169 Cst. ne se limite pas). D'autre part, la disposition vise à étendre le mandat de contrôle de l'Assemblée fédérale au-delà de l'objet de l'art. 169 Cst., en particulier en ce qui concerne les mesures prises par le législateur constitutionnel et législatif (N. 23 ss, N. 40) . Bien que les art. 180 ss ne contiennent pas de mandat correspondant, le Conseil fédéral peut également demander à tout moment des contrôles d'efficacité (N. 18). L'art. 170 Cst. renvoie à des dispositions qui obligent l'État à agir de manière proportionnée, en tenant compte des intérêts publics et de la réalisation des droits fondamentaux (art. 5, 35 et 36 Cst.), dans le respect de l'égalité devant la loi (art. 8 Cst.) ou de manière rationnelle (art. 9, art. 43a, al. 5, art. 126, al. 1, art. 178, al. 1, Cst.) (N. 2

49). La doctrine déduit en partie de ces **dispositions systématiquement apparentées** un « principe constitutionnel de l'efficacité des mesures étatiques ». Jusqu'à présent, les conséquences juridiques concrètes d'un tel principe restent toutefois largement indéterminées (N. 50 ss).

3 *D'un point de vue historique*, l'art. 170 **n'a pas d'équivalent dans la Cst.** (1874). L'ancrage explicite de l'examen de l'efficacité n'a été introduit que tardivement dans le processus de révision de la nouvelle Cst. ; les projets de constitution de 1995/96 ne contenaient encore aucune disposition à ce sujet. Après que la commission d'experts des deux commissions de la Confédération et des cantons (CdC) eut proposé la création d'un organe indépendant chargé d'évaluer les mesures étatiques, les CdC ont plutôt lié le contrôle de l'efficacité à la compétence de haute surveillance de l'Assemblée fédérale dans leur rapport complémentaire (1997). Cette conception a été maintenue dans les Chambres, mais l'évaluation de l'efficacité a été retirée de l'actuel art. 169 Cst. pour faire l'objet d'une disposition distincte.

4 *Sur le plan terminologique*, la Cst. utilise dans sa version allemande le terme constitutionnel **« Wirksamkeit »**, tandis que les versions française et italienne parlent respectivement d'**« efficacité »** et d'**« efficacia »**. Ce terme doit être compris au sens large : les évaluations de l'efficacité examinent dans quelle mesure une mesure étatique est mise en œuvre, si ses objectifs sont atteints et quels moyens sont nécessaires à cet effet (rapport coût-efficacité ; pour le critère d'évaluation : N. 29 ss). Tant le mandat (« veille à ce que » ou « veillent à ce que ») que le critère d'évaluation (« efficacité » ou « efficace ») sont également utilisés dans la version allemande de l'art. 35, al. 3, Cst. (réalisation des droits fondamentaux entre particuliers). Le libellé limite le mandat aux mesures « de la Confédération », qui comprennent également les mesures prises par l'Assemblée fédérale elle-même, le constituant ou les tribunaux fédéraux, ou qui ne sont pas exécutées par la Confédération elle-même (N. 23 ss). Selon la version allemande, l'efficacité doit être « vérifiée ». La version italienne utilise le terme similaire « verificare ». En revanche, la version française exige « que l'efficacité [...] fasse l'objet d'une évaluation », utilisant ainsi le terme d'évaluation couramment utilisé dans la pratique.

I. CONTEXTE

A. Principes fondamentaux

Définition. Les contrôles d'efficacité ou évaluations sont des analyses méthodiques, fondées sur des critères scientifiques, qui ont pour but d'identifier, de mesurer et d'évaluer les effets de l'action de l'État. Elles analysent dans quelle mesure les mesures prises par l'État contribuent à la réalisation des objectifs fixés par la loi et au bien-être public. 5

Fonction. Les contrôles de l'efficacité permettent essentiellement aux autorités de rendre compte de l'action de l'État, d'acquérir des connaissances sur les relations de cause à effet, d'optimiser les processus grâce à de meilleures bases décisionnelles et à des processus d'apprentissage, et d'améliorer l'orientation stratégique de l'action de l'État. Les contrôles de l'efficacité sont donc à la fois orientés vers le passé **et vers** l'avenir. Ils doivent rendre **compte** dans le présent des mesures passées et promouvoir **la confiance** dans les mesures futures. Ils doivent permettre de mieux comprendre les effets de l'action étatique et ainsi optimiser l'orientation stratégique des mesures futures. Cela permet de garantir que l'action de l'État est orientée vers les objectifs d'intérêt général fixés par la Constitution et la loi et ne s'empêtre pas dans une logique propre éloignée de la réalité. 6

Légitimation par les résultats. La légitimation de l'action de l'État repose de plus en plus non seulement sur les principes de l'État de droit **(« input »)** et les procédures démocratiques **(« throughput »)**, mais aussi sur ses effets **(« output »)**. Traditionnellement, le droit détermine les conditions de la légalité et légitime l'action de l'État qui suit la procédure prescrite (cf. Niklas Luhmann : « Légitimation par la procédure »). Cette conception du droit est ancrée dans la philosophie juridique de l'éthique déontologique (Emmanuel Kant). Avec l'accent mis sur l'efficacité des mesures, les idées de l'éthique conséquentialiste, notamment l'utilitarisme (Jeremy Bentham, John Stuart Mill), font leur entrée dans le discours sur la légitimation. Les conséquences escomptées d'une mesure gagnent ainsi en importance en tant que critère de légitimité de l'action étatique. L'utilitarisme régulier, qui applique le critère du plus grand bonheur général à des règles d'action plutôt qu'à des actions individuelles, partage certaines convictions fondamentales avec l'évaluation de l'efficacité. La légitimation de l'action étatique par les résultats ne doit toutefois pas se faire au détriment de la légitimation par les moyens. Le droit 7

reste le fondement et la limite de l'action étatique (art. 5, al. 1, Cst.). Les considérations d'efficacité doivent justement garantir que les objectifs inscrits dans la loi ne restent pas lettre morte.

8 *Exercice des pouvoirs*. Du point de vue de la théorie de l'État, l'orientation vers l'efficacité est l'expression d'une conception de la séparation des pouvoirs qui met l'accent sur la coopération **(« modèle de coopération des pouvoirs »)** plutôt que sur la séparation et l'entrave des pouvoirs. Le pouvoir étatique doit non seulement être limité, mais aussi exercé de manière efficace et efficiente. L'État doit être organisé de manière à ce que les tâches qui lui sont confiées par la Constitution et la loi soient accomplies de la manière la plus efficace possible, ces tâches pouvant également être accomplies de manière coopérative ou par des tiers (État garant).

9 *Gestion administrative axée sur les résultats*. Les instruments de planification, de mise en œuvre et de contrôle d'une gestion administrative axée sur les résultats sont donc l'expression de l'exigence d'une action étatique efficace. À partir des années 1990, l'école de pensée du **New Public Management**, qui a introduit des éléments de gestion d'entreprise dans l'administration publique dans le but de réduire les coûts et d'accroître l'efficacité, a eu une influence particulière. Des instruments tels que la planification intégrée des tâches et des finances, les programmes législatifs, les règles juridiques finales et les budgets globaux doivent permettre aux gouvernements de disposer d'une marge de manœuvre entrepreneuriale en ce qui concerne les moyens (et non sur les objectifs) de l'accomplissement des tâches. Le nouveau modèle de gestion pour l'administration fédérale (NFB) met en œuvre des aspects de la gestion administrative axée sur les résultats à l'échelle de l'administration centrale, en particulier le pilotage par le biais de mandats de prestations et de budgets globaux. Dans le discours académique, les écoles de pensée qui sont également axées sur les résultats, mais qui mettent davantage l'accent sur la contribution au bien commun (« valeur publique ») de l'accomplissement des tâches de l'État plutôt que sur son efficacité économique, ont depuis lors gagné en importance.

10 *Recherche empirique en droit*. L'orientation croissante de l'action étatique vers l'efficacité se reflète également dans la science juridique. Les évaluations de l'efficacité sont une forme de recherche sur les faits juridiques. Alors que la science juridique considère et analyse les normes juridiques comme les éléments constitutifs d'un ordre normatif (« **law-in-books** »), la recherche

juridique empirique examine de manière descriptive les causes et les effets des normes juridiques (faits juridiques, « **law-in-action** »). Dans la pratique, les collectes de données servent parfois à la fois de base à une évaluation de l'efficacité présentant un intérêt principalement pratique et à une contribution scientifique. La recherche sur les faits juridiques est aujourd'hui pratiquée en particulier dans les disciplines des sciences sociales telles que la sociologie, l'économie et les sciences politiques, ainsi que dans les domaines de recherche interdisciplinaires que sont le droit et l'économie, les études juridiques empiriques, la criminologie et la sociologie du droit. La tendance à orienter le droit vers l'efficacité introduit ainsi les méthodes des sciences sociales dans le discours juridique. Si, en matière de législation, il ne fait aucun doute que les connaissances empiriques doivent être prises en compte dans l'élaboration de nouvelles réglementations, en matière d'application du droit, l'importance que les connaissances issues de la recherche sur les faits juridiques doivent et peuvent revêtir sur le plan méthodologique n'est pas encore clairement établie.

Recherche en matière d'évaluation. Outre la recherche sur les causes et les effets des normes juridiques, il existe une littérature empirique abondante sur le **fonctionnement des évaluations d'efficacité** elles-mêmes. Ces études examinent, par exemple, la fréquence et les contextes dans lesquels les évaluations sont réalisées, l'influence et l'utilisation des résultats des évaluations pour l'élaboration des politiques ou l'influence des mandants sur l'indépendance et les résultats des évaluateurs externes. 11

B. Évaluation et législation

Toutes les mesures étatiques doivent reposer sur une base légale suffisante. C'est pourquoi l'évaluation de l'efficacité est particulièrement étroitement liée à la législation. Les réflexions sur l'efficacité peuvent et doivent avoir lieu aussi bien avant qu'après l'adoption d'une norme juridique : alors que l'évaluation prospective (*ex ante*) examine les conséquences attendues d'un projet législatif, l'évaluation rétrospective (*ex post*) analyse les effets réels de la norme juridique (pour les formes spécifiques d'évaluation rétrospective et prospective : N. 35 et 36 ss). L'**évaluation prospective** s'inscrit souvent dans le cadre des travaux sur un projet de loi. Idéalement, ses résultats peuvent permettre de déterminer s'il convient de poursuivre l'élaboration d'un projet de loi et faciliter le choix entre différentes formes d'action étatique, en 12

particulier entre la législation et des formes d'action non contraignantes (« soft law ») telles que l'information ou les avertissements. Les évaluations prospectives peuvent toutefois également servir de base à l'élaboration d'un acte législatif, par exemple pour choisir entre différentes variantes réglementaires telles que des règles de conduite, des obligations d'autorisation et de déclaration ou des dispositions pénales ou en matière de responsabilité civile, ou pour mettre en place une « réglementation différenciée » aussi peu contraignante que possible pour l'économie grâce à des instruments tels que des clauses d'exception et des options (« opting out » et « opting down ») ainsi que des structures d'incitation réglementaires à l'adoption volontaire de réglementations (« opting in » et « opting up »). L'**évaluation rétrospective** vise à réviser et à améliorer l'acte législatif concerné ainsi qu'à concevoir efficacement d'autres actes législatifs futurs. Les deux formes d'évaluation sont complémentaires : les conclusions de l'évaluation prospective, qui servent de base décisionnelle pour l'acte législatif, doivent être intégrées ultérieurement dans l'évaluation rétrospective de ce même acte. Sur le plan conceptuel, dans le sens d'une approche «*better regulation*» fondée sur des preuves, les évaluations (prospectives et rétrospectives) doivent être considérées comme un élément intégral du processus législatif et de l'assurance qualité dans la législation. Ceci est illustré dans la doctrine législative par le concept de cycle législatif et dans les sciences politiques par le concept analogue de « cycle politique ». Cependant, cela ne correspond pas toujours à la réalité. Dans la pratique, les évaluations prospectives sont souvent de mauvaise qualité et leur influence sur le processus législatif est généralement plutôt limitée.

C. Comparaison juridique

13 *International.* L'art. 170 constitue la **première disposition** au monde relative à l'évaluation de l'efficacité au niveau constitutionnel. En 2008, l'évaluation des politiques publiques («évaluation des politiques publiques») a été inscrite dans les art. 47 et 48 de la Constitution française. La Suisse et la France restent des cas particuliers avec leur obligation constitutionnelle d'évaluation. En Allemagne, il existe toutefois une clause d'évaluation ponctuelle dans le domaine des aides financières. Selon l'art. 104b, al. 2, de la Constitution allemande, les aides financières accordées par la Confédération aux Länder sont limitées dans le temps et leur utilisation doit être contrôlée à intervalles réguliers.

Cantonal. Les cantons ont inscrit dans leur constitution **des dispositions comparables** en matière d'évaluation de l'efficacité : par exemple, art. 27, al. 2, Cst. AR, § 16 Cst. BS, art. 151 Cst. GE, art. 78 Cst. GR, § 13 et 15 Cst. LU, art. 30 Cst. SG, art. 95, al. 2 et 3, Cst. ZH. Ces dispositions définissent généralement l'évaluation de l'efficacité comme une tâche du canton, sans attribuer spécifiquement cette mission au pouvoir législatif (exception : art. 55, al. 3, Cst. SH). Dans le canton de Genève, l'évaluation de l'efficacité est confiée à des autorités spécialisées, à savoir une cour des comptes et une commission d'évaluation indépendante (art. 128, al. 3, en relation avec l'art. 151 Cst. GE). Plusieurs cantons prévoient des contrôles d'efficacité (supplémentaires) spécifiques au domaine du **régime financier**, par exemple § 116, al. 3, Cst. AG, § 129, al. 3, Cst. BL, art. 101, al. 4, Cst. BE, art. 82, al. 2, Cst. FR, art. 93, al. 1, Cst. GR, § 76, al. 1, Cst. LU, art. 82, al. 2, Cst. SG, art. 34, al. 3, Cst. TI, art. 166 Cst. VD. 14

Au niveau européen. Les traités de l'UE prévoient des évaluations de l'efficacité dans de nombreux domaines. En tant qu'État Schengen, la Suisse est concernée par les évaluations de l'application de l'acquis de Schengen conformément à l'art. 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (**évaluations Schengen**). En vertu de cette disposition, les États membres doivent, en coopération avec la Commission, procéder à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Les bases pour les **évaluations dans d'autres politiques sectorielles de l'UE** se trouvent par exemple à l'art. 85 TFUE («evaluation of Eurojust's activities») pour les activités de l'Agence de coopération judiciaire en matière pénale ; à l'art. 156 TFUE («periodic monitoring and evaluation») pour la politique sociale ; à l'art. 168 TFUE («suivi et évaluation périodiques») pour la politique de santé; à l'art. 173 («suivi et évaluation périodiques») pour la politique industrielle; à l'art. 181 TFUE («suivi et évaluation périodiques») pour la recherche, le développement technologique et l'espace. La Commission est en outre tenue de présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport d'évaluation sur les finances de l'Union (art. 318 TFUE). Enfin, les lignes directrices 2021 de la Commission européenne pour une meilleure réglementation contiennent des recommandations sur l'élaboration et la mise en œuvre de nouvelles réglementations (y compris les contrôles de conformité), les analyses d'impact et le suivi. L'idée d'une orientation vers l'efficacité est également à la base de la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne 15

(CJUE) en matière d'effet utile, selon laquelle la Cour interprète le droit communautaire de manière à lui conférer le plus grand effet pratique possible.

16 *Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).* Depuis la recommandation du Conseil de l'OCDE sur la politique réglementaire et la gouvernance (2012), l'OCDE publie régulièrement des principes de bonnes pratiques dans le domaine des analyses d'impact réglementaire (Regulatory Impact Assessments), dans le but notamment de réduire les coûts réglementaires pour les PME.

II. COMMENTAIRE AU SENS STRICT

A. Destinataire (« L'Assemblée fédérale... »)

17 *L'Assemblée fédérale en tant que destinataire*. Le mandat constitutionnel s'adresse à l'Assemblée fédérale. Cela souligne la dimension démocratique de l'évaluation de l'efficacité. Les représentants du peuple au Parlement ont la **responsabilité finale** de veiller à ce que les mesures étatiques servent les intérêts du peuple et favorisent le bien commun. Les organes de l'Assemblée fédérale (art. 31 LParl) sont chargés de veiller à l'évaluation de l'efficacité. À cette fin, ils peuvent charger le Conseil fédéral de réaliser des évaluations de l'efficacité (également sur la base de clauses d'évaluation légales : voir N. 46), contrôler les évaluations du Conseil fédéral ou commander eux-mêmes des évaluations de l'efficacité, en particulier auprès de leurs organes auxiliaires (art. 27 LParl). Les commissions parlementaires veillent à l'évaluation de l'efficacité dans leurs domaines de compétence (art. 44, al. 1, let. e, LParl) et tiennent compte des résultats des évaluations de l'efficacité (art. 44, al. 1, let. f, LParl).

18 *Évaluations du Conseil fédéral.* Bien que l'art. 170 Cst. s'adresse à l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral a également la compétence de demander à tout moment et **sans base légale spécifique** des évaluations de l'efficacité. Cela découle de ses compétences constitutionnelles : le Conseil fédéral dirige « de manière proactive, autonome et continue » l'ensemble de l'État (art. 174 Cst.), planifie et coordonne les activités de l'État (art. 180, al. 1, Cst.), peut soumettre de sa propre initiative des projets d'actes législatifs à l'Assemblée fédérale (art. 181 Cst.), édicte des ordonnances et veille à l'exécution de la législation (art. 182 Cst.), prend des mesures pour assurer la sécurité intérieure et extérieure (art. 184 et 185 Cst.) et surveille l'administration fédérale et les autres

organismes chargés de tâches fédérales (art. 187, al. 1, let. a, Cst.). Le Conseil fédéral ne pourrait guère s'acquitter de ces tâches de manière appropriée s'il n'avait pas la compétence d'évaluer l'efficacité des mesures étatiques. L'intégration de l'évaluation de l'efficacité dans la fonction étatique de législation (N. 12) en est une illustration particulièrement parlante. La compétence d'ordonner des évaluations de l'efficacité dans leur domaine de compétence respectif sans base légale propre revient également aux unités administratives fédérales subordonnées au Conseil fédéral. Dans la pratique, le Conseil fédéral et l'administration fédérale jouent donc un rôle nettement plus actif que le Parlement et ses commissions.

Organes auxiliaires. Le Contrôle fédéral des finances (**CDF**) et le Contrôle parlementaire de l'administration (**CPA**) sont des organes auxiliaires permanents chargés de garantir l'évaluation de l'efficacité. Dans ses audits, le CDF se concentre sur l'aspect de l'efficacité économique et vérifie si (a) les ressources sont utilisées de manière économe, (b) le rapport entre les coûts et les avantages est favorable et (c) les dépenses financières ont l'effet escompté (art. 5, al. 2, de la loi sur le Contrôle des finances [LCF, RS 614.0]). Le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) effectue des évaluations dans le cadre de la haute surveillance parlementaire pour le compte des commissions de gestion et signale à la commission de gestion les thèmes qui nécessitent des clarifications (art. 10, al. 1, let. a, de l'ordonnance sur l'administration du Parlement [OParl, RS 171.115]). Elle examine en outre les évaluations réalisées par l'administration fédérale et leur utilisation dans les processus décisionnels (art. 10, al. 1, let. b, OParl). Sur mandat de la commission parlementaire compétente, la CPE peut effectuer des évaluations dans son domaine de compétence et examiner les évaluations réalisées par l'administration fédérale ainsi que leur utilisation dans les processus décisionnels, pour autant que les commissions de gestion y consentent (art. 10, al. 2, ParlVV). 19

Recours à des experts. Les organes fédéraux mandent régulièrement des organismes externes, tels que des bureaux privés ou des instituts universitaires, pour réaliser des évaluations. Cela présente notamment l'avantage que les experts externes disposent d'une grande compétence méthodologique et d'une plus grande indépendance, ce qui confère à l'évaluation une **crédibilité** accrue. Une évaluation externe est particulièrement indiquée lorsque la question est politisée et qu'il pourrait sembler que l'office concerné ne procède pas de manière tout à fait impartiale 20

lors d'une évaluation. En revanche, les évaluations internes sont généralement plus rapides et moins coûteuses à réaliser. De plus, les collaborateurs internes à l'administration disposent généralement de connaissances et d'une expérience plus approfondies du sujet évalué. Si une unité administrative opte pour une évaluation externe, il est essentiel de choisir un mandataire sans **conflit d'intérêts** et de veiller à ce que le mandant n'influence pas de manière inadmissible le résultat de l'évaluation lors de la communication du mandat, du soutien au processus d'évaluation et de la formulation d'éventuelles demandes de compléments ou d'améliorations. À cette fin, il est essentiel que l'office mandant formule dans le cahier des charges les questions destinées au mandataire de manière précise et ouverte quant au résultat. Une préparation, un suivi et un traitement minutieux de l'évaluation sont également essentiels dans le cas d'une attribution externe.

B. Mandat (« veille à ce que ... »)

21 *Mandat de garantie et délégation*. Le libellé de la Constitution (« veille à ce que ») indique que l'Assemblée fédérale est certes responsable de l'évaluation de l'efficacité des mesures prises par la Confédération, mais qu'elle **n'est pas tenue de procéder elle-même** à ces évaluations et peut les déléguer. L'Assemblée fédérale peut confier un mandat au Conseil fédéral (art. 27, let. a, LParl), examiner les évaluations de l'efficacité réalisées pour le compte du Conseil fédéral (art. 27, let. b, LParl) ou commander elle-même des évaluations de l'efficacité (art. 27, let. c, LParl). En outre, l'Assemblée fédérale remplit régulièrement son mandat de garantie en adoptant des clauses d'évaluation (cf. N. 46) qui obligent le Conseil fédéral, en vertu d'un droit spécial, à effectuer des évaluations de l'efficacité. Les clauses d'évaluation peuvent également être utilisées dans le cadre d'une législation expérimentale à durée limitée (dite « sunset legislation ») (N. 39). L'Assemblée fédérale a en outre obligé le Conseil fédéral à expliquer dans les messages relatifs aux projets d'actes législatifs, entre autres, la mise en œuvre et l'évaluation prévues de l'acte, le rapport entre les coûts et les avantages ainsi que les effets sur l'économie, la société, l'environnement et les générations futures (art. 141, al. 2, let. d, f et g, LParl). Enfin, l'Assemblée fédérale utilise des interventions politiques telles que les postulats pour demander des rapports d'évaluation au Conseil fédéral.

Justiciabilité. En tant que norme de compétence, le mandat de garantie est juridiquement contraignant pour l'Assemblée fédérale. Toutefois, cette norme n'est **pas justiciable**. Les particuliers ne peuvent donc pas déduire de l'art. 170 un droit subjectif direct à la réalisation d'évaluations de l'efficacité. L'Assemblée fédérale dispose donc d'une marge d'appréciation considérable pour déterminer si, quand et dans quel but l'efficacité d'une mesure doit être évaluée. Dans son arrêt 1C_104/2017, le Tribunal fédéral n'a pas donné suite à la plainte de la recourante, qui reprochait à l'OFT de ne pas avoir vérifié l'efficacité de la double voie de Walchwil approuvée par l'OFT vis-à-vis des CFF, conformément à l'art. 170 Cst. Il a donc laissé la question ouverte et ne s'est pas prononcé sur le grief relatif à l'inefficacité de la double voie. La doctrine rejette toutefois unanimement, en invoquant l'absence de justiciabilité, le droit d'exiger des contrôles d'efficacité (N. 51). Compte tenu notamment des considérations économiques, un tel droit individuel ne serait pas applicable. La question de savoir si l'absence ou l'insuffisance de contrôles d'efficacité pourrait avoir des conséquences juridiques directes, par exemple dans le cadre du contrôle concret de la conformité d'une ordonnance du Conseil fédéral, n'est pas tranchée de manière définitive (cf. à ce sujet les N. 47 ss sur la question d'un principe constitutionnel d'efficacité). 22

C. Objet («...les mesures de la Confédération...»)

Toute action étatique. Les contrôles d'efficacité portent sur les mesures de la Confédération. Il peut s'agir aussi bien de mesures générales que de mesures individuelles. La forme juridique de l'action étatique n'a ici aucune importance. Le libellé implique que les mesures de tous les pouvoirs sont couvertes (« de la Confédération »/« par la Confédération »/« della Confederazione »). Le mandat constitutionnel de contrôle de l'efficacité englobe la **législation** (y compris la constitution et la conclusion de traités internationaux), mais ne s'y limite pas. Le terme « mesures de la Confédération » couvre plutôt toute action étatique de la Confédération. 23

jurisprudence et les mesures d'autres organes indépendants. Sont également concernées toutes les mesures de la justice, y compris la jurisprudence, ainsi que l'activité d'autres organes de la Confédération dont l'indépendance est garantie par la loi (p. ex. Banque nationale suisse (BNS), Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération (AB-BA)). Il convient toutefois de 24

veiller à ce que les évaluations d'impact ne portent pas atteinte à l'indépendance de la justice ou d'autres organes. Le contrôle du contenu des décisions judiciaires est exclu (art. 26, al. 4, LParl).

25 *Propres actions de l'Assemblée fédérale*. En ce qui concerne l'objet de l'évaluation, il apparaît que l'art. 170 Cst. **va au-delà de l'art. 169 Cst.** : l'Assemblée fédérale doit non seulement évaluer les autres pouvoirs, mais aussi ses propres mesures. L'art. 170 Cst. oblige donc le Parlement non seulement à procéder à une évaluation externe, mais aussi à une auto-évaluation.

26 *Mise en œuvre par les cantons et les particuliers*. La mise en œuvre et l'exécution des mesures fédérales par les cantons et les particuliers relèvent également du champ d'application des contrôles d'efficacité prévus à l'art. 170 Cst. Toutefois, les mesures prises par les cantons et les particuliers ne font l'objet de contrôles d'efficacité au sens de l'art. 170 Cst. que dans la mesure où elles peuvent être qualifiées d'exécution ou de mise en œuvre de mesures fédérales. Les mesures qui exécutent le droit cantonal sont exclues. Pour ces mesures, le droit cantonal prévoit généralement des contrôles d'efficacité (cf. N. 14).

27 *Inaction.* L'inaction, c'est-à-dire l'absence de mesures, peut également faire l'objet d'un contrôle d'efficacité. On pense ici en particulier à l'absence de mesures d'atténuation (mesures dites d'accompagnement) en faveur de groupes de personnes particulièrement touchés ou vulnérables, par exemple dans le cas d'une gestion de crise. Le libellé de la Cst. décrit donc l'objet (« mesures de la Confédération ») de manière trop restrictive. Il englobe tout comportement ou toute inaction pouvant être attribué à la Confédération. Les omissions contraires au devoir peuvent avoir des conséquences tout aussi importantes que les actions, compte tenu de leurs effets. L'évaluation des omissions est toutefois difficile, car il est (encore) plus difficile d'estimer les effets qu'une mesure hypothétique *aurait eus* que de mesurer les effets (causaux) d'une mesure effectivement mise en œuvre. À cet égard, il existe une certaine similitude avec l'évaluation prospective en ce qui concerne l'incertitude des effets attendus.

28 *Mesures sans effet mesurable.* L'art. 170 ne doit pas être interprété comme signifiant que toute action de l'État doit avoir un effet spécifique et mesurable. Les mesures qui n'ont pas d'effet mesurable sont également admissibles au

regard du droit constitutionnel (et, le cas échéant, exigées par la loi). Il s'agit notamment des mesures à caractère symbolique, dont l'effet est tout au plus émotionnel. Les déclarations programmatiques de la Constitution, la reconnaissance légale d'injustices historiques ou les mesures qui ont une valeur
intrinsèque indépendamment de leur effet sont des exemples reconnus **de législation symbolique**. À titre d'exemple, la Confédération reconnaît, en vertu de la loi fédérale sur les mesures d'assistance forcée et les placements extrafamiliaux avant 1981 (LAE, RS 211.223.13), « que les victimes ont subi une injustice qui a eu des répercussions sur toute leur vie » (art. 3 LAE). En outre, les victimes ont droit à une contribution de solidarité qui est « un signe de reconnaissance de l'injustice subie » et qui doit « contribuer à la réparation » (art. 4, al. 1, LRS). Il convient de déterminer, au cas par cas, si les objectifs d'une mesure sont mesurables selon leur *ratio* et si leurs effets doivent être évalués de manière méthodique ou non.

D. Critère (« ... sur leur efficacité... »)

L'efficacité comme critère. La version allemande de la Cst. désigne « l'efficacité » de la mesure comme critère d'évaluation. Dans les versions française et italienne, la Cst. parle respectivement d'« efficacité » et d'« efficacia ». Ce terme doit être **compris au sens large**, car le critère des examens d'efficacité varie selon le contexte, comme nous le montrerons ci-après. L'historique de ce terme indique également qu'il doit être compris au sens large. 29

Critères partiels. Le critère d'évaluation pour les contrôles d'efficacité n'est pas défini de manière uniforme dans la législation d'application (cf. par exemple art. 26, al. 3, let. d et e, LParl ; art. 5, al. 2, LCF ; art. 58, al. 3, LCH ; art. 5 et art. 36, al. 3, LOGA). Dans la pratique, le critère d'évaluation déterminant résulte souvent d'une clause d'évaluation prévue par une loi spéciale (cf. n. 46) et dépend donc du contexte. La diversité des critères d'évaluation utilisés dans la pratique peut être regroupée en trois critères partiels, qui relèvent tous de la notion constitutionnelle d'« efficacité » : 30

a. *État de la mise en œuvre* (ou *efficacité*) : l'étendue et la manière dont une mesure est mise en œuvre sont examinées. Ce critère se réfère à la mesure dans laquelle une mesure est effectivement mise en œuvre, une règle juridique ou une recommandation est respectée ou un service est utilisé, par

exemple en comparant l'état de la mise en œuvre dans les cantons ou en réalisant des enquêtes.

b. *Degré de réalisation des objectifs* (ou *efficacité au sens strict*) : ce critère se réfère à la mesure dans laquelle l'objectif réglementaire visé par la mise en œuvre de la mesure est effectivement atteint. L'effet escompté doit être déterminé au cas par cas, notamment par l'interprétation des bases légales correspondantes ainsi que des objectifs généraux et constitutionnels. Par exemple, la fourniture d'un service n'est généralement pas une fin en soi, mais poursuit un objectif précis, tel que l'amélioration de la qualité de vie des personnes qui utilisent ce service. L'objectif est de comparer l'effet escompté d'une mesure à son effet réel afin d'évaluer l'adéquation de la mesure. Outre les effets principaux escomptés d'une mesure, il convient également de tenir compte des effets secondaires (éventuellement indésirables). Le degré de réalisation des objectifs est au cœur des évaluations.

c. *Rentabilité* (ou *efficacité*) : ce critère se rapporte aux coûts réglementaires de la mesure et à leur rapport avec l'effet obtenu (analyse coûts-bénéfices). Outre les coûts financiers directs et indirects, les coûts de la réglementation comprennent également le manque à gagner et la perte d'avantages (coûts d'opportunité) ainsi que les coûts pour la société dans son ensemble. Les coûts de la réglementation peuvent concerner différents acteurs (par exemple les entreprises) et être ponctuels ou périodiques.

31 *Dépendance au contexte.* Ces critères ont en commun le fait que l'efficacité doit être évaluée par rapport à un objectif réglementaire déterminé par interprétation. Les critères d'évaluation utilisés et leur pondération dépendent du contexte. Ainsi, les considérations de coûts devraient tendre à jouer un rôle plus important dans un domaine politique à caractère plus économique et financier que dans des domaines politiques à caractère plus idéaliste (même si les aspects financiers peuvent également être centraux dans ce cas, par exemple pour les droits fondamentaux qui confèrent des droits à des prestations). Toutes les tâches publiques ne sont pas soumises au même degré d'exigence en matière d'efficacité économique. Les prestations relevant du service public doivent être accessibles à tous de manière comparable (cf. art. 43a, al. 4, Cst.). L'accomplissement de la tâche publique en fonction des besoins est ici déterminant, ce qui signifie que l'efficacité économique ou l'efficience ne peuvent être considérées comme des critères uniques dans ce domaine.

E. Étendue (« ... être examinées. »)

1. Méthodes et instruments

Compétence de contrôle. Le mandat confère à l'Assemblée fédérale des pouvoirs de contrôle et d'enquête, sans lui accorder de compétences décisionnelles ou de droits à l'information supplémentaires. La Cst. ne définit pas les méthodes et les instruments à utiliser pour effectuer les évaluations de l'efficacité. Elle ne se prononce pas non plus sur la périodicité (régulière ou uniquement dans des cas particuliers), le niveau d'agrégation (politiques, lois, programmes, projets) ni la profondeur de l'examen (sommaire ou détaillé). Les examens d'efficacité peuvent être effectués avant la mesure (*ex ante*), après la mesure (*ex post*) ou parallèlement à la mesure. Le moment de l'évaluation détermine son objectif et influence les méthodes et les instruments à utiliser. 32

Méthodes. La recherche en matière d'évaluation utilise essentiellement les méthodes traditionnelles des sciences sociales pour la **collecte et l'analyse des données**. Les analyses de documents, les entretiens et les enquêtes ainsi que les analyses de données quantitatives existantes ou nouvellement collectées comptent parmi les techniques de recherche les plus courantes. Les expériences contrôlées sont intéressantes sur le plan méthodologique, mais exigeantes : un groupe de personnes choisi au hasard est soumis à la mesure et comparé à un groupe témoin non soumis à la mesure afin d'en évaluer les effets. On peut penser par exemple à un groupe de personnes vaccinées contre la grippe et un autre non vacciné, à des restaurants avec et sans travail de nuit ou le dimanche, ou à des entreprises avec et sans taxes incitatives. L'analyse des variations des mesures dans différents pays ou régions peut également fournir des informations sur les relations de causalité, selon la conception de la recherche. Cependant, les résultats des études internationales ou intercantonales ne sont pas facilement transposables aux mesures prises par la Confédération. 33

Instruments. Le principal instrument d'évaluation de l'efficacité est la réalisation d'une étude méthodologique, similaire à une étude scientifique (cf. également N. 11 sur la recherche en matière d'évaluation). D'autres instruments peuvent être utilisés en fonction du contexte. Les instruments d'observation, de pilotage et d'analyse peuvent notamment être utilisés pour collecter des informations : le **suivi** est un instrument d'observation qui permet de collecter des données en continu. Il permet d'identifier l'état 34

d'avancement de la mise en œuvre ainsi que les difficultés rencontrées. Les obligations de rendre compte de l'exécution et les statistiques constituent des piliers importants. L'observation du domaine politique représente une forme spécifique de suivi. Le **contrôle de gestion** est un instrument de pilotage utilisé par la direction pour accompagner, contrôler et développer des projets. Il permet de surveiller la mise en œuvre des mesures. L'**audit**, en revanche, est un instrument d'analyse utilisé dans le cadre de la gestion de la qualité afin d'améliorer les structures organisationnelles et les processus. Il se concentre sur l'organisation interne et les processus (relations internes) qui sont déterminants pour l'effet de la mesure vis-à-vis de tiers (relations externes).

2. Moment

35 *Évaluation rétrospective (ex post).* L'évaluation rétrospective porte en particulier sur l'état d'avancement de la mise en œuvre, le degré de réalisation des objectifs et l'efficacité économique (n° 30) d'une mesure déjà réalisée. Elle peut être divisée en plusieurs phases : dans l'idéal, un concept d'évaluation de l'efficacité est d'abord élaboré en collaboration avec les services chargés de la mise en œuvre et de l'exécution. Ce concept comprend des réflexions sur le modèle d'impact de la mesure ou de l'acte législatif, les milieux concernés et leur implication (consultation des groupes d'intérêt), les instruments d'information à utiliser (monitoring et controlling) ainsi que les destinataires (p. ex. l'Assemblée fédérale) et l'objectif de l'évaluation de l'efficacité (p. ex. pilotage de la mise en œuvre). La collecte des données et le contrôle sont ensuite assurés lors de la mise en œuvre de la mesure, avant que l'évaluation ne soit réalisée ou commandée, afin d'utiliser finalement les données de contrôle et d'évaluation.

36 *Évaluation prospective (ex ante).* L'art. 170 couvre également la prévision prospective de l'efficacité d'une mesure, même si la version française parle de « mesures prises ». L'objectif des évaluations prospectives est de créer de manière descriptive une base décisionnelle fondée sur des faits afin d'éclairer la décision relative à la mesure à prendre. À cette fin, les différentes conséquences d'une mesure sont comparées entre elles, de sorte que le ou la responsable politique puisse, outre la décision sur la mesure elle-même, définir d'éventuelles mesures visant à en compenser les effets et ainsi répartir les coûts et les avantages de la réglementation de la manière la plus équitable possible. L'évaluation prospective est donc étroitement liée à la fonction

législative de l'État et s'inscrit souvent dans le cadre des travaux sur un projet de loi (N. 12). Conformément à l'art. 141, al. 2, LParl, le Conseil fédéral est tenu de fournir, dans ses messages au Parlement concernant les projets d'actes législatifs, des informations sur les conséquences pour l'économie, la société, l'environnement et les générations futures (let. g) ou sur l'égalité entre femmes et hommes (let. i). Cela suppose la réalisation d'évaluations prospectives. Une évaluation prospective repose sur l'élaboration d'un modèle d'impact qui conceptualise les effets présumés d'une mesure en analysant, par exemple, les services administratifs chargés de la mise en œuvre, les destinataires directs de la norme, les autres milieux concernés ainsi que les effets secondaires et les coûts de la réglementation pour la Confédération et l'économie nationale. De par sa nature, l'évaluation de mesures qui n'ont pas encore été mises en œuvre comporte des incertitudes considérables et pose des défis méthodologiques.

Analyse d'impact de la réglementation (AIR). L'AIR (regulatory impact assessment) est un instrument d'évaluation prospective qui se concentre spécifiquement sur les coûts de la réglementation (compliance cost), le besoin de réglementation et les effets économiques sur des groupes particuliers et l'économie dans son ensemble. Outre leur effet principal (par exemple, la sécurité des produits et la protection de la santé publique), les réglementations ont souvent des conséquences secondaires (par exemple, des retards de production, des obstacles au commerce, des coûts de mise en conformité pour l'obtention d'autorisations et la formation des collaborateurs, etc.) qui peuvent avoir un effet restrictif sur l'activité économique des entreprises. Une AIR doit mesurer ces effets secondaires et les mettre en relation avec les effets escomptés. La loi sur l'allègement des charges des entreprises du 29 septembre 2023 inscrit formellement dans la loi les aspects de l'AIR qui étaient auparavant régis par une directive sur l'AIR, ainsi que de nouvelles obligations de contrôle. La loi définit notamment les principes et les obligations de contrôle pour la législation (art. 1 et 4 LEC), à savoir les obligations d'estimer les coûts réglementaires et la rentabilité d'un acte législatif, tant lors de son élaboration que dans le cadre de contrôles réguliers (art. 3 et 5 LEC). 37

Autres instruments d'évaluation prospective. Outre l'EIR, il existe d'autres instruments d'évaluation prospective qui mettent l'accent sur des aspects spécifiques en termes de contenu et de méthode. Les **évaluations d'impact** 38

sur les droits humains (appelées Human Rights Impact Assessments) gagnent en importance pour analyser les effets des mesures étatiques sur les droits humains. Dans un contexte marqué par l'incertitude des chaînes causales et l'émergence de nouvelles technologies, elles peuvent contribuer au respect des obligations de diligence et de protection en matière de droits humains. Le Conseil fédéral est tenu d'aborder les effets sur les droits fondamentaux dans ses messages relatifs aux actes législatifs (art. 141, al. 2, let. a, LParl). Les évaluations d'impact sur la protection des données et les évaluations d'impact sur l'égalité constituent des formes spécifiques d'évaluations d'impact sur les droits humains. L'**étude d'impact sur l'environnement** est une autre forme d'évaluation prospective. Conformément à l'art. 10a de la loi sur la protection de l'environnement (LPE), une autorité doit, avant de se prononcer sur la planification, la construction ou la modification d'installations, examiner le plus tôt possible leur impact sur l'environnement. Quiconque souhaite construire ou modifier une installation doit présenter à l'autorité un rapport d'impact sur l'environnement, qui servira de base à l'évaluation de l'impact sur l'environnement par l'autorité. À l'avenir, une attention accrue pourrait être accordée à l'**évaluation de la compatibilité avec les crises**. Les mesures et réglementations gouvernementales partent généralement d'une situation normale, mais le passé récent a été marqué par des crises. On peut citer notamment la recapitalisation d'UBS en 2008, la pandémie de Covid en 2020, le plan de sauvetage d'Axpo en 2022 et la fusion d'urgence de CS en 2023. Dans ces cas, le Conseil fédéral a recouru au droit constitutionnel d'urgence conformément à l'art. 184, al. 3, et à l'art. 185, al. 3, Cst. afin de surmonter la crise. Dans ce contexte, les mesures étatiques devraient également être examinées sous l'angle de leur résistance aux crises.

39 *Évaluation concomitante.* Les évaluations concomitantes ont lieu pendant la phase de conception ou de mise en œuvre. Les projets pilotes et les bacs à sable réglementaires sont des exemples de telles réglementations tests. **Les réglementations expérimentales** sont des actes législatifs à durée limitée, assortis d'une clause d'évaluation. Elles permettent, sur la base d'un fondement juridique suffisant, de s'écarter temporairement du cadre légal afin de tester la réglementation concernée au moyen d'analyses d'impact et, le cas échéant, de l'optimiser. Ces projets pilotes fournissent ainsi une base d'informations appropriée pour la solution législative définitive ultérieure, par exemple dans le cas de la réglementation des nouvelles technologies. L'idée

des « regulatory sandboxes » (bacs à sable réglementaires), qui peuvent être utilisés pour faciliter l'entrée sur le marché des start-ups et des PME et éliminer les obstacles réglementaires à l'innovation, est étroitement liée à la réglementation expérimentale. La promotion de l'innovation ne doit toutefois pas conduire à des inégalités de traitement injustifiées et à des distorsions abusives de la concurrence.

3. Relation avec la haute surveillance

Les contrôles d'efficacité au sens de l'art. 170 Cst. constituent une **forme de haute surveillance** au sens de l'art. 169 Cst. Cela résulte de la systématique (cf. N. 2) et de la genèse (cf. N. 3) de la Cst. et de la LParl (cf. N. 17). En ce qui concerne les critères selon lesquels l'Assemblée fédérale doit exercer sa surveillance, les mandats prévus aux art. 169 et 170 Cst. se recoupent, la haute surveillance présentant toutefois une plus grande diversité de critères de contrôle. L'art. 26, al. 3, LParl cite comme critères de la haute surveillance la légalité, la régularité, l'adéquation, l'efficacité et l'économie. L'Assemblée fédérale est donc également tenue, en vertu de l'art. 169 Cst., de veiller à l'efficacité des mesures prises par la Confédération. L'art. 170 Cst. met toutefois particulièrement l'accent sur le critère spécifique de l'efficacité. En ce qui concerne l'objet que l'Assemblée fédérale doit surveiller, le mandat prévu à l'art. 170 Cst. va plus loin que la haute surveillance. Alors que la haute surveillance se limite à la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, des tribunaux fédéraux, de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, du Ministère public de la Confédération et d'autres organismes chargés de tâches fédérales (cf. art. 26, al. 1, LParl), l'examen de l'efficacité englobe potentiellement toutes les mesures de la Confédération (cf. art. 27, al. 1, LParl). Cela inclut également les mesures prises par le Parlement lui-même, les mesures prises par le peuple ou par le peuple et les cantons, ainsi que les mesures prises par les cantons et financées par la Confédération (cf. N. 23 ss). 40

III. MISE EN ŒUVRE

A. Formes d'évaluation

Diversité. L'évaluation de l'efficacité peut prendre différentes formes selon qui la réalise (Assemblée fédérale, Conseil fédéral, externe), du moment où 41

elle est effectuée (prospective, rétrospective, concomitante), des méthodes et instruments utilisés (monitoring, controlling, audit, etc.), de son degré de détail (sommaire ou détaillé) et de son objectif principal (rendu de comptes, acquisition de connaissances, optimisation, stratégie).

42 *Complexité.* La valeur ajoutée des évaluations est incontestable, mais leur méthodologie est complexe (« L'évaluation, une nécessité évidente mais lourde »). Pour apporter une valeur ajoutée, les évaluations doivent avoir des objectifs clairs. Plus l'objectif de la mesure et celui de l'évaluation sont précis, plus l'évaluation peut être concrète et utile. Avec des objectifs clairs, les évaluations peuvent conclure avec succès un cycle politique et donner l'impulsion pour un nouveau cycle (cf. N. 12). Elles contribuent ainsi à un processus d'optimisation continu.

43 *Charge de travail.* La réalisation d'évaluations implique une charge de travail importante en termes de personnel, de finances et de temps. Les ressources humaines et financières nécessaires dépendent notamment du fait que l'évaluation est réalisée par l'État lui-même ou confiée à un prestataire externe. Alors que les analyses de mise en œuvre peuvent généralement être réalisées en six mois avec un budget d'environ 60 000 francs, les analyses d'impact coûtent généralement au moins 100 000 francs et nécessitent au moins un an. Dans le cas des analyses de rentabilité, les coûts et le temps nécessaires varient considérablement selon qu'il s'agit uniquement d'une analyse des potentiels d'optimisation (environ 30 000 francs en 3 à 6 mois) ou d'une comparaison détaillée entre les coûts et les avantages (plus de 100 000 francs, plus d'un an).

44 *Réseau Évaluation dans l'administration fédérale.* Au sein de l'administration fédérale, différentes unités organisationnelles s'occupent des évaluations. Depuis 1995, le réseau Évaluation dans l'administration fédérale sert de forum d'échange d'expériences et d'informations entre les évaluateurs, les mandants et les utilisateurs au sein de l'administration fédérale. Plus de 110 collaborateurs de tous les départements, du Contrôle parlementaire de l'administration et du Contrôle fédéral des finances participent aux réunions qui ont lieu deux fois par an.

B. Normes d'évaluation

La Société suisse d'évaluation (SEVAL), une association privée, publie des **normes SEVAL** destinées aux évaluateurs et à leurs mandants. Elles ont pour but d'aider à la planification et à la réalisation d'évaluations, à l'attribution de mandats (en particulier les appels d'offres et les conventions d'évaluation) et à la garantie concomitante ou à l'évaluation a posteriori de la qualité des évaluations. Les normes SEVAL énoncent des critères pour l'évaluation de la qualité des évaluations, des principes fondamentaux généraux, des normes pour la planification, la réalisation et l'évaluation des évaluations, ainsi que des normes pour la communication des résultats. Outre des principes éthiques, elles contiennent également des recommandations pratiques pour les différentes phases de l'évaluation, qui sont applicables indépendamment du contexte institutionnel, de la procédure ou du domaine thématique. 45

C. Clauses d'évaluation

Les clauses d'évaluation sont des normes juridiques qui obligent leurs destinataires à vérifier l'efficacité d'une loi ou de mesures particulières. L'Assemblée fédérale remplit régulièrement son mandat constitutionnel en matière d'évaluation de l'efficacité en adoptant de telles **clauses d'évaluation prévues par des lois spéciales**. Il existe différents types de clauses d'évaluation. Même en l'absence de clause d'évaluation, le Conseil fédéral et l'administration fédérale sont habilités et tenus de procéder à des évaluations si nécessaire (N. 18). Toutefois, les clauses d'évaluation permettent au législateur d'obliger le Conseil fédéral, par exemple, à respecter un certain délai ou un certain rythme d'évaluation, de prévoir un organe d'exécution indépendant et externe ainsi que des méthodes, des objets d'étude ou des critères d'évaluation spécifiques, ou de réglementer les conséquences à tirer de certains résultats d'évaluation. 46

IV. L'EFFICACITÉ COMME PRINCIPE CONSTITUTIONNEL ?

Définition. La doctrine est divisée sur la question de savoir si la Cst. contient un principe constitutionnel exigeant l'efficacité des mesures étatiques. Les « principes constitutionnels » (également appelés « principes fondamentaux de la Constitution ») qui ne constituent pas en soi des sources de droit sont des éléments constitutionnels qui ne sont pas expressément désignés comme tels 47

dans le texte de la Constitution, mais qui peuvent être déduits de plusieurs normes constitutionnelles à titre d'interprétation en tant qu'idées directrices sous-jacentes à la Cst. À cet égard, ils s'apparentent aux « principes structurels » ou aux « décisions fondamentales déterminantes pour la structure » de la Cst., mais ils ne doivent pas nécessairement se retrouver dans l'ensemble de la Cst. et peuvent donc présenter un degré d'abstraction moindre.

48 *Dérivation de l'art. 170 Cst.* Selon Flückiger et Mastronardi, l'art. 170 Cst. permet de déduire un principe constitutionnel d'efficacité : selon Flückiger, cette disposition contient implicitement un « principe d'efficacité » qui oblige les destinataires à examiner les mesures étatiques à l'aide de la méthode d'évaluation ; les conclusions qui en découlent ont toutefois valeur de recommandation et ne sont pas exécutoires judiciairement. Selon Mastronardi, le mandat d'évaluation de l'efficacité n'a de sens que si la légitimité des résultats est un objectif reconnu par la Constitution fédérale. Uhlmann/Bussmann sont d'un avis contraire. Ils font notamment valoir que l'art. 170 Cst. n'est pas justiciable. De plus, d'un point de vue systématique, il n'est pas convaincant de déduire un principe d'une portée aussi générale à partir d'une norme de compétence. Enfin, un principe constitutionnel limité aux mesures de la Confédération n'aurait guère de sens. À notre avis, il convient d'approuver l'opinion doctrinale négative selon laquelle la norme de compétence de l'art. 170 Cst. ne permet pas à *elle seule* de déduire un principe constitutionnel d'efficacité des mesures étatiques.

49 *Déduction à partir de dispositions apparentées.* Outre l'art. 170 Cst., un principe constitutionnel d'efficacité pourrait également s'appuyer sur des dispositions systématiquement apparentées. Par exemple, Lienhard/Mächler/Zielniewicz soutiennent que l'efficacité et l'économie sont devenues des « principes constitutionnels à part entière », qui trouvent leur concrétisation dans le droit financier et organisationnel (art. 12, al. 4, LHF et art. 5, al. 2, let. c, LCF). Plusieurs dispositions de la Cst. reposent en effet (entre autres) sur l'exigence selon laquelle les mesures étatiques doivent être conçues de manière efficace. Uhlmann/Bussmann et Flückiger citent le principe de l'intérêt public et le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.), l'égalité devant la loi (art. 8 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), la réalisation des droits fondamentaux (art. 35, al. 1 et 3, Cst.), l'obligation d'accomplir les tâches de l'État de manière économique et en fonction des besoins (art. 43a, al. 5, art. 126, al. 1, art. 178, al. 1, Cst.) et la compétence

d'appliquer le droit. À notre avis, il convient d'ajouter à cette liste le principe de légalité (art. 5, al. 1, Cst.). Dans la mesure où le principe de légalité exige la réalisation matérielle du droit, il contient nécessairement aussi un impératif d'efficacité matérielle du droit. La question se pose de savoir si un principe constitutionnel d'efficacité peut être déduit d'une vue d'ensemble de ces dispositions systématiquement apparentées.

Contenu autonome par rapport aux autres principes constitutionnels. Dans les dispositions susmentionnées, qui présentent un lien systématique avec l'exigence d'efficacité, on reconnaît sans difficulté, à notre avis, l'idée directrice commune selon laquelle les mesures étatiques doivent en principe être aussi efficaces que possible : si le champ d'application matériel d'un droit fondamental est ouvert, il existe un droit justiciable selon lequel les mesures étatiques restrictives doivent être appropriées et nécessaires à la réalisation d'un intérêt public. Le principe d'égalité devant la loi, l'interdiction de l'arbitraire et le principe de l'accomplissement des tâches étatiques en fonction des besoins contiennent également des postulats liés à l'efficacité des mesures étatiques pour tous les domaines de l'accomplissement des tâches étatiques. Conjointement avec l'art. 170 Cst., ces dispositions contribuent à une « culture de la justification » de la législation sur la base de considérations d'efficacité. Toutefois, la question de savoir quelle teneur constitutionnelle autonome reviendrait à un principe constitutionnel de l'efficacité des mesures étatiques dans le détail n'est pas encore clarifiée. Si des mesures étatiques inefficaces s'avèrent par exemple toujours disproportionnées ou non conformes au principe de légalité ou d'égalité devant la loi, la valeur normative ajoutée d'un principe constitutionnel autonome d'efficacité, dont le contenu constitutionnel ne va pas au-delà de celui d'autres principes constitutionnels, serait faible et négligeable. La question se pose donc de savoir quelles conséquences concrètes un principe constitutionnel non écrit de l'efficacité des mesures étatiques pourrait avoir sur le plan constitutionnel. On pourrait imaginer qu'un tel principe constitutionnel confère un droit justiciable à la réalisation de contrôles d'efficacité, qu'il fonde l'inconstitutionnalité de certaines mesures étatiques ou qu'il doive au moins être pris en compte dans l'interprétation de la Constitution. 50

Droit justiciable à un contrôle d'efficacité. L'art. 170 Cst. ne confère pas à l'individu un droit justiciable de demander la réalisation d'un contrôle d'efficacité dans un cas déterminé (sur cette question, N. 22). Si le texte 51

constitutionnel ne confère pas de droit justiciable à la réalisation de contrôles d'efficacité, il est difficilement concevable qu'un tel droit puisse découler d'un principe constitutionnel relativement abstrait, dérivé de l'interprétation et qui n'est jusqu'à présent reconnu ni par la pratique ni par la doctrine dominante. D'autres dispositions et principes de la Cst. ne sont toutefois pas justiciables, ou du moins pas dans toutes les situations, et se concrétisent par d'autres voies que le contrôle judiciaire, mais n'en revendiquent pas moins leur validité en tant que partie intégrante du droit constitutionnel matériel.

52 *Inconstitutionnalité des mesures inefficaces.* S'il existe un principe constitutionnel d'efficacité des mesures étatiques, la question se pose de savoir si les mesures étatiques inefficaces doivent être considérées comme inconstitutionnelles. Uhlmann/Bussmann discutent de cette question à la lumière d'un arrêt récent du Tribunal fédéral (ATF 147 I 16) concernant une taxe. Le Tribunal fédéral y a confirmé la légalité d'une redevance de raccordement dont l'efficacité était mise en doute, en indiquant que le législateur n'avait introduit la réglementation qu'à titre d'essai et l'avait soumise à une obligation d'évaluation. Uhlmann/Bussmann parviennent donc à la conclusion qu'une norme juridique est provisoirement proportionnée et donc conforme à la Constitution même si son efficacité est douteuse, du moins tant qu'elle est soumise à une obligation d'évaluation. À ce jour, aucun cas n'a été identifié dans lequel une mesure qui s'était révélée inefficace lors d'un contrôle d'efficacité a été jugée inconstitutionnelle par une autorité chargée d'appliquer le droit pour cette seule raison et n'a donc pas été appliquée ou a au moins été critiquée du point de vue constitutionnel (sans qu'il y ait eu simultanément, par exemple, une violation des droits fondamentaux pour non-respect du principe de proportionnalité). Cela ne peut pas être uniquement dû au fait que les lois fédérales doivent être appliquées même si elles sont inconstitutionnelles (art. 190 Cst.). En effet, même à l'égard des lois fédérales, le Tribunal fédéral n'est pas soumis à une interdiction de contrôle, alors qu'il pourrait sanctionner une éventuelle inconstitutionnalité pour violation d'un principe d'efficacité dans le cas des ordonnances fédérales et des actes de transposition cantonaux. Si les mesures inefficaces sont également conformes à la Constitution, un principe constitutionnel d'efficacité des mesures étatiques pourrait toujours avoir pour signification qu'il contient une exigence procédurale pour le processus législatif, selon laquelle une base juridique n'est conforme à la Constitution que si son efficacité (selon le contexte, ex ante, ex post et/ou concomitante)

est vérifiée de manière appropriée. En effet, dans sa décision *KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland* (53600/20 du 9 avril 2024), la CEDH a récemment déduit de l'article 8 CEDH une véritable norme de qualité pour la qualité législative dans le domaine de la protection du climat, notamment en ce qui concerne les données quantitatives comme base rationnelle de la politique climatique suisse. Il ne s'agit toutefois pas d'une exigence découlant d'un droit fondamental ou d'une autre norme de la Cst. Au contraire, les tribunaux suisses se sont jusqu'à présent montrés très réticents à déduire de la Cst. des exigences relatives aux contrôles d'efficacité (et autres mesures d'assurance qualité) nécessaires dans le processus législatif, qui pourraient remettre en cause la conformité constitutionnelle d'un acte législatif en cas de non-respect.

L'orientation vers l'efficacité comme méthode d'interprétation. L'idée directrice selon laquelle les mesures étatiques doivent être aussi efficaces que possible pourrait être mise à profit dans la méthodologie juridique. Un élément d'interprétation axé sur l'efficacité consisterait à interpréter une norme de manière à obtenir la plus grande efficacité possible. Cet élément d'interprétation serait étroitement lié à l'élément téléologique. Si la méthode téléologique établie dans le droit suisse est principalement orientée vers l'*intérieur*, vers la *ratio legis* qui sous-tend la norme, l'orientation vers l'efficacité signifierait une ouverture de la méthode vers les effets externes de la norme. En droit international et européen, le principe de l'effet utile (principe d'efficacité) établit une règle correspondante selon laquelle une norme doit être interprétée et appliquée de manière à atteindre son objectif de la manière la plus efficace et la plus simple possible. Un tel élément d'interprétation serait également apparenté à la théorie économique du droit établie dans le discours méthodologique américain, selon laquelle les normes juridiques doivent être interprétées de manière à obtenir le plus grand efficacité possible au sens économique. Dans la méthodologie suisse, un élément d'interprétation visant à obtenir la plus grande efficacité possible ne s'est pas encore imposé. Dans l'ATF 140 II 384, le Tribunal fédéral a toutefois évoqué « l'exigence constitutionnelle de l'efficacité du droit matériel » et renvoyé à l'art. 170 Cst. afin d'empêcher une absolutisation de la protection des parties à la procédure en relation avec les garanties procédurales prévues à l'art. 6 CEDH. Il a ainsi concilié de manière pratique les deux préoccupations que sont la protection des parties à la procédure (garanties procédurales selon l'art. 29 Cst.) et l'efficacité du droit matériel (contrôles 53

d'efficacité selon l'art. 170 Cst.). La jurisprudence actuelle ne permet toutefois pas encore de déterminer si la question de l'efficacité des mesures étatiques revêt une importance particulière dans l'interprétation de la Constitution ou si, à l'instar d'autres intérêts publics, elle entre dans la pesée des intérêts ou, à l'instar d'autres dispositions constitutionnelles, dans l'établissement d'une concordance pratique et est ainsi absorbée par des figures méthodologiques établies, en particulier la proportionnalité, l'intérêt public et la *ratio legis*. Un élément d'interprétation axé sur l'efficacité pourrait, par exemple dans le cadre de la concrétisation de dispositions constitutionnelles ouvertes, servir de « porte d'entrée » pour intégrer les connaissances empiriques issues des évaluations et des sciences sociales dans la méthodologie juridique. Toutefois, de nombreuses questions méthodologiques restent en suspens, notamment en ce qui concerne le rapport entre un élément d'interprétation axé sur l'efficacité et un élément d'interprétation téléologique, de sorte qu'un principe constitutionnel d'efficacité des mesures étatiques n'a jusqu'à présent guère pu avoir de conséquences juridiques concrètes dans le cadre de l'interprétation.

54 *Limites de la légitimation par les résultats.* Les considérations qui précèdent montrent que l'évaluation de l'efficacité des mesures et des actes législatifs en Suisse relève avant tout du pouvoir d'appréciation politique. Pour plusieurs raisons, cela est dans une certaine mesure inhérent au système. D'une part, les évaluations sont rarement en mesure de fournir des conclusions fiables sur des chaînes d'effets sociaux complexes. Même dans les disciplines des sciences sociales, qui ont donné la priorité aux progrès méthodologiques pour mesurer les relations causales au cours des dernières décennies, ces résultats de recherche sont généralement entachés d'une incertitude considérable. Dans la pratique, les évaluations ne correspondent souvent pas au modèle idéal d'une évaluation ex post complète répondant à des exigences de qualité scientifique, mais se limitent, en termes de questions et de méthode, à des analyses de mise en œuvre axées sur les processus. Même si les évaluations pouvaient mesurer avec une certitude absolue les effets des mesures gouvernementales, en tirer des conséquences politiques nécessiterait néanmoins une appréciation politique. Supposons qu'une évaluation puisse montrer de manière fiable qu'une mesure étatique, à l'exclusion d'autres facteurs, a réduit le chômage de 0,5 % : le résultat ne répondrait pas à la question normative de savoir si l'effet justifie les coûts (financiers et autres) liés à la mesure. La Constitution définit une procédure qui confère à certains organes constitutionnels, en particulier à l'Assemblée fédérale, la compétence

de répondre à de telles questions d'appréciation. Ces organes sont en principe également libres de prendre des mesures purement symboliques qui sont d'emblée inaptes à produire un effet mesurable (N. 28). La « légitimation des résultats » de l'action de l'État trouve ses limites dans le résultat de la « procédure d'entrée » démocratique et fondée sur la séparation des pouvoirs, qui évalue politiquement les résultats de l'évaluation. La « légitimation des résultats » ne doit pas relativiser, voire vider de leur substance, les garanties démocratiques et celles prévues par l'État de droit. Ces dernières constituent elles-mêmes un critère de réalisation des objectifs et exigent la mise en œuvre de l'État de droit démocratique.

Conclusion. L'art. 170 Cst. et plusieurs dispositions systématiquement apparentées ont pour idée directrice commune que les mesures étatiques doivent être aussi efficaces que possible (N. 49). La question de savoir s'il est justifié de regrouper cette préoccupation commune à différentes dispositions constitutionnelles sous la forme d'un principe constitutionnel autonome d'efficacité des mesures étatiques doit, à notre avis, être tranchée en tenant compte principalement des conséquences concrètes de ce principe constitutionnel sur le plan constitutionnel (N. 50). Il est incontestable que le principe constitutionnel ne confère pas un droit justiciable à la réalisation d'examens d'efficacité (N. 51). À ce jour, on ne connaît pas non plus de cas dans lesquels une autorité chargée d'appliquer le droit aurait qualifié une mesure d'inconstitutionnelle pour la seule raison qu'elle n'avait pas produit d'effet ou que son efficacité n'avait pas été suffisamment vérifiée (N. 52). Il est concevable que la tendance à orienter le droit vers l'efficacité puisse être intégrée dans la méthodologie juridique, dans le sens d'une interprétation des normes visant à leur donner la plus grande efficacité possible. Une évolution dans ce sens consiste en la réception du principe de l'effet utile du droit européen et international dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. La reconnaissance d'un élément d'interprétation autonome de l'efficacité n'a pas encore eu lieu, mais pourrait contribuer à une application du droit équitable, réaliste et légitime (N. 53). En fin de compte, l'évaluation de l'efficacité des mesures et des actes législatifs en Suisse relève avant tout du pouvoir d'appréciation politique. Sinon, le principe d'efficacité prévaudrait sur la « légitimation par l'input » démocratique et constitutionnelle de l'action de l'État (N. 54). Il serait envisageable de qualifier l'efficacité de principe constitutionnel purement programmatique, à l'instar des déclarations narratives ou des appels de la Constitution. D'autres éléments de la Cst. 55

qualifiés de « principes constitutionnels » dans la littérature présentent également une forte normativité. Compte tenu de ces évolutions, l'efficacité pratique du droit matériel dans son ensemble peut être comprise comme un principe constitutionnel en cours d'élaboration.

À propos des auteurs

Carl Jauslin, MLaw, BA, est candidat au LL.M. au Collège d'Europe à Bruges et doctorant à la faculté de droit de l'université de Bâle. Il a également été juriste au sein du service Projets législatifs I de l'Office fédéral de la justice à Berne.

Gabriel Gertsch, Dr sc., est délégué à l'Office fédéral de la justice pour le paquet d'accords Suisse-UE et chef adjoint de la section Accompagnement législatif I, chargé de cours en droit constitutionnel fédéral à l'Université de Saint-Gall et chercheur associé au Center for Law & Economics de l'EPF Zurich.

L'opinion exprimée ici reflète l'opinion personnelle des auteurs et ne correspond pas nécessairement à celle de l'Office fédéral de la justice. Les auteurs remercient Bertrand Bise, Kaspar Ehrenzeller, Simone Füzesséry et Jeanne Ramseyer pour leurs précieuses remarques. Carl Jauslin remercie également Johanna Jean-Petit-Matile et Lukas Gysin pour leurs échanges passionnants sur ce sujet (normatif - un groupe de réflexion juridique).

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Bussmann Werner, Evaluation staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen: Ein Leitfaden, Chur/Zürich 1995.

Flückiger Alexandre, L'évaluation des impacts des mesures étatiques, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, VII.8.

Flückiger Alexandre, (Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple, Bern, 2019.

Mader Luzius, L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation, Diss., Lausanne 1985.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Sager Fritz/Widmer Thomas/Balthasar Andreas (Hrsg)., Evaluation im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017.

BIBLIOGRAPHIE

Altwicker Tilmann, Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (12) 2018, 619 ff. (zit. Statistikbasierte Argumentation).

Altwicker Tilmann, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 138 (2019), 181 ff. (zit. Evidenzbasiertes Recht).

Altwicker Tilmann, Leistungsfähigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Nettesheim Martin (Hrsg.), Verfassungsrecht und Politik, VVDStRL 84, Berlin/Boston 2025, 334 ff. (zit. Leistungsfähigkeit).

Altwicker Tilmann/Hermstrüwer Yoan, Quantitative Legal Studies: The Science of Measuring the Law, in: Altwicker Tilmann et al. (Hrsg.), Recht - Jurisprudenz - Wissenschaft, Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich, Zürich/Genf 2025, 41 ff.

Andereggen Céline, Evaluation der Vernehmlassungs- und Anhörungspraxis des Bundes, LeGes 1 (2012).

Angrist Joshua/Pischke Jörn-Steffen, The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design Is Taking the Con out of Econometrics, Journal of Economic Perspectives (24) 2010, No. 2, 3 ff.

Arni Patrick, Kausale Evaluation von Pilotprojekten: Die Nutzung von Randomisierung in der Praxis, LeGes 3 (2012).

Aubert Jean-François, Art. 170 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse: du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.

Balthasar Andreas, Institutionelle Verankerung und Verwendung von Evaluationen: Praxis und Verwendung von Evaluationen in der schweizerischen Bundesverwaltung, Zürich 2009 (zit. Verwendung von Evaluationen).

Balthasar Andreas, Evaluationen in der Schweiz: Verbreitung und Verwendung, in: Widmer Thomas/Beywl Wolfgang/Fabian Carlo (Hrsg.), Evaluation: Ein systematisches Handbuch, Wiesbaden 2009, 486-497.

Balthasar Andreas, Wie lassen sich Politikfelder evaluieren? Skizze einer Vorgehensweise am Beispiel der Integrationspolitik, LeGes 2 (2015) (zit. Politikfelder evaluieren).

Balthasar Andreas/Müller Franziska, Die Verbreitung evidenzbasierter und gleichstellungssensitiver Informationen in den Entscheidungsprozessen kantonaler Steuer- und Sozialtransferpolitik: Eine quantitative Analyse, Swiss Political Science Review 2014, 70 ff.

Balthasar Andreas/Strotz Chantal, Verbreitung und Verankerung von Evaluation in der Bundesverwaltung, in: Sager Fritz/Widmer Thomas/Balthasar Andreas (Hrsg.), Evaluationen im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017, 89 ff.

Balzer Lars, Bekanntheitsgrad und Nutzung der Evaluations-Standards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL) sowie erste Modifikationshinweise: Ergebnisse der Mitgliederbefragung, LeGes 2 (2013) (zit. Nutzung der Evaluations-Standards).

Balzer Lars, Die Evaluationspraxis im Licht der neuen SEVAL-Standards sowie empirisch bestimmter Bedingungen erfolgreicher Evaluationsprojekte, LeGes 3 (2019) (zit. Evaluationspraxis).

Biaggini Giovanni, Art. 187 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Biaggini Giovanni, Art. 170 BV, in: Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bise Bertrand/Wallart Nicolas, Differenzierte Regulierungen für weniger administrative Belastung, Die Volkswirtschaft, 25.5.2016.

Bise Bertrand, Wer überwacht die Wirksamkeit der öffentlichen Politik, Die Volkswirtschaft, 23. September 2019.

Brun Mathias, NFA-Wirksamkeitsbericht, LeGes 2 (2010).

Bussmann Werner, Rechtsetzung unter Unsicherheit, LeGes 2 (1992) (zit. Rechtsetzung unter Unsicherheit).

Bussmann Werner, Die Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation, LeGes 3 (1997) (zit. Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation).

Bussmann Werner, Evaluation von NPM-Pilotprojekten, LeGes (3) 1997 (zit. NPM-Pilotprojekte).

Bussmann Werner, Typen und Terminologie von Evaluationsklauseln, LeGes 2005 (zit. Typen und Terminologie).

Bussmann Werner, Die prospektive Evaluation und ihre Verfahren zur Prüfung von Erlassen, LeGes 2 (2009) (zit. Prospektive Evaluation).

Bussmann Werner, Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, LeGes 3 (2014) (zit. Evaluation der neuen Bundesrechtspflege).

Christ Brigitte, Evaluationen der EFK: Sand oder Schmieröl im Getriebe?, LeGes 1 (2022).

Delahais Thomas, Les évaluations participatives : plus facile à dire qu'à faire?, LeGes 1 (2021).

Della Vigna Stefano/Kim Woojin/Linos Elizabeth, Bottlenecks of Evidence Adoption, Journal of Political Economy 132 (2024).

Dubas Daniel/Wachter Daniel, Die Nachhaltigkeitsbeurteilung auf Bundesebene, LeGes 2 (2010).

Econcept, Differenzierte Regulierung und Opting-out, im Auftrag des SECO, 28.3.2018.

Ehrenzeller Bernhard, Art. 174 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Ehrenzeller Kaspar, Art. 169 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Ehrenzeller Kaspar, Verfassungsinterpretation, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Errass Christoph, Art. 80 BV, Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Flückiger Alexandre, Art. 170 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021.

Flückiger Alexandre, L'arrêt KlimaSeniorinnen c. Suisse : un standard de qualité légistique pour la législation finalisée, LeGes 2 (2024) (zit. KlimaSeniorinnen).

Flückiger Alexandre, L'évaluation des impacts des mesures étatiques, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, VII. 8 (zit. Impacts).

Frey Kathrin/Ledermann Simone, Nutzung von Evaluationen in Regierung und -verwaltung, in: Fritz Sager/Thomas Widmer/Andreas Balthasar (Hrsg.), Evaluationen im politischen System der Schweiz: Entwicklung, Bedeutung und Wechselwirkungen, Zürich 2017, S. 211 ff.

Gabriel-Schärer Pia/Wicki Martin, Partizipative Ansätze und Evaluationsmethodik, LeGes 1 (2021).

Haldemann Theo, Evaluation von Politik- und Verwaltungsreformen, LeGes 3 (1997).

Haldemann Theo/Marek Daniel, Evaluationsstudien für ein tatsächlich wirkungsorientiertes NPM, LeGes 2 (2001).

Haunberger Sigrid, Nichts ist praktischer als ein gutes Wirkungsmodell: Überlegungen am Beispiel des Justizvollzugs, LeGes 2 (2018).

Höland Armin, Interdisziplinarität der Gesetzesevaluation, LeGes 1 (1990).

Janett Daniel, Die Evaluationsfunktion des Bundesparlaments, LeGes 2 (2004).

Jauslin Carl/Schinzel Marc, Krisenfeste Gesetzgebung: Notwendigkeit oder Illusion?, LeGes 3 (2024).

Keller Läubli Lucy, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, recht 2018.

Kettiger Daniel, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern 2000 (zit. Verwaltungsführung).

Kettiger Daniel, Gesetzescontrolling, Bern/Stuttgart/Wien 2000 (zit. Gesetzescontrolling).

Körber Sandro, Experimentelle Rechtsetzung, LeGes 2 (2015).

Konzendorf Gottfried, Die Zukunft evaluieren: Ansätze, Herausforderungen, Bedeutung, LeGes 1 (2012).

Ledermann Simone/Tobler Andreas/Bättig Christoph, Art. 27 ParlG, in: Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, 2. Aufl., Basel 2024.

Lienhard Andreas, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analyse - Anforderungen - Impulse, Bern 2005.

Lienhard Andreas/Marti Locher Fabienne, Art. 170 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Lienhard Andreas/Mächler August/Zielniewicz Agata, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

Lötscher Andreas, Evaluationsklauseln: Überlegungen aus gesetzesredaktioneller Sicht, LeGes 1 (2005).

Luhmann Niklas, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M. 1969.

Mader Luzius, Art. 170 der Bundesverfassung – Was wurde erreicht, was ist noch zu tun?, LeGes 1 (2005).

Martenet Vincent, La séparation des pouvoirs, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020.

Mastronardi Philippe, Zur Legitimation des Staates durch die Wirkungen seines Handelns, LeGes 1996, 25 ff. (zit. Legitimation).

Mastronardi Philippe, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, LeGes 2/3 (1998) (zit. Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit).

Mastronardi Philippe, Angewandte Rechtstheorie, Bern 2009 (zit. Angewandte Rechtstheorie).

Mastronardi Philippe, Art. 170 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich & St. Gallen 2008.

Melvin Mark/Henry Gary, The mechanisms and outcomes of evaluation influence, Evaluation 2004, 10(1), 35 ff.

Meynhardt Timo, Public Value, in Bernard Blanke et al. (Hrsg.). Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Aufl., Wiesbaden 2011, 517 ff.

Moore Mark, Creating Public Value, Strategic Management in Government, Cambridge 1995.

Müller Georg/Uhlmann Felix/Höfler Stefan, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024.

Müller Markus, Art. 187 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Petersen Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 3 (2010), S. 435 ff.

Pfyl Roland, Evaluation der Zukunft: Ansätze, Herausforderungen und Bedeutung von Folgenabschätzungen in Verwaltung und Politik, LeGes 1 (2012).

Pleger Lyn/Sager Fritz, Die Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit in der Schweiz und was die SEVAL dagegen tun kann, LeGes 1 (2016) (zit. Beeinflussung in der Evaluationstätigkeit).

Pleger Lyn/Sager Fritz, «Don't tell me cause it hurts» – Beeinflussung von Evaluierenden in der Schweiz, Zeitschrift für Evaluation 1 (2016), S. 23 ff. (zit. Beeinflussung von Evaluierenden).

Pleger Lyn/Sager Fritz, Betterment, undermining, support and distortion: A heuristic model for the analysis of pressure on evaluators, Evaluation and Program Planning 2018, 166 ff. (zit. Pressure on evaluators).

Pleger Lyn/Hadorn Suanne, The big bad wolf's view: The evaluation clients' perspectives on independence of evaluations, Evaluation 4 (2018), S. 456 ff.

Posner Richard A., Economic Analysis of Law, Boston 1973 (zit. Economic Analysis).

Posner Richard A., The Economic Approach to Law, Texas Law Review 53 (1975), 756 ff. (zit. Economic Approach).

Pound Roscoe, Law in books and law in action, American Law Review 1910, S. 15 ff.

Rhinow René A./Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Riedel Henrik, Wie können Nachhaltigkeitsprüfungen in Gesetzesfolgenabschätzungen integriert werden? LeGes 1 (2012).

Rieder Stefan, Wirkungsmodelle in der Evaluation des föderalen Politikvollzugs, LeGes 2 (2007) (zit. Wirkungsmodelle).

Rieder Stefan, Evaluation und (New) Public Management – Parallelen und Synergien, LeGes 1 (2014) (zit. New Public Management).

Rieder Stefan, Kosten von Evaluationen, LeGes 1 (2011) (zit. Kosten).

Röhl Hans Christian, Öffnung der Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, VVDStRL 74 (2014), S. 7 ff.

Rüefli Christian, Evaluationsmethoden zwischen Pragmatismus und Qualität – Ansätze zum Umgang mit dem Spannungsfeld, LeGes 1 (2010) (zit. Evaluationsmethoden).

Rüefli Christian, Ansätze und Instrumente besserer Regulierung – eine Auslegeordnung, LeGes 3 (2017) (zit. Instrumente besserer Regulierung).

Rüefli Christian, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 3(2022) (zit. Gesetzesevaluation).

Sager Fritz/Hinterleitner Markus, Evaluation, in: Klaus Schubert/Nils Bandelow, Lehrbuch der Politikfeldanalyse, 3. Aufl., Oldenburg 2014, S. 437 ff.

Sager Fritz/Ingold Karin/Balthasar Andreas, Policy-Analyse in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2018.

Sägesser Thomas, Art. 26 ParlG, in: Graf Martin/Caroni Andrea (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13.12.2002, 2. Aufl., Basel 2024.

Schmidt, Vivien A., Conceptualizing Legitimacy: Input, Output, and Throughput, in: Europe's Crisis of Legitimacy: Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone, Oxford, 2020.

Stockbauer Uta, Was macht Evaluationen nützlich? Grundlagen und empirische Untersuchungen zum Thema Verwertung und Verwertbarkeit von Evaluationen, Diss., Salzburg 2000.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, ZSR 143 (2024) I, Heft 1, 103 ff.

Uffer Matthias, Die Grundrechtskollision: ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Diss., Baden-Baden 2021.

Uhlmann Felix/Bussmann Werner, Art. 170 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich & St. Gallen 2023.

Widmer Thomas, Qualitätssicherung in der Evaluation, LeGes 2 (2001) (zit. Qualitätssicherung).

Widmer Thomas, Unabhängigkeit in der Evaluation, LeGes 2 (2012) (zit. Unabhängigkeit).

Widmer Thomas et al., Forschung über Evaluation in der Schweiz: Stand und Aussichten, LeGes 3 (2016).

Wiederkehr René/Frings Johannes, Grundprinzipien des öffentlichen Rechts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1 (2025), S. 3 ff.

Von Witzleben Thomazine, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, LeGes 3 (2006).

Von Bogdandy Armin, Gubernative Rechtsetzung: Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, Habil., Tübingen 2000.

Wüest-Rudin David, Evaluation von Reformen der öffentlichen Verwaltung: Bedeutung und Erfolgsfaktoren, LeGes 1 (2002).

MATÉRIAUX

BJ, Wirksamkeit von Bundesmassnahmen, Vorschläge zur Umsetzung von Art. 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung, Bericht der Interdepartementalen Kontaktgruppe «Wirkungsprüfungen» an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 14.6.2004 (zit. Bericht IDEKOWI, 2004).

BJ, Entscheide des Bundesrats vom 3. November 2004 zur Verstärkung der Wirksamkeitsprüfungen bei Bundesrat und Bundesverwaltung (ergänzt durch die Empfehlungen der Generalsekretärenkonferenz [GSK] vom 19.11.2005 über Qualitätsstandards), Konsolidierte Übersicht über die Entscheide, Empfehlungen zum Zeitpunkt der Umsetzung vom 19.1.2006 (zit. Wirksamkeitsprüfungen, Entscheide des Bundesrates, 2006).

BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 5. Aufl. 2025.

BJ, Empfehlungen des Bundesamts für Justiz zur Formulierung von Evaluationsklauseln vom 1.7.2012.

Bundeskanzlei, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand April 2024.

Bundesrat, Bericht über die Vollzugs- und Wirkungskontrolle des Neuen Führungsmodells für die Bundesverwaltung, 24.11.2021.

Bundesrat, Richtlinien für die Regulierungsfolgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorhaben des Bundes (RFA-Richtlinien) vom 6.12.2019 (Stand am 1.10.2024, BBl 2024 664).

EFK, Umsetzung der Evaluationsklauseln in der Bundesverwaltung, Prüfung, Oktober 2011.

EU Commission, Better Regulation Guidelines, Commission Staff Working Document, Brussels, 3.11.2021, SWD 305 (2021) final, Chapter III-V.

EU Commission, Staff Working Paper 'Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments' (SEC(2011)567).

OECD, Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris 2020, abrufbar unter: https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en [abgerufen am 1.8.2024].

SECO, Prüfauftrag zu Regulatory Sandboxes, Studie, Juni 2022.

SEVAL-Standards, Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft, 9.9.2016.

SEVAL, Erläuterungen zu den Evaluationsstandards der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL-Standards), 7.9.2017.

WBF, Handbuch Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), Version 2.0 (1.4.2024)

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 176 Cst.

Un commentaire de Christoph Raess

PROPOSITION DE CITATION

Christoph Raess, Commentaire de l'art. Art. 176 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Raess, art. 176 Cst. N. XXX.

Art. 176 Présidence

[1] La présidence du Conseil fédéral est assurée par le président ou la présidente de la Confédération.

[2] L'Assemblée fédérale élit pour un an un des membres du Conseil fédéral à la présidence de la Confédération et un autre à la vice-présidence du Conseil fédéral.

[3] Ces mandats ne sont pas renouvelables pour l'année suivante. Le président ou la présidente sortants ne peut être élu à la vice-présidence.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse et évolution historique de la présidence de la Confédération 1423
II. Structure normative 1424
III. Classification dans le contexte du droit public 1425
IV. «(...) préside le Conseil fédéral.» 1426
V. Vice-présidente ou vice-président 1432
VI. Dispositions relatives à l'élection (al. 2 et 3) 1432
VII. Propositions de réforme 1435
Lectures complémentaires recommandée 1436
Bibliographie 1437
Matériaux 1440

I. GENÈSE ET ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA PRÉSIDENCE DE LA CONFÉDÉRATION

La disposition de l'art. 176 Cst. remonte, tant dans sa formulation que dans son contenu, à la **fondation de l'État fédéral**. Par rapport à ses deux prédécesseurs, l'art. 176 Cst. n'a subi aucune modification de fond, mais uniquement des modifications d'ordre linguistique. L'expression « préside » remonte même au projet de Constitution de la Confédération suisse de mai 1833, remanié par la Diète fédérale. Le libellé de l'art. 176 Cst. illustre donc – à l'instar des autres dispositions relatives au Conseil fédéral – la *constance institutionnelle* qui prévaut en Suisse depuis 1848. 1

L'Assemblée fédérale a repris, sans modifications de fond et pratiquement sans discussion, l'adaptation purement linguistique de l'art. 176 Cst. proposée par le Conseil fédéral dans le cadre de la dernière **révision constitutionnelle**. Dans le cadre de la réforme de la direction de l'État, une prolongation de la durée du mandat du président ou de la présidente de la Confédération à deux ans a échoué à plusieurs reprises (cf. N. 27 et N. 32). 2

Le libellé pratiquement inchangé de l'art. 176 Cst. contraste avec l'évolution de la signification de la présidence de la Confédération. Ainsi, la **signification de la fonction** de président ou de présidente de la Confédération et, en lien étroit avec celle-ci, la *pratique électorale* de l'Assemblée fédérale pour cette fonction ont *fortement évolué*. Jusqu'au début du XXe siècle, la fonction de président de la Confédération était en principe liée à la présidence du Département politique. Le Département politique englobait tant la politique étrangère que la sécurité intérieure. Il revêtait donc une grande importance politique. Cette importance majeure du Département politique a conduit à ce que la fonction de président de la Confédération soit réservée aux membres du Conseil fédéral auxquels on attribuait des qualités d'homme d'État. Par conséquent, l'Assemblée fédérale n'élisait pas tous les conseillers fédéraux à la présidence de la Confédération. Le principe de rotation annuelle s'appliquait toutefois déjà à l'époque (cf. N. 29). En raison des circonstances mentionnées, le président de la Confédération aurait joui, aux débuts de l'État fédéral, d'une « position nettement plus forte et plus élevée » que les autres membres du Conseil fédéral. 3

4 Depuis la dissociation de la présidence de la Confédération de la présidence du Département politique et la création, qui s'en est suivie, de l'actuel Département des affaires étrangères en 1920, la présidence de la Confédération a perdu de son importance. Depuis lors, la présidente ou le président de la Confédération occupe la position d'un premier parmi ses pairs (cf. N. 11). En raison de cette évolution, l'Assemblée fédérale élit aujourd'hui habituellement les membres du Conseil fédéral à la présidence de la Confédération, sans exiger de qualifications « d'homme d'État » particulières. La pratique électorale veut qu'un membre du Conseil fédéral ne devienne président ou présidente de la Confédération qu'après avoir servi sous la présidence de tous ses collègues plus anciens dans la fonction.

5 Indépendamment de l'évolution de la signification de la fonction, la pratique électorale de l'Assemblée fédérale a connu un autre changement important à la fin du siècle dernier : depuis l'élection de l'ancienne conseillère fédérale Ruth Dreifuss à la fin de l'année 1998 en tant que première présidente de la Confédération, l'Assemblée fédérale élit régulièrement des femmes à cette fonction.

II. STRUCTURE NORMATIVE

6 L'art. 176 Cst. se compose de trois alinéas. Seul l'al. 1 contient une disposition matérielle – pour le moins vague – en stipulant que la présidente ou le président de la Confédération préside le Conseil fédéral. Le libellé de la Constitution laisse toutefois ouverte la question des compétences liées à cette présidence. Les al. 2 et 3 contiennent principalement des dispositions relatives au droit électoral. D'un point de vue purement quantitatif, l'ensemble de l'art. 176 Cst. contient donc **principalement des dispositions électorales et seulement quelques dispositions matérielles**. Cela concorde avec le fait que, d'après son titre, l'art. 176 Cst. ne traite pas des pouvoirs ou des compétences de la présidente ou du président de la Confédération, mais uniquement de la «présidence» du Conseil fédéral. Le libellé de la Constitution et le titre de l'art. 176 Cst. symbolisent ainsi la position plutôt modeste de la présidente ou du président de la Confédération dans l'organisation de l'État suisse.

7 le 2e phrase, précise qu'outre le président ou la présidente de la Confédération, il existe également la **fonction de vice-président ou vice-présidente**, qui n'est pas mentionnée à l'al. 1. Il est en outre stipulé que

l'Assemblée fédérale élit le président ou la présidente de la Confédération ainsi que le vice-président ou la vice-présidente. Seuls les membres en exercice du Conseil fédéral jouissent du droit d'éligibilité. Il est en outre précisé que le mandat de la présidente ou du président de la Confédération est d'un an. L'al. 3 exclut ensuite la réélection pour l'année suivante. Pour la présidente ou le président de la Confédération, cette interdiction s'applique également à la fonction de vice-présidente ou de vice-président.

III. CLASSIFICATION DANS LE CONTEXTE DU DROIT PUBLIC

L'art. 176 Cst. fait partie de la première section du chapitre III du titre V « **Autorités fédérales** » de la Constitution fédérale. Cette section contient les dispositions relatives à l'organisation et à la procédure du Conseil fédéral, de l'administration fédérale et de la Chancellerie fédérale. L'art. 176 Cst. fait suite aux deux normes qui traitent du Conseil fédéral en tant que tel ainsi que de sa composition et de son élection (art. 174 s. Cst.). Vient ensuite, en tant que dernière norme traitant de l'organisation du Conseil fédéral, l'art. 177 Cst., qui établit les principes de collégialité et de départementalisation comme fondements du fonctionnement du Conseil fédéral. 8

L'art. 176 Cst. présente certaines **similitudes** avec l'art. 152 Cst., qui régit la présidence du Conseil national et du Conseil des États. On remarque à cet égard que le libellé de l'art. 152 Cst. met également en avant le contenu électoral de cette disposition (cf. N. 6). Il n'existe pas de norme comparable pour le Tribunal fédéral, troisième pouvoir suprême de la Confédération, car la présidence du Tribunal fédéral n'est pas prévue par la Constitution (cf. art. 188 Cst., art. 14 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]). On trouve toutefois dans les constitutions cantonales de nombreuses dispositions similaires à l'art. 176 Cst. qui régissent la présidence du gouvernement cantonal concerné. Les al. 2 et 3 de l'art. 176 Cst. présentent en outre des similitudes avec l'art. 175, al. 2 à 4, Cst., qui concernent la compétence en matière d'élection des membres du Conseil fédéral et les conditions d'éligibilité correspondantes. 9

La **fonction** de l'art. 176 Cst. consiste en premier lieu à régler la présidence du Conseil fédéral (cf. N. 12). L'art. 176 Cst. attribue cette tâche à la présidente ou au président de la Confédération et règle ses compétences ainsi que sa position au sein du Conseil fédéral. En outre, l'art. 176 Cst. régit l'élection de 10

la présidente ou du président de la Confédération ainsi que de la vice-présidente ou du vice-président et prévoit notamment – en complément de la liste (manifestement non exhaustive) des compétences électorales de l'Assemblée fédérale figurant à l'art. 168 Cst. – que c'est l'Assemblée fédérale qui procède à cette élection.

11 Le rôle peu prépondérant de la présidente ou du président de la Confédération est étroitement lié aux **principes du gouvernement collégial et de la concordance** qui prévalent dans la démocratie suisse. Il découle du principe de collégialité énoncé à l'art. 177, al. 1, Cst. que tous les membres du Conseil fédéral sont égaux, ce qui a également des répercussions sur la conception de la fonction de président ou de présidente de la Confédération. Cela s'explique – comme le souligne à juste titre la doctrine – par une forte méfiance à l'égard de la concentration des pouvoirs entre les mains d'une seule personne, qui se reflète également dans l'organisation de la présidence de la Confédération. Fritz Fleiner avait déjà diagnostiqué chez la Suisse une préférence pour les organes collégiaux, qui donnent de l'espace à une majorité de personnes et empêchent ou limitent l'influence prépondérante d'un individu. Enfin, on entend par concordance « la volonté de garantir, dans le processus politique, la prise en compte la plus large possible des valeurs et des intérêts ». Dans ce contexte, la fonction de la présidente ou du président de la Confédération se caractérise aujourd'hui comme suit : elle ou il est simplement *le premier parmi ses pairs* et ne jouit d'aucune position de primauté à proprement parler par rapport aux autres membres du Conseil fédéral (cf. N. 12). Conformément au principe de collégialité, la fonction de présidente ou de président de la Confédération n'est en outre assortie que de compétences limitées. Le principe de collégialité ne s'opposerait toutefois pas à un léger renforcement du rôle de la présidente ou du président de la Confédération, car la portée de ce principe ne doit pas être surinterprétée.

IV. «(...) PRÉSIDE LE CONSEIL FÉDÉRAL.»

12 Le libellé de l'art. 176, al. 1, Cst. est extrêmement succinct. À cela s'ajoute le fait que la présidente ou le président de la Confédération exerce souvent ses tâches non pas en public, mais au sein du collège. Il est donc difficile de déterminer si et comment la présidente ou le président de la Confédération exerce ses tâches dans chaque cas. Ces circonstances compliquent également

l'**interprétation de l'art. 176 Cst.**. La pratique interprétative de l'Assemblée fédérale relative à l'art. 176 Cst., telle qu'elle s'est développée notamment lors de l'adoption des art. 25 ss LOGA, fournit un indice à cet égard. Il convient d'en tenir compte ci-après pour déterminer la portée de l'art. 176 Cst. Il n'est toutefois pas admissible de déduire la portée de l'art. 176 Cst. de sa mise en œuvre législative ; cela reviendrait à inverser la hiérarchie des normes.

13 Le libellé de la Constitution ne précise ni la fonction exacte ni les tâches de la présidente ou du président de la Confédération. La Constitution se contente d'indiquer que la présidente ou le président de la Confédération **préside le Conseil fédéral** (art. 176, al. 1, Cst.). Mais qu'est-ce que cela signifie exactement ? D'une manière générale, la présidence peut être décrite comme suit : la présidente ou le président de la Confédération « ne » préside *que le Conseil fédéral, et non la Confédération.* Il ou elle ne dirige pas non plus le Conseil fédéral, mais en assure uniquement la présidence. Il ou elle doit « veiller au bon fonctionnement et à la capacité de performance du [Conseil fédéral] conformément au système et en assumer la responsabilité première ». Ainsi, la fonction de président ou de présidente de la Confédération ne confère « ni pouvoir, ni position hégémonique sur le plan juridique et politique ». Il ou elle est, comme l'a formulé de manière concise et convaincante le législateur à l'art. 19, al. 3, LOGA, le membre présidant le Conseil fédéral. Il serait toutefois excessif de nier toute autorité réelle au président ou à la présidente de la Confédération. Au contraire, en raison de ses tâches présidentielles, il ou elle jouit, par rapport aux autres membres du gouvernement, d'*une certaine position de pouvoir supplémentaire*.

14 En principe, il convient de distinguer entre la **fonction de direction et de coordination** de la présidente ou du président de la Confédération, d'une part, et ses autres «fonctions au sein du collège du Conseil fédéral» formelles et régies par la loi (cf. par exemple N. 20 et N. 22), d'autre part. L'exercice de la fonction de direction et de coordination constitue la tâche principale de la présidente ou du président de la Confédération. Dans sa fonction de direction et de coordination, la présidence désigne la « direction ». La direction comprend « l'initiation, la coordination, la conduite des procédures, l'arbitrage, la synthèse, l'impulsion et le contrôle » et désigne ainsi la conduite du collège (cf. N. 18). Toutes ces tâches doivent être exercées dans le respect de la Constitution, le président ou la présidente de la Confédération devant veiller à ce que la présidence de la Confédération ne lui confère pas les

pouvoirs d'un chef de gouvernement. Dans le sillage de l'affaire libyenne, il s'est finalement avéré que la présidente ou le président de la Confédération – en signant de sa propre initiative un traité de droit international – peut faire davantage en droit international qu'il n'est autorisé à le faire en droit national.

15 En raison de l'étendue limitée de ses attributions, la doctrine constitutionnelle conclut à juste titre depuis plus de 140 ans que la présidente ou le président de la Confédération est plutôt une **présidente ou un président du Conseil fédéral**. Le titre de « présidente de la Confédération » ou « président de la Confédération » masque donc le vide de substance de la fonction en question ou promet plus qu'il ne peut tenir. La fonction ne dispense pas non plus la présidente ou le président de la Confédération de diriger simultanément l'un des sept départements (cf. art. 175, al. 1, art. 177, al. 2, et art. 178, al. 2, Cst.) . Néanmoins, la littérature politologique constate que, même récemment, les présidentes ou présidents de la Confédération ont su, malgré leur rôle peu marquant, donner certaines orientations politiques.

16 Le président ou la présidente de la Confédération dispose en principe d'une **légitimité démocratique spécifique** en raison d'une élection distincte par l'Assemblée fédérale réunie. Compte tenu de la pratique électorale en vigueur, qui réduit l'élection à une simple nomination par rotation, cette légitimité supplémentaire est toutefois minime. Par conséquent, cette légitimité supplémentaire ne permet pas non plus de conclure nécessairement à une conception large des tâches de la présidence fédérale. Ainsi, le texte constitutionnel ne contient notamment aucune indication en ce sens. Toutefois, dans le règlement de protocole de la Confédération suisse approuvé par le Conseil fédéral, la présidente ou le président de la Confédération est classé au rang 1a, juste après le Conseil fédéral dans son ensemble, classé au rang 1. D'un point de vue protocolaire, la présidente ou le président de la Confédération se situe ainsi au-dessus des autres conseillères et conseillers fédéraux, ainsi qu'au-dessus de la présidente du Conseil national (rang 2) et du président du Conseil des États (rang 3). Le DFAE justifie cette dérogation à la hiérarchie interne des pouvoirs par la « hiérarchisation des titulaires de fonctions en vue de la représentation de notre pays à l'étranger ».

17 Le rôle de la présidente ou du président de la Confédération est souvent décrit de manière négative dans la doctrine et par le Conseil fédéral lui-même. On lit ainsi régulièrement que la présidente ou le président de la

Confédération n'est **ni chef de l'État ni chef du gouvernement**. Aussi brève et évocatrice que soit cette description, elle n'apporte pas grand-chose. Ces formules excluent certes deux fonctions (théoriquement) possibles pour la présidente ou le président de la Confédération, mais elles ne sont d'aucune aide en ce qui concerne la réglementation concrète des compétences. Une description négative du rôle de la présidente ou du président de la Confédération, qui s'appuie sur l'organisation concrète de la fonction, est toutefois utile. La présidente ou le président de la Confédération n'a aucune influence sur la composition du Conseil fédéral. Celle-ci lui est imposée par l'Assemblée fédérale réunie (cf. art. 175, al. 2, Cst.). En outre, la Constitution ne place pas la présidente ou le président de la Confédération dans une position hiérarchique par rapport aux autres membres du Conseil fédéral. Elle ou il n'est pas leur supérieur hiérarchique. En l'absence de cette position hiérarchique, la présidente ou le président de la Confédération ne dispose d'aucun pouvoir de donner des instructions sur le fond aux autres membres du collège. Cela serait contraire au système d'un gouvernement multipartite soumis à la concordance, tel que l'est le Conseil fédéral suisse (cf. N. 11). Enfin, le constituant n'a pas non plus conféré au président ou à la présidente de la Confédération de pouvoirs décisionnels matériels en tant que président ou présidente.

18 La tâche principale de la présidence du Conseil fédéral est la **direction du collège** en tant que tel (cf. art. 25, al. 1, LOGA). La présidente ou le président de la Confédération « assure la cohésion du collège en tant que tel, le stimule, le maintient en mouvement et le consolide par [son] action de direction ». Cela comprend la direction des séances du Conseil fédéral (cf. art. 18, al. 1, LOGA), ce qui inclut également leur préparation et la double voix en cas d'égalité des voix (ce qui, dans la pratique, est sans doute rare en raison du nombre impair de membres du Conseil fédéral) (art. 25, al. 2, let. b, et art. 19, al. 3, LOGA). Les compétences de la présidente ou du président de la Confédération sont donc étroitement liées au déroulement formel des affaires. Depuis 2014, la présidente ou le président de la Confédération peut charger formellement un membre du Conseil fédéral de soumettre au Conseil fédéral une affaire déterminée avant une date fixée (art. 25, al. 2, let. b^{bis}, LOGA). Sur le plan politique, il est toutefois difficile d'imaginer qu'un président ou une présidente de la Confédération donne instruction à un autre membre du Conseil fédéral d'inscrire à l'ordre du jour d'une séance du Conseil fédéral une affaire (qui, dans certaines circonstances, ne serait pas

encore susceptible de faire l'objet d'une décision). Il est difficile d'évaluer de l'extérieur si les pouvoirs découlant de ces tâches sont, dans la pratique – comme le postule la doctrine –, exercés avec retenue. Ce diagnostic semble toutefois juste, car aucun exemple contraire tiré de la pratique du Conseil fédéral n'a été rapporté à ce jour par les médias. La direction du collège ne se limite toutefois pas à la simple tâche formelle de présider les séances. Diriger le collège signifie que la présidente ou le président de la Confédération lance des discussions importantes au sein du Conseil fédéral, s'efforce de parvenir à un projet consensuel, mais cherche également à prendre une décision lorsqu'aucun compromis ne peut être trouvé au sein du Conseil fédéral. Des compétences sociales sont également requises à cet égard. Grâce à une direction réfléchie et ciblée du collège, le président ou la présidente de la Confédération devrait aujourd'hui – faute d'une position prépondérante et d'un pouvoir de décision sur le fond – pouvoir exercer la plus grande influence sur l'organe.

19 La doctrine postule en outre que la tâche première de la présidence devrait être de mettre en place une **politique gouvernementale uniforme et cohérente** tant sur le plan intérieur qu'extérieur (cf. art. 180 Cst.). En ce sens, on pourrait exiger que la présidente ou le président de la Confédération assure la fonction fondamentale du Conseil fédéral, à savoir la direction politique de la Suisse. La présidente ou le président de la Confédération pourrait ainsi vérifier et garantir que les objectifs fixés par le programme de législature (cf. art. 146 de la LParl) ou d'autres instruments de planification soient atteints. D'un point de vue théorique, de telles exigences semblent certes judicieuses. Toutefois, avec les instruments dont dispose actuellement la présidente ou le président de la Confédération, elles devraient être difficiles à satisfaire dans la pratique.

20 La présidente ou le président de la Confédération **représente le Conseil fédéral en Suisse et à l'étranger** (art. 28 LOGA). Ces tâches de représentation comprennent notamment la participation à des conférences internationales et l'accomplissement de visites d'État à l'étranger sur invitation, mais aussi les discours annuels du Nouvel An et du 1er août. En revanche, c'est le Conseil fédéral in corpore qui assure les réceptions d'État en Suisse, car la représentation de la Confédération à l'intérieur et à l'extérieur incombe au Conseil fédéral en tant que collège (cf. art. 174, al. 1, art. 184, al. 1, et art. 186, al. 1, Cst.). Malgré ces tâches, la présidente ou le président

de la Confédération n'est souvent pas perçu par la population suisse – conformément à ses compétences juridiques – comme une figure de proue. Cela dépend toutefois aussi de l'actualité et de la personnalité de la présidente ou du président de la Confédération en fonction. Ainsi, l'ancienne conseillère fédérale Simonetta Sommaruga s'est montrée très présente en tant que présidente de la Confédération au début de la pandémie de Covid-19 au printemps 2020, ce qui lui a même valu le titre de « mère de la nation » dans certains médias.

21 La fonction de président ou de présidente de la Confédération est associée à un certain **prestige**, notamment en raison des tâches de représentation mentionnées précédemment. Ce prestige et la présence médiatique qui y est aujourd'hui associée – même si celle-ci a diminué par rapport aux autres membres du Conseil fédéral – ne doivent pas être sous-estimés, même aujourd'hui. C'est pourquoi les conseillères et conseillers fédéraux considèrent souvent l'année de la présidence comme le point d'orgue de leur mandat au Conseil fédéral et démissionnent peu après. Le prestige et la présence médiatique accrue sont sans doute deux des raisons pour lesquelles une révision des dispositions relatives à la présidente ou au président de la Confédération n'a pas abouti jusqu'à présent. Cependant, ce ne sont probablement pas seulement les membres du Conseil fédéral qui lorgnent sur le prestige lié à la fonction de présidente ou de président de la Confédération, mais aussi leurs partis politiques, qui souhaitent sans doute eux aussi se prévaloir de l'éclat de cette fonction.

22 Enfin, la présidente ou le président de la Confédération dispose d'**autres tâches de moindre importance**, parmi lesquelles figurent notamment les décisions présidentielles en cas d'urgence au sens de l'art. 26 LOGA, l'entretien des relations avec les cantons au sens de l'art. 29 LOGA ainsi que les décisions en cas de conflits de compétence interdépartementaux au sens de l'art. 47, al. 3, LOGA. Conformément à l'art. 9 de l'ordonnance du 29 novembre 2013 sur l'organisation du Conseil fédéral (RS 172.111, O-CF), la présidente ou le président de la Confédération représente le Conseil fédéral lors des délibérations parlementaires sur le programme de la législature, sur les objectifs annuels du Conseil fédéral ainsi que lors de la présentation du rapport annuel sur les activités concernant des thèmes qui touchent le Conseil fédéral en tant que collège.

23 Dans l'exercice de ses fonctions, la présidente ou le président de la Confédération est principalement assisté par la chancelière ou le chancelier de la Confédération (cf. art. 30, al. 2, let. a, LOGA). En outre, conformément à l'art. 29*a*, al. 1, LOGA, la présidente ou le président de la Confédération dispose d'un **service présidentiel** chargé de l'exécution de ses tâches particulières, notamment en matière de relations internationales, de communication, de protocole et de questions organisationnelles. Le service présidentiel est rattaché à la Chancellerie fédérale (art. 29*a*, al. 2, LOGA). Le service présidentiel existe sous cette forme depuis 2015. L'idée sous-jacente était que la continuité et l'efficacité dans l'exercice des tâches diplomatiques de la présidente ou du président de la Confédération pouvaient être renforcées si ces tâches étaient concentrées au sein d'un service distinct. Ce soutien ne concerne que l'exercice des tâches particulières mentionnées. En revanche, le Service de la présidence n'a donc pas pour vocation de soutenir la présidence de la Confédération dans la direction du Conseil fédéral en tant que telle. Un renforcement et un développement du Service de la présidence dans ce sens mériteraient toutefois d'être envisagés (cf. N. 34).

V. VICE-PRÉSIDENTE OU VICE-PRÉSIDENT

24 Le **rôle de la vice-présidente ou du vice-président** du Conseil fédéral n'est pas défini dans la Constitution. Le Conseil fédéral ne s'est pas non plus prononcé sur la position de la vice-présidente ou du vice-président dans son message relatif à une nouvelle Constitution fédérale. Il est toutefois prévu à l'art. 27 LOGA que la vice-présidente ou le vice-président assure la suppléance et assume toutes les fonctions présidentielles lorsque la présidente ou le président de la Confédération est empêché d'exercer ses fonctions. Cette disposition vise à garantir la capacité d'action du Conseil fédéral. La vice-présidente ou le vice-président peut par exemple également prendre la direction de la séance du Conseil fédéral lorsque la présidente ou le président de la Confédération se récuse dans une affaire (art. 20 LOGA, art. 4, al. 1, RO-CF).

VI. DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉLECTION (AL. 2 ET 3)

25 Conformément à l'art. 176, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale élit la présidente ou le président de la Confédération ainsi que la vice-présidente ou le vice-président **parmi les membres du Conseil fédéral**. Cette disposition ne

confère à aucun membre du Conseil fédéral le droit d'être élu président ou présidente de la Confédération. Le principe de rotation, strictement appliqué dans la pratique électorale actuelle (cf. N. 29), n'est pas prescrit par la Constitution. Il en va de même pour la coutume selon laquelle le président ou la présidente de la Confédération doit avoir été auparavant vice-président ou vice-présidente. Cette dernière ne peut de toute façon pas être respectée, notamment en cas de démission ou de destitution de la vice-présidente ou du vice-président du Conseil fédéral. Cela a été le cas pour la dernière fois lorsque le conseiller fédéral Joseph Deiss est devenu président de la Confédération en 2004, après que la conseillère fédérale Ruth Metzler, qui occupait la fonction de vice-présidente, eut été destituée en décembre 2003. La pratique électorale actuelle ne saurait non plus fonder un droit coutumier à l'élection à l'une des fonctions susmentionnées, d'autant plus que l'art. 176, al. 2 et 3, Cst. (et sans doute aussi l'art. 148, al. 1, Cst.) ne laissent aucune place à cela en raison de leur caractère exhaustif.

26 L'Assemblée fédérale élit la présidente ou le président de la Confédération ainsi que la vice-présidente ou le vice-président pour un **mandat d'un an** (cf. art. 176, al. 2, Cst.). Cette *courte durée du mandat rend difficile de répondre aux exigences de la fonction*, car il reste peu de temps pour s'adapter à ce rôle de coordination et de direction. La durée du mandat est donc en contradiction avec l'al. 1. Parallèlement, la durée d'un an empêche « l'épanouissement juridique d'un rôle dominant au sein du Conseil et une notoriété particulière auprès du peuple », ce qui correspond au principe de collégialité déterminant pour la conception de la fonction de présidente ou de président de la Confédération (cf. N. 11).

27 , al. 2, fait régulièrement l'**objet de propositions visant à réformer l'organisation et à renforcer le Conseil fédéral**. Dans le message complémentaire du 13 octobre 2010 sur la réforme du gouvernement, le Conseil fédéral lui-même a proposé – sans succès finalement (cf. N. 3) – de prolonger la durée du mandat de la présidente ou du président de la Confédération à deux ans. Il a notamment justifié cette proposition en arguant qu'un mandat de deux ans renforcerait la fonction de direction et de coordination de la présidente ou du président de la Confédération. En outre, cela permettrait de mieux assumer les obligations de présence et de représentation de la présidente ou du président, notamment à l'étranger.

28 Selon l'art. 176, al. 3, Cst., la **réélection** à la fonction de présidente ou de président de la Confédération ainsi qu'à celle de vice-présidente ou de vice-président **est exclue pour l'année suivante**. La présidente ou le président de la Confédération ne peut en outre être élu(e) à la fonction de vice-présidente ou de vice-président pour l'année suivante. L'exclusion de la réélection immédiate vise à empêcher la domination de certains membres du Conseil fédéral et à préserver l'équilibre au sein du collège. Le libellé de l'al. 3 permettrait toutefois que trois membres du Conseil fédéral assument la présidence à tour de rôle. La question de savoir si une telle pratique électorale serait compatible avec le principe de collégialité prévu à l'art. 177, al. 1, Cst. est de nature théorique. Elle devrait toutefois recevoir une réponse affirmative, car la portée du principe de collégialité ne doit pas être étendue de manière excessive.

29 Aujourd'hui, comme cela a déjà été exposé (cf. N. 3), la **pratique électorale** veut qu'un membre du Conseil fédéral ne devienne président ou présidente de la Confédération qu'après avoir exercé ses fonctions sous la présidence de tous ses collègues plus anciens dans la fonction. L'Assemblée fédérale n'est toutefois pas constitutionnellement tenue de suivre ce **principe de rotation rigide**. La transmission de la présidence de la Confédération à tous les membres du Conseil fédéral résulte, d'une part, de la perte d'importance politique de cette fonction. D'autre part, le principe de rotation semble également lié au prestige de la présidence, qui doit être réparti équitablement entre les partis. Ces arguments rendent compréhensible le principe de rotation rigide tel qu'il est pratiqué aujourd'hui. Ils ne le justifient toutefois pas, car la rotation constante affaiblit la fonction de direction de la présidence de la Confédération (cf. pour les propositions de réforme N. 32 ss). Parallèlement, le principe de rotation présente également l'avantage de servir l'équité, la collégialité et la concordance, contribuant ainsi à la stabilité et, partant, à la légitimité du système.

30 L'élection annuelle de la présidente ou du président de la Confédération est souvent «*détournée*» par les membres de l'Assemblée fédérale réunie, qui **expriment** leur **mécontentement** à l'égard de la politique du membre du Conseil fédéral devant être élu selon le tour de rôle en déposant un bulletin de vote vierge ou nul. Étant donné que les membres de l'Assemblée fédérale peuvent décider librement de la personne qu'ils élisent à la présidence de la Confédération, de tels jeux politiques apparaissent comme plutôt mesquins.

VII. PROPOSITIONS DE RÉFORME

Comme déjà exposé, le prestige lié à la fonction de président ou de présidente 31
de la Confédération pourrait être l'une des **raisons** pour lesquelles **aucune réforme des dispositions correspondantes n'a abouti à ce jour**. Dans le système actuel, chaque conseillère fédérale ou conseiller fédéral – indépendamment de son aptitude à exercer cette fonction – a en effet la possibilité de l'assumer. Cela confère également un certain prestige au parti du conseiller fédéral concerné. Dans ce système, les membres de l'Assemblée fédérale s'épargnent en outre les discussions visant à déterminer quels conseillers fédéraux en fonction disposent effectivement des compétences nécessaires pour assumer la présidence du Conseil fédéral ainsi que les tâches qui y sont liées. Les partis représentés à l'Assemblée fédérale devraient en outre mener une telle discussion dès la composition de leurs « listes » pour les élections au Conseil fédéral, ce qu'ils préfèrent sans doute éviter.

Un regard sur les cantons montre que d'**autres systèmes (électoraux)** 32
seraient envisageables. Dans le canton de Bâle-Ville, par exemple, le président ou la présidente du gouvernement est élu(e) directement pour quatre ans à sa fonction et au rôle de direction qui y est associé. Dans un tel système, les candidats doivent se soumettre en toute conscience à la question de savoir s'ils possèdent les compétences de direction et les aptitudes relationnelles requises pour la fonction de président. L'inconvénient d'un tel système électoral est l'intensification de la concurrence pour la présidence de la Confédération, ce qui pourrait compromettre la collaboration fructueuse et la collégialité au sein du collège. Il est en outre concevable que les débats politiques suscités par l'élection de la présidente ou du président de la Confédération dans un tel système nuisent au climat politique. Ces inconvénients ne compensent pas l'avantage qui en découle, à savoir le renforcement de la fonction de direction de la présidence de la Confédération.

Une telle *« élection au mérite »* constitue donc un système souhaitable pour la 33
présidence de la Confédération. Cela impliquerait l'**abandon de l'électoralisme automatique** ou du principe de rotation et une concentration accrue sur les membres du Conseil fédéral dotés de compétences de direction accrues. L'Assemblée fédérale pourrait mettre en œuvre un tel changement de système en modifiant sa pratique électorale, sans avoir à adapter les bases légales. Afin de renforcer encore la fonction de

direction de la présidence de la Confédération, une **prolongation de la durée du mandat** semble également judicieuse. Toutefois, compte tenu du principe de collégialité, un mandat de quatre ans pour la présidente ou le président de la Confédération semble trop long. Un mandat de deux ans serait en revanche judicieux. En revanche, la création d'un **département présidentiel** ne semble pas pertinente. Le fait que la présidente ou le président de la Confédération soit simultanément à la tête d'un département spécialisé et soit ainsi, d'un point de vue technique, sur un pied d'égalité avec les autres membres du Conseil fédéral, semble judicieux au regard du principe de collégialité (cf. N. 11).

34 Il faudrait en revanche viser la **création d'une unité administrative (ou le renforcement du service de la présidence déjà existant)**, qui serait directement subordonnée à la présidence de la Confédération ou au Conseil fédéral dans son ensemble et ne ferait donc pas partie du reste de l'administration. Cela garantirait qu'au moins au sein de cette unité administrative, ce ne soit pas la perspective du département, mais celle du collège qui prévale. Cette unité administrative pourrait soutenir la présidente ou le président de la Confédération dans ses tâches de direction et dans la garantie d'une politique gouvernementale cohérente à long terme. La création d'une telle unité administrative serait d'ailleurs judicieuse même sans renforcement supplémentaire des compétences présidentielles, car, dans le système actuel également, un *renforcement de la perspective collégiale est souhaitable*.

À propos de l'auteur

Christoph Raess, avocat et docteur en droit, est juriste à l'Office fédéral de la justice. Le présent article reflète exclusivement l'opinion personnelle de l'auteur. L'auteur remercie Reto Walther, Jonas Alig et Rahel Jent pour leurs remarques utiles sur les versions antérieures de cet article. Il remercie également les relecteurs ainsi qu'Odile Ammann et Stefan Schlegel.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉE

Altermatt Urs (Hrsg.), Das Bundesratslexikon, Zürich 2019.

Brühl-Moser Denise, Die schweizerische Staatsleitung, Habil., Bern 2007.

Eichenberger Kurt, Kommentierung zu Art. 98 BV 1874, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse. Le Conseil fédéral, Bern 2010.

Holenstein Rolf, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018.

Rhinow René, Wie weiter mit dem Bundesrat?, Zürich/St. Gallen 2011.

Thurnherr Walter, Wie der Bundesrat die Schweiz regiert und weshalb es trotzdem funktioniert, Zürich 2025.

BIBLIOGRAPHIE

Aubert Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz. Fassung von 1967. Neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Band II, Basel et al. 1995.

Auer Andreas, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Bern 2016.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Biaggini, Art. ... BV N. ...).

Biaggini Giovanni, Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, in: ders./Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich et al. 2021, § 17 (zit. Staatsrecht).

Biaggini Giovanni, Verfassungsauslegung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich et al. 2020, Band I, I.10 (zit. Verfassungsauslegung).

Bickel Jürg, Der parteiunabhängige Bundesrat. Eine Alternative in der Debatte über die künftige Ausgestaltung der Staatsleitung?, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt. Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung. Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 173 ff.

Brühl-Moser Denise, Die schweizerische Staatsleitung, Habil., Bern 2007.

Burckhardt Walter, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Bern 1914.

De Pretto Renato, Bundesrat und Bundespräsident. Das kollegiale Regierungssystem schweizerischer Prägung, Diss. Basel, Grüsch 1988.

Dubs Jakob, Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Zweiter Teil, 2. Aufl., Zürich 1878.

Ehrenzeller Bernhard, Kommentar zu Art. 176 BV, in: derselbe/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Ehrenzeller Bernhard, Vorbemerkungen zu Bundesrat und Bundesverwaltung, in: derselbe/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023.

Eichenberger Kurt, Kommentierung zu Art. 98 BV 1874, in: Aubert Jean-François et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1987–1996.

Eichenberger Kurt, Das Präsidialdepartement, in: ders., Der Staat der Gegenwart, herausgegeben von Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau, Basel 1980, S. 451 ff. (zit. Präsidialdepartement).

Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse. Le Conseil fédéral, Bern 2010 (zit. Conseil fédéral).

Grisel Etienne, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich et al. 2024.

Holenstein Rolf, Stunde Null, Die Neuerfindung der Schweiz 1848, Die Privatprotokolle und Geheimberichte, Basel 2018.

Jaag Tobias/Bucher Laura/Häggi Furrer Reto, Staatsrecht der Schweiz, 3. Aufl., Zürich et al. 2021.

Kley Andreas, Geschichte als nationale Selbstbehauptung. Die 1. August-Reden der schweizerischen Bundespräsidenten, ZSR 2005 I, S. 455–477.

Künzli Jörg, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Kölz Alfred, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992.

Landerer Nino, Mass Media and Political Decision-Making, Diss. Genf, Baden-Baden 2015.

Mader Luzius, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 67.

Mahon Pascal, Kommentierung zu Art. 176 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich et al. 2003.

Rhinow René, Wie weiter mit dem Bundesrat?, Zürich/St. Gallen 2011.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter/Braun Binder Nadja, Schweizerisches Verfassungsrecht, 4. Aufl., Basel 2026.

Ruck Erwin, Schweizerisches Staatsrecht, 1. Aufl., Zürich 1933.

Sager Fritz/Papadopoulos Yannis, Regierung, in: Papadopoulos Yannis et al. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 7. Aufl., Basel 2022, S. 213 ff.

Sägesser Thomas, Kommentierung zu Art. 177 BV, in: Sägesser Thomas (Hrsg.), Die Bundesbehörden. Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht. Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2000 (zit. Bundesbehörden).

Sägesser Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. Komm. RVOG).

Schollenberger Jakob, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz. Geschichte und System, 2. Aufl., Berlin 1920.

Thurnherr Walter, Wie der Bundesrat die Schweiz regiert und weshalb es trotzdem funktioniert, Zürich 2025.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Staatsrecht).

Tschannen Pierre, Stimmrecht und politische Verständigung, Habil., Basel et al. 1995 (zit. Stimmrecht).

Udris Linards/Lucht Jens/Schneider Jörg, Contested federal elections in increasingly commercialized media. A diachronic analysis of elections news coverage in Switzerland, Swiss Political Science Review 21(4), S. 578 ff.

Vatter Adrian, Der Bundesrat, Die Schweizer Regierung, Zürich 2020.

MATÉRIAUX

Bericht der GPK-S vom 3.12.2010, Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen, Bericht vom 3.12.2010, BBl 2011 4215 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/664/de, besucht am 8.9.2025 (zit. Bericht Libyen).

Botschaft vom 4.6.1894 betreffend Organisation und Geschäftsgang des Bundesrates, BBl 1894 II 766 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1894/2_766__/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft Organisation und Geschäftsgang).

Botschaft betreffend die Organisation der Bundesverwaltung vom 13.3.1913, BBl 1913 II 1, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1913/2_1_1_/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft Organisation Bundesverwaltung)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1996 I 1, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de, besucht am 7.4.2025 (zit. Botschaft BV).

Zusatzbotschaft vom 13.10.2010 zur Regierungsreform, BBl 2010 7811 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2010/1440/de, besucht am 18.6.2025 (zit. Zusatzbotschaft).

COMMENTAIRE

Art. 178 Cst.

Un commentaire de Dominique Hänni / Marine Albertini

PROPOSITION DE CITATION

Dominique Hänni/Albertini Marine, Commentaire de l'art. Art. 178 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Hänni/Albertini, art. 178 Cst. N. XXX.

Art. 178 Administration fédérale

[1] Le Conseil fédéral dirige l'administration fédérale. Il assure l'organisation rationnelle de celle-ci et veille à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées.

[2] L'administration fédérale est divisée en départements, dirigés chacun par un membre du Conseil fédéral.

[3] La loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 1443
II. Contexte 1444
A. L'administration fédérale dans la systématique constitutionnelle 1444
B. La notion d'administration fédérale 1444
1. L'organisation de l'administration 1445
2. La notion d'« administration fédérale » telle qu'employée par l'art. 178 Cst. 1447
III. Commentaire proprement dit 1448
A. Alinéa 1er 1448
1. La direction de l'administration fédérale 1449
2. Une organisation rationnelle de l'administration fédérale 1452
3. La bonne exécution des tâches de l'administration fédérale 1453
B. Alinéa 2 1454
C. Alinéa 3 1456
1. Les objectifs de la décentralisation au sens large et les efforts de systématisation 1457
2. La tâche de l'administration : l'objet de l'externalisation 1458
3. Les destinataires de l'externalisation des tâches de l'administration 1462
4. Les conditions de l'externalisation des tâches de l'administration 1463
a. La base légale formelle 1463
b. Autres conditions 1466
Lectures complémentaires recommandées 1467
Bibliographie 1468

I. GENÈSE

L'art. 178 a été adopté dans sa forme actuelle lors de la révision totale de la Constitution fédérale en 1999. D'un point de vue formel, il constitue une nouveauté, dans la mesure où **une disposition constitutionnelle entière est pour la première fois consacrée à l'administration fédérale**. 1

En ses **deux premiers alinéas**, l'art. 178 concentre plusieurs dispositions éparses de la Constitution de 1874 (art. 102 ch. 12, art. 103 al. 1, art. 104 aCst.) et ne contient, au-delà de certaines formulations plus expresses et intelligibles, pas de nouveaux éléments fondamentaux. L'alinéa 1er mentionne désormais expressément le pouvoir de direction (1ère phrase) et le pouvoir organisationnel (2e phrase) du Conseil fédéral et se réfère à une organisation rationnelle. L'alinéa 2 reprend, pour sa part, en substance le principe de division départementale consacré à l'art. 177 al. 2 Cst. (lui-même héritier de l'art. 103 al. 1 aCst.). Les deux premiers alinéas de l'art. 178 Cst. s'inscrivent ainsi parfaitement dans l'objectif de mise à jour, d'intelligibilité et d'ordonnancement systématique du droit constitutionnel écrit et non écrit ayant guidé les travaux de révision de la Constitution de 1874[1615]. Il ne surprend pas qu'ils aient été acceptés par les deux Chambres sans discussion au cours des débats parlementaires de révision constitutionnelle[1616]. 2

En revanche, **l'alinéa 3** introduit pour la première fois dans le texte constitutionnel **une habilitation générale à l'externalisation de tâches de l'administration**[1617] et constitue, en ce sens, une innovation[1618]. Il a donné lieu à d'importantes discussions lors des débats sur la nouvelle Constitution, non parce que le principe même de l'externalisation était contesté, mais parce que les commissions avaient proposé d'aller plus loin et de conférer au Conseil fédéral plus de pouvoir et de souplesse en la matière (voir note de bas de page 96). La version plus modeste l'emporta finalement (ci-dessous N. 44). 3

1615.FF 1987 II 977.

1616.BO CN 111-113 ; BO CE 144.

1617.L'ancienne Constitution n'autorisait des externalisations que de manière ponctuelle, cf. les art. 32 al. 3, 34ter al. 4, 34quater al. 2, 34quinquies al. 5, 34novies al. 5 aCst.

1618.Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I, p. 217.

II. CONTEXTE

A. L'administration fédérale dans la systématique constitutionnelle

4 Au sein du Titre 5 consacré aux « Autorités fédérales », l'art. 178 Cst. s'inscrit dans le Chapitre 3 dédié aux « Conseil fédéral et administration fédérale ». La mention de l'administration fédérale dans le titre du chapitre est une nouveauté et marque son rattachement au pouvoir exécutif. Au sein de ce chapitre, l'art. 178 Cst. dote pour la première fois l'administration fédérale d'**une disposition constitutionnelle entière et spécifique**.

5 Il est tentant d'y lire une reconnaissance de la place qu'occupe aujourd'hui cette organisation au sein de l'Etat moderne, voire la consécration d'un « quatrième pouvoir »[1619]. Cela doit toutefois être nuancé. D'un point de vue formel, l'art. 178 Cst. est le seul des quatorze articles du chapitre à traiter de l'administration fédérale, à l'exception d'une mention incidente à l'art. 187 al. 2 Cst., tous les autres étant consacrés au Conseil fédéral. Sur le fond, l'administration fédérale n'existe dans l'art. 178 Cst. qu'à travers les tâches confiées, d'un côté, au Conseil fédéral (direction de l'administration) et, de l'autre, au législateur (encadrement des externalisations). L'administration en tant que telle ne se voit dotée d'aucune tâche ou compétence spécifiques et le statut juridique de son personnel est ignoré. L'art. 178 Cst. est ainsi **loin d'ériger l'administration fédérale en organe de l'Etat**. Force est plutôt de constater que la place centrale qu'occupe l'administration fédérale dans le fonctionnement quotidien et la stabilité de l'Etat n'est pas entièrement reflétée dans la Constitution fédérale.

B. La notion d'administration fédérale

6 Deux dimensions sont communément attribuées au terme d'administration[1620]. L'**administration au sens fonctionnel** désigne l'exécution de tâches de l'administration ; il en sera question ci-dessous (N. 33 ss). Les trois alinéas de l'art. 178 Cst. – à l'instar d'autres dispositions constitutionnelles[1621] – se réfèrent cependant à l'**administration au sens**

1619.Cf. p.ex. Stöckli, Bundesrat, p. 1747.
1620CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 10 ss ; Soguel/Bundi/Mettler/Weerts, p. 2 ss ; Moor, p. 2 ss.
1621.Cf. les articles 155, 169, 187 et 191a Cst.

organique. Celle-ci désigne l'ensemble des acteurs exécutant ces tâches de l'administration (également appelés *Verwaltungsträger*). Pour pouvoir commenter l'art. 178 Cst., il apparaît nécessaire de décrire brièvement l'organisation de l'administration fédérale (1.) pour comprendre à quelles parties de celle-ci font référence les trois alinéas de l'art. 178 Cst. (2.).

1. L'organisation de l'administration

Au cours des dernières décennies, l'administration fédérale, autrefois plus compacte et centralisée, s'est mutée en une administration multiforme dont les tâches sont exécutées par des centaines d'entités aux formes juridiques et aux degrés d'autonomie les plus variés[1622]. Certes, au cœur de cet ensemble se trouve encore et toujours l'**administration fédérale centrale**, modèle traditionnel de l'organisation administrative, dont les départements et leurs subdivisions constituent une unité hiérarchisée et pyramidale[1623]. Il est aussi usuel d'y associer l'armée et la Chancellerie fédérale, bien que la systématique de la Constitution ne le laisse pas paraître[1624]. 7

Au-delà s'étend désormais une **variété d'acteurs** ayant tous en commun d'échapper à la subordination hiérarchique caractéristique du noyau central. Ces entités sont généralement constituées selon l'une des formes suivantes, étant précisé que l'énumération va des entités les plus proches du noyau central aux entités qui s'en éloignent le plus[1625] : 8

- Les unités administratives sans personnalité juridique (p.ex. le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence [PFPDT] ou le Contrôle fédéral des finances [CDF]) et les commissions extraparlementaires (p.ex. la Commission de la concurrence [COMCO] ou la Commission fédérale de l'électricité [ElCom]), à noter que pour certains auteurs, ces unités appartiennent à l'administration centrale, en raison de l'absence de personnalité juridique distincte[1626];

1622 Tanquerel, N 29 ss ; Poltier, Evolution, p. 255 ss.

1623 Cf. p.ex. Tschannen/Müller/Kern, p. 56 ss ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 18 ss ; Tanquerel, N 118 ss ; Vogel, p. 36 ss.

1624 Tanquerel, N 118 et 119 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst., N 7 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst., N 18.

1625 Cf. pour le détail des entités administratives externalisées, notamment Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 283 ss ; Tanquerel, N 134 ss ; Elser, p. 100 ss.

1626 Tschannen, Zentral, p. 528 ss ; BSK-Müller, Art. 178 Cst., N 47 s. ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 101 s. ; Tschannen/Müller/Kern, § 6 N 126.

- Les entités externalisées de droit public, contrôlées[1627] par la Confédération :
  - Les établissements de droit public autonomes avec personnalité juridique (p.ex. Swissmedic, la FINMA ou encore le MNS) ;
  - Les fondations de droit public (p.ex. Pro Helvetia ou Parc national suisse) ;
  - Les corporations de droit public, notamment les sociétés anonymes de droit public (p.ex. La Poste Suisse ou les CFF) et les sociétés coopératives de droit public (p.ex. la Société suisse de crédit hôtelier), détenues intégralement ou partiellement par la Confédération, ou encore les corporations de droit public structurées de manière analogue à des associations de droit privé (p.ex. l'ISDH) ;
- Les entités externalisées de droit privé, contrôlées par la Confédération :
  - Les fondations de droit privé (p.ex. le FNS) ;
  - Les associations de droit privé (p.ex. SRG SSR) ;
  - Les sociétés anonymes de droit privé (p.ex. RUAG MRO Holding SA) ;
- Les entités de droit privé, non contrôlées par la Confédération, « délégataires » de tâches de l'administration[1628], parfois appelées les privés proprement dits.

9 Certains auteurs considèrent que l'ensemble de ces entités compose **l'administration fédérale décentralisée**[1629] (ci-après : administration décentralisée au sens large) ; cette vision correspond à une **division bipartite** de l'administration fédérale en administration centrale et administration décentralisée. La loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA ; RS 172.010) et son ordonnance d'application du 25 novembre 1998 (OLOGA ; RS 172.010.1) opèrent toutefois une **division tripartite**, en distinguant les unités décentralisées rattachées administrativement à l'administration centrale (administration décentralisée au sens étroit) et les organisations ou personnes extérieures à l'administration qui remplissent des tâches de l'administration (art. 2 al. 4 LOGA ; art. 6

1627 Cf. Müller/Friederich, p. 87 ss concernant la notion de contrôle.

1628 Leur variété est dictée par le *numerus clausus* de formes juridiques de droit privé (sociétés, fondations, associations, etc.). La surveillance exercée par le Conseil fédéral sur les entités décentralisées s'adapte au degré d'autonomie de l'organe considéré (art. 24 al. 3 OLOGA).

1629 Cf. p. ex. Tanquerel, N 133 ss ; Müller/Friedrich, pp. 71-72.

OLOGA). Une telle division tripartite n'est cependant nullement imposée par la Constitution fédérale[1630]. Certes, il serait tentant d'interpréter l'art. 178 Cst. à la lumière de ces deux actes normatifs dont les procédures d'élaboration respectives se sont chevauchées partiellement[1631]. Néanmoins, il ne nous paraît pas avisé d'interpréter le texte constitutionnel à la seule lumière des textes de rang inférieur que sont la LOGA et l'OLOGA, par ailleurs plus facilement modifiables notamment au gré de l'évolution des concepts de management public ; ils peuvent toutefois être pris en compte d'un point de vue historique et systématique dans l'interprétation du texte constitutionnel.[1632]

2. La notion d'« administration fédérale » telle qu'employée par l'art. 178 Cst.

Sur la base de ces considérations générales, il convient à présent de déterminer, par interprétation, à quelles entités de l'administration fédérale le constituant a souhaité se référer en rédigeant l'art. 178 Cst. A cette fin, les trois alinéas seront traités distinctement en partant de celui dont la lettre est la plus claire, c'est-à-dire l'**alinéa 2**. En effet, l'interprétation littérale de ce dernier permet d'affirmer que c'est bien l'administration fédérale *centrale*, telle que définie ci-dessus, qui est divisée en départements. 10

L'exercice se révèle à la fois plus délicat et plus lourd de conséquences pour l'**alinéa 3**, dans la mesure où il pose l'exigence de la base légale formelle pour l'exécution de tâches de l'administration par des entités « extérieur[e]s de l'administration fédérale ». L'interprétation littérale ne permet pas de dégager un sens manifeste et celui-ci n'émerge pas non plus à la lecture des autres dispositions de la Constitution qui se réfèrent aux « autres organes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération »[1633]. En revanche, l'interprétation historique de l'alinéa 3 se révèle plus tranchée car le Conseil fédéral indique précisément dans son Message que cet alinéa vise à soustraire 11

1630 Cf. Tschannen/Müller/Kern, § 6 N 125.

1631 La LOGA a été adoptée le 21.3.1997 et est entrée en vigueur le 1.10.1997, soit après la publication du message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la Constitution. L'OLOGA a été adoptée le 25 novembre 1998 et est entrée en vigueur en 1999.

1632 Le Conseil fédéral fait plusieurs références explicites au projet en cours de révision de la LOA dans les documents préparatoires de révision constitutionnelle (Conseil fédéral, Exposé des motifs du projet de Constitution de 1995, pp. 176, 179, 180, 181, 182, 192 et 193 ; Message Cst. 1996, pp. 27, 30, 32, 69, 377, 378, 412, 448 et 484).

des tâches de la Confédération aux services départementaux de l'administration générale, c'est-à-dire à l'administration fédérale *centrale*[1634]. Les débats parlementaires confirment cette vision (N. 44) et laissent, de plus, entrevoir l'objectif poursuivi par cet alinéa, c'est-à-dire de conférer aux externalisations une plus grande légitimité parlementaire (N. 43). Une base légale est donc bien nécessaire à chaque fois qu'une tâche de l'administration est confiée à une entité hors de l'administration fédérale *centrale*.

12 Enfin, le sens de la notion d'administration fédérale contenue à l'**alinéa 1er** ne découle ni d'une simple lecture de celui-ci, ni de la consultation des travaux préparatoires. D'un point de vue systématique, il apparaîtrait cohérent et intelligible d'attribuer la même signification à la notion dans les trois alinéas de l'art. 178 Cst., c'est-à-dire l'administration fédérale *centrale*[1635]. L'enjeu de l'interprétation demeure cependant limité, dans la mesure où il ressort d'autres dispositions de la Constitution que le pouvoir de direction du Conseil fédéral n'est pas limité à l'administration fédérale centrale. En effet, l'art. 174 Cst. confie au Conseil fédéral le pouvoir exécutif suprême de la Confédération et le place, ainsi, à la tête de tous les organes exécutant des tâches administratives[1636]. De plus, l'art. 187 al. 1er let. a Cst. charge le Conseil fédéral de la surveillance de « l'administration fédérale et [d]es autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération », la surveillance étant l'une des composantes essentielles du pouvoir de direction du Conseil fédéral (N. 16). Il s'avère ainsi plus important de comprendre ce qu'englobe le pouvoir de direction pour chacune des parties de l'administration fédérale, ce qui sera détaillé ci-dessous (N. 16 s.).

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

A. Alinéa 1er

13 En dépit de sa rédaction laconique, l'art. 178 al. 1er a une réelle portée normative. Il confie au Conseil fédéral le pouvoir de diriger l'administration

1633 C'est le cas de l'art. 169 qui confie à l'Assemblée fédérale la haute surveillance de l'administration fédérale et « des autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération », ainsi que de l'art. 187 qui dote le CF de la tâche de surveiller l'administration fédérale et « les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération ».

1634 Message Cst. 1996, p. 416.

fédérale (1.) – ce que fait certes aussi l'art. 174 Cst. (N. 12) – et le guide explicitement dans cette tâche en le chargeant d'une organisation rationnelle de l'administration fédérale (2.) et en lui attribuant la responsabilité de la bonne exécution des tâches de cette dernière (3.).

1. La direction de l'administration fédérale

Comme mentionné ci-dessus (N. 12), la lecture conjointe des articles 174, 178 al. 1er et 187 al. 1er let. a Cst. indique que le pouvoir général de direction confié au Conseil fédéral vise **aussi bien l'administration centrale que l'administration décentralisée**. En effet, du moment où le Conseil fédéral est responsable de l'administration fédérale devant l'Assemblée fédérale[1637], il apparaît nécessaire qu'il dispose des instruments de direction et de surveillance lui permettant d'endosser pleinement cette responsabilité. Il ressort également des articles cités que ce pouvoir de direction ne peut être exécuté avec la même intensité à l'égard de toutes les entités de l'administration, ne serait-ce que parce que la Constitution utilise le terme de « surveillance » à propos des organes et entités hors de l'administration centrale. Cela étant dit, la Constitution ne contient pas plus de précisions quant à la notion de direction, ni quant aux instruments concrets permettant de la mettre en œuvre. 14

Le terme « diriger » est sémantiquement associé à celui de **guider, conduire ou mener**[1638]. Il symbolise l'action d'une certaine force motrice dans une direction donnée. Le Conseil fédéral est donc constitutionnellement chargé d'**orienter** l'administration fédérale dans l'exécution de ses tâches. Il en découle qu'il n'exécute en principe pas lui-même ces tâches, mais fixe plutôt les grandes lignes des modalités de leur exécution. Il s'opère ainsi une division entre les aspects stratégiques – dont le Conseil fédéral est chargé et qui se recoupent souvent avec les questions les plus politiques ou politisées – et les aspects opérationnels qui sont confiés à l'administration[1639]. La frontière entre le politique et l'administratif n'est cependant souvent pas si limpide, dans la mesure où la manière dont l'administration exécute ses tâches tend à rétroagir 15

1635 Cf. aussi Vogel, p. 159, et Stöckli, Behördenmitglieder, p. 119 ss.

1636 Cf. SGK-Ehrenzeller, Art. 174 Cst., N 8 ; BSK-Müller, Art. 174 Cst., N 22.

1637 SGK-Ehrenzeller, Art. 169 Cst., N 64 ss ; CR-Neuenschwander, Art. 169 Cst., N 9 ss ; BSK-Häggi-Furrer/Merker, Art. 169 Cst., N 16.

1638 Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd., « diriger ».

1639 Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 29 ss ; CR-Poltier, Art. 178 Cst., N 32.

« vers le haut » et à influencer les décisions (stratégiques) prises par le collège gouvernemental[1640]. Le pouvoir de direction prévu à l'art. 178 al. 1er Cst. englobe également le pouvoir d'**organiser** l'administration ainsi que de la **surveiller** *a posteriori*[1641]. Ces deux éléments sont explicitement mentionnés dans la deuxième phrase de cet alinéa : le Conseil fédéral est chargé d'assurer une organisation rationnelle de l'administration et de veiller à une bonne exécution des tâches confiées à celle-ci ; il en sera question de manière plus détaillée ci-dessous aux N. 19 ss et N. 22 ss.

16 La forme précise que prend la direction au sens large et les instruments utilisés à cette fin varient en fonction du degré d'autonomie de l'entité chargée d'exécuter la tâche. **Au sein de l'administration centrale** (N. 7), le pouvoir de direction du Conseil fédéral s'inscrit dans le cadre hiérarchique y présent, généralement représenté sous forme de pyramide à plusieurs niveaux[1642]. Cette structure suppose que chaque unité appartienne à un niveau précis et soit subordonnée à l'unité immédiatement supérieure. Elle est marquée par une division du travail et une succession de délégations de dossiers et de moyens d'action le long des échelons selon leur degré d'importance. Ce cadre hiérarchique comporte pour le Conseil fédéral des pouvoirs et moyens de direction spécifiques, regroupés généralement sous le terme de **pouvoir hiérarchique**. Le pouvoir hiérarchique renferme notamment les facultés suivantes, qui peuvent être limitées par d'autres articles constitutionnels ou la législation spéciale :

- **Le pouvoir d'instruction** des échelons inférieurs dans l'exécution de leurs tâches, notamment par le biais d'ordonnances administratives aux dénominations les plus variées – instructions générales, directives, circulaires, communications, ordres de service, etc.[1643]. Sans effet juridique direct sur les administrés, ces ordonnances sont destinées exclusivement aux départements, à leurs subdivisions et à leurs agents, pour lesquels elles sont obligatoires en raison du rapport de subordination hiérarchique[1644]. Les ordonnances administratives peuvent contenir aussi bien des objectifs

1640 Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 29 ss ; SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst., N 8 ; BSK-Müller, Art. 177 Cst., N 21.

1641 SGK Biaggini, Art. 178 Cst., N 15.

1642 Vogel, p. 137 ss ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 24 ss.

1643 Cf. p.ex. Moor/Flückiger/Martenet, p. 420 ss ; Tanquerel, N 332 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 25.

1644 Cf. p.ex. Moor/Flückiger/Martenet, p. 425 ss ; Tanquerel, N 331.

et des principes généraux que des indications précises pour le traitement de dossiers[1645].

- Le **pouvoir de contrôle** ou de **surveillance**, qui permet au Conseil fédéral non seulement de s'assurer de la bonne application de la loi (contrôle de légalité) ainsi que de l'exécution de ses instructions (contrôle de l'opportunité), mais aussi de surveiller, dans le prolongement de la tâche d'instruction et d'orientation stratégique, l'efficacité et l'utilité de l'action administrative dans son ensemble[1646].
- Le **pouvoir d'évocation** permet au Conseil fédéral, en principe, de se substituer à toute unité administrative à qui une affaire est confiée pour exercer en lieu et place ses fonctions décisionnelles[1647]. Ce pouvoir est cependant limité dans certains cas, notamment si l'évocation a pour conséquence de priver les administrés d'une voie de recours auprès d'une instance indépendante[1648]. Le **pouvoir de révocation** permet au Conseil fédéral de priver d'effet tout acte émanant de l'administration fédérale[1649].

17 En revanche, le pouvoir de direction du Conseil fédéral prend des formes moins incisives **envers les entités de l'administration décentralisée**, ces dernières disposant d'une autonomie plus grande et échappant au pouvoir hiérarchique. Ainsi, le Conseil fédéral peut se servir de **moyens de pilotage** *ex ante* (p.ex. pouvoir d'approbation des statuts, de règlements ou d'autres actes ou décisions spécifiques, la fixation d'objectifs stratégiques, notamment dans un contrat de prestation)[1650] ou des instruments et **moyens de surveillance** *a posteriori* (p.ex. par l'obligation d'information, l'approbation de rapports d'activités, de comptes, de décharges d'organes, le droit de représentation au sein des organes de l'entité décentralisée ou encore la mise en place d'une protection juridique efficace contre les décisions de l'entité décentralisée)[1651], mais n'a généralement pas le pouvoir d'adresser aux entités décentralisées des instructions particulières. Notons que certains moyens de direction et de surveillance déployés à l'égard de l'administration

1645 Cf. p.ex. Moor/Flückiger/Martenet, pp. 422-424 ; Tanquerel, N 335.
1646 Cf notamment Tanquerel, N 124 ; Grisel, N 94 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, pp. 25-26 ; Grisel, N 91 ss.
1647 Cf. p.ex. Moor/Bellanger/Tanquerel, pp. 25, 88 ; Tanquerel, N 124.
1648 Cf. p.ex. Moor/Bellanger/Tanquerel, pp. 25, 88 ; Tanquerel, N 124.
1649 Cf. p.ex. Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 26 ; Tanquerel, N 124.
1650 Tanquerel, N 130 ss ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 373 ss ; Poltier, Surveillance, p. 88 ss.
1651 Poltier, Surveillance, p. 92 ss ; BSK-Müller, Art. 187 Cst., N 13.

décentralisée ont été introduits au nom de la Nouvelle gestion publique (New Public Management)[1652] également au sein de l'administration centrale (p.ex. gestion par enveloppe budgétaire ou par objectifs)[1653].

18 Il convient encore de relever que l'art. 169 al. 1er Cst. confère à l'Assemblée fédérale un pouvoir de « haute surveillance du Conseil fédéral et de l'administration fédérale ». Contrairement au pouvoir de surveillance du Conseil fédéral, cette **haute surveillance** n'est pas un moyen de gestion de l'administration et n'équivaut donc pas au pouvoir de direction de l'art. 178 al. 1er Cst.[1654]. Elle permet simplement de matérialiser la responsabilité politique du Conseil fédéral. En pratique, le contrôle parlementaire ne s'adresse d'ailleurs qu'à ce dernier en tant qu'organe exécutif suprême[1655].

2. Une organisation rationnelle de l'administration fédérale

19 Le premier élément clé du pouvoir de direction expressément mentionné par l'art. 178 al. 1er 2e phrase Cst. est la tâche d'assurer l'organisation rationnelle de l'administration fédérale. Cette faculté est toutefois **strictement encadrée**.

20 D'une part, le Conseil fédéral est lié par les **exigences organisationnelles** posées expressément par la Constitution, à savoir la division départementale (art. 178 al. 2 Cst. ; ci-dessous N. 25 ss) et l'exigence d'une base légale formelle pour l'externalisation de tâches de l'administration (art. 178 al. 3 Cst. ; ci-dessous N. 29 ss). D'autre part, le législateur détient le pouvoir d'édicter les dispositions fondamentales relatives à l'organisation des autorités fédérales (art. 164 al. 1 let. g Cst.). Le constituant n'ayant pas précisé davantage ce qui relève du fondamental, ne demeure en pratique du ressort du Conseil fédéral que ce que le législateur aura cru bon lui laisser[1656]. Nous pouvons mentionner que, bien que non imposée constitutionnellement, la législation actuellement en vigueur concède au

1652 La Nouvelle gestion publique (NGP) ou New Public Management (NPM) regroupe plusieurs approches de gestion stratégique développées dans les années 1970, préconisant l'introduction dans l'administration publique de méthodes et concepts inspirées du secteur privé et destinées à augmenter l'efficacité et l'efficience de l'action publique. En sont notamment des éléments caractéristiques l'incitation à la réduction des coûts, une orientation vers les administrés et administrées présentés comme des clients ou encore l'encouragement à l'évaluation des normes.

1653 Tanquerel, N 103 ss ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 31 ss.

1654 Sägesser, Com. Art. 8 LOGA, N 33 ; CR-Neuenschwander, Art. 169 Cst., N 4, 6.

1655 Cf notamment Message Cst. 1996, p. 403 ; CR-Neuenschwander, Art. 169 Cst., N 9 ss.

Conseil fédéral notamment la compétence de créer des offices, de leur attribuer des tâches et compétences et de les répartir entre les départements selon des critères déterminés par le législateur (art. 43 al. 2 et 3 LOGA). La compétence de structurer les offices est, en revanche, confiée à l'échelon inférieur, c'est-à-dire aux chefs et cheffes de département (art. 43 al. 4 LOGA).

Le constituant précise en outre que l'organisation mise en place par le Conseil fédéral doit être **rationnelle (« zweckmässig » ; « appropriata »)**. Les travaux préparatoires n'apportent pas de précision sur ces termes. Selon différents dictionnaires de langue française, allemande et italienne, l'on peut retenir que les termes utilisés dans les trois versions linguistiques font référence à ce qui paraît logique, adapté aux circonstances, convenable, raisonnable, conforme au bon sens, adéquat et ce qui repose sur une bonne méthode[1657]. En déterminant l'organisation de l'administration, le Conseil fédéral s'attellera ainsi à choisir le modèle organisationnel qui habilite l'administration à atteindre ses objectifs au mieux ou, en d'autres termes, l'organisation la plus efficiente. 21

3. La bonne exécution des tâches de l'administration fédérale

La deuxième mission explicitement mentionnée à l'art. 178 al. 1er 2e phrase est étroitement liée à l'organisation rationnelle : le Conseil fédéral veille à une bonne exécution des tâches de l'administration (cf. N. 33 pour la notion de tâches de l'administration). Les instruments à sa disposition à cette fin, qui relèvent notamment de la surveillance, ayant déjà été mentionnés ci-dessus (N. 16 et 17), il convient de s'attarder sur **la façon dont les tâches de l'administration doivent être exécutées**. Les trois versions linguistiques divergeant considérablement (« bonne exécution », « zielgerichtete Erfüllung », « corretto adempimento »), il convient de trouver un sens à la disposition constitutionnelle qui puisse les satisfaire toutes. 22

La version italienne charge, à notre sens, le Conseil fédéral de veiller à ce que l'administration exécute ses tâches en conformité avec le principe de la 23

1656 Les débats qui ont pris place dans le cadre de l'adoption de la LOGA expriment une position parlementaire claire : le Parlement doit conserver les décisions *stratégiques* tandis que toute mesure organisationnelle qui relève de l'*opérationnel* doit être dévolue au Conseil fédéral (BO 1996 CE 931-947 ; BO 1997 CN 302-318).

1657 Dictionnaire de l'Académie français en ligne ; Duden en ligne ; Trecani en ligne.

légalité et les autres principes classiques de l'Etat de droit. En revanche, le terme allemand indique que les tâches de l'administration doivent être exécutées en s'orientant avant tout vers les objectifs fixés ; il introduit ainsi une dimension d'efficacité[1658]. Enfin, le terme utilisé dans la version française se réfère, à notre avis, à la notion de « **bonne administration** », connue notamment par plusieurs ordres juridiques étrangers ainsi que par l'ordre juridique de l'Union européenne, qui vise à concilier les exigences de légalité et d'efficacité de l'activité étatique[1659]. La version française fait ainsi une synthèse des versions italienne et allemande et peut servir de fondement à un véritable principe de bonne administration[1660]. On peut conclure que les tâches de l'administration doivent être exécutées en respectant **à la fois le principe de légalité et celui de l'efficacité**, sans négliger le premier élément au profit du deuxième. Le Message du Conseil fédéral confirme une telle interprétation, tout en ajoutant le terme de rentabilité, qui ne découle cependant pas du texte constitutionnel et ne devrait, à notre avis, pas constituer une exigence pour l'exécution des tâches de l'administration[1661].

B. Alinéa 2

24 L'art. 178 al. 2 Cst. énonce d'une part que l'administration fédérale est **divisée en départements**, et d'autre part que chacun d'entre eux est dirigé par un membre du Conseil fédéral. Il fait ainsi écho à l'art. 177 al. 2 Cst., et l'on ne peut s'empêcher de relever une certaine redondance entre ces deux articles[1662].

25 L'art. 178 al. 2 Cst. a cependant le mérite de mettre en lumière la **tension** qui existe entre le **principe collégial**, d'une part, et le **principe départemental**, d'autre part : en effet, chaque membre du Conseil fédéral est à la fois membre du collège gouvernemental et chef ou cheffe de son propre département. Il lui revient, ainsi, de défendre individuellement les propositions venant de son

1658 On notera qu'une telle exigence d'efficacité se retrouve aussi à l'art. 170 Cst., introduit également lors de la révision totale de la Constitution fédérale en 1999, et qui dote l'Assemblée fédérale d'une mission d'évaluation de l'efficacité de l'activité de la Confédération (pour plus de détails, cf. le commentaire de l'art. 170 Cst.)

1659 Hänni, N 1063 ss.

1660 Hänni, N 1116.

1661 Message Cst. 1996, p. 415.

1662 CR-Carrel, Art. 177 Cst., N 1 ss ; BSK-Müller, Art. 177 Cst., N 20 ss ; SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst., N 7 ss.

département devant le collège, et de se prononcer sur ces propositions en tant que membre du Conseil fédéral. En pratique, il existe un risque que chaque membre du collège gouvernemental reconnaisse tacitement aux autres leur liberté d'action afin de préserver la sienne, de sorte qu'émerge une certaine primauté de fait de la départementalisation sur la collégialité[1663]. Cette tendance se reflète aussi dans la répartition des responsabilités politiques : le Conseil fédéral répond, certes, en tant que collège devant l'Assemblée fédérale (art. 169 al. 1 et art. 187 al. 1 let. b Cst.), mais ce sont ses membres qui, bien souvent, portent publiquement et individuellement les échecs et manquements de leurs départements respectifs[1664]. Néanmoins, l'interaction entre ces deux principes assure un certain équilibre[1665].

Plus concrètement, la compétence de **créer ces départements** revient, en tant que disposition fondamentale relative à l'organisation de l'administration fédérale, à l'Assemblée fédérale (art. 164 al. 1 let. g Cst.). Dans la mesure où la Constitution fixe le nombre de membres du Conseil fédéral à sept (art. 175 al. 1er Cst.) et que chacun d'eux dirige un département, le constituant impose formellement un nombre minimal de **sept départements**. Il n'y a pas lieu de débattre sur la possibilité offerte ou non par la Constitution d'augmenter le nombre de départements puisque leur structure sous-jacente est flexible : le Conseil fédéral peut librement allouer des tâches et des compétences en créant et distribuant les offices parmi les départements, tout en s'assurant de leur équilibre matériel et politique (art. 43 al. 3 LOGA)[1666]. Cette stabilité numérique aboutit cependant à regrouper dans un même département fédéral des activités disparates qu'il serait d'usage dans les pays voisins de répartir en plusieurs *ministères*[1667]. C'est ainsi que le Département fédéral de l'intérieur 26

1663 Cf. notamment Avis du Conseil fédéral sur le rapport de la Commission d'enquête parlementaire concernant les problèmes relatifs à l'organisation et à la conduire de la CFP du 13.11.1996, FF 1997 III 103, N 43 ss ; Grisel, N 129 ss ; Vogel, p. 38 ; CR-Carrel, Art. 177 Cst., N 37 ; BSK-Müller, Art. 177 Cst., N 18 s. ; Stöckli, Bundesrat, p. 1737 ; Tschannen, Staatsrecht, N 1351.

1664 Ce que Pierre Tschannen appelle la « personnalisation de la responsabilité politique au sein du collège ». Tschannen, Staatsrecht, N 1355 ; Stöckli, Bundesrat, p. 1741 ; BSK-Müller, Art. 177 Cst., N 8, 18 s.

1665 Cf. notamment Grisel, N 123 ss ; CR-Carrel, Art. 177 Cst., N 12 ss ; BSK-Müller, Art. 177 Cst., N 2 ss ; SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst., N 7 ss.

1666 Cf. notamment Grisel, N 114 ss ; BSK-Müller, Art. 177 Cst., N 4-6 ; SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst., N 28 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 24 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst., N 30.

1667 Grisel, N 115 ; Stöckli, Bundesrat p. 1726.

(DFI) s'occupe notamment de la culture, de la santé publique, de la statistique, de la sécurité alimentaire ainsi que des assurances sociales[1668].

27 Précisons encore que la Constitution reste muette sur la **répartition concrète des départements** parmi les membres du Conseil fédéral. Il est d'usage que ce dernier s'en charge, chacun de ses membres s'exprimant sur ses souhaits par ordre d'ancienneté[1669].

28 Enfin, l'art. 178 al. 2 Cst. ne mentionne pas non plus ce qu'implique la **direction d'un département**. Il convient ici de se référer à ce qui a été exposé plus haut par rapport au pouvoir de direction du Conseil fédéral sur l'administration fédérale centrale (N. 14 ss) : de manière similaire, et puisque le principe de subordination hiérarchique irrigue toute l'administration fédérale centrale, le membre du Conseil fédéral dirigera son département à l'aide des pouvoirs d'orientation, d'instruction, de surveillance et le cas échéant d'évocation et de révocation[1670]. Relevons cependant que cette direction se fait dans le cadre tracé par l'entité supérieure, c'est-à-dire le Conseil fédéral qui dirige l'administration fédérale dans son ensemble (N. 14 ss).

C. Alinéa 3

29 L'alinéa 3 de l'art. 178 Cst. prévoit les **conditions auxquelles l'administration centrale peut renoncer à exécuter elle-même les tâches** qui lui sont confiées et les déléguer soit à des entités contrôlées par la Confédération, c'est-à-dire à l'administration décentralisée au sens étroit (décentralisation de l'exécution des tâches, *Ausgliederung*), soit à des personnes privées proprement dites (privatisation de l'exécution des tâches ou privatisation fonctionnelle des tâches ; *Auslagerung ; Beleihung*)[1671]. En revanche, l'art. 178 al. 3 Cst. ne traite pas de la privatisation de la tâche elle-même, c'est-à-dire l'abandon de tâches de l'administration.

1668 Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur du 28.6.2000 (Org DFI ; RS 172.212.1).

1669 Grisel, N 116 ; Stöckli, Bundesrat p. 1740 ; SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst, N 25 ; Tschannen, Staatsrecht, N 1393 s.

1670 Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 25 ss, p. 75 ss ; Tanquerel, N 124 ; Moor/Flückiger/Martenet, p. 552 s. ; Moor/Poltier, p. 614 s.

1671 Message Cst. 1996, p. 416. La délégation de tâches étatiques à des personnes privées a déjà été prévue par la Constitution de 1874, cf. NBP 3, p.ex. art. 32 al. 3 Cst. 1874, cf. aussi BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 3. Pour les différents destinataires, cf. ci-dessous N 39 ss.

Dans ce qui suit, après une brève introduction thématique (1.), il conviendra 30
de définir la tâche de l'administration (2.), d'identifier les destinataires possibles (3.) et de traiter des conditions de l'externalisation (4.).

1. Les objectifs de la décentralisation au sens large et les efforts de systématisation

Au cours des dernières décennies, l'administration fédérale a connu un 31
mouvement de décentralisation et de privatisation fonctionnelle relativement important, notamment au nom de la Nouvelle gestion publique (voir note de bas de page 39). Alors que cette transformation a débuté avant l'adoption de la Constitution fédérale de 1999, celle-ci ne renseigne ni sur l'ampleur de la mutation, ni sur les motifs qui l'imposeraient, ou du moins la justifieraient, ni d'ailleurs sur les formes juridiques envisageables des entités décentralisées[1672]. Les **objectifs** généralement invoqués pour l'externalisation des tâches de l'administration sont pourtant multiples : l'efficience, la compétitivité, le rapprochement de l'administration aux personnes administrées, la coopération entre l'Etat, le secteur privé et les administrés, la souplesse ou encore la réactivité[1673]. Le courant de la Nouvelle gestion publique ayant désormais dépassé son zénith, la doctrine commence à douter que l'externalisation de tâches de l'administration puisse tenir toutes ces promesses[1674] ; un rapport récemment publié sur l'inadéquation de la forme de société anonyme de droit privé pour RUAG MRO Holding SA est peut-être un signe avant-coureur d'une tendance vers une ré-internalisation.[1675]

Quant au choix de la **forme juridique et organisationnelle** d'une entité 32
décentralisée, le Conseil fédéral s'était référé, au tournant du 20e siècle, influencé là encore par la Nouvelle gestion publique, au modèle dit des quatre cercles. Ce modèle – « purement descriptif »[1676] – répartit les différentes formes décentralisées en quatre cercles selon leur niveau d'autonomie[1677]. Dans le rapport du gouvernement d'entreprises de 2006 et son complément

1672. Il est donc tout à fait imaginable qu'un mouvement inverse, c'est-à-dire une recentralisation, soit possible sans devoir modifier la Constitution fédérale.
1673. Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 112 ss ; Tanquerel, N 97 ss ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 40; Tschannen, Hoheitlich, p. 785.
1674. Cf. notamment Tschannen, Hoheitlich, p. 781 ss.
1675. Dumermuth, *passim*.
1676. Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7815.
1677. Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7814.

de 2009, le Conseil fédéral a affiné ce modèle en avançant une typologie de tâches étatiques qui devait davantage guider et rationnaliser les décentralisations[1678]. Ces efforts de systématisation n'ont cependant pas mené aux résultats escomptés. Le remède contre l'« insatisfaction croissante »[1679] par rapport à l'absence de critères uniformes applicables à la décentralisation n'a pas encore été trouvé. Au contraire, force est de constater que le choix de la forme organisationnelle ou juridique s'opère encore souvent en fonction de critères idéologiques ou psychologiques, ou en fonction des tendances actuelles des sciences administratives[1680]. Notamment au nom d'une recherche de flexibilisation accrue, d'autonomie de gestion, de dépolitisation de l'exécution des tâches ou d'une « meilleure orientation vers le marché », une préférence pour des formes juridiques de droit privé existe encore aujourd'hui alors même que des formes de droit public sont susceptibles d'atteindre les mêmes objectifs[1681]. Il n'existe donc aujourd'hui en Suisse aucun cadre théorique généralisé et aucune systématique de la décentralisation[1682].

2. La tâche de l'administration : l'objet de l'externalisation

33 A défaut d'une définition constitutionnelle des tâches de l'administration, objet de l'externalisation prévue par l'art. 178 al. 3 Cst., il convient de les définir comme toutes les **tâches confiées à l'Etat par la Constitution ou la loi qui ne sont attribuées ni au pouvoir législatif, ni au pouvoir judiciaire**[1683]. C'est en interprétant la loi que l'on peut déduire qu'une

1678 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7899 ff, et Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2009 2299 ff.

1679 Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7800.

1680 Müller/Friedrich, p. 72.

1681 Müller/Vogel, p. 11 ; Schedler/Müller/Sonderegger, p. 95 ; comme mentionné plus haut, un rapport réalisé à la demande du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) portant sur RUAG MRO Holding SA, conclut à l'inadéquation de la forme de société anonyme de droit privé dans le contexte actuel de politisation croissante de cette société et propose des formes alternatives de droit public, amorçant peut-être une tendance vers une *ré-internalisation* (voir Dumermuth, pp. 3-4).

1682 Elser, p. 102 ; Tschannen, Hoheitlich, p. 784.

1683 L'exécution de tâches de l'administration correspond à l'administration au sens fonctionnel, cf. N 6. Cf. pour les tâches de l'administration notamment Tanquerel, N 4 ss ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 13 ; Tschannen/Müller/Kern, § 1 N 13 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 13 s. ; Rütsche, p. 153 ss ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 38 ; Elser, p. 7 s. ; Tschannen, Staatsrecht, N 1341 ; cf. aussi ATF 149 II 225 c. 5.5.1 ; ATF 137 II 409 c. 7.3.1 et 7.3.2.

certaine tâche constitue une tâche de l'administration[1684]. La création ou l'existence d'une telle tâche implique par ailleurs, pour l'administration, l'obligation et la responsabilité de l'exécuter elle-même ou de déléguer son exécution[1685].

Les tâches de l'administration peuvent se résumer à l'activité exécutive classique, c'est-à-dire l'application de règles de droit à des situations concrètes. Elles peuvent cependant également englober des **activités normatives**, ce qui soulève la question de savoir si ces dernières peuvent être externalisées. La réponse est *a priori* positive : ni l'art. 178 al. 3 Cst., ni d'autres dispositions de la Constitution, notamment l'art. 164 al. 2 Cst., n'excluent l'externalisation d'activités normatives. La jurisprudence ainsi que la doctrine ne l'admettent cependant que pour des normes secondaires, c'est-à-dire des dispositions de moindre importance qui pourraient figurer dans une ordonnance d'exécution[1686]. 34

Pour la qualification comme tâche de l'administration, il importe peu *comment*, c'est-à-dire à l'aide de quels modes et instruments d'action publique, la tâche est ou sera exécutée[1687]. Il n'est pas non plus important de connaître le type de tâche ou de la classer dans l'une des catégories définies par le Rapport sur le gouvernement des entreprises (cf. N. 32). La nature plus spécifique de la tâche peut en revanche, le cas échéant, influer sur le choix des modes de surveillance à mettre en place, notamment pour ce qui concerne les tâches de nature économique. 35

Il se pose ensuite inévitablement la question de savoir si certaines tâches, bien que « de l'administration », sont **exclues de l'externalisation**, notamment de 36

1684 Cf. p.ex. les ATF 149 II 225 c. 5.5, où il a été affirmé que l'exploitation des structures d'accueil pour des enfants en âge préscolaire ne constituait pas une tâche de l'administration dans le canton de Genève, contrairement à la planification, la coordination et la prise en charge financière de ces structures ; et 137 II 409 c. 7.3 où le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la création et la gestion du Fonds national en faveur de la formation professionnelle en technique dentaire constituait une tâche de l'administration.

1685 Rütsche, p. 159 s. ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 44.

1686 Cf. les ATF 136 I 316 c. 2.4.1 (renvoi à une norme SIA dans un règlement communal) et 128 I 113 c. 3e) (délégation à un établissement de droit public cantonal de la compétence d'édicter des normes en matière de statut du personnel), et l'arrêt du TF non publié 2C_314/2017 du 17.9.2018 c. 8 (édiction par Swissmedic d'une définition de ce que constitue un médicament homéopathique), ainsi que la doctrine : SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 29 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 45 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 227 ss.

1687 BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 39.

la délégation à des privés proprement dits. Alors que la Constitution elle-même ne pose pas de limites matérielles expresses à l'externalisation de tâches de l'administration, la doctrine semble assez unanimement plébisciter l'existence de tâches tellement intrinsèquement liées à l'Etat – notamment celles liées au monopole de la violence légitime – qu'elles ne seraient pas délégables,[1688] sans qu'il existe toutefois un consensus quant aux tâches concrètes non délégables[1689]. Cette théorie n'est cependant souvent pas suivie en pratique, qui, elle, semble être plus libérale quant aux tâches externalisables[1690]. Ainsi ont été externalisées par exemple la compétence de prononcer des amendes d'ordre, l'activité de surveillance de la navigation aérienne ou la tâche d'héberger des requérants et requérantes d'asile[1691].

37 Il convient encore de mentionner que, outre la notion de tâche de l'administration, la Constitution fédérale se réfère, à d'autres endroits, aux « tâches étatiques » (art. 5*a*, 43*a* Cst.), aux « tâches de l'Etat » (art. 6, 35 al. 2, 43*a* al. 5 Cst.) ou encore aux « tâches de la Confédération » (art. 187 I a Cst.). La législation fédérale, quant à elle, contient encore d'autres **variations terminologiques**, notamment la « tâche administrative »[1692], la « tâche publique »[1693] et la « tâche de droit public »[1694]. Ayant défini ci-dessus la notion de tâche de l'administration, contenue à l'art. 178 al. 3 Cst., il n'est pas nécessaire, ici, d'examiner en détail les rapports et chevauchements entre les différents termes[1695]. Il suffit de préciser les liens entre l'art. 178 al. 3 et les art.

1688 SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 28 ; Favre, p. 170 ss.

1689 CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 48 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 28 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 55.

1690 Cf. notamment la liste d'activités déléguées chez Favre, p. 145 s., et BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 55 s.

1691 Cf. Favre, p. 145 s. et les références citées.

1692 Art. 8 al. 4 LOGA.

1693 Art. 8 de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1), Art 57*s* al. 4 let. a LOGA, art. 8 de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), art. 5 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1). Une partie importante de la doctrine, à laquelle nous nous rallions, déconseille d'utiliser le terme de la tâche publique, cf. Elser, p. 12 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 25 ; Tschannen/Müller/Kern, § 1 N 14 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 14 (implicitement).

1694 Art. 1 al. 2 let. e de la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ; art. 1 al. 1 let. f de la Loi sur la responsabilité (LRCF ; RS 170.32) ; art. 4 de la Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (LSu ; RS 616.1).

1695 Pour un tel examen en détail, cf. p.ex. Elser, p. 10 ss ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 137 ss ; Rütsche, p. 154 s. ; Favre, p. 149 ss.

35 al. 2 et 187 al. 1 let. a Cst.[1696]. Ainsi, la notion de « tâche de l'administration », si elle n'est pas comprise comme un synonyme, fait tout du moins partie de la notion de « tâche étatique » utilisée à l'art. 35 al. 2 Cst. : en effet, il n'est pas contesté que toute entité décentralisée et toute personne délégataire d'une tâche publique est tenue de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (cf. ci-dessous N. 47). De même, le Conseil fédéral est sans doute habilité, en vertu de l'art. 187 al. 1 let. a Cst., à surveiller les organes et personnes auxquels sont confiées des tâches de l'administration, quand bien même cet article parle de tâches de la Confédération[1697].

38 Enfin, la tâche de l'administration doit être distinguée d'autres concepts partiellement connexes. Tout d'abord, lorsque l'Etat choisit d'acquérir des biens ou des services (p.ex. du matériel informatique, des services de nettoyage ou encore des prestations juridiques), la *production* des biens ou l'*accomplissement* des services par l'adjudicataire constituent des **activités administratives auxiliaires** (*Hilfstätigkeit*, *Bedarfsverwaltung*) et non des tâches de l'administration. Plus ou moins intelligible en théorie, la délimitation entre la tâche de l'administration et l'activité administrative auxiliaire n'est cependant pas aussi limpide en pratique[1698]. Ensuite, l'externalisation de l'exercice d'activités monopolisées se fait généralement par **concession**. Les activités ainsi concédées peuvent, mais ne doivent pas constituer des tâches publiques. Dans le premier cas, la doctrine parle de concession de service public[1699] ; les conditions de l'externalisation de tâches de l'administration s'appliquent alors pleinement. Enfin, l'octroi d'une **subvention** à une personne privée pour l'exercice d'une certaine tâche ne nous renseigne pas encore sur la nature de cette dernière : il peut s'agir d'une tâche de l'administration déléguée au privé, mais tout aussi bien d'une tâche

1696 CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 14.

1697 CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 14.

1698 Cf. notamment l'ATF 134 II 297, où le Tribunal fédéral, dans un cas ayant trait à l'évacuation des déchets ménagers, qualifiait la limite entre la tâche administrative et l'activité administrative auxiliaire de « floue » , mais également l'arrêt 2C_214/2023 du 7.5.2024 dans lequel le Tribunal fédéral propose une liste *globale* de critères permettant de délimiter l'activité administrative auxiliaire de la délégation de tâche publique. Cf. aussi Tschannen, Hoheitlich, p. 790 s., et les exemples cités par Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 141 s.

1699 Cf. à propos de cette notion, Waldmann/Küng, p. 799 ss. Le cas de la concession de service public est désormais prévu dans la législation sur les marchés publics, cf. art. 9 LMP et art. 9 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

d'intérêt public où l'intervention de l'Etat se résume à l'octroi de la subvention.

3. Les destinataires de l'externalisation des tâches de l'administration

39 L'art. 178 al. 3 Cst. traite de l'externalisation de tâches à des organismes ou personnes qui sont « extérieurs à l'administration fédérale ». Cette formulation est malheureuse : du moment où ils exécutent des tâches de l'administration, tous les organismes ou personnes, qu'ils soient de droit public ou de droit privé, sous contrôle étatique ou non, sont « titulaires du pouvoir administratif »[1700], soit des *Verwaltungsträger* (voir ci-dessus N. 6) et font donc partie de l'administration décentralisée au sens large[1701]. Pour plus de clarté, il aurait donc fallu préciser que les organismes et personnes dont il est question à l'art. 178 al. 3 Cst. sont extérieurs à l'administration fédérale *centrale* (cf. ci-dessus N. 11).

40 Comme mentionné, parmi les destinataires de l'externalisation des tâches de l'administration, l'on distingue généralement **les entités contrôlées par la Confédération** (administration décentralisée au sens étroit) des privés proprement dits. Pour les premières, il convient de mentionner que la Constitution ne prévoit pas expressément la possibilité d'en créer ; leur existence est cependant implicitement prévue à plusieurs endroits de la Constitution, dont notamment à l'art. 178 al. 3 Cst. Il ne fait en outre pas de doute que la création d'entités décentralisées est soumise, à l'instar de l'externalisation de tâches de l'administration à celles-ci, à l'exigence de base légale[1702]. Il est par ailleurs tout à fait imaginable qu'une tâche de l'administration soit créée par la même législation qui fonde l'entité décentralisée et qui transfère la tâche à cette dernière ; l'art. 178 al. 3 Cst. n'exige donc nullement qu'une tâche de l'administration soit d'abord exécutée par l'administration centrale avant d'être transférée[1703]. Enfin, pour les formes des entités décentralisées, nous renvoyons aux N. 8 ss ci-dessus.

41 Lorsque l'entité n'est pas contrôlée par l'Etat, l'on parle d'une délégation de tâches de l'administration à des **privés proprement dits** (*Auslagerung ; Beleihung*). Le questionnement initial n'est pas le même ici : en effet les

1700 Cf. pour la traduction, Tanquerel, N 78.
1701 Tschannen/Müller/Kern, § 8 N 166 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 46 ss.
1702 CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 53 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 217.
1703 BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 42.

délégataires privés préexistent en règle générale à la délégation de tâches[1704]. Cette forme d'externalisation soulève cependant d'autres questions, notamment celles déjà abordées de l'exécution de tâches intrinsèquement liées à l'Etat ou encore de tâches normatives (N. 34 et N. 36). *A priori*, toute personne, morale ou physique, peut être délégataire de tâches de l'administration. Toutefois, ce sont généralement des personnes morales (tout type de sociétés, associations ou fondations de droit privé) qui se voient confier une telle tâche, ne serait-ce que parce que la législation pertinente l'exige[1705].

4. Les conditions de l'externalisation des tâches de l'administration

a. La base légale formelle

L'art. 178 al. 3 Cst. prévoit que toute externalisation doit être prévue par la « loi ». L'exigence de base légale vaut sans égard à la forme juridique du destinataire d'externalisation et le fait qu'il soit contrôlé par la Confédération ou non[1706]. Au-delà du texte constitutionnel, l'exigence de la base légale reflète, selon le Tribunal fédéral, « **un principe général du droit public** »[1707], valable dans tout l'ordre juridique suisse. 42

L'externalisation de tâches de l'administration doit se fonder, au moins, sur une **loi au sens formel**[1708], c'est-à-dire une loi fédérale ou une disposition constitutionnelle. Le constituant voulait ainsi que toute externalisation soit discutée et approuvée par l'Assemblée fédérale et soumise au référendum facultatif, voire obligatoire. Cette exigence stricte de base légale formelle se justifie par le fait que lors d'une externalisation, tant l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral perdent une partie de leur pouvoir de contrôle : la première se voit limitée dans son pouvoir de surveillance du gouvernement et le deuxième voit l'entité délégataire s'échapper de son pouvoir hiérarchique[1709]. 43

1704 BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 42 ; Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 221.

1705 Cf. p.ex. l'art. 5 let. a de la Loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSaMal ; RS 832.12).

1706 BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 41 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 71. L'art. 2 al. 4 LOGA ne le statue que pour les entités « extérieures à l'administration fédérale », mais l'exigence vaut pour toutes les externalisations de tâches de l'administration.

1707 ATF 138 I 196 c. 4.4.3.

1708 Message Cst. 1996, p. 416 ; ATF 148 II 218 c. 3.3.1 et renvois.

1709 Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 211 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 49.

Le peuple, quant à lui, conserve la possibilité de s'opposer à une externalisation par le biais d'un référendum. L'exigence de base légale formelle assure ainsi une légitimité démocratique forte pour toute externalisation de tâches de l'administration.

44 Lors des travaux préparatoires de la nouvelle Constitution, **un assouplissement de l'exigence de base légale avait été discuté**. Concrètement, les commissions des institutions politiques des deux Chambres avaient proposé une version de l'art. 178 al. 3 Cst. – auparavant déjà suggérée par le rapport d'experts « Müller »[1710] – qui prévoyait l'adoption, par l'Assemblée fédérale, d'une loi-cadre permettant au Conseil fédéral de procéder lui-même, par voie d'ordonnance, aux externalisations de tâches de l'administration[1711]. Cette proposition ne fut cependant pas acceptée lors des débats, si bien que la version initiale, celle du Conseil fédéral, a été intégrée dans la Constitution actuelle[1712]. Bien que les théories de la Nouvelle gestion publique fussent au sommet de leur popularité à l'époque, elles n'ont donc pas fait leur entrée à l'art. 178 al. 3 Cst.[1713].

45 Selon la jurisprudence et la doctrine, la base légale doit être **suffisamment précise et spéciale**, c'est-à-dire se référer à un domaine du droit spécifique[1714]. Il découle sans autre du texte constitutionnel que la base légale doit renfermer, comme contenu minimal, le principe même de l'externalisation – qui consiste souvent en une autorisation, une *Kann-Bestimmung*, plutôt qu'en une obligation d'externaliser – ainsi que la tâche de l'administration qui fait l'objet de l'externalisation. Concernant la tâche à externaliser, le principe de la légalité ainsi que le principe de spécialité, qui en découle, exigent qu'elle soit suffisamment décrite et délimitée. Il convient, par-là, d'éviter qu'un organisme hors administration centrale n'acquière trop

1710. Rapport d'experts « Müller », FF 1996 II 505 s.

1711. Le début de la disposition proposée était libellé ainsi : « Dans les conditions fixées par la législation, certaines tâches de l'administration peuvent être confiées [...] », Réforme de la Constitution fédérale. Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérale, FF 1998 I 286, p. 347 (CN) et p. 411 (CE). Cf. également le rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales relatif à la réforme de la constitution du 6.3.1997, FF 1997 II 300 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 54 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 35.

1712. BO 1998 CN 147 ss ; BO 1998 CE 868 ; ATF 137 II 409 c. 6.3.

1713. BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 36.

1714. ATF 148 II 218 c. 3.3.1 ; 137 II 409 c. 6.3.

de responsabilités et devienne un véritable centre autonome de pouvoir[1715]. Au-delà de ce contenu minimal, la **densité normative** exigée par la Constitution de la base légale topique dépend du type de tâche à externaliser[1716]. De manière générale, les exigences seront ainsi plus élevées si la tâche va de pair avec des pouvoirs de puissance publique ou touche à des droits fondamentaux ou des droits et obligations des administrés[1717]. Ainsi, les exigences posées en matière de base légale sont particulièrement élevées dans le cas d'une délégation de tâches de police[1718]. De même, lorsque le destinataire doit être habilité à rendre des décisions administratives – un privilège de souveraineté de la puissance publique[1719] –, la base légale doit en principe le prévoir explicitement ; selon la jurisprudence, un tel pouvoir peut cependant exceptionnellement être déduit par interprétation du texte[1720]. Une telle déduction par interprétation ne devrait cependant, à notre avis, être admissible que dans des limites extrêmement étroites, pour garantir le respect de la sécurité du droit. Au-delà de ces véritables exigences constitutionnelles, il serait souhaitable que la base légale renferme tout autre élément que le législateur juge nécessaire dans le cas précis, tel que les principes ou modalités d'exécution. Ensuite, le **destinataire** peut être spécifié directement dans la base légale : cela sera souvent le cas lorsque l'externalisation s'opère vers des entités décentralisées sous contrôle de la Confédération, le cas échéant, elles-mêmes créées par le même texte législatif. Lorsque la tâche de l'administration est déléguée à une personne privée proprement dite, la loi (formelle) ne renfermera souvent que la possibilité de déléguer la tâche à un tiers[1721]. Une fois le privé sélectionné[1722], son identité sera inscrite dans une décision administrative ou un contrat. Enfin, l'exigence d'une base légale

1715. Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 214.

1716. ATF 148 II 218 c. 3.3.2 et 3.3.3, et CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 65 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 33 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 36.

1717. ATF 148 II 218 c. 3.3.3 ; 138 I 196 c. 4.4.3.

1718. ATF 148 II 218 c. 3.3.3 et 3.3.4.

1719. ATF 144 II 376 c. 7.1.

1720 ATF 144 II 376 c. 7.1 et 8 ; 138 II 134 c. 5 ; 137 II 409 c. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_39/2018 c. 2.4. Cf. également Tschannen, Hoheitlich, p. 793 s.

1721. Cf. p.ex. art. 180 Loi fédérale sur l'agriculture (LAgr ; RS 910.1), art. 67 Loi sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), art. 30 al. 4 Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEl ; RS 734.7), art. 24*d* al. 3 Loi sur l'asile (LAsi ; RS 142.31). Au niveau cantonal vaudois, p.ex. art. 3 Loi vaudoise d'application de la loi fédérale du 23.3.2007 sur l'aide aux victimes d'infraction (LVLAVI/VD, RS/VD 312.41).

1722. Le cas échéant moyennant l'art. 9 LMP/AIMP.

formelle n'exclut pas que le législateur puisse déléguer au pouvoir exécutif, en respectant l'art. 164 al. 2 Cst., le pouvoir d'édicter des règles de droit destinées à préciser les modalités de l'externalisation, notamment les tâches à externaliser[1723].

46 Si la loi formelle ne contient pas assez d'éléments pour l'externalisation des tâches de l'administration, en particulier sur les modalités d'exécution de la tâche, elle est **complétée généralement par une décision administrative, une concession ou un contrat**[1724] ; ce dernier sera souvent intitulé mandat ou contrat de prestation.

b. Autres conditions

47 Alors que l'art. 178 al. 3 Cst. prévoit la base légale formelle comme seule condition de l'externalisation de tâches de l'administration, d'autres conditions découlent du texte constitutionnel[1725].

- Ainsi, l'externalisation doit être justifiée par un **intérêt public** (art. 5 al. 2 Cst.)[1726], une condition qui peut mener à des conflits d'intérêts notamment si le destinataire est une société commerciale qui poursuit (aussi) un but lucratif[1727].
- Elle doit être **proportionnée au but visé** (art. 5 al. 2 Cst.)[1728]. Cela implique notamment que le destinataire choisi puisse assurer l'exécution des tâches de l'administration pendant toute la durée requise[1729].
- Le destinataire de l'externalisation doit être choisi en respectant le principe de la **neutralité de l'Etat en matière de concurrence** (art. 94 Cst.)[1730] ainsi que le principe de l'**égalité de traitement** des concurrents (art. 27 Cst.)[1731].

1723. ATF 137 II 409 c. 6.4 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 33.
1724. CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 82.
1725. BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34.
1726. SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57 ; Elser, p. 49 ss.
1727. Müller/Friederich, p. 70.
1728. CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 87 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57 ; Elser, p. 52 ss.
1729. BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34.
1730. CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 87 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57. Cf. à propos de la neutralité en matière de concurrence, Martenet, p. 2078.
1731. Cf. notamment la législation sur les marchés publics.

- Lors d'une externalisation de tâches de l'administration, l'administration centralisée doit s'assurer que les **droits fondamentaux** (art. 35 al. 2 Cst.), dont notamment les **droits procéduraux généraux** (art. 29 Cst.) et l'**accès à une autorité judiciaire** (29a Cst.)[1732], soient garantis lors de l'exécution des tâches par le destinataire[1733].
- Enfin, lors d'une externalisation de tâches de l'administration, celles-ci sont exécutées par des entités non soumises au pouvoir hiérarchique[1734]. Une **surveillance adéquate** des destinataires et de la manière dont ils exécutent les tâches (art. 187 al. 1er let. a Cst.) doit donc être garantie[1735].

A propos des auteurs

Dominique Hänni est professeure associée en droit administratif auprès de l'Institut des hautes études en administration publique (IDHEAP) de l'Université de Lausanne et greffière à la Ire Cour de droit public au Tribunal fédéral (dominique.haenni@unil.ch).

Marine Albertini est titulaire du brevet d'avocat et assistante-doctorante auprès de l'Institut des hautes études en administration publique (IDHEAP) de l'Université de Lausanne (marine.albertini@unil.ch)

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Biaggini, Art. 178 Cst.).

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Thèse, Zürich 2020.

1732. Message CF 1996, p. 416 ; SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57. Cf. également Moor/Bellanger/Tanquerel, p. 210.

1733. SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34 ; BSK-Müller, Art. 178 Cst. N 57 ; Elser, p. 66 ; CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 88.

1734. Cf. CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 66 ss, pour l'articulation entre autonomie et surveillance, et CR-Poltier, Art. 178 Cst. N 68 et Müller/Friederich, p. 96 ss, pour les divers instruments de surveillance. Le Message Cst. 1996 énonce – à notre avis à tort – que les destinataires échapperaient à la surveillance du Conseil fédéral : ils échappent seulement au pouvoir hiérarchique, mais non à la surveillance.

1735. Cf. p.ex. l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_39/2018 du 18.6.2019, c. 2.4, et SGK-Biaggini, Art. 178 Cst. N 34. Cf. pour les types de surveillance, Müller/Friederich, p. 92 ss. Cf. ci-dessus N 17.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 145-192.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018.

Müller Markus, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 178 Cst.).

Poltier Etienne, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Poltier, Art. 178 Cst.).

Tschannen Pierre, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung ?, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi-Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, pp. 517-531 (Tschannen, Zentral).

Tschannen Pierre, Hoheitliches Handeln von Privaten, in : Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (édit.), Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 781-798 (Tschannen, Hoheitlich).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Berne 2022.

Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008.

BIBLIOGRAPHIE

Documents officiels :

Assemblée fédérale, Arrêté fédéral sur la révision totale de la constitution fédérale du 3. 6. 1987, FF 1987 II 977.

Débats au Conseil national, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1997, BO 1997 CN 302-318, BO 1996 CE 931-947, BO 1997 CN 302-318.

Débats au Conseil des Etats, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1996, BO 1996 CE 931-847.

Débats au Conseil national, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1998, tiré à part, BO CN 111-113.

Débats au Conseil des Etats, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 1998, tiré à part, BO CN 144.

Dumermuth Martin, Welche Rechtsform für die RUAG? Eine Auslegeordnung. Gutachten zu Handen des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), Bern 18. 11. 2024.

Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20. 11.1996, FF 1997 I (Message Cst. 1996).

Conseil fédéral, Avis sur le rapport de la Commission d'enquête parlementaire concernant les problèmes relatifs à l'organisation et à la conduire de la CFP du 13. 11. 1996, FF 1997 III 103.

Rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2006 7899.

Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise, FF 2009 2299.

Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15. 12. 1995, « La répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral », FF 1996 II 413 (Rapport d'experts « Müller »).

Rapport complémentaire des Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 6.3.1997 relatif à la réforme de la constitution, intitulé « Assemblée fédérale. Organisation, procédure, rapports avec le Conseil fédéral », FF 1997 II 243.

Réforme de la Constitution fédérale. Projets des Commissions de la révision constitutionnelle des Chambres fédérale, FF 1998 I 286, 347 ss (CN) et p. 411 ss (CE).

Doctrine

Biaggini Giovanni, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Biaggini, Art. 178 Cst.).

Carrel Matthieu, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Carrel, Art. 177 Cst.)

Ehrenzeller Bernhard, Commentaire de l'art. 174 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 174 Cst.).

Ehrenzeller Bernhard, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 177 Cst.).

Ehrenzeller Kaspar, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zürich 2023 (SGK-Ehrenzeller, Art. 169 Cst.).

Elser Dominik, Die privatisierte Erfüllungstaatlicher Aufgaben, Thèse, Zürich 2020.

Favre Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère ministériel », in : Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne, La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 145-192.

Grisel Etienne, Gouvernement suisse, Berne 2010.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e éd., Zurich/St-Gall 2020.

Hänni Dominique, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique : la prévention de la corruption en droit administratif, Thèse, Genève 2019.

Häggi Furrer Reto/Merker Michael, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Häggi Furrer/Merker, Art. 169 Cst.).Martenet Vincent, La Constitution et l'économie, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Droit constitutionnel suisse Vol. III, Zurich 2020, pp. 2061-2090.

Moor Pierre, Les états du droit administratif, in : Piotet Denis/Tappy Denis (édit.), Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève 2006, pp. 69-84.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I : Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Bellanger François/Tanquerel Thierry, Droit administratif, Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2e éd., Berne 2018.

Müller Georg/Vogel Stefan, Rechtsgutachten betreffend Aufsicht und Oberaufsicht über verselbständigte Träger von öffentlichen Aufgaben, insbesondere Regionale Spitalzentren, in : SVVOR 2011, p. 5 s.

Müller Markus, Commentaire de l'art. 174 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 174 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 177 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 177 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 178 Cst.).

Müller Markus, Commentaire de l'art. 187 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (BSK-Müller, Art. 187 Cst.).

Müller Markus/Friederich Ueli, Aufsicht und Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» : Ausgewählte Fragen zur Beaufsichtigung staatlicher Aktiengesellschaften, am Beispiel des Kantons Bern, in : Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Berne 2022, pp. 67-91.

Neuenschwander Anouk, Commentaire de l'art. 169 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Neuenschwander, Art. 169 Cst.).

Poltier etienne, La surveillance des entités décentralisées, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), Surveillance et contrôles de l'administration, Genève/Zürich 2008, pp. 67-109 (Poltier, Surveillance).

Poltier Etienne, L'évolution du droit administratif suisse, in : Hertig Randall/ Flückiger Alexandre (édit.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genève 2019, pp. 251-258 (Poltier, Evolution).

Poltier Etienne, Commentaire de l'art. 178 Cst., in : Martenet Vincent/ Dubey Jacques (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (CR-Poltier, Art. 178 Cst.).

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben ?, *recht* 4 (2013), pp. 153-162.

Sägesser thomas, Commentaire de l'art. 8 RVOG, 2e éd., Berne 2022.

Schedler Kuno/Müller Roland/Sonderegger Roger, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 3e éd., Berne 2016.

Soguel Nils/Bundi Pirmin/Mettler Tobias/Weerts Sophie, Modèle IDHEAP d'administration publique : vue d'ensemble, in : Soguel Nils/Bundi Pirmin/ Mettler Tobias/Weerts Sophie (édit.), Comprendre et concevoir l'administration publique, Lausanne 2023.

Schibli Robert, Der öffentliche-rechtliche Auftrag, Thèse, Zürich 2023.

Stöckli Andreas, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Berne 2012, pp.118-123 (stöckli, Behördenmitglieder).

Stöckli andreas, Bundesrat und Bundesverwaltung, in : Maya Hertig Randall/ Benjamin Schindler/Oliver Diggelmann (édit.), Droit constitutionnel suisse, Vol. III, Zürich/Bâle/Genève 2020, pp. 1723-1756 (stöckli, Bundesrat).

Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, 2e éd., Zürich 2018.

Tschannen Pierre, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung ?, in : Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi-

Furrer Reto (édit.), Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, pp. 517-531 (Tschannen, Zentral).

Tschannen Pierre, Hoheitliches Handeln von Privaten, in : Boillet Véronique / Favre Anne-Christine / Martenet Vincent (édit.), Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 781-798 (Tschannen, Hoheitlich).

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021 (Tschannen, Staatsrecht).

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Berne 2022.

Vogel Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008.

Waldmann Bernhard/Küng Martin D., Beleihung und Konzession, in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent, Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève/Bâle/Zurich 2020, pp. 799-814.

COMMENTAIRE

Art. 189 Cst.

Un commentaire de Jérôme Gurtner

PROPOSITION DE CITATION

Jérôme Gurtner, Commentaire de l'art. 189 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Gurtner, art. 189 Cst. N. XXX.

Art. 189 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;

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.

[1bis] ...

[2] Il connaît des différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons.

[3] La loi peut conférer d'autres compétences au 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.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 1478
II. Contexte 1479
III. Commentaire proprement dit 1480
A. Compétence juridictionnelle et cognition du Tribunal fédéral (al. 1) 1481
1. Généralités 1481
2. Droit fédéral (let. a) 1485
3. Droit international (let. b) 1490
4. Droit intercantonal (let. c) 1497
5. Droits constitutionnels cantonaux (let. d) 1498
6. Autonomie communale et autres garanties cantonales (let. e) 1500
7. Droits politiques (let. f) 1503
B. Compétence juridictionnelle du Tribunal fédéral en cas de différends entre Confédération et cantons ou entre cantons (al. 2) 1505
1. Généralités 1505
2. Différends 1506
a. Entre autorités fédérales et cantonales 1507
b. Entre les cantons 1509
3. Quelques remarques concernant la jurisprudence 1511
4. Constitutionnalité de l'art. 120 al. 2 LTF 1512
C. Autres compétences (al. 3) 1513
D. Actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral (al. 4) 1516
1. Principe : non-contestabilité (première phrase) 1516
2. Exceptions : contestabilité (deuxième phrase) 1520
Lectures complémentaires recommandées 1525
Bibliographie 1526

I. GENÈSE

1 Les compétences du Tribunal fédéral étaient déjà énumérées dans la Constitution fédérale de 1848 (art. 101 à 105 aCst.), puis dans celle de 1874 (art. 110 à 114bis aCst.). Dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale dans les années 1990, le Conseil fédéral a successivement présenté plusieurs projets, désignés par les lettres A, B et C. Cette méthode devait permettre d'avancer par étapes : le projet A consistait en une mise à jour de la Constitution, le projet B abordait certaines réformes institutionnelles, en particulier
les droits populaires, et le projet C visait la réforme de la justice. Le **projet A** d'arrêté fédéral prévoyait **trois dispositions** relatives aux compétences du Tribunal fédéral (art. 177 à 179 du projet)[1736] : l'art. 177 concernait la juridiction constitutionnelle, l'art. 178 la juridiction civile, pénale et administrative, et l'art. 179 les assises fédérales. Seules les deux premières ont toutefois été intégrées dans la Constitution de 1999, l'art. 179 ayant été considéré comme relevant de la législation ordinaire. Le texte de la nouvelle Constitution, arrêté par l'Assemblée fédérale sur la base du projet A, a été accepté en votation populaire le 18 avril 1999 et est entré en vigueur le 1er janvier 2000. À ce stade, les compétences du Tribunal fédéral restaient réparties dans **deux dispositions** : elles figuraient aux art. 189 aCst. (« Juridiction constitutionnelle ») et 190 aCst. (« Juridiction civile, pénale et administrative »).

2 La mise à jour opérée par la Constitution de 1999 ne constituait toutefois qu'une étape transitoire. C'est dans le cadre du **projet C** d'arrêté fédéral relatif à **la réforme de la justice** que le Conseil fédéral proposa de regrouper les compétences du Tribunal fédéral dans une **seule disposition** (art. 177 du projet)[1737], qui énumérait les motifs de recours sans distinguer entre les différents domaines juridiques[1738]. L'Assemblée fédérale a repris cette disposition, mais en y introduisant **deux modifications**. La première, d'ordre rédactionnel, a consisté à remplacer la référence aux « garanties que les cantons accordent aux communes » (art. 177 al. 1 let. e du projet) par une mention explicite de « l'autonomie des communes » (art. 189 al. 1 let. e Cst.). La seconde, de portée plus substantielle, concernait l'art. 177 al. 4 du projet : à

1736 FF 1997 I 638-639.
1737 FF 1997 I 652.
1738 SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 1 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 3.

la règle selon laquelle « [l]es actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral », les Chambres fédérales ont ajouté une seconde phrase précisant que « [l]es exceptions sont déterminées par la loi » (art. 189 al. 4 Cst.). Dans sa version ainsi modifiée, l'art. 189 Cst. a été accepté en votation populaire le 12 mars 2000 et est entré en vigueur le 1er janvier 2007[1739].

L'évolution de l'art. 189 Cst. a ensuite été marquée par une révision avortée, liée à l'introduction de l'initiative populaire générale dans la Constitution. Le 9 février 2003, le peuple et les cantons ont accepté l'arrêté fédéral relatif à la révision des droits populaires[1740]. Celui-ci introduisait dans la Constitution un nouvel instrument, l'**initiative populaire générale** (art. 139*a* Cst.), qui aurait permis à 100'000 citoyennes et citoyens ayant le droit de vote de proposer un projet conçu en termes généraux et visant une modification constitutionnelle ou législative. Selon l'art. 189 al. 1bis Cst., dans la teneur issue de cette révision, les réclamations pour non-respect du contenu et des objectifs d'une initiative populaire générale par l'Assemblée fédérale auraient pu être portées devant le Tribunal fédéral. Toutefois, le 27 septembre 2009, le peuple et les cantons ont accepté un nouvel arrêté fédéral portant suppression de l'initiative populaire générale[1741], jugée trop complexe à mettre en œuvre[1742]. Ces dispositions ne sont donc jamais entrées en vigueur. 3

II. CONTEXTE

L'art. 189 Cst. figure dans le Chapitre 4 (« Tribunal fédéral et autres autorités judiciaires ») du Titre 5 (« Autorités fédérales ») de la Constitution fédérale, lequel regroupe sept dispositions (art. 188 à 191*c* Cst.). Intitulé « compétences du Tribunal fédéral » (« Zuständigkeiten des Bundesgerichts », « Competenze del Tribunale federale »), il définit les compétences **juridictionnelles** de cette autorité[1743]. Son emplacement, immédiatement après l'art. 188 Cst., qui consacre le Tribunal fédéral comme « l'autorité judiciaire suprême de la Confédération » (al. 1), met en évidence l'importance particulière que le constituant a voulu lui conférer. 4

1739.RO 2002 3148, RO 2006 1059 ; FF 2000 2814.
1740.FF 2003 2784.
1741.RO 2009 6409.
1742.Pour plus de détails, voir Lammers, p. 57 et les réf. cit.
1743.Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 2 ; Donzallaz, art. 95 LTF N 3424.

5 Avant d'examiner en détail les compétences du Tribunal fédéral, il convient de rappeler que celles-ci sont limitées par **trois restrictions importantes**[1744], dont deux découlent d'autres dispositions que l'art. 189 Cst. :

- d'une part, les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral (art. 189 al. 4 Cst.) (cf. N. 78 ss *infra*) ;
- d'autre part, le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international (art. 190 Cst.) (cf. N. 79 ss *infra*) ;
- enfin, l'accès au Tribunal fédéral, bien que garanti par la Constitution fédérale, peut être restreint par le législateur (art. 191 Cst.), par l'instauration d'une valeur litigieuse minimale, par l'exclusion de certains domaines déterminés ou encore par la mise en place d'une procédure simplifiée pour les recours manifestement infondés[1745].

6 Il convient encore de relever que, à l'exception de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst., cette disposition s'adresse avant tout au **législateur fédéral**, qui doit en assurer la concrétisation[1746]. C'est ainsi que les questions de procédure – telles que les valeurs litigieuses minimales, les autorités précédentes, la qualité pour recourir, la forme et le contenu des mémoires ou encore les délais de recours – ont été réglées dans la LTF.

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

7 Les compétences du Tribunal fédéral sont définies de manière **positive** (al. 1 et 2 : le Tribunal fédéral « connaît des différends » ; cf. N. 12 ss et N. 55 ss *infra*), par une norme de **délégation** (al. 3 : « la loi peut [lui] conférer d'autres compétences » ; cf. N. 73 ss *infra*), ainsi que de manière **négative** (al. 4 : certains actes « ne peuvent pas être portés » devant lui ; cf. N. 78 ss *infra*)[1747].

8 L'alinéa 1 énumère les **motifs** de recours permettant de porter des « contestations » (« Streitigkeiten », « controversie ») devant le Tribunal fédéral. Ceux-ci concernent la violation du droit fédéral, du droit international, du

1744. Rhinow/Koller/Kiss et al., N 220-225.
1745. OK-Gunjic/Kords, art. 191 Cst.
1746. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 2.
1747. Dans ce sens également : Kocher, N 62.

droit intercantonal, des droits constitutionnels cantonaux, de l'autonomie des communes et des droits politiques (cf. N. 17 ss *infra*). Ces griefs sont repris dans la LTF, certains dans un ordre différent (art. 95 LTF), et la violation de l'autonomie des communes est quant à elle reléguée à la disposition portant sur la qualité pour recourir (art. 89 al. 2 let. c LTF).

L'alinéa 2 précise que le Tribunal fédéral connaît des **différends** entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons (cf. N. 55 ss *infra*). Cette disposition est concrétisée à l'art. 120 LTF, qui prévoit que le Tribunal fédéral est saisi de ces litiges « par voie d'action en instance unique » (al. 1 let. a et b LTF), sous réserve qu'une autre loi fédérale n'habilite pas une autorité à rendre une décision sur de telles contestations (al. 2). 9

Le catalogue des compétences du Tribunal fédéral établi par les alinéas 1 et 2 n'est pas exhaustif ; l'alinéa 3 permet en effet au législateur de lui confier d'**autres compétences** (cf. N. 73 ss *infra*). 10

L'alinéa 4 **limite** enfin la possibilité de contester les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral devant le Tribunal fédéral (cf. N. 78 ss *infra*). 11

A. Compétence juridictionnelle et cognition du Tribunal fédéral (al. 1)

1. Généralités

Avant d'entrer en détail dans l'examen des motifs de recours pouvant être portés devant le Tribunal fédéral, il convient de formuler quatre remarques générales préalables. 12

La phrase introductive de l'alinéa 1 précise que le Tribunal fédéral est compétent pour trancher des « **contestations** ». Ces dernières revêtent une nature juridique, même si la loi ne l'indique pas expressément[1748]. Trois conséquences en découlent. Premièrement, le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour examiner des questions abstraites ou théoriques (cf. N. 77 *infra*)[1749] : il doit s'agir d'un litige concret entre deux ou plusieurs parties. Dans son sens premier, le terme « litige » est défini comme une « contestation donnant lieu à procès ou à arbitrage »[1750]. Deuxièmement, le Tribunal fédéral 13

1748.Biaggini, art. 189 N 3.
1749.Dans ce sens également : CR-Chaix, art. 189 N 5.

n'intervient pas d'office, comme le ferait une autorité de surveillance des avocats prenant connaissance de faits qui pourraient constituer un manquement aux règles professionnelles[1751], mais uniquement sur demande d'une des parties au conflit[1752]. Troisièmement, en l'absence de base légale, le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour conduire une audience de conciliation, au sens d'une procédure formelle dirigée par le juge en vue de rapprocher activement les parties[1753]. Si des règlements amiables peuvent intervenir entre les parties au cours de la procédure, ils ne relèvent toutefois pas d'une conciliation judiciaire proprement dite.

14 En tant que Cour suprême, le Tribunal fédéral est juge du **droit**[1754], comme le confirme l'alinéa 1. En revanche, les griefs portant sur les faits ne sont, en principe, pas recevables devant lui[1755]. Il statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF[1756]. La partie recourante ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. N. 8 *supra*) ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire de façon arbitraire[1757], et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF)[1758]. La partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée dans quelles mesures ces conditions seraient remplies. À défaut, il n'est pas possible pour le Tribunal fédéral de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui

1750. Dictionnaire Larousse, disponible sur : https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/litige/47483.

1751. Voir p. ex. Chappuis/Gurtner, N 1138.

1752. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 3 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 6.

1753. Dans une affaire pénale, voir l'arrêt du TF 6B_1247/2014 du 10.2.2015, consid. 2, dans lequel le Tribunal fédéral, en réponse à la requête d'un recourant qui sollicitait une audience à des fins de conciliation, relevait qu'il n'y avait pas lieu de donner suite à cette requête, dans la mesure où le Tribunal fédéral n'est « en règle générale pas légitimé pour conduire pareilles tractations ».

1754. ATF 144 IV 35, consid. 2.3.3 ; voir aussi Zen-Ruffinen, Vol. II, N 2359 et 2380.

1755. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 3 ; CR-Chaix, art. 189 N 7. Sur le grief de constatation inexacte des faits, voir aussi Kaufmann, Die « Big 4 », N 12-15. L'auteur relève que, contrairement aux autres instances de recours, le Tribunal fédéral peut en principe se limiter à reprendre les faits établis par l'instance précédente, ce qui allège considérablement sa charge de travail. Selon lui (N 12), cette particularité explique aussi pourquoi le Tribunal fédéral ne satisfait pas, d'un point de vue institutionnel, aux exigences d'une « autorité judiciaire » au sens de l'art. 29*a*, première phrase, Cst.

1756. ATF 142 I 155, consid. 4.4.3. Sur la genèse et l'évolution de la règle limitant l'examen des faits par le Tribunal fédéral, voir Tappy.

est contenu dans l'acte attaqué[1759]. Il existe une autre exception à la non-recevabilité des griefs de fait, lorsque la décision faisant l'objet d'un recours concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire ; dans ces cas, le Tribunal fédéral n'est pas lié par les faits établis par l'autorité précédente (art. 97 al. 2 et 105 al. 3 LTF). Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral ne s'étend en principe pas non plus à l'opportunité de la décision portée devant lui. Le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale est clair à ce sujet. Il précise d'abord que « [s]ous réserve d'exceptions peu nombreuses, toute contestation ne doit à l'avenir pouvoir être déférée à la juridiction suprême qu'après avoir été soumise à une *autorité judiciaire précédente* »[1760], puis ajoute que c'est « la condition pour que le Tribunal fédéral puisse se limiter au contrôle du droit, sans plus s'occuper des questions de fait et d'appréciation, dont le contrôle exige beaucoup de temps ». L'examen des dispositions de procédure administrative applicables au Tribunal administratif fédéral (TAF) et aux tribunaux cantonaux permet d'illustrer la différence entre le pouvoir de cognition des autorités précitées et celui du Tribunal fédéral. Outre la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, les recourants peuvent en principe invoquer deux autres motifs devant le TAF et les tribunaux cantonaux : la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que l'inopportunité (parmi d'autres : art. 49 PA ; art. 76 LPA/VD ; art. 80 LPJA/BE ; art. 122 LPJA/JU). Un tel recours, permettant d'invoquer ces trois catégories de griefs, est parfois qualifié de « moyen de droit complet »[1761].

Le Tribunal fédéral assume un double rôle : celui de gardien du droit fédéral, d'une part, et celui de gardien de la Constitution fédérale et des Constitutions cantonales, d'autre part[1762]. Ainsi, sous réserve des cas visés à l'art. 189 al. 1 let. 15

1757. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a arbitraire (art. 9 Cst.) en matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 150 IV 360, consid. 3.2.1 ; ATF 146 IV 88, consid. 1.3.1 ; ATF 144 II 281, consid. 3.6.2).

1758. ATF 145 V 188, consid. 2 ; ATF 142 II 355, consid. 6.

1759. ATF 145 V 188, consid. 2 ; ATF 137 II 353, consid. 5.1.

1760. FF 1997 I 504.

1761. CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 2 et les réf. cit.

1762. Petit Comm.-Mahon, Remarques liminaires N 10 et 11.

c, d, e et f Cst., son contrôle ne porte pas sur le droit **cantonal** ou **communal** en tant que tel[1763]. Il est toutefois possible, comme le rappelle souvent le Tribunal fédéral, que la mauvaise application du droit cantonal ou communal constitue une violation du droit fédéral, en particulier lorsqu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels[1764]. La violation de dispositions légales cantonales peut également constituer une violation du droit international au sens de l'art. 189 al. 1 let. b Cst.[1765]. Par ailleurs, il convient d'ajouter que lorsque le Tribunal fédéral examine le droit cantonal indépendamment de toute atteinte à un droit fondamental, il ne revoit pas le principe de la proportionnalité librement, mais seulement sous l'angle de l'arbitraire[1766]. En ce qui concerne le contrôle du droit cantonal sous l'angle de l'arbitraire, les chances de succès d'un tel grief demeurent toutefois « très limitées »[1767]. Comme le souligne François Chaix, « [c]'est une des conséquences du fédéralisme [que] de ne pas intervenir de manière trop incisive dans les domaines de compétence des cantons »[1768].

16 L'alinéa 1 n'impose pas au législateur fédéral un système de recours spécifique[1769]. Il convient toutefois de souligner que la révision de

1763. Voir également Kaufmann, Die « Big 4 », N 5.

1764. Parmi d'autres : ATF 150 I 154, consid. 2.1 ; ATF 145 I 108, consid. 4.4.1 ; ATF 143 I 321, consid. 6.1 ; ATF 142 II 369, consid. 2.1.

1765. FF 2001 4133.

1766. Voir notamment ATF 143 I 37, consid. 7.5 *in fine* ; ATF 141 I 1, consid. 5.3.2 ; ainsi que les arrêts du TF 1C_237/2025 et 1C_240/2025 du 29.8.2025, consid. 6.2, dans lesquels le Tribunal fédéral n'a examiné la proportionnalité de la révocation de deux juges cantonaux, la sanction la plus sévère prévue par le droit cantonal, que sous l'angle restreint de l'arbitraire. En revanche, si une sanction comparable devait un jour être prononcée contre un juge fédéral en application du droit fédéral, le Tribunal fédéral contrôlerait la proportionnalité avec pleine cognition. La justification de cette différence de cognition, alors même que le droit constitutionnel invoqué relève dans les deux cas du droit fédéral, paraît discutable. De plus, en raison du risque de proximité entre les membres du Conseil de la magistrature ou de la Commission de recours et le juge concerné (sur cette question, voir aussi Mahon, Les tribunaux, N 16) – risque accentué dans les petits cantons –, on peut se demander si le rôle du Tribunal fédéral ne devrait pas précisément être d'intervenir avec pleine cognition, ou à tout le moins au-delà du simple contrôle de l'arbitraire, afin de veiller à un certain équilibre de la sanction prononcée. En résumé, le Tribunal fédéral se garde d'intervenir dans l'application du droit cantonal, même lorsqu'une violation du principe de proportionnalité est alléguée. Sur cette question, voir également Hofstetter, p. 321 ss ; Rhinow/Koller/Kiss et al., N 1957 ; Moor/Flueckiger/Martenet, p. 813 ; Müller, p. 18.

1767. Chaix, Les motifs du recours, N 65 et 66.

1768. Chaix, Les motifs du recours, N 66.

1769. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 2 et 15.

l'organisation judiciaire fédérale a simplifié le travail des plaideurs, en remplaçant les multiples voies de recours qui existaient par un **recours unifié** dans chaque domaine juridique : un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public[1770]. Selon ce concept, « il ne doit exister qu'une seule voie de droit devant le Tribunal fédéral pour attaquer un acte d'une autorité inférieure, quels que soient les motifs de recours ou la nature de l'autorité »[1771].

2. Droit fédéral (let. a)

17 Le Tribunal fédéral est d'abord compétent pour juger des litiges relatifs à la violation du droit fédéral (art. 189 al. 1 let. a Cst. ; voir aussi l'art. 95 let. a LTF). Selon le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, la notion de « droit fédéral » doit être entendue dans un **sens large**[1772]. Elle comprend toutes les règles de droit édictées par les organes de la Confédération à tous les niveaux, en particulier la Constitution fédérale, les lois fédérales et les différentes sortes d'ordonnances (de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral, de l'administration fédérale et des tribunaux fédéraux)[1773], dans tous les domaines du droit (droit civil, droit pénal, droit administratif, droit des poursuites et droit des assurances sociales, notamment)[1774].

18 La notion de droit fédéral englobe les **droits constitutionnels fédéraux**[1775], ce qui ne ressort pas explicitement du texte de la Constitution, puisque seuls les droits constitutionnels cantonaux y sont mentionnés (art. 189 al. 1 let. d Cst.). Le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale explique que le grief de violation de la Constitution et celui de violation du droit fédéral proprement dit sont désormais fondus en un seul grief de violation du « droit fédéral », « afin d'exprimer l'idée d'un recours unique »[1776]. Malinverni et al. qualifient à juste titre ce raccourci de « malheureux » : les justiciables pourraient en effet penser, à tort, qu'il n'est possible d'invoquer devant le Tribunal fédéral que la violation de droits constitutionnels cantonaux[1777].

1770.FF 2001 4032 ; pour un aperçu des voies de recours selon l'ancien droit : Mahon I, N 214.
1771.FF 2001 4033.
1772.FF 1997 I 536 ; CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 12.
1773.ATF 133 I 201, consid. 1 ; Häfelin et al., N 1970.
1774.FF 1997 I 536 ; CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 12 ; Rhinow/Koller/Kiss et al., N 216.
1775.FF 1997 I 536 ; ATF 136 II 304, consid. 2.4 ; ATF 133 I 201, consid. 1.
1776.FF 1997 I 536.

Cette imprécision est regrettable, car elle pourrait induire en erreur des justiciables non juristes, et ce d'autant plus que l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire pour les procédures devant le Tribunal fédéral.

19 Ni la Constitution fédérale ni la LTF ne définissent la notion de droits constitutionnels. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, relèvent de cette catégorie les dispositions constitutionnelles qui visent à assurer au citoyen une protection contre les interventions de l'État ou qui, bien qu'édictées principalement dans l'intérêt public, protègent également des intérêts individuels[1778]. Pour déterminer l'existence de droits constitutionnels, le Tribunal fédéral se base en particulier sur l'**intérêt à la protection juridiqu**e et la **justiciabilité**[1779]. Il se réfère parfois aussi à la notion d'applicabilité directe (« unmittelbare Anwendbarkeit »)[1780], même si ce critère est plus souvent utilisé en droit international (cf. N. 26 ss *infra*). Une disposition constitutionnelle est directement applicable (ou justiciable) lorsque les faits et les conséquences juridiques sont formulés de manière suffisamment précise pour constituer la base d'une décision du juge[1781]. En droit interne, il s'agit de normes qui n'ont « pas besoin d'être concrétisées par des dispositions d'exécution, à l'instar de certains droits fondamentaux inscrits dans la Constitution »[1782]. Selon Mathias Kaufmann, la justiciabilité désigne la légitimité du contrôle judiciaire d'une règle de droit invoquée par un particulier[1783]. Autrement dit, il s'agit de déterminer si la norme invoquée présente un caractère subjectif, de sorte que sa violation puisse fonder un motif de recours recevable[1784]. Cet auteur souligne en outre qu'une règle juridique n'est jamais partiellement justiciable : elle l'est dans son intégralité ou ne l'est pas[1785]. Enfin, l'applicabilité directe et la justiciabilité sont deux

1777. Malinverni et al., N 2030.

1778. ATF 137 I 77, consid. 1.3.1, JdT 2011 I 243 ; ATF 131 I 366, consid. 2.2, JdT 2006 I 519.

1779. ATF 131 I 366, consid. 2.2, JdT 2006 I 519. La justiciabilité peut être définie comme « la possibilité d'un droit à être mobilisé par son titulaire devant la justice » (Marguin, p. 35).

1780. ATF 139 II 243, consid. 10, RDAF 2014 I 351.

1781. ATF 139 II 243, consid. 10, RDAF 2014 I 351 ; Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération, p. 54. Voir Kaufmann, Die unmittelbare, p. 13, qui considère que le critère du degré de précision de la norme est vague et suggère qu'il soit remplacé par celui, plus précis selon lui, de la possibilité de violation par l'exécutif (« Verletzbarkeit durch die Exekutive »).

1782. Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération, p. 54.

1783. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 102.

1784. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 102-103.

1785. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 103.

caractéristiques « générales et abstraites » des normes, qui ne dépendent pas des circonstances du cas d'espèce[1786]. Sur ce dernier point, nous nous rallions à la position de Kaufmann.

Sont **justiciables**, par définition, au moins en principe, tous les droits fondamentaux énumérés dans le catalogue des art. 7 à 36 Cst., notamment, le principe d'égalité devant la loi (art. 8 al. 1 Cst.)[1787], la protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.)[1788], la protection des enfants et des jeunes dans sa composante de protection contre les atteintes étatiques (art. 11 al. 1 *ab initio* Cst.)[1789], le droit d'obtenir une aide d'urgence (art. 12 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.)[1790], les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.), la liberté des médias (art. 17 Cst.), la liberté de la langue (art. 18 Cst.), le droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.), la liberté de la science (art. 20 Cst.), la liberté de l'art (art. 21 Cst.), la liberté de réunion (art. 22 Cst.), la liberté d'association (art. 23 Cst.), la liberté d'établissement (art. 24 Cst.), la protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement (art. 25 al. 1 et 2 Cst.), la garantie de la propriété (art. 26 al. 1 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.), la liberté syndicale (art. 28 Cst.), les garanties de procédure (art. 29 ss Cst.) et le principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.)[1791]. D'autres droits et principes constitutionnels sont aussi directement applicables, tels que le principe de la légalité (art. 5 Cst.), le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), le principe (non écrit) de la séparation des pouvoirs, ou l'interdiction de la double imposition intercantonale (art. 127 al. 3 Cst.)[1792]. Selon la doctrine, l'interdiction de la construction de minarets 20

1786. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 96. D'un autre avis : Wüger, p. 13, considère que la justiciabilité est une question de concrétisation au cas par cas de normes, à laquelle il n'est pas possible de répondre de manière abstraite.

1787. CR-Martenet, art. 8 N 46.

1788. CR-Dubey, art. 9 N 8 ; Biaggini, art. 9 N 2.

1789. CR-Gavillet, art. 11 N 17 et 18 et les réf. cit., qui souligne notamment que le Tribunal fédéral a examiné au fond l'existence d'une atteinte à l'art. 11 al. 1 Cst. dans l'ATF 144 II 233, consid. 8, JdT 2019 I 58 ; plus nuancé, mais avant l'arrêt précité : Biaggini, art. 11 Cst. N 5 et 6 et les réf. cit., qui relève notamment que l'art. 11 al. 1 Cst. n'a jusqu'ici pas joué un rôle décisif dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Sur la justiciabilité de l'art. 11 Cst., voir également Rhinow/Schefer/Uebersax, N 1340-1347.

1790. Pour un exemple, voir l'arrêt du TF 2C_405/2022 du 17.1.2025 (destiné à la publication aux ATF).

1791. CR-Chaix, art. 189 N 9 ; Chaix, Les motifs du recours, N 15 et les réf. cit.

1792. Voir aussi, CR-Chaix, art. 189 N 9 ; Mahon I, N 361.

prévue à l'art. 72 al. 3 Cst. est directement applicable[1793]. Le Tribunal fédéral a également retenu que l'art. 75*b* al. 1, en relation avec l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst., prévoit une interdiction de construire immédiatement applicable pour les résidences secondaires dans les communes où la proportion de 20 % est déjà atteinte ou dépassée[1794].

21 Ne sont en revanche **pas justiciables** les prescriptions de nature organisationnelle ou les dispositions à caractère purement programmatique[1795]. La Constitution fédérale exclut en outre expressément la justiciabilité des buts sociaux (art. 41 al. 4 Cst.)[1796], ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral en ce qui concerne l'art. 41 al. 1 let. e Cst.[1797]. Dans une affaire où le recourant se plaignait d'une violation de l'art. 121 Cst., le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition « est une norme de nature programmatique qui nécessite une mise en œuvre par le législateur et par conséquent ne confère aucun droit constitutionnel au recourant lui permettant de recourir »[1798]. L'art. 121*a* Cst. n'est pas directement applicable[1799]. Il en va de même pour le principe du développement durable de l'art. 73 Cst. : selon le Tribunal fédéral, « ce concept – au contenu et aux contours encore flous – revêt pour l'heure un caractère essentiellement programmatique et n'a pas valeur d'un droit constitutionnel qui pourrait être directement invoqué comme tel devant un tribunal »[1800]. Les maximes de l'action étatique qui nécessitent une forte concrétisation (p. ex. les art. 5*a* et 6 Cst.) ne sont pas non plus justiciables[1801]. De même, le Tribunal fédéral a retenu que l'art. 106 Cst. concernant les jeux d'argent ne contient pas de dispositions directement applicables[1802].

22 La notion de droit fédéral comprend naturellement les **lois fédérales**. Selon l'art. 164 al. 1 Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en

1793 Biaggini, art. 72 N 13 ; Kley, art. 72 N 31.
1794 ATF 139 II 243, consid. 9 et 10 ; voir aussi OK-Mösching, art. 75b Cst. N 9.
1795 ATF 137 I 77, consid. 1.3.1 et les réf. cit.
1796 Sur cette question, cf. Chatton. Voir aussi Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 90.
1797 ATF 141 I 1, consid. 5.5 ; arrêt du TF 2C_475/2016 du 30.11.2016, consid. 6.2.
1798 Arrêt du TF 2C_783/2022 du 12.10.2022, consid. 7.
1799 ATF 142 II 35, consid. 3.3, JdT 2016 I 35.
1800 Arrêt du TF 1C_393/2022 du 31.3.2023, consid. 3.3.2 ; ATF 132 II 305, consid. 4.3 ; pour une analyse critique de l'absence de justiciabilité, cf. CR-Mahaim, art. 73 N 21 ss.
1801 SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 16.
1802 ATF 141 II 262, consid. 2.2, JdT 2016 I 32.

particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives aux domaines expressément mentionnés à l'art. 164 al. 1, deuxième phrase, let. a à g Cst.[1803]. Par exemple, selon la jurisprudence, les dispositions procédurales essentielles telles que la compétence matérielle des tribunaux et les voies de droit doivent être édictées dans une loi au sens formel[1804]. L'Assemblée fédérale peut toutefois également édicter des règles de droit de moindre importance sous la forme d'une loi fédérale (art. 22 al. 2 LParl)[1805].

Les **ordonnances** législatives (« *Rechtsverordnungen* »), qui s'adressent à l'ensemble des autorités et des particuliers et qui contiennent des règles de droit[1806], constituent du droit fédéral (art. 22 al. 2 LParl ; art. 7 et 48 LOGA)[1807]. 23

Tel n'est en revanche pas le cas des ordonnances administratives (« *Verwaltungsverordnungen* »), qui ne déploient en principe pas d'effets juridiques et ne créent pas de droits et d'obligations pour les particuliers[1808] ; il s'agit d'une simple aide au travail et d'un appui aux autorités[1809]. Selon le Tribunal fédéral, la circulaire n° 26 du 16 décembre 2009 de l'Administration fédérale des contributions (AFC) relative aux nouveautés concernant l'activité lucrative indépendante suite à l'adoption de la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II est une ordonnance administrative qui n'a pas force de loi. Cela signifie que le tribunal peut s'en écarter s'il l'estime contraire à la loi ou à l'ordonnance[1810]. Il en va de même des directives et commentaires élaborés par le Secrétariat d'État aux migrations (SEM)[1811], du Programme national de sûreté de l'aviation civile édicté par l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC)[1812], des communications adoptées par la Commission de la concurrence (Comco) concernant l'appréciation des accords verticaux[1813], ou

1803 Concernant les critères à prendre en compte pour déterminer si une disposition est importante, voir l'ATF 133 II 331, consid. 7.2.1, JdT 2007 I 504. Voir aussi, OFJ, Guide de législation, N 559.

1804 ATF 148 III 172, consid. 3.2.2 et les réf. cit., JdT 2023 I 206.

1805 Malinverni et al., N 1553.

1806 Malinverni et al., N 1616 ; Moor/Flueckiger/Martenet, p. 421-422.

1807 Dans ce sens également : CR-Chaix, art. 189 N 10.

1808 BSK BV-Seferovic, art. 189 N 27 ; Kölz/Häner/Bertschi, N 1039 ; Häfelin et al. N 1970 ; CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 19.

1809 CR-Chaix, art. 189 N 10 ; Moor/Flueckiger/Martenet, p. 425 et la réf. cit.

1810 ATF 148 II 299, consid. 7.1

1811 ATF 146 II 321, consid. 4.3.

1812 ATF 144 II 376, consid. 9.4.2.

1813 ATF 144 II 246, consid. 13.3.

des brochures et autres instructions que l'AFC édicte en matière de TVA – même si ces dernières déploient un effet externe[1814].

24 Les normes établies par des **associations de droit privé** ne constituent pas non plus du droit fédéral[1815]. Il en va ainsi du Code suisse de déontologie (CSD), édicté par la Fédération Suisse des Avocats (FSA).

25 Le **droit coutumier** (art. 1 al. 2 CC), qui est à l'heure actuelle extrêmement rare[1816], peut enfin également constituer du droit fédéral[1817].

3. Droit international (let. b)

26 Le Tribunal fédéral est également compétent pour juger des litiges pour violation du droit international (voir aussi l'art. 95 let. b LTF). Le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale explique qu'il est justifié que le grief de violation du droit international soit mentionné **séparément**, car il ne se recoupe pas simplement avec celui de violation du droit fédéral[1818]. En effet, si les traités conclus par les cantons avec l'étranger (art. 56 Cst.) ne font pas partie du droit fédéral, ils sont en revanche compris dans la notion de droit international, au même titre que les traités conclus par la Confédération[1819].

27 Selon la conception suisse, les traités internationaux conclus par la Suisse constituent une **partie intégrante** de l'ordre juridique suisse, sans qu'il soit nécessaire de les transformer spécialement en droit interne (système moniste)[1820]. La Constitution fédérale prescrit également au Tribunal fédéral et aux autres autorités d'appliquer le droit international (art. 190 Cst.).

28 Le terme **droit international** est, de manière classique, défini par référence à l'art. 38 par. 1 du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945 (RS 0.193.501) : il trouve sa source dans les conventions internationales, générales ou spéciales, dans la coutume internationale et dans les principes

1814. ATF 142 II 113, consid. 9.1 et les réf. cit.

1815. CR-Chaix, art. 189 N 10 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 16-19, qui mentionne les normes de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) ou de la Fédération internationale de ski et de snowboard (FIS).

1816. ATAF 2020 IV/4, consid. 7.2 et les réf. cit.

1817. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 16 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 12 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 29 ; CR-Chaix, art. 189 N 8 et l'arrêt cit.

1818. FF 1997 I 536 ; pour une critique de cette distinction sous l'angle de l'art. 95 LTF, Chaix, Les motifs du recours, N 18.

1819. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 17 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 19.

généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; les décisions judiciaires et la doctrine constituent, quant à elles, des moyens auxiliaires pour déterminer les règles de droit[1821]. Cette disposition énonce les sources traditionnelles du droit international[1822]. Par ailleurs, les décisions d'organisations internationales contraignantes pour la Suisse, non mentionnées à l'art. 38 par. 1 du Statut précité, font également partie du droit international[1823]. En revanche, les normes internationales qui n'ont qu'un statut de « soft law »[1824], comme des recommandations ou des commentaires[1825], n'en font pas partie[1826].

29 Les dispositions du droit international ne peuvent être invoquées dans des litiges concrets que si elles confèrent des **droits individuels**, ce qui suppose que le contenu de la norme invoquée soit suffisamment précis et clair pour pouvoir servir de base à une décision dans un cas particulier. Cela implique également que les droits et les obligations des particuliers soient décrits et que la norme s'adresse aux autorités chargées d'appliquer le droit[1827]. Le critère de l'applicabilité directe correspond à l'exigence de justiciabilité (cf. N. 19 *supra*)[1828]. D'une manière générale, une norme est directement applicable si les trois conditions suivantes sont réunies de manière cumulative : (1) la

1820 ATF 147 I 308, consid. 4.3 ; arrêt du TF 2C_192/2022 du 23.9.2022, consid. 3.3.1 ; Malinverni et al., N 1367-1368 ; Kälin et al., p. 115-116 ; Egli, p. 30-31 ; pour les raisons qui plaident en Suisse en faveur du système moniste, selon l'avis du Conseil fédéral, voir Kälin et al., p. 117 et les réf. cit. Voir aussi Rhinow/Schefer/Uebersax, N 3612-3613, qui soulignent que la Constitution fédérale ne se prononce pas expressément sur la question de savoir si elle suit un système moniste ou dualiste, mais que la possibilité de dénoncer une violation du droit international devant le Tribunal fédéral, en vertu de l'art. 189 al. 1 let. b Cst., suggère toutefois une interprétation moniste.

1821 Arrêt du TF 2C_820/2014 du 16.6.2017, consid. 2.3 ; voir Besson, N 918-924, qui précise que l'art. 38 du Statut de la CIJ ne fournit pas une liste claire et exhaustive des sources du droit international public, mais constitue néanmoins une source importante d'information ; Egli, p. 7-25.

1822 Egli, p. 26.

1823 SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 20.

1824 Sur le « soft law », voir Besson, N 955-960.

1825 Il est précisé que ce terme ne désigne pas la doctrine.

1826 ATF 144 II 130, consid. 8.2.2 ; 141 I 141, consid. 6.3.3.

1827 ATF 146 V 87, consid. 4.1 ; ATF 145 I 308, consid. 3.4.1, traduit in : RDAF 2020 I p. 354 ; ATF 143 I 1, consid. 1.2 ; ATF 140 II 185, consid. 4.2.

1828 SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 19. Toutefois, voir Besson, N 1413, qui souligne que si l'effet direct peut impliquer la justiciabilité lorsqu'il s'applique à l'invocation directe du droit international devant les tribunaux nationaux, il ne se limite pas à elle.

norme en cause établit des droits et des devoirs pour des personnes physiques et morales ; (2) elle est suffisamment précise et claire, sans nécessiter de mesure d'application ou de concrétisation interne pour sa mise en œuvre ; et (3) elle s'adresse à des autorités d'application du droit[1829]. Comme le souligne Ammann, dans certains cas, le Tribunal fédéral ne mentionne que certaines de ces conditions, ce qui est problématique selon elle en termes de prévisibilité, de clarté et de cohérence[1830]. Cela étant précisé, il convient de distinguer
les normes directement applicables (appelées « self-executing ») (cf. N. 30 *infra*), qui peuvent être invoquées en justice par un particulier, des normes qui ne sont pas directement applicables (appelées « non-self-executing » ; cf. N. 31 *infra*), qui ne peuvent pas être invoquées en justice par un particulier sans être concrétisées en droit interne par l'adoption de normes de droit suisse qui puissent les rendre justiciables[1831]. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les recours dont les griefs sont fondés sur des normes qui ne sont pas directement applicables[1832].

30 Le Tribunal fédéral a notamment considéré comme **directement applicables**, c'est-à-dire que tout individu peut s'en prévaloir directement devant toute autorité nationale administrative ou judiciaire :

- les droits garantis par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101)[1833] ;
- les droits garantis par le Pacte international du 9 mai 2022 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II ; RS 0.103.2)[1834] ;
- plusieurs dispositions de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681)[1835] ;

1829 Besson, N 1418 et 1521 ; Kälin et al., p. 133-135. Voir aussi Ammann, p. 81-82.

1830 Ammann, p. 82, qui cite l'ATF 136 I 290, consid. 2.3.1, et l'ATF 124 II 293, consid. 4b).

1831 Kälin et al., p. 131 ; Besson, N 1514-1517.

1832 ATF 126 I 240, consid. 3b, JdT 2002 I 262. Voir aussi SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 19.

1833 Concernant l'art. 4 par. 2 CEDH, voir les ATF 150 IV 48, consid. 4.2, et 145 I 308, consid. 3.4.3 ; concernant l'art. 10 CEDH, voir l'ATF 136 I 332, consid. 3.1 et 3.2.2, JdT 2011 I 43 ; Häfelin et al. N 235 ; Besson, N 1420 et 1525.

1834 ATF 136 I 332, consid. 3.1, JdT 2011 I 43 ; Besson, N 1525.

1835 ATF 140 II 112, consid. 2 ; ATF 136 II 241, consid. 16.2 ; pour plus de détails, voir Boillet, art. 11 ALCP N 4-7 et les réf. cit.

- l'art. 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107), qui garantit le droit d'être entendu de l'enfant[1836] ;
- l'art. 14 al. 1 let. b de la Convention du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS 0.311.543), qui dispose que chaque Partie délivre un permis de séjour renouvelable aux victimes, lorsque l'autorité compétente estime que leur séjour s'avère nécessaire en raison de leur coopération avec les autorités compétentes aux fins d'une enquête ou d'une procédure pénale[1837] ;
- l'art. 24 par. 1 let. b de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), qui prévoit que les États contractants accorderont aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire le même traitement qu'aux nationaux en ce qui concerne la sécurité sociale (en particulier les dispositions légales relatives à l'invalidité), sous certaines réserves prévues aux lettres i et ii[1838] ;
- l'art. 1 par. 1 de l'Accord du 22 novembre 1950 pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel (RS 0.631.145.141), qui précise que les États contractants s'engagent à ne pas appliquer de droits de douane et autres impositions à l'importation ou à l'occasion de l'importation sur les objets qui relèvent de l'Accord[1839].

Le Tribunal fédéral a en revanche **nié l'applicabilité directe** de : 31

- plusieurs dispositions du Pacte ONU I[1840] ;
- dispositions de la CDE, à l'instar de l'art. 2 CDE, qui vise à garantir la non-discrimination et la protection de tous les enfants contre toute forme de discrimination, indépendamment de leurs caractéristiques personnelles ou de celles de leurs parents ou représentants légaux, de l'art. 3 par. 1 CDE,

1836ATF 124 III 90, consid. 3a.

1837.ATF 145 I 308, consid. 3.4.2.

1838ATF 146 V 87, consid. 4.1 et 8.1.

1839ATF 144 II 293, consid. 6.2.

1840ATF 143 I 1, consid. 1.3 ; ATF 139 I 257, consid. 6 ; ATF 136 I 290, consid. 2.3.3 ; ATF 135 I 161, consid. 2.2 ; ATF 130 I 113, consid. 3.3 ; ATF 126 I 240, consid. 2 et 3, JdT 2002 I 262 ; ATF 121 V 246, consid. 2e ; arrêt du TF 2C_266/2021 du 26.5.2021, consid. 3.3 ; arrêt du TF 2C_1092/2017 du 28.8.2018, consid. 5.4. Voir cependant Besson, N 1527-1531, qui constate une évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet. Voir aussi Hertig Randall/Chatton, p. 333-335.

qui établit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant, et de l'art. 26 CDE, dont l'objectif est de garantir le droit de tout enfant à bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, en obligeant les États parties à prendre les mesures nécessaires pour assurer la réalisation de ce droit conformément à la législation nationale[1841] ;

- l'art. 2 ch. 1 let. a de l'Accord de Paris (Accord sur le climat) du 12 décembre 2015 (RS 0.814.012), qui vise à contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels, tout en poursuivant les efforts pour limiter cette augmentation à 1,5 °C[1842] ;
- l'art. 5 al. 3 de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (RS 0.109)[1843], qui prévoit qu'afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ;
- l'art. 22 al. 2 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), qui précise en bref que les États contractants doivent accorder aux réfugiés un traitement au moins aussi favorable que celui accordé aux étrangers en général en ce qui concerne l'enseignement secondaire et supérieur[1844] ;
- l'art. 15 de la Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains (RS 0.311.543) et en particulier son par. 3, qui dispose qu'un droit des victimes à être indemnisées par les auteurs d'infractions doit être prévu par les parties dans leur droit interne[1845] ;
- la Convention du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (RS 0.444.1 ; Convention UNESCO), dans la mesure où pour être mise en œuvre, elle oblige les États

1841.ATF 143 I 1, consid. 1.3 ; ATF 136 I 297, consid. 8.2 ; arrêt du TF 5A_496/2020 du 23.10.2020, consid. 3.2 et les arrêts cités.

1842Arrêt du TF 1C_393/2022 du 31.3.2023, consid. 3.3.3.

1843Arrêt du TF 1C_357/2020 du 18.3.2021, consid. 5.5.

1844Arrêt du TF 2C_360/2012 du 17.8.2012, consid. 1.3, qui relève un caractère programmatique.

1845ATF 150 IV 48, consid. 4.1.

contractants à légiférer et à la transposer dans leur législation nationale[1846] ;

- l'art. 5 al. 1 let. b de la Convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, qui dispose que chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre la confiscation, notamment, de stupéfiants et de substances psychotropes. Cette disposition ne contient qu'un mandat donné aux États parties et ne crée pas de droits ou d'obligations directs pour les particuliers[1847] ;
- l'art. 22 ch. 3 de la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes (RS 0.812.121.02), qui prévoit que toute substance psychotrope, toute autre substance et tout matériel utilisés ou qu'il était envisagé d'utiliser pour commettre l'une quelconque des infractions au sens de la Convention peuvent être saisis et confisqués[1848].

Il convient de mentionner une **catégorie particulière** d'obligations qui ne relève pas des catégories habituelles de l'applicabilité directe ou indirecte des normes, à l'aide des deux exemples suivants : 32

- la Convention du 3 octobre 1985 pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe (RS 0.440.4) exige l'adoption de dispositions appropriées pour la protection des monuments historiques et oblige chaque Partie à mettre en place des procédures de contrôle et d'autorisation appropriées[1849]. Selon le Tribunal fédéral, il ne s'agit pas de dispositions s'adressant aux autorités chargées d'appliquer le droit, mais de mandats législatifs. Il a également précisé que, même lorsque le législateur dispose d'une marge de manœuvre et qu'une application directe de normes de rang supérieur pertinentes est exclue dans un cas particulier, il peut être tenu d'agir conformément à ces normes[1850]. Il a également souligné que la législation repose sur un processus politique qui prend du temps et dont le contenu peut varier. Ainsi, selon lui, une intervention

1846ATF 145 IV 294, consid. 3.1, JdT 2019 IV 343.

1847.ATF 149 IV 307, consid. 2.9.1, JdT 2024 IV 89.

1848ATF 149 IV 307, consid. 2.9.1, JdT 2024 IV 89, qui se réfère au Message du 22 juin 1994 relatif à l'adhésion de la Suisse à deux Conventions internationales sur les stupéfiants ainsi qu'à une modification de la loi sur les stupéfiants (FF 1994 III 1249, p. 1266).

1849ATF 147 I 308, consid. 5.2, résumé in : RDAF 2022 I p. 501.

1850ATF 147 I 308, consid. 5.3, résumé in : RDAF 2022 I p. 501.

judiciaire n'est justifiée que si l'obligation d'agir du législateur cantonal en vertu du droit international ou constitutionnel semble suffisamment précise et mesurable en termes de contenu et de délai. Si tel est le cas, son respect peut être invoqué dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes cantonales. Il a précisé que cela valait non seulement lorsque le législateur cantonal n'agissait pas dans les délais impartis, mais également lorsqu'il agissait sans concrétiser suffisamment le droit de rang supérieur. C'est dans ce contexte que le Tribunal fédéral a jugé incompatible avec la Convention précitée une disposition de la loi cantonale du canton de Zoug sur la conservation des monuments historiques, l'archéologie et la protection des biens culturels (RS/ZG 423.11)[1851] ;

- l'art. 34 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30) prévoit notamment que les États Contractants faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des réfugiés. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un réfugié n'avait pas de droit individuel à la naturalisation selon l'art. 34 de cette Convention. Il a toutefois précisé que cela n'excluait pas de reconnaître à cette disposition une valeur déterminante, dans le sens où elle devait être prise en compte comme aide à l'interprétation et à l'appréciation lors de l'examen des conditions de naturalisation dans un cas particulier[1852].

33 Il convient enfin de garder à l'esprit que l'exigence d'applicabilité directe ou de justiciabilité est déterminante lorsque le justiciable s'appuie sur une norme pour en déduire un droit dans le cadre d'un litige concret. Cette situation doit être distinguée d'un recours en matière de droit public qui serait dirigé contre un **acte normatif cantonal** (contrôle abstrait d'une norme). Le Tribunal fédéral l'a rappelé dans un arrêt dont le litige s'inscrivait dans le contexte suivant. Des recourants contestaient la compatibilité d'une modification d'une disposition du règlement genevois sur les vins avec des dispositions de l'annexe 7 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux échanges de produits agricoles (RS 0.916.026.81 ; ci-après : Accord bilatéral). Le Conseil d'État genevois soutenait pour sa part que les recourants ne pouvaient pas se plaindre de la violation de l'Accord bilatéral et de son annexe, car ces derniers n'étaient pas directement

1851.ATF 147 I 308, consid. 7.5, résumé in : RDAF 2022 I p. 501.

1852Arrêt du TF 1D_7/2017 du 13.7.2018, consid. 4.2 ; arrêt du TF 1D_7/2019 du 18.12.2019, consid. 3.5.2.

applicables. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'en vertu de l'art. 5 al. 4 Cst., la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. Selon lui, la question de savoir si les dispositions topiques de l'Accord sont directement applicables n'est pas déterminante en l'espèce, car il ne s'agit pas de discuter de droits ou d'obligations que les recourants pourraient invoquer directement en justice, mais d'examiner un règlement cantonal à la lumière de l'Accord en question[1853].

4. Droit intercantonal (let. c)

34 Le Tribunal fédéral est compétent pour examiner la violation du droit intercantonal (voir aussi l'art. 95 let. e LTF). Il s'agit du premier cas spécifique dans lequel la violation du droit cantonal peut être invoquée en tant que telle devant le Tribunal fédéral. Le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale précise qu'il s'agit d'une « prestation de service » de la Confédération à l'intention des cantons[1854]. Selon le Tribunal fédéral, cette compétence est justifiée par le fait qu'il est apparu opportun, en l'absence d'une juridiction supracantonale, que le Tribunal fédéral puisse dégager une **interprétation unique** des accords intercantonaux, « afin d'éviter que ceux-ci ne soient appliqués d'une manière différente d'un canton à l'autre, ce qui serait de nature à provoquer des tensions intercantonales »[1855]. Il contrôle librement son application, contrairement au droit cantonal, revu sous l'angle de l'arbitraire (cf. N. 15 *supra*)[1856].

35 Le droit intercantonal comprend les **conventions intercantonales** (art. 48 al. 1 Cst.) et les normes juridiques édictées par les organisations intercantonales ou les institutions mises en place par les accords intercantonaux[1857]. S'y ajoute le droit coutumier intercantonal[1858]. Les conventions intercantonales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération ni au droit des autres cantons ; elles doivent en outre être portées à la connaissance de la Confédération (art. 48 al. 3 Cst.). Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a jugé que le Concordat latin du 29 octobre 2010 sur la culture et le commerce

1853 ATF 135 II 243, consid. 3.1 et les réf. cit.
1854 FF 1997 I 537.
1855 Arrêt du TF 2C_863/2017 du 19.7.2018, consid. 2 ; voir aussi CR-Chaix, art. 189 N 14.
1856 ATF 147 I 47, consid. 3.1.
1857 ATF 138 I 435, consid. 1.1 ; arrêt du TF 2C_757/2020 du 9.4.2021, consid. 2 ; arrêt du TF 2C_141/2017 du 17.7.2017, consid. 2.1
1858 BSK BV-Seferovic, art. 189 N 34 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 27.

de chanvre contrevenait au principe de la primauté du droit fédéral consacré à l'art. 49 al. 1 Cst. et devait par conséquent être annulé, dès lors qu'il poursuivait les mêmes buts que la législation fédérale en matière d'agriculture et de stupéfiants[1859].

36 Comme le souligne Andreas Auer, les conventions intercantonales sont loin d'être anecdotiques : leur nombre s'élèverait à **près de 800** en 2016 selon les estimations[1860]. Nous pouvons mentionner, p. ex., la Convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE ; RSN 150.30), l'Accord intercantonal du 25 octobre 2007 sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée (AICPS), l'Accord intercantonal du 18 février 1993 sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études, l'Accord intercantonal du 18 juin 2009 sur l'harmonisation des régimes de bourses d'études, la Norme de protection incendie du 1er janvier 2015 (norme AEAI), édictée par l'Association des établissements cantonaux d'assurance incendie, ou encore l'Accord intercantonal du 22 septembre 2005 harmonisant la terminologie dans le domaine des constructions (AIHC).

37 Les particuliers ne peuvent invoquer que les normes de droit intercantonal **directement applicables**, ce qui est notamment le cas de la CPDT-JUNE[1861], de l'art. 2 let. b. AICPS[1862], et de la norme AEAI[1863].

38 Les litiges entre les cantons au sujet du droit intercantonal peuvent être portés devant le Tribunal fédéral au moyen de l'**action** (art. 189 al. 2 Cst. ; art. 120 al. 1 let. b LTF) (cf. N. 55 ss *infra*).

5. Droits constitutionnels cantonaux (let. d)

39 La violation des droits constitutionnels cantonaux est le second cas spécifique dans lequel la violation du droit cantonal peut être invoquée de manière autonome devant le Tribunal fédéral (voir aussi l'art. 95 let. c LTF). Comme nous l'avons vu plus haut (cf. N. 15 *supra*), le Tribunal fédéral assume également le rôle de **gardien** des constitutions cantonales.

1859 ATF 138 I 435.

1860 Auer, N 830 et les réf. cit. Concernant l'évolution de la collaboration intercantonale en général, voir Jeannerat, N 20.

1861 Arrêt du TF 1C_472/2017 du 29.5.2018, consid. 1.3.

1862 Arrêt du TF 2C_817/2021 du 24.6.2022, consid. 6.4 et la référence à la doctrine citée.

1863 Arrêt du TF 1C_31/2021 du 16.7.2021, consid. 4.1.1.

Selon le Tribunal fédéral, la notion de droits constitutionnels cantonaux, au sens de l'art. 95 let. c LTF, ne s'étend pas à n'importe quelle disposition constitutionnelle cantonale, mais seulement à celles qui garantissent des **droits individuels**[1864]. Ce qui précède peut également être déduit de l'emploi du pluriel (les « droits constitutionnels »), qui suggère que l'on ne vise pas ici la constitution cantonale dans son ensemble, mais seulement les dispositions qui garantissent des droits[1865]. Les droits constitutionnels cantonaux n'ont une portée propre que s'ils accordent une protection plus étendue que les garanties correspondantes de la Constitution fédérale ou de la CEDH[1866]. 40

Sont notamment **directement invocables en justice** l'art. 17 Cst./ZH (RS 131.211)[1867], qui prévoit que toute personne a le droit de consulter des documents officiels, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, ainsi que l'art. 40 al. 1 Cst./ZH[1868], qui précise que quiconque dispose du droit de vote en matière cantonale est éligible aux tribunaux suprêmes du canton ; ou encore le § 75 al. 1 Cst./AG (RS 131.227)[1869], qui dispose notamment que le canton et les communes répondent du dommage causé sans droit à des tiers par leurs autorités ou par leurs fonctionnaires ou autres collaborateurs dans l'exercice de leur activité officielle. Il en va de même pour l'art. 17 al. 2 Cst./FR (RS 131.219), qui prévoit que celui qui s'adresse à une autorité dont la compétence s'étend à l'ensemble du canton peut le faire dans la langue officielle de son choix. Selon le Tribunal fédéral, cette disposition autorise un justiciable à s'adresser au Tribunal cantonal dans la langue officielle de son choix, sans égard à la langue de la procédure[1870]. Enfin, les droits à une vie hors ligne et à l'oubli, mentionnés aux art. 21A al. 2 Cst./GE (RS 131.234) et 10a al. 2 Cst./NE (RSN 101), semblent également justiciables[1871]. 41

1864 ATF 137 I 77, consid. 1.3.1 ; ATF 136 I 241, consid. 2.2 ; ATF 131 I 366, consid. 2.

1865 Bovey, art. 95 LTF N 37.

1866 ATF 121 I 196, consid. 2d ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 40 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 33 ; Häfelin et al., N 1975.

1867 Arrêt du TF 1C_267/2020 du 22.2.2021, consid. 6.2, qui souligne que la disposition protège les intérêts individuels et garantit aux citoyennes et citoyens le droit d'accès aux documents officiels.

1868 ATF 137 I 77, consid. 1.3.2.

1869 ATF 144 II 281, consid. 3.3 et les arrêts cités.

1870 ATF 145 I 297.

1871 Martenet, La reconnaissance, p. 685 et la réf. cit.

42 En revanche, le § 35 Cst./LU (RS 131.213)[1872], qui prescrit que les autorités informent en temps opportun le public sur leurs objectifs et sur leurs activités, et l'art. 60 Cst./SO (RS 131.221)[1873], qui prévoit que les fonctions publiques doivent être conférées aux personnes les mieux qualifiées et que, dans la mesure du possible, on tiendra équitablement compte lors de l'attribution des fonctions des différents groupes de la population, notamment des différentes régions et tendances politiques, **ne constituent pas des dispositions constitutionnelles conférant des droits directement invocables en justice**.

43 La jurisprudence n'exclut pas l'existence d'une **coutume constitutionnelle**. Dans un arrêt de 2012 concernant le canton de Genève, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'une telle coutume qui aurait permis au Conseil d'État d'étendre ses compétences législatives pour réglementer le domaine des traducteurs-jurés[1874]. Il a en revanche jugé, dans un arrêt de 2010 concernant le canton de Zoug, qu'il était permis d'accorder aux petites communes, sur la base d'une règle coutumière cantonale, un droit minimal de deux sièges au parlement cantonal[1875].

6. Autonomie communale et autres garanties cantonales (let. e)

44 Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public (voir aussi l'art. 89 al. 2 let. c LTF en relation avec la qualité pour recourir). Il s'agit du troisième cas spécifique dans lequel la violation du droit cantonal peut être invoquée en tant que telle. Si le recours pour violation de l'autonomie communale n'était pas mentionné dans l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874[1876], le Tribunal fédéral avait cependant reconnu son existence dans une jurisprudence constante[1877]. La lettre e représente ainsi une **codification de la jurisprudence**[1878].

1872 Arrêt du TF 2C_272/2012 du 9.7.2012, consid. 2.2.

1873 ATF 131 I 366, consid. 2.4 et 2.5, qui considère que l'on ne peut pas lui attribuer le caractère d'un droit constitutionnel en raison de sa nature programmatique, de son imprécision et de son manque de justiciabilité.

1874 ATF 138 I 196, consid. 4.5.4.

1875 ATF 136 I 196, consid. 5.2, JdT 2011 I p. 96.

1876 FF 1997 I 537.

1877 ATF 120 Ia 204 et les arrêts cités.

1878 Dans ce sens : Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 12.

Les garanties mentionnées à la lettre e ne sont pas spécifiquement indiquées dans la liste des motifs de recours de l'art. 95 LTF. Cependant, la possibilité d'un tel recours n'est pas remise en question, comme l'indique le texte de l'art. 89 al. 2 let. c LTF[1879]. Le Tribunal fédéral considère par ailleurs que l'autonomie communale fait partie des **droits constitutionnels cantonaux** au sens de l'art. 95 let. c LTF[1880]. 45

La **Constitution fédérale** garantit l'autonomie communale « dans les limites fixées par le droit cantonal » (art. 50 al. 1 Cst.). La plupart des constitutions cantonales la garantissent également[1881]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les communes sont autonomes dans un domaine déterminé lorsque le droit cantonal ne le régit pas exhaustivement, mais en délègue entièrement ou partiellement la réglementation à celles-ci et leur accorde une liberté de décision relativement importante[1882]. Par ailleurs, comme l'explique le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, le recours pour violation de l'autonomie communale « se distingue du recours pour violation des droits constitutionnels par la qualité du recourant (le recours est intenté par une collectivité publique et non pas par un particulier) et par la nature du grief invoqué (même si l'autonomie des communes et des autres corporations de droit public a la fonction de garantir une liberté, elle n'en constitue pas pour autant un droit fondamental des particuliers contre l'État) »[1883]. 46

L'**étendue de l'autonomie communale** varie considérablement d'un canton à l'autre[1884]. La jurisprudence a p. ex. reconnu que des communes qui 47

1879 Arrêt du TF 2C_421/2013 du 21.3.2014, consid. 2.2, non publié in : ATF 140 I 201 ; Biaggini, art. 189 N 6.

1880 ATF 147 I 136, consid. 1.4, JdT 2021 I 127 ; ATF 143 II 553, consid. 6.3.1, JdT 2018 I 71.

1881 Tschannen, N 639, qui cite les art. 85 de la Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005 (Cst./ZH ; RS 131.211) et 109 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC/BE ; RS 131.212). Il convient de souligner que l'art. 139 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS 131.231) semble être la disposition la plus détaillée. Elle précise que les communes disposent d'une autonomie dans les domaines suivants : gestion du domaine public et du patrimoine communal, administration de la commune, fixation, prélèvement et affectation des taxes et impôts communaux, aménagement local du territoire, ordre public et relations intercommunales.

1882 ATF 139 I 169, consid. 6.1, JdT 2014 I 44 ; sur l'autonomie communale en général, voir Bergamin, N 356-396 ; sur le statut juridique des communes, voir Tschannen, N 636-660.

1883 FF 1997 I 537.

1884 CR-Chaix, art. 189 N 18 et les exemples cités ; Malinverni et al., N 280 ; Bergamin, N 357. Sur la portée de l'autonomie communale, voir Zen-Ruffinen, Vol. I, N 727-734.

s'estiment lésées dans leur autonomie par un plan directeur cantonal peuvent – à la différence des particuliers[1885] – l'attaquer directement ou, dans certaines circonstances, à titre préjudiciel sur la base de l'art. 89 al. 2 let. c LTF. Elles disposent donc de la qualité pour recourir pour faire valoir la violation de leur autonomie[1886]. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 84 al. 2 Cst./ZH, qui dispose que la dissolution d'une commune scolaire – laquelle, à l'instar d'une commune politique, est une collectivité publique autonome (art. 83 al. 3 Cst./ZH) – peut être décidée à la majorité des voix au sein de cette commune, confère une garantie de droit cantonal aux communes scolaires. Cette garantie qui ressort de la constitution cantonale garantie par la Confédération est protégée par celle-ci. Les communes scolaires peuvent ainsi faire valoir, le cas échéant, qu'une disposition légale cantonale contraire à cette garantie viole le droit de niveau supérieur (art. 89 al. 2 let. c LTF)[1887]. Par ailleurs, dans le canton de Fribourg, la législation cantonale autorise, voire charge les communes de réglementer les domaines de la distribution d'eau potable et de la perception d'une taxe de raccordement sur leur territoire. Elles peuvent ainsi se prévaloir d'une certaine autonomie dans ce domaine[1888].

48 La protection des droits constitutionnels reconnue aux communes pour défendre leur autonomie n'a été étendue qu'à certaines **corporations de droit public**, telles que l'Église évangélique du canton de Saint-Gall, dont l'organisation peut être comparée à celle d'une commune[1889] et l'Université de Lausanne[1890]. Elle a en revanche été refusée notamment aux Services industriels genevois[1891], à l'Hospice général du même canton[1892], au canton de Vaud (CHUV)[1893], à l'établissement cantonal d'assurance et de prévention du canton de Neuchâtel[1894], au canton de Genève[1895] et à l'Aéroport International de Genève[1896].

1885ATF 119 Ia 285, consid. 3b, JdT 1995 I 421.
1886ATF 146 I 36, consid. 1.4, JdT 2021 I p. 232 ; ATF 136 I 265, consid. 1.3, JdT 2011 I 434.
1887ATF 143 I 272, consid. 2.4.6, JdT 2017 I p. 169.
1888Arrêt du TF 2C_173/2013 du 17.7.2013, consid. 1.2.
1889ATF 108 Ia 82.
1890Arrêt du TF 2C_421/2012 du 21.3.2014, consid. 1.2, non publié in : ATF 140 I 201.
1891Arrêt du TF 2P.342/1994 du 4.7.1995, consid. 2d.
1892Arrêt du TF 2P.300/2004 du 14.12.2004, consid. 2.3.
1893Arrêt du TF 2C_37/2013 du 17.1.2013, consid. 5.2.
1894Arrêt du TF 2C_669/2017 du 15.6.2018, consid. 2.2.2.
1895ATF 145 I 239, consid. 5.3.1.

7. Droits politiques (let. f)

Le Tribunal fédéral est compétent pour examiner les contestations pour violation des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques. Il s'agit du dernier cas dans lequel la violation du droit cantonal peut être invoquée de manière autonome (voir aussi l'art. 95 let. d LTF). Comme le souligne Pascal Mahon, ce motif de saisine du Tribunal fédéral dans une lettre séparée n'était pas absolument nécessaire, dans la mesure où les droits politiques sont protégés par **l'art. 34 Cst.**, disposition qui constitue du droit fédéral au sens de l'art. 189 let. a (cf. N. 17 ss *supra*)[1897]. 49

Aux termes de l'art. 34 al. 1 Cst., les droits politiques sont garantis. Cette garantie protège la **libre formation** de l'opinion des citoyens et l'**expression fidèle et sûre** de leur volonté (art. 34 al. 2 Cst.). La notion de droits politiques comprend le droit de vote et d'élection (actif et passif), les opérations de préparation et de réalisation des scrutins (votations et élections), le droit d'initiative et de référendum, ainsi que les autres formes de participation démocratique[1898]. Le recours en matière de droits politiques protège non seulement les droits politiques individuels de chaque citoyen, mais aussi le bon fonctionnement du processus de décision démocratique[1899]. 50

Il est intéressant de relever que sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale, le Tribunal fédéral ne possédait que des compétences marginales dans le domaine des droits politiques en matière fédérale[1900]. La réforme de la justice a introduit un recours en matière de droits politiques sur le plan fédéral. La lettre f prévoit ainsi une « **innovation matérielle de poids** »[1901], en ce sens que les compétences qui avaient été octroyées au Conseil fédéral et au Conseil national sont désormais assumées par le Tribunal fédéral (voir l'art. 80 LDP). 51

Si, selon le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, le but poursuivi était « d'accorder pour les droits politiques la même protection *judiciaire* en matière fédérale qu'en matière cantonale »[1902], celui-ci n'est pas atteint, 52

1896 Arrêt du TF 2D_38/2020 du 25.2.2021, consid. 1.3.2.
1897 Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 13 ; voir aussi CR-Chaix, art. 189 N 21.
1898 CR-Martenet/von Büren, art. 34 N 25 ss ; arrêt du TF 1C_257/2021 du 6.9.2021, consid. 1.1.
1899 Häfelin et al., N 1980 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 43.
1900 FF 1997 I 499.
1901 Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 13.
1902 FF 1997 I 512.

comme le souligne à juste titre François Chaix : il n'existe en effet **pas de parallélisme**, puisque le recours contre les actes de l'Assemblée fédérale en matière de validité d'une initiative populaire (art. 139 al. 3 Cst.) (cf. N. 83 *infra*) et d'information donnée par le Conseil fédéral aux électeurs (art. 10*a* LDP) est exclu par l'art. 189 al. 4 Cst. (cf. N. 84 *infra*)[1903].

53 La LDP ne prévoit pas de voie de droit permettant de faire valoir des irrégularités connues seulement après une votation fédérale. Le Tribunal fédéral a toutefois retenu dans sa jurisprudence qu'un « contrôle judiciaire rétrospectif » est rattaché à l'art. 189 al. 1 let. f Cst.[1904]. Il est ainsi compétent, en dernière instance, pour connaître des recours dans lesquels la conformité d'une votation fédérale à la Constitution et à la législation fédérale est remise en cause en raison d'irrégularités graves découvertes ultérieurement (sur cette question, voir aussi N. 92 *infra*).

54 Selon le Tribunal fédéral, les irrégularités d'une votation fédérale doivent d'abord être attaquées auprès du **gouvernement cantonal**, conformément à l'art. 77 LDP, même si les conclusions prises ou les faits contestés dépassent la compétence de l'autorité cantonale, qui rendra dans de tels cas une décision d'irrecevabilité[1905]. Cette situation n'est pas satisfaisante ; à notre avis, dans un souci d'économie de procédure, le dépôt d'un recours *omisso medio* (ou « recours sautant » ou « Sprungbeschwerde »)[1906] directement auprès du Tribunal fédéral devrait être admis. Il convient de souligner que le Message du 30 avril 2025 relatif à la modification de la loi fédérale sur les droits politiques tient compte de ce problème. Le Conseil fédéral propose en effet de décharger les cantons en prévoyant, dans ce genre de cas, la possibilité de recourir directement auprès du Tribunal fédéral, ce qui nécessiterait également une adaptation de la LTF[1907]. Cette révision est la bienvenue. Il convient également de mentionner qu'à l'occasion d'une affaire portant sur un recours contre le retrait d'une initiative populaire, le Tribunal fédéral a jugé que des motifs importants justifiaient d'appliquer par analogie l'art. 80 al. 2 et 3 LDP et d'admettre la possibilité d'un recours direct au Tribunal fédéral[1908].

1903CR-Chaix, art. 189 N 23.
1904ATF 151 I 225, consid. 3.2 ; ATF 138 I 61, consid. 4.4, JdT 2012 I 171.
1905ATF 145 I 207, consid. 1.1.
1906Pour un exemple, voir l'arrêt du TAF A-2350/2020 du 17.1.2022, consid. 1.2.1.
1907FF 2025 1580, ch. 1.1.
1908ATF 147 I 206, consid. 3.

B. Compétence juridictionnelle du Tribunal fédéral en cas de différends entre Confédération et cantons ou entre cantons (al. 2)

1. Généralités

La compétence du Tribunal fédéral de trancher les litiges entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons aurait pu être déduite de l'art. 189 al. 1 Cst.[1909], en particulier des lettres a et c[1910]. Elle a été jugée suffisamment importante pour être mentionnée à part dans la Constitution[1911]. Comme l'explique le message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, il est « important pour un État fédéral que les conflits qui l'opposent aux États membres ou qui opposent ces derniers entre eux soient traités dans le cadre d'une procédure judiciaire ordinaire »[1912]. C'est logiquement au Tribunal fédéral qu'il revient de trancher ces litiges qui seront portés devant lui par voie d'**action**[1913], sous réserve que la voie du recours ne soit pas ouverte. 55

L'art. 189 al. 2 Cst. est un mandat adressé au législateur. Il est concrétisé à l'art. 120 LTF (sur le rapport entre ces deux dispositions, cf. N. 71 ss *infra*). Cette disposition énumère, à son alinéa 1, les différends qui peuvent faire l'objet d'une action en **instance unique** devant le Tribunal fédéral. Il s'agit des conflits de compétence entre autorités fédérales et autorités cantonales (let. a), ainsi que des contestations de droit civil ou de droit public entre Confédération et cantons ou entre cantons (let. b). L'art. 120 al. 1 let. a LTF (qui traite des conflits de compétence) est une sous-catégorie de l'art. 120 al. 1 let b LTF (qui concerne les contestations de droit civil ou de droit public). La lettre c de l'art. 120 al. 1 LTF a une portée différente : elle vise les actions en responsabilité dirigées contre l'État qui entrent dans la catégorie des autres compétences du Tribunal fédéral (art. 189 al. 3 LTF ; N. 75 ss *infra*). 56

L'action est **irrecevable** si une autre loi fédérale habilite une autorité à rendre une décision sur de telles contestations (art. 120 al. 2 LTF)[1914]. En 57

1909 FF 1997 I 539.
1910 Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 17.
1911 FF 1997 I 539.
1912 FF 1997 I 539 ; voir aussi FF 2001 4148.
1913 FF 1997 I 539 ; sur la procédure d'action directe en général, voir Dubey/Zufferey, N 2820-2831.
1914 ATF 141 III 84 ; ATF 136 IV 139.

d'autres termes, la subsidiarité du recours au sens de l'art. 120 al. 2 LTF empêche les procès directs devant le Tribunal fédéral. En revanche, lorsque la procédure par voie d'action est recevable, il n'y a plus de place pour la procédure de recours[1915]. Il convient par ailleurs de mentionner que l'action est également irrecevable lorsqu'elle est introduite par des particuliers[1916], le libellé des art. 189 al. 2 Cst. et 120 al. 1 let. a et b LTF mentionnant clairement la Confédération et les cantons[1917].

58 La particularité de l'action réside dans le fait que le Tribunal fédéral n'est pas saisi en tant que dernière instance de recours, après épuisement des voies de droit, comme c'est généralement le cas, mais comme instance unique. Il est ainsi tenu d'instruire lui-même les affaires et d'établir les faits, ce qui ne correspond pas à son rôle traditionnel, à savoir celui d'une cour suprême (art. 188 al. 1 Cst.), et est également susceptible de contribuer à sa surcharge[1918]. Un des objectifs de la réforme de la justice (révision de la Constitution fédérale) et de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale était précisément de **décharger** le Tribunal fédéral de ces procès directs[1919]. Ainsi, « [i]l ne devra plus fonctionner comme instance unique que dans les cas où des raisons de politique générale l'exigent [...] »[1920], à savoir notamment dans les différends énumérés à l'art. 120 al. 1 LTF.

59 La procédure d'action selon l'art. 120 al. 1 let. a et b LTF est **rarement utilisée**[1921]. Au lieu d'intenter une action, les entités fédérées tentent plutôt de résoudre leurs divergences de manière informelle sur la base de l'art. 44 al. 3 Cst. Cette disposition prévoit que les différends entre les cantons ou entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation.

2. Différends

60 Comme indiqué précédemment, les différends au sens de l'art. 189 al. 2 Cst. peuvent concerner des conflits de compétence ou des contestations de droit

1915.Waldmann, art. 120 LTF N 3.
1916.Arrêt du TF 2E_2/2015 du 22.5.2015, consid. 2.1 et les références citées.
1917.Sur les parties à la procédure, voir SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 33 et les réf. cit.
1918.FF 2001 4000, 4012 et 4025 ; CR-Chaix, art. 189 N 29 ; Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 19.
1919.FF 1997 I 506 ; FF 2001 4025.
1920FF 2001 4025.
1921.Luks, N 1.

civil ou de droit public. Ces différends sont **importants** d'un point de vue du droit constitutionnel[1922]. En ce qui concerne les conflits de compétence, le rôle du Tribunal fédéral consiste à examiner si l'ordre de répartition des compétences au sein de l'État fédéral a été respecté, respectivement à déterminer quelle collectivité est en droit d'agir dans un domaine particulier[1923]. Les différends au sens de l'art. 189 al. 2 Cst. ont la particularité d'opposer la Confédération et les cantons (let. a) ou les cantons entre eux (let. b).

a. Entre autorités fédérales et cantonales

Dans les rapports entre les autorités fédérales et cantonales, il existe de nombreuses lois fédérales au sens de l'art. 120 al. 2 LTF qui habilitent une autorité fédérale à trancher un conflit de compétence ou une contestation par une décision susceptible de recours. Sur le plan procédural, la principale difficulté consiste à identifier et, le cas échéant, interpréter les bases légales pertinentes pour déterminer si l'action doit être admise ou si la voie du recours doit être privilégiée. D'une manière générale, dans la relation entre les autorités fédérales et cantonales, le Tribunal fédéral considère que l'action ne doit être admise que de façon **restrictive** et que **la voie du recours doit lui être préférée**[1924]. Nous présenterons ci-dessous trois arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral était saisi d'un différend entre une autorité fédérale et une autorité cantonale (cf. N. 62 à 64). 61

L'ATF 136 IV 139[1925] concernait un conflit négatif de compétence entre la Cour cantonale tessinoise et le Tribunal pénal fédéral (TPF), qui s'étaient tous deux déclarés incompétents pour statuer sur une requête de levée des scellés sur des documents saisis dans une étude d'avocats déposée par le Ministère public tessinois. Saisi par le TPF d'une action, le Tribunal fédéral n'était pas entré en matière, considérant que le conflit de compétence aurait dû être résolu par le biais d'une **décision d'irrecevabilité** du TPF attaquable devant le Tribunal fédéral au sens de l'art. 120 al. 2 LTF (cf. N. 57 *supra*). 62

Dans un arrêt non publié au Recueil officiel, le Tribunal fédéral est **entré en matière** sur un conflit de compétence qui portait sur la fixation d'une 63

1922 SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 53 et 55.
1923 Donzallaz, art. 120 LTF N 4607.
1924 ATF 141 III 84, consid. 4.2, JdT 2015 II 385.
1925 JdT 2011 IV p. 139.

redevance unique de raccordement au réseau, litige opposant la Confédération suisse (la demanderesse), agissant par l'intermédiaire du Département de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), ce dernier étant représenté par la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), et le canton de Lucerne (la défenderesse)[1926]. Sur le fond, le Tribunal fédéral avait **admis l'action** en retenant que l'ElCom n'était pas compétente pour fixer ou contrôler les coûts de raccordement au réseau et les contributions au réseau ; cette tâche incombait aux autorités cantonales[1927]. C'est par conséquent bien le canton de Lucerne qui était compétent pour examiner la créance invoquée par le gestionnaire de réseau à l'encontre d'un consommateur final[1928].

64 L'ATF 150 II 273 traite d'une contestation de droit public opposant la Confédération et un canton (art. 120 al. 1 let. b LTF). Le litige trouve son origine dans une décision du Secrétariat d'État aux migrations (SEM) de ne plus verser d'indemnités forfaitaires à la République et canton de Neuchâtel en lien avec la prise en charge d'un requérant d'asile, au motif que le canton aurait failli à son devoir de procéder au transfert dit « Dublin » de ce requérant dans le délai imparti. Sur la question de sa compétence, le Tribunal fédéral rappelle qu'il résulte de l'art. 120 LTF que la voie de l'action devant le Tribunal fédéral constitue en principe la voie juridictionnelle ordinaire dans les différends entre la Confédération et les cantons ; elle devient en revanche subsidiaire à la voie du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) lorsqu'une loi spéciale attribue à une autre autorité que le Tribunal fédéral la compétence de trancher une telle contestation par la voie de la décision[1929]. Il souligne que la jurisprudence a déjà eu l'occasion de reconnaître qu'il appartenait à l'Office fédéral des migrations, devenu aujourd'hui le SEM, de statuer par **voie de décision** sur le remboursement par la Confédération des frais engagés par les cantons pour l'hébergement de requérants d'asile. Le SEM dispose en effet d'une telle compétence en application de l'art. 16 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (LSu ; RS 616.1). Par conséquent, le Tribunal fédéral retient que l'on se trouve dans une situation où une loi fédérale habilite une autorité administrative, en l'occurrence le SEM, à rendre une décision sur une contestation de droit

1926 Arrêt du TF 2E_1/2019 du 30.4.2020.
1927 Arrêt du TF 2E_1/2019 du 30.4.2020, consid. 3.7.2.
1928 Arrêt du TF 2E_1/2019 du 30.4.2020, consid. 4.4.
1929 ATF 150 II 273, consid. 1.2 ; pour un commentaire de cet arrêt, voir Collette.

public opposant la Confédération et un canton, de sorte que cette contestation ne peut pas faire l'objet d'une action devant le Tribunal fédéral au sens de l'art. 120 al. 1 let. b LTF, mais uniquement d'un recours en matière de droit public en dernière instance au sens de l'art. 120 al. 2 LTF[1930]. Il retient également que le recours fondé sur l'art. 120 al. 2 LTF doit remplir les seules conditions du chapitre 4 de la LTF, et qu'il n'y a pas lieu d'examiner les conditions des art. 83 et 89 LTF[1931]. La décision du Tribunal fédéral est notamment motivée par le fait qu'un arrêt d'irrecevabilité fondé sur les art. 83 ou 89 LTF aurait pour conséquence d'empêcher la plus haute juridiction du pays de se prononcer sur certains types de différends survenant entre la Confédération et les cantons ou entre cantons, contrairement à ce que prévoit l'art. 189 al. 2 Cst.

b. Entre les cantons

Il convient d'abord de souligner que si la LTF ne mentionne à l'art. 120 al. 1 let. a LTF que les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons, le Tribunal fédéral peut également être saisi d'un conflit de compétence intercantonal par **une action** au sens de l'art. 120 LTF, à défaut de compétence d'une autre autorité statuant par voie de décision susceptible de recours devant lui[1932]. Cela ressort du libellé de l'art. 189 al. 2 Cst. et du fait que, comme indiqué précédemment, un conflit de compétence n'est rien d'autre qu'un différend. Il faut ensuite relever que les compétences décisionnelles semblent plus délicates en matière de relations entre les cantons qu'en matière de relations entre les autorités fédérales et cantonales (cf. N. 61 *supra*)[1933]. En effet, il est difficile d'imaginer qu'un canton, dans le cadre d'un différend avec un autre canton, soit habilité à rendre une décision de nature obligatoire pour l'autre canton concerné[1934]. Cette situation sera illustrée par les deux arrêts présentés ci-dessous (cf. N. 66 et 67). En revanche, comme le montre le dernier arrêt mentionné (cf. N. 68 *infra*), il convient de garder à l'esprit qu'une autorité fédérale peut être habilitée à rendre une décision obligatoire pour un canton dans le cadre d'un différend entre deux cantons[1935]. 65

1930 ATF 150 II 273, consid. 1.3.
1931 ATF 150 II 273, consid. 1.4.3 à 1.4.5.
1932 Donzallaz, art. 120 LTF N 4615.
1933 ATF 141 III 84, consid. 4.2, JdT 2015 II 385.
1934 Moor/Poltier, p. 681.

66 Dans l'ATF 141 III 84[1936], le Tribunal fédéral s'est penché sur la désignation de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après : l'APEA) compétente au niveau intercantonal. Le canton de Saint-Gall et l'APEA de ce même canton (ci-après : les recourants) avaient recouru devant le Tribunal fédéral contre une décision du Tribunal supérieur du canton de Schaffhouse, qui avait constaté que l'APEA de Schaffhouse n'était pas compétente pour instituer une curatelle en faveur de A. et renvoyé l'affaire pour complément d'examen à l'APEA du canton de Saint-Gall. Dans leurs conclusions, les recourants demandaient au Tribunal fédéral de constater que l'APEA du canton de Saint-Gall n'était pas compétente ; subsidiairement, ils concluaient à ce que leur recours soit traité comme une action du canton de Saint-Gall contre le canton de Schaffhouse. En l'espèce, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 444 al. 4 CC ne pouvait pas être considéré comme une habilitation fédérale au sens de l'art. 120 al. 2 LTF, permettant à l'autorité judiciaire de recours d'un canton de déterminer, avec effet obligatoire, la compétence d'une APEA d'un autre canton, et rendant ainsi irrecevable une action en matière de conflits de compétence intercantonaux entre APEA. Il en a conclu que, lorsque des APEA situées dans des cantons distincts ne s'entendent pas sur leur compétence, leur différend doit être réglé par la voie de l'**action** au sens de l'art. 120 al. 1 let. b LTF (consid. 4.7). Il n'était par conséquent pas entré en matière sur le recours. Laissant enfin indécise la question de savoir si une action et un recours peuvent être déposés dans le même mémoire ou s'ils doivent être introduits séparément, il n'était pas non plus entré en matière sur l'action, dans la mesure où ni le demandeur (représenté par le chef du Département de l'intérieur du canton de Saint-Gall) ni le défendeur (représenté par l'APEA du canton de Schaffhouse) n'avaient explicitement justifié de leur pouvoir de représenter les cantons concernés.

67 Le Tribunal fédéral a confirmé la solution retenue dans l'ATF 141 III 84 dans un arrêt datant de 2022[1937]. Il a précisé que, lorsque l'APEA saisie en premier lieu de l'affaire soumet la question de sa compétence à l'instance judiciaire de recours, en application de l'art. 444 al. 4 CC, deux issues sont possibles. Premièrement, si l'instance judiciaire de recours considère qu'une APEA extracantonale est compétente au sens de l'art. 444 al. 4 CC, il y a un conflit

1935.Dans ce sens également : Moor/Poltier, p. 681.
1936.Traduit in : JdT 2015 II 385.
1937.Arrêt du TF 5A_393/2022 du 22 juin 2022.

de compétence intercantonal négatif et la seule voie de droit possible est l'**action** prévue à l'art. 120 al. 1 let. b LTF ; le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur un recours dirigé contre la décision de l'instance judiciaire de recours[1938]. Deuxièmement, si l'instance judiciaire de recours confirme la compétence territoriale de l'APEA qui lui a soumis la question de sa compétence, il n'y a plus de conflit de compétence intercantonal et l'APEA est liée par la décision de l'instance judiciaire de recours cantonale, comme c'est le cas pour les conflits de compétence intracantonaux[1939].

L'ATF 136 IV 44[1940] montre enfin qu'il convient toujours d'examiner, dans le cadre d'une contestation entre cantons, si une loi fédérale habilite une autorité à rendre une décision sur une telle contestation. Dans cette affaire, le canton de Berne avait formé une action contre le canton d'Appenzell-Rhodes Extérieures devant le Tribunal fédéral au sujet de l'exécution en Suisse d'un jugement pénal rendu à l'étranger. Le canton de Berne concluait à ce qu'il soit constaté que le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures est compétent pour faire exécuter à X une peine privative de liberté prononcée par un jugement d'un tribunal de Madrid et déclarée exécutoire par décision d'un tribunal de première instance bernois. Le Tribunal fédéral a **refusé d'entrer en matière sur l'action**. Il a retenu que l'Office fédéral de la justice devra trancher la question de la compétence sur la base de l'art. 104 al. 1 EIMP, par le biais d'une décision contre laquelle le canton concerné pourra recourir devant le Tribunal fédéral, conformément à l'art 120 al. 2 LTF. 68

3. Quelques remarques concernant la jurisprudence

La jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée dans le chapitre précédent montre que la procédure concernant les différends au sens de l'art. 189 al. 2 Cst. peut poser des difficultés aux cantons et aux autorités fédérales concernés. En effet, l'identification de la voie de droit correcte dans un cas particulier n'est pas toujours évidente et les erreurs sont fréquentes. En cas de doute, il est recommandé d'agir tant par la voie de l'action que par celle du recours par deux écritures séparées[1941]. 69

En ce qui concerne l'examen de la compétence au sens de l'art. 444 CC, certains auteurs suggèrent que le législateur complète l'al. 4 de cette 70

1938Arrêt du TF 5A_393/2022 du 22 juin 2022, consid. 2.3.1 et la réf. cit.
1939Arrêt du TF 5A_393/2022 du 22 juin 2022, consid. 2.3.2 et la réf. cit.
1940JdT 2011 IV p. 363.

disposition pour indiquer explicitement que la décision de l'autorité judiciaire lie les autres cantons[1942]. Pour les raisons mentionnées plus haut (cf. N. 65 *supra*), une telle solution semble peu respectueuse de la souveraineté des cantons. Celle-ci est précisément préservée par la voie de l'action, qui permet aux cantons de se retrouver devant le Tribunal fédéral sur un pied d'égalité.

4. Constitutionnalité de l'art. 120 al. 2 LTF

71 Selon Zheni Luks, l'art. 189 al. 2 Cst. **prescrit uniquement la voie de l'action**, et non celle du recours, comme procédure à suivre pour régler les différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons. Elle déduit cela notamment de l'importance et de la nature des litiges en question, qui exigent que seul le Tribunal fédéral soit compétent pour les trancher par voie d'action, en instance unique[1943]. Elle estime par conséquent que l'art. 120 al. 2 LTF, qui dispose que l'action est irrecevable si une autre loi fédérale habilite une autorité à rendre une décision sur de telles contestations et qu'un *recours* contre cette décision est recevable en dernière instance devant le Tribunal fédéral, n'est pas conforme à l'art. 189 al. 2 Cst.[1944]. Ainsi, selon son interprétation de cette norme, le constituant n'aurait pas permis au législateur de prévoir une autre voie que celle de l'action en ce qui concerne ces différends.

72 Nous ne partageons pas cet avis. Il revient au législateur fédéral de décider si ces différends doivent être tranchés par la voie de l'action ou de celle du recours[1945]. Il s'agit d'une question d'organisation judiciaire qui n'a pas sa place dans la Constitution fédérale et qui doit pouvoir être réglée dans la LTF. Certes, la solution proposée par cette auteure, qui préconise la voie de l'action pour les différends prévus à l'art. 120 al. 1 let. a et b LTF, offre plus de clarté et réduit l'insécurité juridique. Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, il peut parfois être délicat de déterminer si une autre loi fédérale habilite une autorité à rendre une décision sur de telles contestations ; il arrive en effet que le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les procédures dont il est saisi (cf. N. 62 et N. 66 *supra*). La voie du recours

1941 Dans ce sens également : Wurzburger, art. 120 LTF N 15.
1942 Chabloz/Copt, art. 444 CC N 18.
1943 Luks, N 95.
1944 Luks, N 359, 360, 407.
1945 Dans ce sens également : Kocher, N 803.

prévue à l'art. 120 al. 2 LTF est cependant conforme à la volonté de décharger le Tribunal fédéral exprimée à de nombreuses reprises tant dans le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale que dans celui concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale[1946]. L'art. 120 al. 2 LTF est donc, selon nous, **conforme à l'art. 189 al. 2 Cst**[1947].

C. Autres compétences (al. 3)

73 L'art. 189 al. 3 Cst. permet au législateur d'étendre les compétences du Tribunal fédéral[1948]. La doctrine n'est pas unanime quant à la nature de ces autres compétences, ce qui n'est pas surprenant vu que cette disposition fournit **peu d'indications**. Pascal Mahon considère que cette norme ne semble pas exclusivement viser des compétences juridictionnelles, mais aussi d'autres compétences, de nature législative ou exécutive[1949]. Outre les compétences juridictionnelles, Goran Seferovic ne semble pas exclure les compétences réglementaires ou exécutives, dans la mesure où elles sont liées aux compétences juridictionnelles (art. 189 Cst.) ou au droit du Tribunal fédéral de s'administrer lui-même (art. 188 al. 3 Cst.)[1950]. Giovanni Biaggini aboutit, quant à lui, à la même conclusion, mais ne mentionne pas les compétences exécutives[1951].

74 Le législateur a fait usage de l'alinéa 3 dans la **LTF** ainsi que dans d'**autres lois fédérales**. Il a donné au Tribunal fédéral la compétence d'examiner, avec un plein pouvoir de cognition, la violation du droit étranger (art. 96 LTF), ainsi que la constatation incomplète ou erronée des faits en matière d'octroi ou de refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire (art. 97 al. 2 LTF)[1952]. Comme autres compétences découlant de l'alinéa 3, nous pouvons encore relever que le Tribunal fédéral est l'unique instance de recours et de révision des sentences arbitrales (art. 191 LDIP), qu'il exerce la surveillance sur la gestion du TPF, du TAF et du Tribunal fédéral des

1946 FF 1997 I 1 ; FF 2001 4000.
1947 Du même avis : SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 32.
1948 FF 1997 I 539.
1949 Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 21.
1950 SK BV-Seferovic, art. 189 N 57.
1951 Biaggini, art. 189 N 37.
1952 BSK BV-Seferovic, art. 189 N 58 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 57 ; SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 38 ; CR-Chaix, art. 189 N 30.

brevets (art. 1 al. 2 LTF) et qu'il nomme les membres des commissions d'estimation (art. 59 al. 2, première phrase, LEx)[1953].

75 La compétence du Tribunal fédéral a également été étendue dans le cadre des **procès directs** (cf. N. 55 ss *supra*). Il connaît, par voie d'action en instance unique, des prétentions portant sur des dommages-intérêts ou sur une indemnité à titre de réparation morale résultant de l'activité officielle de personnes visées à l'art. 1 al. 1 let. a à c[bis] de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF ; RS 170.32) (art. 120 al. 1 let. c LTF), à savoir les membres du Conseil fédéral et le chancelier de la Confédération, les membres et les suppléants des tribunaux fédéraux, ainsi que les membres de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération. L'art. 10 al. 2, première phrase, LRCF a la même teneur que l'art. 120 al. 1 let. c LTF. La procédure à suivre dans ces situations est la suivante. Après avoir déposé une demande d'indemnisation auprès du Département fédéral des finances (art. 20 al. 2 LRCF), la personne qui s'estime lésée doit agir par voie d'action devant le Tribunal fédéral (art. 120 al. 1 let. c LTF) lorsque cette demande est contestée par la Confédération ou si celle-ci n'a pas pris position dans un délai de trois mois. Elle doit alors introduire une action auprès du Tribunal fédéral dans un délai de six mois (art. 20 al. 3 LRCF, art. 3 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 relative à la loi sur la responsabilité [OLRCF ; RS 170.321])[1954].

76 Depuis l'entrée en vigueur de la LTF en 2007, le Tribunal fédéral a été saisi à environ 39 reprises par des **actions en responsabilité contre la Confédération** fondées sur l'art. 120 al. 1 let. c LTF (état : mars 2025). Sur ces 39 arrêts, 22 actions ont été déclarées irrecevables, 12 ont été rejetées (y compris dans la mesure de leur recevabilité), le reste étant des radiations du rôle de procédures devenues sans objet ou achevées par un retrait ou une transaction judiciaire. Il convient de noter le nombre important d'actions déclarées irrecevables et l'absence d'admission. Les cas d'irrecevabilité les plus fréquents concernent des actions en responsabilité de l'État formées par des particuliers contre des membres d'une autorité cantonale qui auraient dû être déposées, non pas directement auprès du Tribunal fédéral, mais auprès

1953 SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 38.

1954 Arrêt du TF 2E_1/2023 du 23.2.2023, consid. 2.3 ; arrêt du TF 2E_2/2022 du 3.6.2022, consid. 3.

d'une autorité cantonale[1955]. D'autres cas d'irrecevabilité concernent des demandeurs qui n'invoquent pas le comportement illicite d'un membre d'une autorité appartenant au cercle des personnes mentionnées à l'art. 1 al. 1 let. a à c^{bis} LRCF[1956].

La doctrine souligne enfin que l'extension des compétences du Tribunal fédéral comporte des **limites**. L'art. 189 Cst. présuppose l'existence d'une contestation (cf. N. 13 *supra*), ce qui implique que l'alinéa 3 n'est pas une base légale qui permettrait au législateur d'étendre la compétence du Tribunal fédéral à l'émission d'avis de droit[1957]. Plusieurs auteurs estiment donc que la pratique de l'*obiter dictum*, locution latine qui signifie littéralement « soit dit en passant », c'est-à-dire une opinion inutile à la solution du litige, est discutable[1958], voire incompatible avec la mission du Tribunal fédéral, qui est de ne trancher que les litiges qui lui sont soumis par les parties[1959]. Or, une recherche montre que le Tribunal fédéral y a souvent recours[1960]. Il est toutefois vrai qu'il peut être utile d'y avoir parfois recours dans la pratique pour exposer de manière exhaustive le problème juridique à trancher, le délimiter ou encore apporter des explications supplémentaires à un justiciable, même s'il convient de faire preuve de retenue[1961]. 77

1955 Arrêt du TF 2E_2/2023 du 17.5.2023 ; arrêt du TF 2E_5/2021 du 25.10.2021 ; arrêt du TF 2E_4/2021 du 3.8.2021 ; arrêt du TF 2E_2/2015 du 22.5.2015 ; arrêt du TF 2E_2/2019 du 4.1.2010.

1956 Arrêt du TF 2E_1/2025 du 3.2.2025 ; arrêt du TF 2E_7/2024 du 14.1.2025 ; arrêt du TF 2E_2/2022 du 3.6.2022 ; arrêt du TF 2E_1/2014 du 11.12.2014.

1957 Biaggini, art. 189 N 17 ; SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 38 ; CR-Chaix, art. 189 N 33.

1958 Biaggini, art. 189 N 17 ; CR-Chaix, art. 189 N 33.

1959 SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 8.

1960 Parmi d'autres : ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7 ; ATF 136 III 6, consid. 6 ; arrêt du TF 4A_482/2010 du 7.2.2011, consid. 4.3.1.

1961 Voir, p. ex., l'arrêt du TAF A-631/2024 du 20.8.2024, qui déclare irrecevable le recours interjeté par un justiciable non représenté par un mandataire professionnel contre une lettre du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (consid. 2), puis expose, dans un considérant ultérieur (qui peut être considéré comme un *obiter dictum*), les raisons pour lesquelles il considère que l'autorité inférieure a retenu à juste titre que la société détentrice des documents requis par le recourant n'était pas soumise au champ d'application à raison de la personne de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) (consid. 4).

D. Actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral (al. 4)

1. Principe : non-contestabilité (première phrase)

78 Aux termes de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst., les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. La version française de ce texte diffère des versions allemande et italienne, qui précisent que ces actes ne peuvent pas être « **contestés** » (« angefochten », « impugnati »). Cette différence n'est pas significative ; il aurait toutefois été plus précis d'employer le verbe « contester » dans la version française également, en référence aux deux autres versions linguistiques.

79 La **conséquence** de cette disposition est la suivante : si de tels actes sont contestés devant le Tribunal fédéral dans un cas particulier, ce dernier doit rendre une décision d'irrecevabilité[1962]. L'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. se distingue ainsi de l'art. 190 Cst. Cette dernière disposition prévoit une obligation d'application des lois fédérales et du droit international, et non une interdiction d'examen. Selon la jurisprudence, il est possible d'examiner l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale à titre préjudiciel ; mais si une telle inconstitutionnalité est constatée, la loi doit néanmoins être appliquée[1963]. En revanche, l'application de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. interdit tout examen matériel et ne peut conduire qu'à une non-entrée en matière du Tribunal fédéral.

80 Cette limitation des compétences du Tribunal fédéral repose sur l'idée que l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral prennent principalement des décisions politiques, qui ne doivent pas être examinées par le pouvoir judiciaire pour des raisons de **séparation des pouvoirs**[1964]. Lors des débats parlementaires, il avait été relevé que le Tribunal fédéral ne devait pas être placé au-dessus du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale[1965]. L'alinéa 4 trace ainsi une ligne de démarcation entre le Tribunal fédéral et les deux

1962 Parmi d'autres : arrêt du TF 1C_640/2022 du 13.12.2022, qui n'est pas entré en matière sur le recours déposé contre la décision du 7 décembre 2022 de l'Assemblée fédérale d'élire Elisabeth Baume-Schneider comme membre du Conseil fédéral pour la fin de la législature 2019-2023.

1963 ATF 148 II 392, consid. 4.2.1 ; ATF 144 I 126, consid. 3.

1964 FF 1997 I 531-532 ; BO CE 197 (Koller) ; ATF 134 V 443, consid. 3.1 ; Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 25 et les références ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 59.

1965 BO CE 107 (Wicki).

autorités politiques suprêmes de la Confédération[1966]. Il existe également une étroite parenté entre l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. et l'art. 190 Cst., qui poursuivent le même but : garantir la séparation des pouvoirs[1967].

Par « **actes** » de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, il faut comprendre 81
non seulement les décisions individuelles et concrètes, mais également les normes générales et abstraites (actes normatifs), soit les ordonnances du Conseil fédéral et les actes législatifs du Parlement[1968]. L'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. inclut également les actes des organes de l'Assemblée fédérale (art. 31 LParl)[1969] et des délégations du Conseil fédéral (art. 23 LOGA), étant précisé que ces dernières n'ont de toute manière aucun pouvoir décisionnel (art. 23 al. 2, deuxième phrase, LOGA).

Il est important de préciser que l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. exclut un 82
contrôle direct ou abstrait des actes normatifs de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral, indépendant de leur application[1970]. Il convient de noter que le Conseil national a refusé de donner suite à une initiative parlementaire qui demandait la création des bases légales permettant aux tribunaux de procéder à un contrôle abstrait rapide des normes s'agissant des ordonnances de nécessité du Conseil fédéral (art. 185 al. 3 Cst. en relation avec l'art. 7*d* LOGA) et de l'Assemblée fédérale (art. 173 al. 1 let. c Cst. en relation avec l'art. 7*d* al. 3 LOGA)[1971]. En revanche, il n'exclut pas que ces actes normatifs puissent faire l'objet d'un contrôle de leur conformité à la Constitution ou à la loi, à l'occasion de l'**examen d'un cas particulier** (contrôle indirect ou concret)[1972]. L'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. doit cependant être lu en parallèle avec l'art. 190 Cst., qui prévoit que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Cette disposition interdit de refuser l'application d'une loi fédérale contraire à

1966 Biaggini, art. 189 N 18.

1967 SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 44.

1968 FF 1997 I 539 ; BO CE 197 (Wicki) ; parmi d'autres : arrêt du TF 2C_789/2021 du 18.10.2021, consid. 3.2 ; SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 45 ; Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 23 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 58.

1969 SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 45 ; indécis : Biaggini, art. 189 N 18.

1970 Arrêt du TF 2C_810/2021 du 31.3.2023, consid. 2.3 (consid. non reproduit à l'ATF 149 I 191) ; ATF 139 II 499, consid. 4.1 ; Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 24 ; CR-Chaix, art. 189 N 35 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 59 ; Biaggini, art. 189 N 19 ; voir aussi l'art. 82 let. b LTF *a contrario*, qui exclut le contrôle abstrait des actes normatifs fédéraux.

la Constitution, mais n'empêche pas de contrôler la conformité de celle-ci à la Constitution (« Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot »)[1973].

83 Selon l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst., et sous réserve d'une loi fédérale contraire (al. 4, deuxième phrase ; cf. N. 86 ss *infra*), ne sont ainsi **pas attaquables** devant le Tribunal fédéral, les ordonnances de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral (voir toutefois la possibilité pour les cantons de les contester par la voie de l'action directe au sens de l'art. 120 LTF, cf. N. 93 *infra*), les lois fédérales, les déclarations du Conseil national, du Conseil des États ou du Conseil fédéral (art. 32 et 33 RCN ; art. 27 et 28 RCE), les actes électoraux de l'Assemblée fédérale, en particulier l'élection des membres du Conseil fédéral, du chancelier ou de la chancelière de la Confédération, des juges au Tribunal fédéral et du général (art. 168 al. 1 Cst.), mais aussi celle des juges du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral des brevets (art. 168 al. 2 Cst. en relation avec les art. 5 al. 1 LTAF, 42 al. 1 LOAP et 9 al. 1 LTFB), l'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale (art. 166 al. 2 Cst.) et leur ratification par le Conseil fédéral (art. 184 al. 2, première phrase, Cst.), la garantie d'une constitution cantonale par l'Assemblée fédérale (art. 172 al. 2 Cst.), la déclaration de validité ou d'invalidité d'une initiative populaire par l'Assemblée fédérale (art. 139 al. 3 Cst.), les décisions de la Commission de l'immunité du Conseil national (art. 13*a* RCN) ou de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (art. 28*a* RCE) concernant les demandes de levée de l'immunité des

1971. Initiative parlementaire 20.430 (Ordonnances de nécessité. Contrôle abstrait des normes) déposée le 6.5.2020 au Conseil national par le Groupe des Vert·e·s ; BO 2023 N 27. On soulignera également que les initiatives parlementaires 20.437 (Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise) et 20.438 (Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise) n'ont pas connu davantage de succès à cet égard : tant la Commission des institutions politiques du Conseil national (FF 2022 301) que le Conseil fédéral (FF 2022 433) se sont en effet prononcés contre un contrôle abstrait des ordonnances de nécessité. Voir aussi le rapport du Conseil fédéral du 19.6.2024 intitulé « Recours au droit de nécessité » et donnant suite à deux postulats (FF 2024 1784). Sur la question du contrôle abstrait des normes, voir Bieri-Evangelisti.

1972. FF 1997 I 539, qu'il qualifie de « contrôle préjudiciel » ; ATF 147 IV 439, consid. 3.3.1 ; Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 24 ; CR-Chaix, art. 189 N 35 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 59 ; SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 48 ; Biaggini, art. 189 N 19.

1973. Arrêt du TF 2C_810/2021 du 31.3.2023, consid. 2.3 (consid. non reproduit à l'ATF 149 I 191) ; ATF 146 V 271, consid. 8.2 ; ATF 144 II 147, consid. 7.2.

membres de l'Assemblée fédérale (art. 17*a* al. 5 LParl), et les messages du Conseil fédéral sur les projets d'actes législatifs (art. 141 al. 1 LParl)[1974].

Sont également considérés comme des **actes immunisés** au sens de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst., les explications du Conseil fédéral relatives aux votations populaires (art. 11 al. 2 LDP)[1975], les vidéos de vote publiées par la Chancellerie fédérale en complément des explications de vote du Conseil fédéral, dans la mesure où elles correspondent aux explications de vote adoptées par le Conseil fédéral (ce qui reviendrait à une vérification illégale des explications de vote elles-mêmes)[1976], l'approbation par le Conseil fédéral des plans directeurs (art. 11 LAT)[1977], les interdictions d'entrée ou les expulsions prononcées par le Conseil fédéral lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige (art. 184 al. 3 Cst.) ou en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure (art. 185 al. 3 Cst.), les décisions de révocation des juges du TAF, du TPF ou du Tribunal fédéral des brevets prononcées par l'Assemblée fédérale (art. 40*a* al. 1 let. a et al. 3 LParl ; art. 10 LTAF ; art. 49 LOAP ; art. 14 LTFB), ainsi que la décision du Conseil fédéral d'ouvrir une procédure de consultation et de mettre en vigueur la révision partielle de l'ordonnance sur la chasse du 1er novembre 2023 (RO 2023 622, ch. IV p. 4)[1978]. 84

Il faut enfin avoir conscience qu'il existe une **tension** entre le principe de non-contestabilité découlant de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst., d'une part, et – entre autres – les art. 6, 13 CEDH et 29*a* Cst., d'autre part. Le premier prohibe le recours au Tribunal fédéral pour certains actes, alors que les seconds garantissent le droit d'accès à un Tribunal, le droit à un recours effectif, ainsi que l'accès au juge[1979]. 85

1974. Cette liste se base sur celle qui est proposée par GK-2023 BV-Reich, art. 189 N 46.

1975. ATF 147 I 194, consid. 4.1, JdT 2022 I 3 ; ATF 145 I 207, consid. 1.5 ; ATF 145 I 1, consid. 5.1.1, JdT 2019 I 107 ; ATF 138 I 61, consid. 7.2, JdT 2012 I 171 ; ATF 137 II 177, consid. 1.2, JdT 2011 I 129.

1976. Arrêt du TF 1C_684/2021 du 15.3.2022, consid. 7.1.

1977. ATF 149 II 86, consid. 3.1.

1978. Arrêt du TAF A-6585/2023 du 19.4.2024, consid. 4.4 (par arrêt du TF 2C_273/2024 du 18.6.2025, la cause, devenue sans objet, a été rayée du rôle).

1979. Arrêt du TF 2C_789/2021 du 18.10.2021, consid. 3.2, qui indique que l'art. 189 al. 4 Cst. consacre une atteinte à la garantie de l'accès au juge (art. 29*a* Cst.) ; voir aussi FF 1997 I 539.

2. Exceptions : contestabilité (deuxième phrase)

86 L'art. 189 al. 4, deuxième phrase, Cst. permet au législateur de prévoir des **exceptions** à la non-contestabilité des actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Cette exception ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral[1980]. Elle a été introduite par la Commission du Conseil des États, puis adoptée par ce même Conseil lors de la séance du 5 mars 1998[1981]. Le rapporteur avait souligné que le législateur fédéral avait ainsi la possibilité de laisser la compétence là où il l'estime politiquement juste[1982]. Par ailleurs, les débats ont été particulièrement intenses au Conseil national. Une proposition minoritaire, qui n'a finalement pas été adoptée, souhaitait que les décisions individuelles et concrètes du Conseil fédéral puissent être examinées par le Tribunal fédéral[1983]. Un parlementaire, qui soutenait cette proposition, relevait qu'il fallait s'accommoder d'une entorse au principe de la séparation des pouvoirs, car l'une des règles de base de notre État de droit est que les actes individuels et concrets des autorités exécutives, c'est-à-dire les décisions en cas de litige, doivent au moins être examinés par une instance judiciaire[1984]. Un autre parlementaire arguait au contraire qu'il devait être possible pour le Conseil fédéral de prendre des décisions purement politiques qui ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle, ce qui ne serait plus possible avec la proposition minoritaire[1985]. Finalement, l'intervention du Conseiller fédéral Arnold Koller, qui a assuré que le Conseil fédéral souhaitait en principe se débarrasser de toutes les tâches judiciaires, aura sans doute été déterminante pour écarter de justesse la proposition minoritaire[1986]. Il convient de souligner que l'exception prévue à l'art. 189 al. 4, deuxième phrase, Cst. peut être mise en relation avec la réforme de la justice, acceptée lors d'une votation populaire le 12 mars 2000, qui a notamment introduit un nouveau droit fondamental garantissant l'accès au juge (art. 29*a* Cst. en vigueur depuis le 1er janvier 2007)[1987].

87 Pour des raisons politiques, le législateur a largement renoncé à prévoir des exceptions au sens de l'art. 189 al. 4 Cst.[1988]. Comme exception à la non-

1980FF 1997 I 652 et 539-540.
1981.BO CE 107 (Wicki).
1982Ibid.
1983BO CN 387 ss (Vallender).
1984BO CN 388 (Dettling).
1985BO CN 388 (Engler).
1986BO CN 389 (Koller).

contestabilité des actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, on peut mentionner l'**art. 33 let. a et b LTAF**, qui prévoit que certaines décisions du Conseil fédéral et des organes de l'Assemblée fédérale peuvent faire l'objet d'un recours devant le TAF[1989]. Il s'agit en particulier des décisions prises dans le domaine des rapports de travail du personnel de la Confédération, y compris le refus d'autoriser la poursuite pénale (let. a).

L'atteinte à la garantie de l'accès au juge (art. 29*a* Cst.) est ainsi **atténuée** par la possibilité laissée au législateur de prévoir des exceptions[1990]. Le Tribunal fédéral a également souligné que, si le législateur n'a pas l'intention d'ouvrir la voie du recours au Tribunal fédéral contre des décisions d'interdiction d'entrée prononcées par le Conseil fédéral en vertu de l'art. 189 al. 4, deuxième phrase, Cst., il incombe au Conseil fédéral, lorsque l'existence d'une voie de recours est exigée par l'art. 13 CEDH, de renoncer à l'exercice de la compétence décisionnelle qui lui est conférée par la Constitution et de laisser au département ou à l'Office fédéral de la police la responsabilité de prendre la décision de première instance[1991]. 88

On se rend cependant bien compte que les mécanismes mentionnés plus haut ne permettent pas de combler toutes les lacunes en matière de **protection judiciaire**. D'une part, il est illusoire de penser que le législateur peut prévoir tous les cas de figure dans lesquels une contestation devant une autorité judiciaire doit être rendue possible. D'autre part, le Conseil fédéral pourrait décider d'exercer lui-même une compétence décisionnelle qui lui est conférée par la Constitution, et ne pas laisser la décision de première instance au département ou à l'Office fédéral de la police, en estimant à tort que le droit international n'impose aucun droit de recours dans un cas particulier. Il est donc important de souligner qu'un droit de recours contre des décisions prises par l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral peut découler de l'application du droit international[1992], en particulier de l'art. 6 par. 1 CEDH ou de l'art. 13 CEDH[1993], même si aucune exception au sens de l'art. 189 al. 4, 89

1987 FF 2001 4000.

1989 Voir aussi FF 2001 4186.

1990 CR-Chaix, art. 189 N 36 ; voir aussi OK-Kradolfer, art. 29*a* Cst.

1991 ATF 129 II 193, consid. 4.2.2 ; voir aussi, d'une manière générale, FF 1997 I 539-540.

1992 ATF 134 V 443, consid. 3.2 ; ATF 129 II 193 ; ATF 125 II 417, consid. 4c-e.

1993 Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 26 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 62 ; GK-2023 BV-Reich, art. 189 N 49 et 50 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 61 ; Biaggini, art. 189 N 20.

deuxième phrase, Cst. n'est prévue dans la loi. Nous mentionnerons les trois exemples suivants (cf. N. 90, 91 et 92 *infra*).

90 Dans l'arrêt dit « PKK »[1994], le Tribunal fédéral était saisi d'un recours contre une décision du Conseil fédéral de confiscation de matériel de propagande du Parti des travailleurs du Kurdistan. La question se posait de savoir si le Tribunal fédéral pouvait entrer en matière sur le recours, sa compétence étant exclue en vertu des dispositions de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ ; RO 60 269). Le Tribunal fédéral avait notamment retenu que la confiscation de matériel de propagande pour des motifs liés à la sécurité extérieure et intérieure portait sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH[1995]. Il avait ensuite jugé qu'en cas de conflit, le **droit international prime par principe le droit national**, en particulier lorsque la norme de droit international vise à protéger les droits de l'homme. Ainsi, malgré les dispositions de l'ancienne OJ, le Tribunal fédéral a considéré qu'il devait entrer en matière sur le recours, en se fondant sur l'art. 6 par. 1 CEDH[1996].

91 L'Assemblée fédérale est compétente pour **révoquer les juges des tribunaux fédéraux de première instance** (art. 10 LTAF ; art. 49 LOAP ; art. 14 LTFB). Or, comme nous l'avons vu, les décisions prises par l'Assemblée fédérale ne peuvent pas être contestées en vertu de l'art. 189 al. 4 Cst. Aucune exception n'a été prévue par le législateur dans ce domaine. Selon les critères posés dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*[1997] – qui s'appliquent à la révocation d'un juge[1998] –, deux conditions doivent être cumulativement remplies pour exclure la protection de l'art. 6 par. 1 CEDH : premièrement, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question ; deuxièmement, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. La seconde condition ne sera en principe pas remplie. En effet, comme l'a déjà jugé la CourEDH dans l'arrêt *Grzęda c. Pologne*, l'impossibilité faite à un juge « d'accéder à une garantie fondamentale pour la

1994 ATF 125 II 417, traduit et résumé in : SJ 2000 I p. 202 et RDAF 2000 I p. 589. Voir aussi Rhinow/Schefer/Uebersax, N 3642-3643b.

1995 ATF 125 II 417, consid. 4b, traduit et résumé in : SJ 2000 I p. 202 et RDAF 2000 I p. 589.

1996 ATF 125 II 417, consid. 4c-e, traduit et résumé in : SJ 2000 I p. 202 et RDAF 2000 I p. 589.

1997 CourEDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 43572/18, 19.4.2007, N 62.

1998 CourEDH, *Grzęda c. Pologne*, n° 43572/18, 15.3.2022, N 263 et les réf. cit.

protection d'un droit défendable de caractère civil étroitement lié à la préservation de l'indépendance de la justice ne saurait passer pour relever de l'intérêt d'un État de droit »[1999]. La révocation constitue donc bien une procédure disciplinaire relevant du champ d'application de l'art. 6 par. 1 CEDH. La doctrine et la Commission administrative du Tribunal fédéral soulignent que ce constat pourrait s'avérer problématique, dans la mesure où la révocation d'un juge tomberait sous le coup des actes de l'Assemblée fédérale non susceptibles de justiciabilité[2000]. Dans ce cas de figure, la primauté du droit international devrait alors déployer tous ses effets et contraindre le Tribunal fédéral à entrer en matière sur une telle contestation[2001]. Il convient de noter que la seule mesure disciplinaire prévue par le droit en vigueur à l'encontre des juges des tribunaux fédéraux de première instance est leur révocation par l'Assemblée fédérale, ce qui est insatisfaisant. Face à ce constat, la Commission de gestion du Conseil des États (soutenue par la Commission de gestion du Conseil national) a déposé, le 23 janvier 2025, une initiative parlementaire visant à élaborer les bases légales permettant d'introduire une surveillance disciplinaire des juges des tribunaux fédéraux. Dans un avis de droit commandé par les Commissions de gestion afin de déterminer la marge de manœuvre constitutionnelle et légale en vue de l'introduction d'une telle surveillance, il a notamment été proposé de créer un Conseil supérieur de la magistrature qui « permettrait [...] de résoudre l'épineuse question du recours contre une éventuelle décision de révocation »[2002].

Comme nous l'avons vu plus haut (cf. N. 84 *supra*), les **explications du Conseil fédéral** ne peuvent pas directement être attaquées devant le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. Cependant, le Tribunal fédéral a considéré que « l'état d'information global prévalant au moment d'une votation populaire peut [...] faire l'objet d'une contestation »[2003]. Il a précisé dans un arrêt ultérieur que cette exception ne s'appliquait que dans des cas exceptionnels, lorsqu'une protection rétrospective équivalant à une reconsidération était possible[2004]. Selon sa 92

1999 Ibid., N 326.
2000 Bieri/Grosjean/Wyss, p. 12-13 ; CA-TF 2023 N 157. Voir aussi Thurnherr N 111.
2001 Donzallaz, art. 5 LTF N 23 ; Donzallaz, La protection judiciaire, p. 219 ; CA-TF 2023 N 157.
2002 Tanquerel, N 160.
2003 ATF 145 I 207, consid. 1.5 ; ATF 138 I 61, consid. 7.4.
2004 ATF 147 I 194, consid. 4.1.4, JdT 2022 I 3.

jurisprudence, un droit à un contrôle de la régularité d'une votation fédérale et à une protection juridique rétrospective peut se déduire directement de l'art. 29 al. 1 Cst. (en lien avec l'art. 29*a* Cst.) « lorsqu'une influence massive et décisive sur le vote populaire s'est révélée plus tard, après les éventuelles procédures de recours et après l'arrêté de validation du scrutin du Conseil fédéral »[2005]. Au stade de la recevabilité du recours, il s'agit de rendre vraisemblable l'existence d'une erreur grave[2006]. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral a étendu son contrôle judiciaire en matière de droits politiques à ce grief particulier. Selon cette jurisprudence, l'objet du litige n'est donc pas les explications du Conseil fédéral, mais l'état d'information global prévalant au moment d'une votation populaire. Si un auteur souligne que le Tribunal fédéral a « repoussé les limites de l'art. 189 al. 4 Cst. »[2007], un autre va plus loin en relevant qu'il a exercé lui-même le pouvoir d'appréciation qui revient au seul législateur fédéral selon l'alinéa 4[2008].

93 La majorité de la doctrine admet enfin que, dans le cadre de **procès directs** (cf. N. 55 ss *supra*), un canton peut directement porter devant le Tribunal fédéral une décision ou une ordonnance du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale[2009]. Le principe de non-contestabilité de l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. ne s'appliquerait ainsi pas aux procès directs. On pourrait en effet considérer que les art. 189 al. 2 Cst.[2010] et 120 al. 1 let. a et b LTF sont des exceptions au sens de l'art. 189 al. 4, deuxième phrase, Cst.[2011].

A propos de l'auteur

Jérôme Gurtner est titulaire d'un doctorat en droit de l'Université de Neuchâtel et d'un certificat de spécialisation (CAS) en magistrature. Il est actuellement

2005 ATF 151 I 225, consid. 3.1 ; ATF 147 I 194, consid. 4.1.4, JdT 2022 I 3 ; ATF 145 I 207, consid. 1.1.

2006 ATF 151 I 225, consid. 3.6.

2007 CR-Chaix, art. 189 N 36.

2008 GK-2023 BV-Reich, art. 189 N 50.

2009 Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 26 ; Biaggini, art. 189 N 21 ; CR-Chaix, art. 189 N 36 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 59 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 63 ; Bolkensteyn, p. 94 ; *contra* : Jaag, p. 779 ; Luks, N 276.

2010 En vertu du principe selon lequel « qui peut le plus peut le moins », le fait que l'art. 189 al. 2 Cst. figure dans une norme de rang constitutionnel plutôt que dans une loi, comme l'exige l'art. 189 al. 4, deuxième phrase, Cst., n'exclut pas que la norme en question soit interprétée comme une exception.

2011 D'un autre avis : Luks, N 237-276.

greffier à la Cour I du Tribunal administratif fédéral. Ses recherches et publications portent notamment sur le droit de la profession d'avocat, la transparence dans l'administration, le droit des nouvelles technologies et, plus largement, le droit public. Il enseigne dans le cadre du CAS « Droit et intelligence artificielle » de l'Université de Neuchâtel et coédite le commentaire en ligne de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration. L'auteur invite les lecteurs à lui adresser leurs éventuelles remarques à : contact@jeromegurtner.ch.

L'auteur tient à remercier Pascal Mahon, Professeur émérite de l'Université de Neuchâtel, Jean Perrenoud, juriste-documentaliste, les éditeurs de ce commentaire, Odile Ammann et Stefan Schlegel, ainsi que les deux relecteurs anonymes, pour leurs suggestions et leur relecture attentive.

Cette publication ne reflète que le point de vue de son auteur et non celui du Tribunal administratif fédéral.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Biaggini Giovanni, art. 189 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Chaix François, art. 189 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Mahon Pascal, art. 189 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Reich Johannes, art. 189 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2025.

BIBLIOGRAPHIE

Ammann Odile, Domestic Courts and the Interpretation of International Law – Methods and Reasoning Based on the Swiss Example, Leiden 2019.

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 2016.

Bergamin Florian, Die Stadt im Bundesstaat, Berne 2024.

Biaggini Giovanni, art. 189 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 72 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 9 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Bieri Peter/Grosjean Michelle Angela/Wyss Karl-Marc, Altersgrenze und Rechtsschutz bei Richterwahlen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2021/1.

Bieri-Evangelisti Peter, Die Legitimation bei der abstrakten Normenkontrolle : Braucht es ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ? in : recht 2025 p. 36-50.

Boillet Véronique, art. 11 ALCP, in : Amarelle Cesla/Nguyen Minh Son (édit.), Code annoté de droit des migrations – Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Vol. 3, Berne 2014.

Bolkensteyn Arun, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Berne 2014.

Bovey Grégory, art. 95 LTF, in : Girardin Aubry Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice (édit.), Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Cavin Pierre, Le Tribunal fédéral suisse, in : Revue internationale de droit comparé, Vol. 30, No 1, 1978, p. 345-362.

Chabloz Isabelle/Copt Corinne, art. 444 CC, in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict/Fountoulakis Christiana (édit.), Code civil I, Commentaire Romand, 2e éd., Bâle 2023.

Chaix François, art. 189 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Chaix François, Les motifs du recours en matière de droit public, in : Bohnet François/Tappy Denis (édit.), Dix ans de loi sur le Tribunal fédéral, Neuchâtel/Bâle 2017, p. 187-223 (Les motifs du recours).

Chancellerie fédérale, Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération, version du 15 juillet 2025, https://perma.cc/XN4Q-TF28, consulté le 27 septembre 2023.

Chappuis Benoît/Gurtner Jérôme, La profession d'avocat, Zurich 2021.

Chatton Gregor T., Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Zurich 2014.

Collette Marlène, Commentaire de l'arrêt du TF 2C_694/2022 du 21 décembre 2023, in : Newsletter IFF 3/2024, https://perma.cc/ZY4Z-GSSF, consulté le 9 mars 2025.

Commission administrative du Tribunal fédéral, Surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer, Lausanne 2023, https://perma.cc/53PR-REZH, consulté le 31 mars 2025 (cité : CA-TF 2023).

Donzallaz Yves, art. 120 LTF, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Donzallaz Yves, art. 5 LTF, in : Aubry Girardin Florence/Donzallaz Yves/Denys Christian/Bovey Grégory/Frésard Jean-Maurice, Commentaire de la LTF, 3e éd., Berne 2022.

Donzallaz Yves, La protection judiciaire des juges contre la non élection, la non-réélection ou la révocation, in : De Rossa Federica/Bovey Grégory/Hurni Christoph (édit.), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 189-223.

Donzallaz Yves, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008.

Dubey Jacques, art. 9 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, 2e éd., Bâle 2024.

Egli Patricia, Introduction to Public International Law, 3e éd., Zurich 2024.

Gavillet Aurélie, art. 11 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Grodecki Stéphane, art. 29*a* Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques, Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Gunjic Ivan/Kords Natascha, Art. 191 Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 29.07.2025, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv191.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10e éd., Zurich 2020.

Haller Walter, art. 169 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014.

Hertig Randall Maya/Chatton Gregor, Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, in : Heckendorn Urscheler Lukas (édit.), Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014, Zurich 2014, p. 289-348.

Hofstetter David, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Zurich 2014.

Jaag Tobias, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, in : PJA 2013, p. 774-781.

Jeannerat Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel, Bâle 2018.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Künzli Jörg/Pirker Benedikt, Völkerrecht, Eine Einführung, Berne 2022.

Kaufmann Mathias, Der öffentlichrechtliche Anspruch – unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht, Zurich 2015.

Kaufmann Mathias, Die « Big 4 » vor Bundesgericht, in: Jusletter 15 septembre 2025.

Kaufmann Mathias, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, in : Jusletter du 16 octobre 2017.

Kiener Regina/Durrer Beatrice/Fässler Stéphanie/Knüssel Melanie, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte des Bundes, Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 07.11.2007, in JAAC 2008 n° 25 p. 316.

Kiener Regina/Durrer Beatrice/Fässler Stéphanie/Knüssel Melanie, Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 28.01.2008, in JAAC 2008 n° 26 p. 350.

Kley Andreas, art. 72 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Kocher Martin, Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen. Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien, Berne 2018.

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich 2013.

Kradolfer Matthias, Art. 29*a* Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 25.07.2023, https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv29a.

Lammers Guillaume, La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Berne 2015.

Luks Zheni, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG), Berne 2022.

Mahaim Raphaël, art. 73 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Mahon Pascal, Les tribunaux dans la nouvelle Constitution fédérale et le rôle du juge, entre indépendance de la justice, État de droit et démocratie, in : «Justice - Justiz - Giustizia» 2025/1 (cité : Les tribunaux).

Mahon Pascal, art. 189 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

Mahon Pascal, Droit constitutionnel Volume I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 3e éd., Bâle 2014.

Mahon Pascal, Remarques liminaires relatives au Chapitre 4 : Tribunal fédéral et autres autorités judiciaires, in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : Remarques liminaires).

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Droit constitutionnel suisse, Volume I : l'État, 4e éd., 2021.

Marguin Julien, La justiciabilité : essai critique sur un critère de la démocratie constitutionnelle, Thèse, 2021, https://perma.cc/X9P9-UN5A, consulté le 2 mars 2025.

Martenet Vincent, art. 8 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Martenet Vincent, La reconnaissance de droits fondamentaux non écrits, in : De Rossa Federica/Bovey Grégory/Hurni Christoph (édit.), 150 ans Tribunal fédéral, Mélanges, Berne 2025, p. 671-686.

Martenet Vincent/von Büren Théophile, art. 34 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Commentaire Romand, Bâle 2021.

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr, consulté le 27 septembre 2023.

Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/fr, consulté le 27 septembre 2023.

Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Volume I : Les fondements généraux, 3e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.

Mösching Fabian, commentaire de l'art. 75*b* Cst., in : Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale, version du 4.11.2023, https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bv75b.

Moser-Szeless Margit, art. 49 PA, in : Bellanger François/Candrian Jérôme/Madeleine Hirsig-Vouilloz (édit.), Loi fédérale sur la procédure administrative, Commentaire Romand, Bâle 2024.

Müller Markus, Verhältnismässigkeit – Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel, in : Uhlmann Felix (édit.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung – 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zurich 2019, p. 7-32.

Office fédéral de la justice, Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5e éd., entièrement révisée et complétée, Berne 2025, https://perma.cc/U84V-XDRG, consulté le 1er mars 2025.

Pellaton Nicolas, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Neuchâtel 2016.

Reich Johannes, art. 189 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4e éd., Zurich 2023.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4e éd., Bâle 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3e éd., Bâle 2016.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2025.

Tanquerel Thierry, Avis de droit concernant la surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer, le 2 février 2024, https://perma.cc/HAR7-58EH.

Tappy Denis, L'histoire éclaire la loi : les règles actuelles limitant le pouvoir d'examen au sujet des faits du Tribunal fédéral comme autorité de recours et leur histoire, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2025/3.

Thurnherr Daniela, Rechtsgutachten im Rahmen der Inspektion « Aufsicht des Bundesgerichts über die erstinstanzlichen Bundesgerichte – gesetzgeberischer Handlungsbedarf » im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen von National- und Ständerat, le 29 janvier 2024, https://perma.cc/3RUB-8UXT.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5e éd., Berne 2021.

Waldmann Bernhard, art. 120 LTF, in : Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2018.

Wüger Daniel, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005.

Wurzburger Alain, art. 120 LTF, in : Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne 2014.

Wurzburger Alain, Le Tribunal fédéral – Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges, Genève 2011.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit administratif et procédure administrative, Traité, Vol. I : Partie générale, Bâle 2025.

Zen-Ruffinen Piermarco, Droit administratif et procédure administrative, Traité, Vol. II : Procédure et justice administratives, Bâle 2025.

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 191 Cst.

Un commentaire de Ivan Gunjic / Natascha Kords

PROPOSITION DE CITATION

Ivan Gunjic/Natascha Kords, Commentaire de l'art. 191 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Gunjic/Kords, art. 191 Cst. N. XXX.

Art. 191 Accès au Tribunal fédéral

[1] La loi garantit l'accès au Tribunal fédéral.

[2] Elle peut prévoir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe.

[3] Elle peut exclure l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés.

[4] Elle peut prévoir une procédure simplifiée pour les recours manifestement infondés.

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse 1535
II. Fondements 1535
A. But 1535
B. Contexte constitutionnel 1536
C. Mise en œuvre dans la loi 1537
III. Commentaire i.e.S. 1538
A. Garantie de l'accès (al. 1) 1538
B. Limites de la valeur litigieuse (al. 2) 1540
1. Principe 1540
2. Exception : questions juridiques de principe 1541
C. Exclusion de domaines (al. 3) 1543
1. Situation constitutionnelle 1543
2. Appréciation du droit en vigueur 1544
3. Efforts de réforme 1547
D. Procédure simplifiée (al. 4) 1547
Lectures complémentaires recommandées 1548
Bibliographie 1549
Matériaux 1552

I. GENÈSE

La réglementation exhaustive de l'accès au Tribunal fédéral figurant à l'art. 191 Cst. remonte à la **réforme de la justice** acceptée le 12 mars 2000 par le peuple et les cantons et entrée en vigueur le 1er janvier 2007. Les constitutions de 1848 et de 1874 attribuaient encore expressément au Tribunal fédéral certaines compétences matérielles selon le principe d'énumération. Désormais, l'art. 191 Cst. charge le législateur de garantir l'accès au Tribunal fédéral et l'habilite à fixer des conditions d'accès (cf. no 3). 1

L'art. 191 Cst. était l'un des aspects **les plus controversés** de la réforme de la justice. Il est le résultat d'une mise en balance entre, d'une part, le souci de maintenir l'accès au Tribunal fédéral aussi large que possible et, d'autre part, celui de le protéger contre une surcharge de travail. Le Conseil fédéral avait initialement proposé de garantir l'accès à la cour suprême nationale dans la mesure où des questions juridiques d'importance fondamentale se posaient ou que l'issue de la procédure avait des conséquences graves pour une partie. La Commission des institutions politiques du Conseil des États souhaitait quant à elle garantir l'accès uniquement pour les litiges portant sur des questions juridiques d'importance fondamentale. La Commission de la Constitution du Conseil national a pris une direction opposée, en voulant n'accorder au législateur la compétence de restreindre l'accès au Tribunal fédéral que dans les cas d'importance mineure ou lorsque les recours sont manifestement voués à l'échec. Il a fallu deux procédures d'élimination des divergences avant que l'art. 191 Cst. soit finalement adopté. 2

II. FONDEMENTS

A. But

L'art. 191 Cst. constitue le cadre constitutionnel dans lequel le législateur peut ériger des obstacles à l'accès au Tribunal fédéral. Les **obstacles à l'accès** sont des obstacles procéduraux dans la procédure de recours qui visent à empêcher que des instances de recours soient saisies de litiges qui ne se prêtent pas à un examen par l'instance de recours ou qui pourraient la surcharger. Les prescriptions de procédure et les règles de la procédure qui sont édictées en vertu de l“art. 188 al. 2 Cst. – telles que les exigences 3

formelles posées aux actes juridiques selon l”art. 42 LTF – peuvent certes remplir le même but. Elles servent toutefois en premier lieu à formaliser la procédure devant le Tribunal fédéral en fixant des règles uniformes. Les restrictions d'accès n'ont pas de fonction de formalisation comparable. Il s'agit plutôt d'obstacles procéduraux visant à écarter certains types de litiges devant le Tribunal fédéral.

B. Contexte constitutionnel

4 La question de savoir quels litiges ne se prêtent pas à un examen par le Tribunal fédéral ou pourraient le surcharger est tranchée sur la base d'une compréhension préalable de ses **fonctions**, qui découle du contexte constitutionnel de l'art. 191 Cst. Le législateur s'y réfère lorsqu'il limite l'accès au Tribunal fédéral.

5 Le point de départ est la position du Tribunal fédéral en tant qu'« autorité judiciaire suprême de la Confédération » (art. 188, al. 1, Cst.) et, partant, ses fonctions spécifiques en tant que **juridiction suprême**. Par cette désignation, la Constitution attribue au Tribunal fédéral, d'une part, un rôle central dans la sauvegarde de l'unité du droit et le développement du droit. Sa pratique doit donc servir de ligne directrice pour le reste du système judiciaire (fonction directrice). D'autre part, il découle de cette désignation que le Tribunal fédéral doit être compétent en dernière instance pour la protection juridique dans les cas individuels. En particulier lorsque des biens juridiques importants ou des violations flagrantes du droit font l'objet d'une procédure, le Tribunal fédéral doit pouvoir intervenir à titre correctif dans des cas individuels (fonction de sauvegarde). Les fonctions du Tribunal fédéral sont en outre déterminées par ses compétences matérielles telles que définies à l'art. 189 Cst.

6 En tant qu'instance suprême à l'intérieur du pays, le Tribunal fédéral revêt en outre une importance particulière pour la concrétisation et l'application de l'**ordre constitutionnel**. Le législateur étant tenu, lorsqu'il légifère, de garantir la réalisation des droits fondamentaux, il doit tenir compte de cette fonction du Tribunal fédéral lorsqu'il restreint l'accès à la justice. Les garanties spéciales de voie de recours, qui ne sont en réalité pas adaptées aux juridictions suprêmes à compétence limitée, peuvent également inciter le législateur à maintenir l'accès au Tribunal fédéral tant que la procédure devant l'instance précédente ne satisfait pas aux exigences correspondantes. Ainsi, la

garantie de recours en matière pénale garantissait l'accès au Tribunal fédéral en tant qu'autorité pénale fédérale de deuxième instance jusqu'à la création de la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral.

La réforme de la justice reposait sur l'hypothèse que le bon fonctionnement du Tribunal fédéral était compromis par une charge de travail trop importante. Une augmentation des effectifs du tribunal a toutefois été catégoriquement rejetée. Le constituant craignait que cela ne compromette l'unité du droit et que le Tribunal fédéral ne devienne une « usine à jugements ». Elle partait du principe que ses fonctions de juridiction suprême ne pouvaient être garanties que par une plus grande **concentration de ses activités**. L'art. 191 Cst. permet au législateur de diriger l'attention du Tribunal fédéral vers les litiges importants dans ce contexte et sert ainsi l'intérêt d'une exécution efficace et économique des tâches. 7

C. Mise en œuvre dans la loi

En adoptant la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) – qui a été élaborée après l'acceptation de la réforme de la justice, mais qui est entrée en vigueur en même temps que celle-ci, le 1er janvier 2007 –, le législateur a érigé des obstacles à l'accès à la justice conformément à l'art. 191 Cst. Comme le montre le tableau ci-dessous, la LTF limite l'accès au Tribunal fédéral exclusivement aux trois **recours uniques ordinaires** prévus au chapitre 3 de la LTF. Elle prévoit des limites de valeur litigieuse pour les recours en matière civile et dans les domaines du droit public proches du droit civil. Certains domaines sont exclus du recours, notamment ceux figurant dans la liste des exceptions du recours de droit public. 8

	Recours en matière civile	*Recours en matière pénale*	*Recours en matière de droit public*
Exclusion de domaines	Décisions rendues contre des marques dans le cadre d'une procédure d'opposition (art. 73)	Décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral ... à l'exception des mesures de	Liste selon l'art. 83 Entraide judiciaire internationale en matière pénale (art. 84) Entraide administrative internationale en

		contrainte (art. 79)	matière fiscale (art. 84a)
Limites de la valeur litigieuse	Limite générale ... avec une réglementation spéciale pour le droit du travail et le droit du bail ... avec des exceptions (art. 74)	-	Responsabilité de l'État et rapports de travail de droit public ... à l'exception des questions de droit fondamental (art. 85)

Tableau : restrictions d'accès dans la LTF

9 **Il n'existe aucune restriction d'accès** au recours constitutionnel subsidiaire prévu au chapitre 5 de la LTF, qui n'a été créé que pour combler les lacunes de la protection juridique dans le cadre des recours ordinaires (cf. N. 27). Aucune restriction n'est non plus prévue pour les recours et les voies de droit extraordinaires visés aux chapitres 6 et 7 LTF. En outre, les restrictions du recours de droit public ne s'appliquent pas au contrôle abstrait des normes et au recours en matière de droit de vote (art. 82 let. b et let. c LTF).

III. COMMENTAIRE I.E.S.

A. Garantie de l'accès (al. 1)

10 L'art. 191, al. 1, Cst. formule un **mandat au législateur** de garantir l'accès au Tribunal fédéral. L'alinéa 1 ne fonde certes pas de droits individuels et n'est pas directement justiciable. Les travaux préparatoires montrent toutefois que le mandat de garantie devait clairement « limiter » la marge de manœuvre du législateur. Il s'agit d'un mandat « matériel » qui offre une « certaine garantie ». À l'origine, l'accès au Tribunal fédéral ne devait être garanti qu'en cas de questions juridiques fondamentales et d'inconvénients graves pour les parties à la procédure. Le Parlement a toutefois rapidement élevé le mandat de garantie du statut d'exception applicable à ces deux cas étroitement liés à l'exercice des fonctions de la juridiction suprême à celui de principe général, sans en limiter l'effet contraignant.

La portée pratique du mandat de garantie est controversée dans la doctrine. À notre avis, il en découle en premier lieu un principe d'**interprétation favorable à l'accès** aux restrictions d'accès. Ce principe d'interprétation repose sur l'hypothèse que le législateur garantit l'accès au Tribunal fédéral tant qu'il n'exprime pas clairement son intention de déroger à son mandat constitutionnel au sens de l'alinéa 1. Si les méthodes d'interprétation reconnues ne permettent pas de déterminer clairement la portée des obstacles à l'accès à la loi, ceux-ci doivent, à notre avis, être interprétés de manière à laisser l'accès au Tribunal fédéral aussi large que possible. Ce principe revêt une importance particulière pour l'interprétation de la liste des exceptions prévue à l'art. 83 LTF, qui laisse parfois une marge d'interprétation considérable (cf. n. 25). 11

La question de savoir si le législateur peut restreindre l'accès au Tribunal fédéral par **d'autres moyens** que les limites de valeur litigieuse et les exclusions par matière prévues à l'art. 191, al. 2 et al. 3, Cst. Une telle compétence est contestée par le fait qu'une initiative visant à habiliter expressément le législateur à édicter des « conditions d'accès spéciales » a été rejetée lors des délibérations. En outre, la commission du Conseil national a estimé que les alinéas 2 et 3 devaient être compris comme exhaustifs. À notre avis, ces considérations historiques passent toutefois au second plan derrière l'argument fonctionnel selon lequel, pour qu'une restriction soit admissible, son effet sur l'accès au Tribunal fédéral doit être déterminant. D'autres moyens de restriction sont donc admissibles, pour autant qu'ils soient moins sévères que les exclusions de domaines expressément autorisées, ce qui devrait être régulièrement le cas. 12

Deux formes particulières de restriction de l'accès font l'objet de dispositions spéciales. Il s'agit, d'une part, de la «**procédure d'acceptation**», dans laquelle un tribunal n'accepte que les litiges qu'il juge recevables selon son libre appréciation ou selon certains critères légaux. En comparaison internationale, certaines juridictions suprêmes, comme la Cour suprême des États-Unis, statuent en principe de manière autonome sur les questions de recevabilité. Le transfert légal d'une telle autonomie au Tribunal fédéral ne serait à notre avis pas compatible avec l'al. 1, qui confère au législateur – et non au Tribunal fédéral – la tâche de garantir l'accès. Lors des délibérations constitutionnelles, la crainte a également été exprimée que le Tribunal fédéral puisse restreindre l'accès plus fortement que ne le prévoit l'art. 191 Cst. Nous voyons toutefois la 13

possibilité de créer une procédure d'acceptation dans la loi, pour autant qu'elle soit liée à des critères d'entrée en matière prédéfinis et limitée à certains domaines. Il en va de même pour la «**procédure de renvoi**», qui autorise ou oblige les tribunaux inférieurs à soumettre certaines questions juridiques à une juridiction supérieure, comme c'est le cas, par exemple, devant la Cour de justice de l'Union européenne. Contrairement à la procédure d'acceptation, qui n'a été mentionnée que dans le message comme option envisageable, mais qui n'a pas été retenue, la création d'une telle procédure au niveau constitutionnel a été examinée de manière approfondie en Suisse, puis finalement rejetée. Son introduction dans la loi est donc exclue à notre avis. Les procédures d'examen préalable visant à classer les recours manifestement infondés sont par ailleurs tout à fait admissibles. Elles relèvent du champ d'application de l'art. 191, al. 4, Cst.

B. Limites de la valeur litigieuse (al. 2)

1. Principe

14 L'art. 191, al. 2, Cst. habilite le législateur à prévoir des limites de la valeur litigieuse – c'est-à-dire des valeurs litigieuses minimales – pour le Tribunal fédéral. La **valeur litigieuse** est l'expression monétaire de l'objet du litige dans la procédure judiciaire. Les limites de valeur litigieuse ont pour but d'exclure les litiges portant sur des montants d'argent insignifiants. Seules les affaires patrimoniales peuvent être chiffrées en montants d'argent. Selon le Tribunal fédéral, il y a affaire patrimoniale « lorsque le fondement juridique de la prétention litigieuse relève du droit patrimonial et que le recours poursuit en fin de compte et principalement un but économique ». La poursuite d'un but économique ne présuppose pas que les parties réclament le paiement d'une somme d'argent. Dans de tels cas, le Tribunal fédéral peut fixer la valeur litigieuse à sa discrétion. Le calcul de la valeur litigieuse dans la loi est régi par l'art. 51 LTF.

15 En vertu de la Constitution, les limites de la valeur litigieuse sont admissibles dans tous les **domaines du droit**. La LTF ne prévoit toutefois des limites de la valeur litigieuse qu'en droit civil et dans les domaines du droit public proches du droit civil. Une proposition du Conseil fédéral visant à exclure du recours devant le Tribunal fédéral les recours contre des amendes de faible montant a été rejetée par le Parlement. Les limites de la valeur litigieuse en

droit public ne sont en effet pas sans poser problème. La justice publique sert à faire respecter les intérêts publics et remplit ainsi des fonctions qui vont au-delà du règlement du litige en question. La valeur litigieuse des litiges de droit public ne peut donc généralement pas être chiffrée. Dans les procédures pénales, la valeur pécuniaire d'une peine n'est en outre pas toujours liée à sa gravité.

Selon l'art. 74 al. 1 LTF, le recours en matière **civile** est soumis à un montant litigieux minimal de 30 000 francs (let. b). Sont exclues les litiges en matière de droit du travail et du droit du bail, pour lesquels la limite est fixée à 15 000 francs (let. a). Le privilège accordé à ces deux domaines repose sur le principe de la protection sociale. Selon le Tribunal fédéral, un « litige en matière de droit du travail » est un différend entre un employeur et un employé qui trouve son origine dans une relation de travail. Les « litiges en matière de droit du bail » comprennent les différends relatifs à la location de locaux commerciaux ou d'habitation. Ne sont en revanche pas compris les litiges découlant de contrats de bail à ferme ou de la location de biens mobiliers. 16

L'art. 85 al. 1 LTF prévoit des limites de valeur litigieuse pour le recours en matière de **droit public** dans les domaines de la responsabilité de l'État (30 000 francs) et des rapports de travail de droit public (15 000 francs). Par « responsabilité de l'État », on entend la responsabilité des collectivités de droit public pour les dommages qu'elles causent. Le droit de la responsabilité de l'État s'inspire du droit civil de la responsabilité civile et comprend tant le droit général de la responsabilité de l'État que les dispositions spéciales en la matière. Les « rapports de travail de droit public » sont des rapports de travail qui ne sont pas fondés sur le droit privé, mais sur le droit public du personnel. 17

2. Exception : questions juridiques de principe

Selon l'art. 191, al. 2, Cst., il ne peut être prévu de limites de valeur litigieuse pour les litiges qui soulèvent des questions juridiques de principe. L'art. 74, al. 2, let. a, et l'art. 85, al. 2, LTF mettent en œuvre cette exception. La Constitution et la loi renoncent toutefois délibérément à donner une définition légale de cette notion. Il est toutefois évident que l'expression « question de droit » désigne l'interprétation litigieuse d'une norme dont la violation peut être invoquée devant le Tribunal fédéral. Il ressort du message relatif à la LTF que la question de droit doit avoir une « importance fondamentale » pour l'ordre juridique en général – et pas seulement pour la 18

procédure concrète. Une question de principe doit donc pouvoir servir de **précédent** pour de nombreux cas similaires, même si le cas individuel semble insignifiant. Peu importe que la décision revête une importance subjective élevée pour une partie ou que la valeur litigieuse requise soit légèrement inférieure au seuil fixé.

19 Le message relatif à la LTF distingue **trois catégories de cas** de questions juridiques revêtant une importance fondamentale. Le premier groupe comprend les questions juridiques qui n'ont encore jamais été jugées par le Tribunal fédéral. Celles-ci revêtent une importance fondamentale pour l'unité de l'ordre juridique lorsqu'elles ont fait l'objet d'appréciations contradictoires par les instances précédentes ou lorsqu'elles sont déterminantes pour la pratique des instances précédentes, c'est-à-dire lorsqu'elles sont susceptibles d'être jugées dans de nombreux cas similaires. Une question juridique revêt également une importance fondamentale pour l'unité du droit lorsque l'instance précédente la tranche en contradiction avec la jurisprudence de la juridiction suprême. Enfin, une question juridique déjà tranchée revêt une importance fondamentale pour le contenu matériel de l'ordre juridique lorsque le Tribunal fédéral estime qu'il y a lieu de réexaminer sa jurisprudence antérieure sur la question en cause.

20 Dans la **pratique**, le Tribunal fédéral est **plus restrictif**. Une question de droit n'a donc une importance fondamentale pour l'unité du droit que « lorsqu'il existe un intérêt général et urgent à ce qu'une question litigieuse soit tranchée par la juridiction suprême afin d'assurer l'application et l'interprétation uniformes du droit fédéral et de lever ainsi une insécurité juridique importante ». Une question n'est toutefois pas fondamentale du simple fait que le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé à son sujet ou qu'il existe des contradictions dans la jurisprudence des instances précédentes. Le Tribunal fédéral examine par exemple si la question pourrait être pertinente dans un grand nombre d'autres cas et s'il existe un consensus doctrinal à son sujet. Une critique importante dans la doctrine, des modifications législatives ou des développements internationaux peuvent notamment justifier le réexamen d'une jurisprudence existante.

21 Le Tribunal fédéral tient également compte du **déroulement hypothétique de la procédure**. Si une question de droit peut être examinée dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire avec la même cognition, il ne peut y avoir de question de principe selon la jurisprudence. En outre, le Tribunal

fédéral a tendance à reconnaître l'importance fondamentale d'une question de droit lorsqu'il est très improbable que celle-ci soit soumise au Tribunal fédéral dans une autre affaire. Comme le relève à juste titre la doctrine, l'inverse n'est pas vrai : une forte probabilité que la même question de droit soit soumise à l'avenir au Tribunal fédéral dans un litige portant sur une valeur litigieuse plus élevée ne s'oppose pas à son importance fondamentale.

La LTF contient deux **dispositions procédurales particulières** pour les questions juridiques de portée fondamentale. D'une part, le Tribunal fédéral ne doit pas rechercher lui-même les indices permettant de conclure à l'existence d'une question de droit d'importance fondamentale, mais peut se fonder sur les arguments avancés par la partie. La partie qui fait valoir l'existence d'une question de droit d'importance fondamentale doit donc motiver pourquoi cette question est importante (art. 42 al. 2 LTF). D'autre part, des règles particulières s'appliquent à la composition de la cour. Les questions juridiques de principe sont jugées par cinq juges fédéraux au lieu des trois habituels, à l'exception des recours contre les décisions des autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 20, al. 2, LTF). 22

C. Exclusion de domaines (al. 3)

1. Situation constitutionnelle

L'art. 191, al. 3, Cst. habilite le législateur à exclure l'accès au Tribunal fédéral pour certains domaines. Dans la LTF, les domaines exclus sont souvent décrits par des notions juridiques qui se fondent sur une source matérielle unique (par exemple les décisions relatives à la « réception de véhicules » au sens de l'art. 12 LCR ou à l'" inscription sur la liste d'attente » pour les transplantations d'organes au sens de l'art. 21 LT). La Constitution ne fixe toutefois aucune limite au législateur dans le choix des **critères de rattachement** possibles pour déterminer un domaine. Les exclusions de domaines dans la LTF se réfèrent ainsi également à des notions juridiques indéterminées ayant un caractère interdisciplinaire (« sécurité intérieure ou extérieure du pays ») et aux instances précédentes du Tribunal fédéral (« décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral »). 23

Les **limites** de l'habilitation prévue à l'al. 3 sont controversées. Il est toutefois admis que le législateur ne peut exclure des branches entières du droit – 24

comme le droit pénal en tant que tel – de l'accès au Tribunal fédéral, car l'al. 3 ne l'habilite qu'à exclure « certains » domaines matériels. À notre avis, il convient d'appliquer un critère plus strict. Une exclusion d'un domaine peut porter gravement atteinte à la position constitutionnelle du Tribunal fédéral (cf. n. 4 ss) avant même de concerner toute une branche du droit. Le législateur n'est pas libre de porter atteinte à cette position, en particulier en raison du mandat de garantie. À notre avis, les bases constitutionnelles vagues ne permettent certes pas de déduire une limite claire pour les exclusions de domaines matériels. La Constitution offre toutefois un cadre de référence pour apprécier la constitutionnalité d'exclusions spécifiques dans le droit en vigueur.

2. Appréciation du droit en vigueur

25 La LTF exclut de l'accès au Tribunal fédéral certains domaines relevant notamment du **recours de droit public**. Ces exclusions ne suivent pas une logique uniforme, mais sont l'expression de décisions individuelles du législateur qui n'ont que peu de rapport entre elles. Elles ont été en partie reprises de l'ancien droit. La liste des exceptions figurant à l'art. 83 LTF, qui comprend, en gros, les exclusions dans le domaine de la migration et des infrastructures ainsi que les exclusions ayant un rapport avec le droit patrimonial, la politique ou d'autres domaines, revêt une importance pratique particulière. S'y ajoutent les exclusions dans le domaine de l'entraide administrative et judiciaire prévues aux art. 84 et 84a LTF, ainsi que certaines exclusions concernant le Tribunal administratif fédéral prévues à l'art. 32, al. 1, LTAF, qui vont au-delà de la LTF et excluent donc indirectement l'accès au Tribunal fédéral. En outre, l'art. 79 LTF exclut largement de la compétence du Tribunal fédéral les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. En droit civil, seule l'exclusion ponctuelle des marques selon l'art. 73 LTF s'applique.

26 La compatibilité d'une exclusion d'un domaine particulier avec la Constitution dépend en premier lieu de son **étendue**. D'une part, il importe de déterminer l'importance des questions juridiques visées par l'exclusion et leur lien avec l'ordre constitutionnel. Plus les questions juridiques visées sont importantes et plus leur lien avec les droits fondamentaux est étroit, plus l'exclusion pose problème pour le maintien des fonctions de juge suprême du Tribunal fédéral (considération qualitative). En revanche, l'allègement de la charge du Tribunal

fédéral visé par le constituant dépend de la charge de travail liée au traitement des cas visés par l'exclusion. De ce point de vue, plus une exclusion allège la charge du Tribunal fédéral, plus elle est souhaitable du point de vue constitutionnel (considération quantitative). La charge de travail dans un domaine dépend certes aussi de la nature des questions juridiques qui se posent. Elle est toutefois déterminée en premier lieu par d'autres facteurs, tels que le nombre d'affaires relevant de ce domaine. Les considérations qualitatives et quantitatives constituent donc des approches distinctes pour apprécier la constitutionnalité des exclusions. À notre avis, la restriction de l'accès au Tribunal fédéral aux questions juridiques importantes est la solution la mieux compatible avec ces deux approches. Ainsi, la LTF exclut déjà aujourd'hui, dans le cadre de certaines exclusions, les « questions juridiques de principe » et les « cas particulièrement importants » au sens de contre-mesures. Les efforts de réforme dans le cadre de la révision de la LTF de 2018 allaient dans le même sens (cf. n. 30).

Les exclusions matérielles ont des effets différents dans le système des voies de recours LTF selon que la décision exclue émane d'une instance cantonale ou fédérale. La raison en est le **recours constitutionnel subsidiaire**, qui permet de contrôler la violation de droits constitutionnels par les décisions des dernières instances cantonales lorsque le recours ordinaire est exclu (art. 113 à 119 LTF). Le recours constitutionnel subsidiaire constitue une véritable exception aux restrictions d'accès, qui découle principalement du souci du législateur de garantir la fonction de surveillance du Tribunal fédéral sur les autorités cantonales dans le domaine des droits constitutionnels. Par « droits constitutionnels », on entend les dispositions constitutionnelles qui garantissent à l'individu une protection contre les ingérences de l'État ou qui, à côté des intérêts publics, protègent au moins à titre complémentaire les intérêts individuels. En font notamment partie les dispositions constitutionnelles cantonales et certains principes de l'État de droit. 27

Le **motif d'exclusion** invoqué par le législateur est également important pour la constitutionnalité des exclusions. La protection du Tribunal fédéral contre une surcharge de travail joue presque toujours un rôle à cet égard. Un autre motif d'exclusion fréquent est l'inaptitude d'une matière à faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, par exemple parce qu'elle revêt un caractère politique ou comporte une part prépondérante d'appréciation. L'objectif d'accélération de la procédure revêt une importance particulière dans le domaine de 28

l'entraide administrative et judiciaire entre autorités, où l'accès au Tribunal fédéral est largement exclu afin de faciliter l'exécution des mesures d'entraide. Tous ces motifs constituent des raisons constitutionnellement légitimes d'exclure certains domaines. En revanche, les références parfois faites par le législateur au caractère technique de certains domaines, à la large marge d'appréciation des instances précédentes ou à la qualité de la procédure devant celles-ci sont discutables du point de vue constitutionnel. La référence à des traditions juridiques existantes n'est convaincante que dans le cas de la juridiction militaire, dont l'exclusion était clairement voulue par le constituant.

29 Au vu de ce qui précède, la question de la compatibilité de l'exclusion de domaines spécifiques avec la Constitution peut être tranchée à l'aide du **schéma de contrôle** ci-dessous. Nous voyons notamment deux problèmes dans le droit en vigueur. Premièrement, en raison des exclusions étendues prévues à l'art. 83, let. b à d, LTF, le Tribunal administratif fédéral se substitue de facto au Tribunal fédéral dans certaines parties du droit des migrations en l'absence de recours constitutionnel. Cette situation est en contradiction flagrante avec le rôle constitutionnel du Tribunal fédéral, d'autant plus que le droit des migrations est étroitement lié aux droits fondamentaux. Le deuxième problème réside selon nous dans la charge de travail croissante du Tribunal fédéral, notamment en matière de recours en matière pénale.

i. Quelle est la portée de l'exclusion ?

- Importance et lien avec les droits fondamentaux des questions juridiques concernées ?
- Effet d'allègement

ii. L'exclusion est-elle compensée ?

- Contre-exceptions ?
- Recours constitutionnel ?

iii. Sur quels motifs législatifs repose l'exclusion et quel est le poids constitutionnel de ces motifs ?

Schéma de contrôle : compatibilité des exclusions de domaines avec la Constitution

3. Efforts de réforme

Le Conseil fédéral a fait évaluer l'organisation judiciaire fédérale entre 2008 et 2013. Il est arrivé à la conclusion que les questions juridiques d'importance fondamentale n'étaient pas systématiquement portées devant le Tribunal fédéral et que celui-ci devait parfois traiter des cas mineurs. Parallèlement, il a constaté des lacunes dans les compétences du Tribunal fédéral. Le Conseil fédéral a donc proposé en 2018 une révision fondamentale de la LTF. D'une part, les exclusions existantes devaient être élargies. En contrepartie, le Tribunal fédéral devait conserver une «**compétence résiduelle**» pour statuer sur les «questions de droit de principe» et les «cas particulièrement importants», à l'exception de la politique extérieure et de la politique de sécurité, du domaine de l'asile et de certains litiges relevant du droit des télécommunications. La signification exacte de ces deux notions devait être précisée dans la loi (cf. art. 89b P-LTF). À l'origine, le Conseil fédéral avait également prévu de supprimer le recours constitutionnel subsidiaire. Toutefois, en raison des vives critiques formulées lors de la consultation, qui craignaient une restriction de la protection juridique dans le domaine des droits constitutionnels, il a retiré cette proposition. La grande révision de la LTF a néanmoins échoué en 2020 en raison de l'opposition du Conseil national à l'extension des exclusions par domaine. 30

Peu après l'échec de la révision, les efforts de réforme ont repris. En réponse au postulat Caroni du 2 décembre 2020, le Conseil fédéral a présenté le 24 janvier 2024 un rapport dans lequel il se prononce en faveur d'une **approche en deux étapes**. D'une part, il a maintenu la grande révision de la LTF, mais a décidé d'attendre les débats parlementaires et de ne pas entreprendre pour l'instant de démarches dans ce sens. D'autre part, il a engagé une petite révision de la LTF visant à apporter des améliorations ponctuelles et politiquement incontestables à la loi. Le 6 décembre 2024, le Conseil fédéral a ouvert la consultation relative à la petite révision de la LTF. Il propose uniquement des modifications rédactionnelles concernant l'accès au Tribunal fédéral. 31

D. Procédure simplifiée (al. 4)

L'art. 191, al. 4, Cst. habilite le législateur à prévoir une procédure simplifiée pour les recours manifestement infondés. Il ne s'agit pas d'une restriction de l'accès, mais simplement d'un **type de procédure particulier**. Un recours est 32

« manifestement infondé » lorsqu'il est d'emblée évident que la violation alléguée n'existe pas. Tel est notamment le cas lorsqu'il n'existe aucun doute quant à l'interprétation de la loi, que ce soit en raison d'un texte législatif clair ou d'une jurisprudence constante. À l'origine, l'al. 4 devait habiliter le législateur à exclure totalement les recours manifestement infondés de l'accès au Tribunal fédéral. La version actuelle de l'al. 4 a été choisie afin de garantir que les justiciables obtiennent dans de tels cas au moins une brève motivation qui satisfait aux exigences de l'art. 29, al. 2, Cst.

33 La LTF prévoit **deux types** de procédure simplifiée. Le Tribunal fédéral statue d'abord en composition individuelle et avec une brève indication du motif d'irrecevabilité sur les recours manifestement irrecevables, manifestement infondés, abusifs ou querelleurs (art. 108 LTF). Il statue ensuite avec une motivation sommaire – mais en formation ordinaire de trois juges (cf. art. 20, al. 1, LTF) – sur certaines décisions de non-entrée en matière ainsi que, à l'unanimité, sur le rejet des recours manifestement non fondés et sur l'admission des recours manifestement fondés (art. 109 LTF). Le LTF va ainsi au-delà de la lettre de l'al. 4, qui prévoit la procédure simplifiée uniquement pour les recours manifestement infondés. L'art. 188 al. 2 Cst. offre toutefois une base constitutionnelle suffisante pour la solution choisie par le législateur.

A propos des auteurs

Ivan Gunjic, MLaw, est greffier au Tribunal administratif fédéral.

Natascha Kords, MLaw, LL.M, travaille actuellement comme greffière auprès d'un tribunal de district zurichois. Elle a obtenu le MLaw à l'Université de Zurich et le LL.M. au King's College de Londres en 2023. Auparavant, elle a travaillé pendant un an à la chaire du Prof. Dr Kiener.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Aeschlimann Arthur, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 2008, S. 397 ff.

Brenci Alessandro, De la question juridique de principe, La traduction de l'autorité judiciaire suprême; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral, Zürich 2015.

Bundesamt für Justiz, Übersicht und Dokumentation zu den Rechtsetzungsprojekten «Reform der Bundesverfassung», «Justizreform»,

«Totalrevision der Bundesrechtspflege», «Bundesgerichtsgesetz I» (grosse Revision) und «Bundesgerichtsgesetz II» (kleine Revision).

Portmann Urs (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2007.

Schweizer Rainer J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit: Ein heikler Schritt mit gewissen Unwägbarkeiten und Problemen, Justice - Justiz - Giustizia 4 (2018).

BIBLIOGRAPHIE

Aeschlimann Arthur, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 2008, S. 397–415.

Aubry Girardin Florence, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Bacher Bettina/Belser Eva Maria, Kommentiertung zu Art. 109 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bovey Grégory, Kommentierung zu Art. 74 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Donzallaz Yves, Kommentierung zu Art. 85 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Fontana David, Docket Control and the Success of Constitutional Courts, in: Ginsburg Tom/Dixon Rosalind (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Massachusetts 2011, S. 624–641.

Frésard Jean-Maurice, Kommentierung zu Art. 51 BGG, in: Aubry Girardin Florence et al. (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022.

Frey Michael, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Diss., Weblaw, Bern 2017.

Geering Florian/Schamberger Una, Dauert das noch lange?, in: Bukovac Jasmina/Hunkemöller Pia/Zubler Clio (Hrsg.), Wie die Zeit vergeht, APARIUZ XXV, Zürich 2024, https://doi.org/10.36862/eiz-719.

Häberli Thomas, Kommentierung zu Art. 83 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Hänni Julia/Meyer Lukas Xaver, Kommentierung zu Art. 74 und Art. 85 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Heinzmann Michel, Kommentierung zu Art. 51 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Lienhard Andreas/Kettiger Daniel, Research on the caseload management of courts: methodological questions, Utrecht Law Review 7 (2011), S. 66–73, https://doi.org/10.18352/ulr.147.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kiener Regina, § 21: Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 285–316.

Kiener Regina, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), BTJP 2006, Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, S. 219–280.

Kiss Christina/Koller Heinrich, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

Koller Heinrich, Kommentierung zu Art. 1 BGG, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018.

Kradolfer Matthias, Kommentierung zu Art. 29a BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung – Version: 25.7.2023, https://doi.org/10.17176/20230725-154435-0.

Kuhn André/Jeanneret Yvan, L'accès au Tribunal fédéral sera-t-il dorénavant réservé aux prévenus fortunés?, Jusletter vom 1. Februar 2016.

Misic Alexander, Verfassungsbeschwerde: das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), Diss., Zürich 2011.

Müller Jörg Paul, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39, S. 621–645.

Oesch Matthias, Europarecht Band I, 3. Aufl., Zürich 2024.

Reich Johannes, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 35 BV und Einleitung zur Justizverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

Schweizer Rainer J., Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Ein heikler Schritt mit gewissen Unwägbarkeiten und Problemen, Justice - Justiz - Giustizia 4 (2018).

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 191 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Seiler Hansjörg, Kommentierung zu Art. 82, Art. 85 und Art. 109 BGG, in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

Tappy Denis, Le recours en matière civile, in: Portmann Urs (Hrsg.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Travaux de la journée d'étude organisée le 20 mai 2005, Lausanne 2007, S. 59 ff.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

Vock Dominik, Kommentierung zu Art. 74 BGG, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), Praxiskommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.

Walter Hans Peter, Justizreform, in: Gauch Peter/Thürer Daniel (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf, 2002, S. 129–148.

von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas, in: Seiler Hansjörg et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Bern 2015.

MATÉRIAUX

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1998, Vierte Sitzung, 5.3.1998, Bundesverfassung. Reform, S. 253 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20043854.pdf?id=20043854.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1998, Fünfzehnte Sitzung, 25.6.1998, Bundesverfassung. Reform, S. 1453 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20044163.pdf?id=20044163.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1999, Achte Sitzung, 9.6.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 1011 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20045976.pdf?id=20045976.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1999, Zwölfte Sitzung, 6.10.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 2048 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046528.pdf?id=20046528.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1999, Erste Sitzung, 30.8.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 606 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046369.pdf?id=20046369.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1999, Zwölfte Sitzung, 7.10.1999, Bundesverfassung. Reform, S. 979 ff., https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20046870.pdf?id=20046870.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 2005, Sechste Sitzung, 8.3.2005, Bundesrechtspflege. Totalrevision, S. 117 ff., https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_05_03.pdf.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 2019, Neunte Sitzung, 17.12.2019, Bundesgerichtsgesetz. Änderung, S. 1206 f., https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48149.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 2020, Fünfte Sitzung, 5.3.2020, Bundesgerichtsgesetz. Änderung, S. 155 ff., https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48529.

Bericht des Bundesrates vom 30.10.2013 über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, BBl 2013 9077 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2013/1810/de.

Bericht des Bundesrates vom 24.1.2024 in Erfüllung des Postulates 20.4399 Caroni vom 2. Dezember 2020, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2024-01-24.html.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 24.9.1965 über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, BBl 1965 II 1265 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1965/2_1265_1301_1029/de.

Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/de.

Botschaft vom 28.2.2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/731/de.

Botschaft
vom 20.10.2010 zum zweiten Teil der Bahnreform 2, BBl 2011 911 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/131/de.

Botschaft vom 15.6.2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, BBl 2018 4605 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/1655/de.

Bundesbeschluss vom 12.3.2000 über das vollständige Inkrafttreten der Justizreform, AS 2006 1059, https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2006/185/de.

Bundesratsbeschluss vom 17.5.2000 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. März 2000, BBl 2000 2990 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2000/615/de.

Entwürfe der Verfassungskommissionen, Entwurf der Verfassungskommission des Nationalrates (VK-N) vom 21.11.1997, Vorlage C, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf.download.pdf/bv-vekomm-d.pdf.

Entwürfe der Verfassungskommissionen, Entwurf der Verfassungskommission des Ständerates (VK-S) vom 27.11.1997, Vorlage C, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf.download.pdf/bv-vekomm-d.pdf.

Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 6.12.2024 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens «Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes» (EJPD-Bericht), https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/90956.pdf.

Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, Juni 1997, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf.

Alle aufgeführten Links wurden zuletzt besucht am 1.1.2025