



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

COMMENTAIRE

Art. 189 Cst.

Un commentaire de Jérôme Gurtner
Edité par Stefan Schlegel / Odile Ammann

État du traitement : 06.01.2026

PDF créé le : 06.10.2026

DOI: 10.17176/20260106-150833-0

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	3
II. Contexte.....	4
III. Commentaire proprement dit	4
A. Compétence juridictionnelle et cognition du Tribunal fédéral (al. 1)	5
1. Généralités	5
2. Droit fédéral (let. a)	7
3. Droit international (let. b).....	10
4. Droit intercantonal (let. c).....	15
5. Droits constitutionnels cantonaux (let. d)	16
6. Autonomie communale et autres garanties cantonales (let. e).....	17
7. Droits politiques (let. f)	18
B. Compétence juridictionnelle du Tribunal fédéral en cas de différends entre Confédération et cantons ou entre cantons (al. 2).....	19
1. Généralités	19
2. Différends	21
a. Entre autorités fédérales et cantonales	21
b. Entre les cantons.....	22
3. Quelques remarques concernant la jurisprudence.....	24
4. Constitutionnalité de l'art. 120 al. 2 LTF	24
C. Autres compétences (al. 3).....	24
D. Actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral (al. 4)	26
1. Principe : non-contestabilité (première phrase).....	26
2. Exceptions : contestabilité (deuxième phrase).....	29
Lectures complémentaires recommandées.....	32
Bibliographie	32

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 114^{bis} 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)¹ : 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 1^{er} 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)², qui énumérait les motifs de recours sans distinguer entre les différents domaines juridiques³. 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 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 1^{er} janvier 2007⁴.
- 3 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 populaires⁵. Celui-ci introduisait dans la Constitution un nouvel instrument, l'**initiative populaire générale** (art. 139a 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. 1^{bis} 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

1. FF 1997 I 638-639.

2. FF 1997 I 652.

3. SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 1 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 3.

4. RO 2002 3148, RO 2006 1059 ; FF 2000 2814.

5. FF 2003 2784.

portant suppression de l'initiative populaire générale⁶, jugée trop complexe à mettre en œuvre⁷. Ces dispositions ne sont donc jamais entrées en vigueur.

II. CONTEXTE

- 4 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 191c Cst.). Intitulé « compétences du Tribunal fédéral » (« Zuständigkeiten des Bundesgerichts », « Competenze del Tribunale federale »), il définit les compétences **juridictionnelles** de cette autorité⁸. 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.
- 5 Avant d'examiner en détail les compétences du Tribunal fédéral, il convient de rappeler que celles-ci sont limitées par **trois restrictions importantes**⁹, 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 infondés¹⁰.
- 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 concrétisation¹¹. 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*)¹².
- 8 L'alinéa 1 énumère les **motifs** de recours permettant de porter des « contestations » (« Streitigkeiten », « controverse ») devant le Tribunal fédéral. Ceux-ci concernent la violation du droit fédéral, du droit international, du 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

6. RO 2009 6409.

7. Pour plus de détails, voir Lammers, p. 57 et les réf. cit.

8. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 2 ; Donzallaz, art. 95 LTF N 3424.

9. Rhinow/Koller/Kiss et al., N 220-225.

10. OK-Gunjic/Kords, art. 191 Cst.

11. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 2.

12. Dans ce sens également : Kocher, N 62.

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).

- 9 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).
- 10 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*).
- 11 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*).

A. Compétence juridictionnelle et cognition du Tribunal fédéral (al. 1)

1. Généralités

- 12 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.
- 13 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 expressément¹³. Trois conséquences en découlent. Premièrement, le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour examiner des questions abstraites ou théoriques (cf. N. 77 *infra*)¹⁴ : 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 »¹⁵. Deuxièmement, le Tribunal fédéral 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 professionnelles¹⁶, mais uniquement sur demande d'une des parties au conflit¹⁷. 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 parties¹⁸. 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**¹⁹, comme le confirme l'alinéa 1. En revanche, les griefs portant sur les faits ne sont, en principe, pas recevables devant lui²⁰. Il statue sur la

13. Biaggini, art. 189 N 3.

14. Dans ce sens également : CR-Chaix, art. 189 N 5.

15. Dictionnaire Larousse, disponible sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/litige/47483>.

16. Voir p. ex. Chappuis/Gurtner, N 1138.

17. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 3 ; BSK BV-Seferovic, art. 189 N 6.

18. 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 ».

19. ATF 144 IV 35, consid. 2.3.3 ; voir aussi Zen-Ruffinen, Vol. II, N 2359 et 2380.

20. 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. 29a, première phrase, Cst.

base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF²¹. 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 arbitraire²², et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF)²³. 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 est contenu dans l'acte attaqué²⁴. 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* »²⁵, 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 »²⁶.

- 15 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 part²⁷. Ainsi, sous réserve des cas visés à l'art. 189 al. 1 let. c, d, e et f Cst., son contrôle ne porte pas sur le droit **cantonal** ou **communal** en tant que tel²⁸. 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 constitutionnels²⁹. 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.³⁰. Par ailleurs, il convient d'ajouter que lorsque le Tribunal fédéral examine le droit cantonal indépendamment de toute atteinte à un

21. 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.

22. 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).

23. ATF 145 V 188, consid. 2 ; ATF 142 II 355, consid. 6.

24. ATF 145 V 188, consid. 2 ; ATF 137 II 353, consid. 5.1.

25. FF 1997 I 504.

26. CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 2 et les réf. cit.

27. Petit Comm.-Mahon, Remarques liminaires N 10 et 11.

28. Voir également Kaufmann, Die « Big 4 », N 5.

29. 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.

30. FF 2001 4133.

droit fondamental, il ne revoit pas le principe de la proportionnalité librement, mais seulement sous l'angle de l'arbitraire³¹. 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 »³². 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 »³³.

- 16 L'alinéa 1 n'impose pas au législateur fédéral un système de recours spécifique³⁴. Il convient toutefois de souligner que la révision de 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 public³⁵. 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 »³⁶.

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**³⁷. 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)³⁸, dans tous les domaines du droit (droit civil, droit pénal, droit administratif, droit des poursuites et droit des assurances sociales, notamment)³⁹.
- 18 La notion de droit fédéral englobe les **droits constitutionnels fédéraux**⁴⁰, 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 »⁴¹. Malinverni et al. qualifient à juste titre ce raccourci de « malheureux » : les justiciables

31. 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.

32. Chaix, Les motifs du recours, N 65 et 66.

33. Chaix, Les motifs du recours, N 66.

34. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 2 et 15.

35. FF 2001 4032 ; pour un aperçu des voies de recours selon l'ancien droit : Mahon I, N 214.

36. FF 2001 4033.

37. FF 1997 I 536 ; CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 12.

38. ATF 133 I 201, consid. 1 ; Häfelin et al., N 1970.

39. FF 1997 I 536 ; CR-Moser-Szeless, art. 49 PA N 12 ; Rhinow/Koller/Kiss et al., N 216.

40. FF 1997 I 536 ; ATF 136 II 304, consid. 2.4 ; ATF 133 I 201, consid. 1.

pourraient en effet penser, à tort, qu'il n'est possible d'invoquer devant le Tribunal fédéral que la violation de droits constitutionnels cantonaux⁴². 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'édictees principalement dans l'intérêt public, protègent également des intérêts individuels⁴³. Pour déterminer l'existence de droits constitutionnels, le Tribunal fédéral se base en particulier sur l'**intérêt à la protection juridique** et la **justiciabilité**⁴⁴. Il se réfère parfois aussi à la notion d'applicabilité directe (« unmittelbare Anwendbarkeit »)⁴⁵, 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 juge⁴⁶. 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 »⁴⁷. Selon Mathias Kaufmann, la justiciabilité désigne la légitimité du contrôle judiciaire d'une règle de droit invoquée par un particulier⁴⁸. 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 recevable⁴⁹. Cet auteur souligne en outre qu'une règle juridique n'est jamais partiellement justiciable : elle l'est dans son intégralité ou ne l'est pas⁵⁰. Enfin, l'applicabilité directe et la justiciabilité sont deux caractéristiques « générales et abstraites » des normes, qui ne dépendent pas des circonstances du cas d'espèce⁵¹. Sur ce dernier point, nous nous rallions à la position de Kaufmann.
- 20 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.)⁵², la protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.)⁵³, la protection des enfants et des jeunes dans sa composante de protection contre les atteintes étatiques (art. 11 al. 1 *ab initio* Cst.)⁵⁴, le droit d'obtenir une aide d'urgence (art. 12 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), la

41. FF 1997 I 536.

42. Malinverni et al., N 2030.

43. ATF 137 I 77, consid. 1.3.1, JdT 2011 I 243 ; ATF 131 I 366, consid. 2.2, JdT 2006 I 519.

44. 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).

45. ATF 139 II 243, consid. 10, RDAF 2014 I 351.

46. 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 »).

47. Guide linguistique des lois et ordonnances de la Confédération, p. 54.

48. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 102.

49. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 102-103.

50. Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 103.

51. 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.

52. CR-Martenet, art. 8 N 46.

53. CR-Dubey, art. 9 N 8 ; Biaggini, art. 9 N 2.

54. 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.

liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.)⁵⁵, 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.)⁵⁶. 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.)⁵⁷. Selon la doctrine, l'interdiction de la construction de minarets prévue à l'art. 72 al. 3 Cst. est directement applicable⁵⁸. Le Tribunal fédéral a également retenu que l'art. 75b 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 dépassée⁵⁹.

- 21 Ne sont en revanche **pas justiciables** les prescriptions de nature organisationnelle ou les dispositions à caractère purement programmatique⁶⁰. La Constitution fédérale exclut en outre expressément la justiciabilité des buts sociaux (art. 41 al. 4 Cst.)⁶¹, ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral en ce qui concerne l'art. 41 al. 1 let. e Cst.⁶². 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 »⁶³. L'art. 121a Cst. n'est pas directement applicable⁶⁴. 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 »⁶⁵. Les maximes de l'action étatique qui nécessitent une forte concrétisation (p. ex. les art. 5a et 6 Cst.) ne sont pas non plus justiciables⁶⁶. De même, le Tribunal fédéral a retenu que l'art. 106 Cst. concernant les jeux d'argent ne contient pas de dispositions directement applicables⁶⁷.
- 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 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.⁶⁸. Par exemple, selon la jurisprudence, les dispositions procédurales essentielles telles que la compétence matérielle

55. Pour un exemple, voir l'arrêt du TF 2C_405/2022 du 17.1.2025 (destiné à la publication aux ATF).

56. CR-Chaix, art. 189 N 9 ; Chaix, Les motifs du recours, N 15 et les réf. cit.

57. Voir aussi, CR-Chaix, art. 189 N 9 ; Mahon I, N 361.

58. Biaggini, art. 72 N 13 ; Kley, art. 72 N 31.

59. ATF 139 II 243, consid. 9 et 10 ; voir aussi OK-Mösching, art. 75b Cst. N 9.

60. ATF 137 I 77, consid. 1.3.1 et les réf. cit.

61. Sur cette question, cf. Chatton. Voir aussi Kaufmann, Der öffentlichrechtliche Anspruch, p. 90.

62. ATF 141 I 1, consid. 5.5 ; arrêt du TF 2C_475/2016 du 30.11.2016, consid. 6.2.

63. Arrêt du TF 2C_783/2022 du 12.10.2022, consid. 7.

64. ATF 142 II 35, consid. 3.3, JdT 2016 I 35.

65. 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.

66. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 16.

67. ATF 141 II 262, consid. 2.2, JdT 2016 I 32.

68. 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.

des tribunaux et les voies de droit doivent être édictées dans une loi au sens formel⁶⁹. 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)⁷⁰.

- 23 Les **ordonnances** législatives (« *Rechtsverordnungen* »), qui s'adressent à l'ensemble des autorités et des particuliers et qui contiennent des règles de droit⁷¹, constituent du droit fédéral (art. 22 al. 2 LParl ; art. 7 et 48 LOGA)⁷². 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 particuliers⁷³ ; il s'agit d'une simple aide au travail et d'un appui aux autorités⁷⁴. 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'ordonnance⁷⁵. Il en va de même des directives et commentaires élaborés par le Secrétariat d'État aux migrations (SEM)⁷⁶, du Programme national de sûreté de l'aviation civile édicté par l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC)⁷⁷, des communications adoptées par la Commission de la concurrence (Comco) concernant l'appréciation des accords verticaux⁷⁸, ou des brochures et autres instructions que l'AFC édicte en matière de TVA – même si ces dernières déploient un effet externe⁷⁹.
- 24 Les normes établies par des **associations de droit privé** ne constituent pas non plus du droit fédéral⁸⁰. 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 rare⁸¹, peut enfin également constituer du droit fédéral⁸².

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 fédéral⁸³. 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 Confédération⁸⁴.

69. ATF 148 III 172, consid. 3.2.2 et les réf. cit., JdT 2023 I 206.

70. Malinverni et al., N 1553.

71. Malinverni et al., N 1616 ; Moor/Flueckiger/Martenet, p. 421-422.

72. Dans ce sens également : CR-Chaix, art. 189 N 10.

73. 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.

74. CR-Chaix, art. 189 N 10 ; Moor/Flueckiger/Martenet, p. 425 et la réf. cit.

75. ATF 148 II 299, consid. 7.1

76. ATF 146 II 321, consid. 4.3.

77. ATF 144 II 376, consid. 9.4.2.

78. ATF 144 II 246, consid. 13.3.

79. ATF 142 II 113, consid. 9.1 et les réf. cit.

80. 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).

81. ATAF 2020 IV/4, consid. 7.2 et les réf. cit.

82. 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.

83. 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.

84. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 17 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 19.

- 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)⁸⁵. 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 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 droit⁸⁶. Cette disposition énonce les sources traditionnelles du droit international⁸⁷. 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 international⁸⁸. En revanche, les normes internationales qui n'ont qu'un statut de « soft law »⁸⁹, comme des recommandations ou des commentaires⁹⁰, n'en font pas partie⁹¹.
- 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 droit⁹². Le critère de l'applicabilité directe correspond à l'exigence de justiciabilité (cf. N. 19 supra)⁹³. D'une manière générale, une norme est directement applicable si les trois conditions suivantes sont réunies de manière cumulative : (1) la 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 droit⁹⁴. 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 cohérence⁹⁵. 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

85. 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.

86. 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.

87. Egli, p. 26.

88. SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 20.

89. Sur le « soft law », voir Besson, N 955-960.

90. Il est précisé que ce terme ne désigne pas la doctrine.

91. ATF 144 II 130, consid. 8.2.2 ; 141 I 141, consid. 6.3.3.

92. 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.

93. 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.

94. Besson, N 1418 et 1521 ; Kälin et al., p. 133-135. Voir aussi Ammann, p. 81-82.

95. Ammann, p. 82, qui cite l'ATF 136 I 290, consid. 2.3.1, et l'ATF 124 II 293, consid. 4b).

invoquées en justice par un particulier sans être concrétisées en droit interne par l'adoption de normes de droit suisse qui puissent les rendre justiciables⁹⁶. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les recours dont les griefs sont fondés sur des normes qui ne sont pas directement applicables⁹⁷.

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)⁹⁸ ;
- les droits garantis par le Pacte international du 9 mai 2022 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II ; RS 0.103.2)⁹⁹ ;
- 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)¹⁰⁰ ;
- 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'enfant¹⁰¹ ;
- 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 pénale¹⁰² ;
- 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 ii¹⁰³ ;
- 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'Accord¹⁰⁴.

31 Le Tribunal fédéral a en revanche **nié l'applicabilité directe** de :

- plusieurs dispositions du Pacte ONU I¹⁰⁵ ;
- 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

96. Kälén et al., p. 131 ; Besson, N 1514-1517.

97. ATF 126 I 240, consid. 3b, JdT 2002 I 262. Voir aussi SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 19.

98. 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.

99. ATF 136 I 332, consid. 3.1, JdT 2011 I 43 ; Besson, N 1525.

100. 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.

101. ATF 124 III 90, consid. 3a.

102. ATF 145 I 308, consid. 3.4.2.

103. ATF 146 V 87, consid. 4.1 et 8.1.

104. ATF 144 II 293, consid. 6.2.

105. ATF 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.

CDE, 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 nationale¹⁰⁶ ;

- 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 °C¹⁰⁷ ;
- l'art. 5 al. 3 de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (RS 0.109)¹⁰⁸, 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 supérieur¹⁰⁹ ;
- 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 interne¹¹⁰ ;
- 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 contractants à légiférer et à la transposer dans leur législation nationale¹¹¹ ;
- 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 particuliers¹¹² ;
- 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 confisqués¹¹³.

32 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 :

- 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

106. 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.

107. Arrêt du TF 1C_393/2022 du 31.3.2023, consid. 3.3.3.

108. Arrêt du TF 1C_357/2020 du 18.3.2021, consid. 5.5.

109. Arrêt du TF 2C_360/2012 du 17.8.2012, consid. 1.3, qui relève un caractère programmatique.

110. ATF 150 IV 48, consid. 4.1.

111. ATF 145 IV 294, consid. 3.1, JdT 2019 IV 343.

112. ATF 149 IV 307, consid. 2.9.1, JdT 2024 IV 89.

historiques et oblige chaque Partie à mettre en place des procédures de contrôle et d'autorisation appropriées¹¹⁴. 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 normes¹¹⁵. 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 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)¹¹⁶ ;

- 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 particulier¹¹⁷.

- 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 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 question¹¹⁸.

113. ATF 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).

114. ATF 147 I 308, consid. 5.2, résumé in : RDAF 2022 I p. 501.

115. ATF 147 I 308, consid. 5.3, résumé in : RDAF 2022 I p. 501.

116. ATF 147 I 308, consid. 7.5, résumé in : RDAF 2022 I p. 501.

117. Arrêt 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.

118. ATF 135 II 243, consid. 3.1 et les réf. cit.

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 cantons¹¹⁹. 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 intercantionales »¹²⁰. Il contrôle librement son application, contrairement au droit cantonal, revu sous l'angle de l'arbitraire (cf. N. 15 *supra*)¹²¹.
- 35 Le droit intercantonal comprend les **conventions intercantionales** (art. 48 al. 1 Cst.) et les normes juridiques édictées par les organisations intercantionales ou les institutions mises en place par les accords intercantonaux¹²². S'y ajoute le droit coutumier intercantonal¹²³. Les conventions intercantionales 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 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 stupéfiants¹²⁴.
- 36 Comme le souligne Andreas Auer, les conventions intercantionales sont loin d'être anecdotiques : leur nombre s'élèverait à **près de 800** en 2016 selon les estimations¹²⁵. 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 1^{er} 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-JUNE¹²⁶, de l'art. 2 let. b. AICPS¹²⁷, et de la norme AEAI¹²⁸.
- 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*).

119. FF 1997 I 537.

120. Arrêt du TF 2C_863/2017 du 19.7.2018, consid. 2 ; voir aussi CR-Chaix, art. 189 N 14.

121. ATF 147 I 47, consid. 3.1.

122. 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

123. BSK BV-Seferovic, art. 189 N 34 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 27.

124. ATF 138 I 435.

125. Auer, N 830 et les réf. cit. Concernant l'évolution de la collaboration intercantonale en général, voir Jeannerat, N 20.

126. Arrêt du TF 1C_472/2017 du 29.5.2018, consid. 1.3.

127. Arrêt du TF 2C_817/2021 du 24.6.2022, consid. 6.4 et la référence à la doctrine citée.

128. Arrêt du TF 1C_31/2021 du 16.7.2021, consid. 4.1.1.

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.
- 40 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**¹²⁹. 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 droits¹³⁰. 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 CEDH¹³¹.
- 41 Sont notamment **directement invocables en justice** l'art. 17 Cst./ZH (RS 131.211)¹³², 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./ZH¹³³, 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)¹³⁴, 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 procédure¹³⁵. 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 justiciables¹³⁶.
- 42 En revanche, le § 35 Cst./LU (RS 131.213)¹³⁷, 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)¹³⁸, 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-jurés¹³⁹. Il a en revanche jugé, dans un arrêt de 2010 concernant le canton de Zoug, qu'il

129. ATF 137 I 77, consid. 1.3.1 ; ATF 136 I 241, consid. 2.2 ; ATF 131 I 366, consid. 2.

130. Bovey, art. 95 LTF N 37.

131. 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.

132. 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.

133. ATF 137 I 77, consid. 1.3.2.

134. ATF 144 II 281, consid. 3.3 et les arrêts cités.

135. ATF 145 I 297.

136. Martenet, La reconnaissance, p. 685 et la réf. cit.

137. Arrêt du TF 2C_272/2012 du 9.7.2012, consid. 2.2.

138. 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.

était permis d'accorder aux petites communes, sur la base d'une règle coutumière cantonale, un droit minimal de deux sièges au parlement cantonal¹⁴⁰.

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 1874¹⁴¹, le Tribunal fédéral avait cependant reconnu son existence dans une jurisprudence constante¹⁴². La lettre e représente ainsi une **codification de la jurisprudence**¹⁴³.
- 45 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 LTF¹⁴⁴. Le Tribunal fédéral considère par ailleurs que l'autonomie communale fait partie des **droits constitutionnels cantonaux** au sens de l'art. 95 let. c LTF¹⁴⁵.
- 46 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 également¹⁴⁶. 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 importante¹⁴⁷. 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) »¹⁴⁸.
- 47 **L'étendue de l'autonomie communale** varie considérablement d'un canton à l'autre¹⁴⁹. La jurisprudence a p. ex. reconnu que des communes qui s'estiment lésées dans leur autonomie par un plan directeur cantonal peuvent – à la différence des particuliers¹⁵⁰ – l'attaquer directement ou, dans

139. ATF 138 I 196, consid. 4.5.4.

140. ATF 136 I 196, consid. 5.2, JdT 2011 I p. 96.

141. FF 1997 I 537.

142. ATF 120 Ia 204 et les arrêts cités.

143. Dans ce sens : Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 12.

144. 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.

145. ATF 147 I 136, consid. 1.4, JdT 2021 I 127 ; ATF 143 II 553, consid. 6.3.1, JdT 2018 I 71.

146. 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.

147. 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.

148. FF 1997 I 537.

149. 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.

150. ATF 119 Ia 285, consid. 3b, JdT 1995 I 421.

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 autonomie¹⁵¹. 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)¹⁵². 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 domaine¹⁵³.

- 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 commune¹⁵⁴ et l'Université de Lausanne¹⁵⁵. Elle a en revanche été refusée notamment aux Services industriels genevois¹⁵⁶, à l'Hospice général du même canton¹⁵⁷, au canton de Vaud (CHUV)¹⁵⁸, à l'établissement cantonal d'assurance et de prévention du canton de Neuchâtel¹⁵⁹, au canton de Genève¹⁶⁰ et à l'Aéroport International de Genève¹⁶¹.

7. Droits politiques (let. f)

- 49 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*)¹⁶².
- 50 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 démocratique¹⁶³. 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 démocratique¹⁶⁴.

151. ATF 146 I 36, consid. 1.4, JdT 2021 I p. 232 ; ATF 136 I 265, consid. 1.3, JdT 2011 I 434.

152. ATF 143 I 272, consid. 2.4.6, JdT 2017 I p. 169.

153. Arrêt du TF 2C_173/2013 du 17.7.2013, consid. 1.2.

154. ATF 108 Ia 82.

155. Arrêt du TF 2C_421/2012 du 21.3.2014, consid. 1.2, non publié in : ATF 140 I 201.

156. Arrêt du TF 2P.342/1994 du 4.7.1995, consid. 2d.

157. Arrêt du TF 2P.300/2004 du 14.12.2004, consid. 2.3.

158. Arrêt du TF 2C_37/2013 du 17.1.2013, consid. 5.2.

159. Arrêt du TF 2C_669/2017 du 15.6.2018, consid. 2.2.2.

160. ATF 145 I 239, consid. 5.3.1.

161. Arrêt du TF 2D_38/2020 du 25.2.2021, consid. 1.3.2.

162. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 13 ; voir aussi CR-Chaix, art. 189 N 21.

163. CR-Martenet/von Büren, art. 34 N 25 ss ; arrêt du TF 1C_257/2021 du 6.9.2021, consid. 1.1.

164. Häfelin et al., N 1980 ; SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 43.

- 51 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 fédérale¹⁶⁵. 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** »¹⁶⁶, 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).
- 52 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 »¹⁶⁷, celui-ci n'est pas atteint, 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. 10a LDP) est exclu par l'art. 189 al. 4 Cst. (cf. N. 84 *infra*)¹⁶⁸.
- 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.¹⁶⁹. 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'irrecevabilité¹⁷⁰. 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 »)¹⁷¹ 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 LTF¹⁷². 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 fédéral¹⁷³.

B. Compétence juridictionnelle du Tribunal fédéral en cas de différends entre Confédération et cantons ou entre cantons (al. 2)

1. Généralités

- 55 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.¹⁷⁴, en particulier des lettres a et c¹⁷⁵. Elle a

165. FF 1997 I 499.

166. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 13.

167. FF 1997 I 512.

168. CR-Chaix, art. 189 N 23.

169. ATF 151 I 225, consid. 3.2 ; ATF 138 I 61, consid. 4.4, JdT 2012 I 171.

170. ATF 145 I 207, consid. 1.1.

171. Pour un exemple, voir l'arrêt du TAF A-2350/2020 du 17.1.2022, consid. 1.2.1.

172. FF 2025 1580, ch. 1.1.

173. ATF 147 I 206, consid. 3.

été jugée suffisamment importante pour être mentionnée à part dans la Constitution¹⁷⁶. 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 »¹⁷⁷. C'est logiquement au Tribunal fédéral qu'il revient de trancher ces litiges qui seront portés devant lui par voie d'**action**¹⁷⁸, sous réserve que la voie du recours ne soit pas ouverte.

- 56 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*).
- 57 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)¹⁷⁹. En 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 recours¹⁸⁰. Il convient par ailleurs de mentionner que l'action est également irrecevable lorsqu'elle est introduite par des particuliers¹⁸¹, le libellé des art. 189 al. 2 Cst. et 120 al. 1 let. a et b LTF mentionnant clairement la Confédération et les cantons¹⁸².
- 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 surcharge¹⁸³. 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 directs¹⁸⁴. Ainsi, « [i]l ne devra plus fonctionner comme instance unique que dans les cas où des raisons de politique générale l'exigent [...] »¹⁸⁵, 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**¹⁸⁶. 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.

174. FF 1997 I 539.

175. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 17.

176. FF 1997 I 539.

177. FF 1997 I 539 ; voir aussi FF 2001 4148.

178. FF 1997 I 539 ; sur la procédure d'action directe en général, voir Dubey/Zufferey, N 2820-2831.

179. ATF 141 III 84 ; ATF 136 IV 139.

180. Waldmann, art. 120 LTF N 3.

181. Arrêt du TF 2E_2/2015 du 22.5.2015, consid. 2.1 et les références citées.

182. Sur les parties à la procédure, voir SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 33 et les réf. cit.

183. FF 2001 4000, 4012 et 4025 ; CR-Chaix, art. 189 N 29 ; Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 19.

184. FF 1997 I 506 ; FF 2001 4025.

185. FF 2001 4025.

186. Luks, N 1.

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 civil ou de droit public. Ces différends sont **importants** d'un point de vue du droit constitutionnel¹⁸⁷. 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 particulier¹⁸⁸. 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

- 61 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**¹⁸⁹. 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).
- 62 L'ATF 136 IV 139¹⁹⁰ 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 attaquant devant le Tribunal fédéral au sens de l'art. 120 al. 2 LTF (cf. N. 57 supra).
- 63 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 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)¹⁹¹. 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 cantonales¹⁹². 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 final¹⁹³.
- 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

187. SGK-2014 BV-Haller, art. 189 N 53 et 55.

188. Donzallaz, art. 120 LTF N 4607.

189. ATF 141 III 84, consid. 4.2, JdT 2015 II 385.

190. JdT 2011 IV p. 139.

191. Arrêt du TF 2E_1/2019 du 30.4.2020.

192. Arrêt du TF 2E_1/2019 du 30.4.2020, consid. 3.7.2.

193. Arrêt du TF 2E_1/2019 du 30.4.2020, consid. 4.4.

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 décision¹⁹⁴. 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 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 LTF¹⁹⁵. 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 LTF¹⁹⁶. 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

- 65 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 lui¹⁹⁷. 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)¹⁹⁸. 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 concerné¹⁹⁹. 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 cantons²⁰⁰.
- 66 Dans l'ATF 141 III 84²⁰¹, 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-

194. ATF 150 II 273, consid. 1.2 ; pour un commentaire de cet arrêt, voir Collette.

195. ATF 150 II 273, consid. 1.3.

196. ATF 150 II 273, consid. 1.4.3 à 1.4.5.

197. Donzallaz, art. 120 LTF N 4615.

198. ATF 141 III 84, consid. 4.2, JdT 2015 II 385.

199. Moor/Poltier, p. 681.

200. Dans ce sens également : Moor/Poltier, p. 681.

201. Traduit in : JdT 2015 II 385.

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 2022²⁰². 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 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 recours²⁰³. 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 intracantonaux²⁰⁴.
- 68 L'ATF 136 IV 44²⁰⁵ 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.

202. Arrêt du TF 5A_393/2022 du 22 juin 2022.

203. Arrêt du TF 5A_393/2022 du 22 juin 2022, consid. 2.3.1 et la réf. cit.

204. Arrêt du TF 5A_393/2022 du 22 juin 2022, consid. 2.3.2 et la réf. cit.

205. JdT 2011 IV p. 363.

3. Quelques remarques concernant la jurisprudence

- 69 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 séparées²⁰⁶.
- 70 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 disposition pour indiquer explicitement que la décision de l'autorité judiciaire lie les autres cantons²⁰⁷. 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 unique²⁰⁸. 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.²⁰⁹. 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 recours²¹⁰. 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 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 fédérale²¹¹. L'art. 120 al. 2 LTF est donc, selon nous, **conforme à l'art. 189 al. 2 Cst**²¹².

C. Autres compétences (al. 3)

- 73 L'art. 189 al. 3 Cst. permet au législateur d'étendre les compétences du Tribunal fédéral²¹³. La doctrine n'est pas unanime quant à la nature de ces autres compétences, ce qui n'est pas surprenant vu que

206. Dans ce sens également : Wurzbürger, art. 120 LTF N 15.

207. Chabloz/Copt, art. 444 CC N 18.

208. Luks, N 95.

209. Luks, N 359, 360, 407.

210. Dans ce sens également : Kocher, N 803.

211. FF 1997 I 1 ; FF 2001 4000.

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 exécutive²¹⁴. 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.)²¹⁵. Giovanni Biaggini aboutit, quant à lui, à la même conclusion, mais ne mentionne pas les compétences exécutives²¹⁶.

- 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)²¹⁷. 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 brevets (art. 1 al. 2 LTF) et qu'il nomme les membres des commissions d'estimation (art. 59 al. 2, première phrase, LEX)²¹⁸.
- 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 (LRCE ; 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, LRCE 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 LRCE), 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 LRCE, art. 3 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 relative à la loi sur la responsabilité [OLRCE ; RS 170.321])²¹⁹.
- 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

213. FF 1997 I 539.

212. Du même avis : SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 32.

214. Petit Comm.-Mahon, art. 189 N 21.

215. SK BV-Seferovic, art. 189 N 57.

216. Biaggini, art. 189 N 37.

217. 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.

218. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 38.

219. 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.

membres d'une autorité cantonale qui auraient dû être déposées, non pas directement auprès du Tribunal fédéral, mais auprès d'une autorité cantonale²²⁰. 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} LRCF²²¹.

- 77 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 droit²²². 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 discutable²²³, voire incompatible avec la mission du Tribunal fédéral, qui est de ne trancher que les litiges qui lui sont soumis par les parties²²⁴. Or, une recherche montre que le Tribunal fédéral y a souvent recours²²⁵. 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 retenue²²⁶.

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'irrecevabilité²²⁷. 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

220. 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.

221. 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.

222. Biaggini, art. 189 N 17 ; SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 38 ; CR-Chaix, art. 189 N 33.

223. Biaggini, art. 189 N 17 ; CR-Chaix, art. 189 N 33.

224. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 8.

225. 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.

226. 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).

227. 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.

appliquée²²⁸. 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**²²⁹. 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 fédérale²³⁰. L'alinéa 4 trace ainsi une ligne de démarcation entre le Tribunal fédéral et les deux autorités politiques suprêmes de la Confédération²³¹. 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 pouvoirs²³².
- 81 Par « **actes** » de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral, il faut comprendre 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 Parlement²³³. L'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. inclut également les actes des organes de l'Assemblée fédérale (art. 31 LParl)²³⁴ 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).
- 82 Il est important de préciser que l'art. 189 al. 4, première phrase, Cst. exclut un contrôle direct ou abstrait des actes normatifs de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral, indépendant de leur application²³⁵. 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. 7d LOGA) et de l'Assemblée fédérale (art. 173 al. 1 let. c Cst. en relation avec l'art. 7d al. 3 LOGA)²³⁶. 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)²³⁷. 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

228. ATF 148 II 392, consid. 4.2.1 ; ATF 144 I 126, consid. 3.

229. 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.

230. BO CE 107 (Wicki).

231. Biaggini, art. 189 N 18.

232. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 44.

233. 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.

234. SGK-2023 BV-Reich, art. 189 N 45 ; indécis : Biaggini, art. 189 N 18.

235. 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.

236. 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.

237. 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.

d'une loi fédérale contraire à la Constitution, mais n'empêche pas de contrôler la conformité de celle-ci à la Constitution (« Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot »)²³⁸.

- 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. 13a RCN) ou de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (art. 28a RCE) concernant les demandes de levée de l'immunité des membres de l'Assemblée fédérale (art. 17a al. 5 LParl), et les messages du Conseil fédéral sur les projets d'actes législatifs (art. 141 al. 1 LParl)²³⁹.
- 84 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)²⁴⁰, 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)²⁴¹, l'approbation par le Conseil fédéral des plans directeurs (art. 11 LAT)²⁴², 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. 40a 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 1^{er} novembre 2023 (RO 2023 622, ch. IV p. 4)²⁴³.
- 85 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 29a 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 juge²⁴⁴.

238. 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.

239. Cette liste se base sur celle qui est proposée par GK-2023 BV-Reich, art. 189 N 46.

240. 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.

241. Arrêt du TF 1C_684/2021 du 15.3.2022, consid. 7.1.

242. ATF 149 II 86, consid. 3.1.

243. 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).

244. 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. 29a 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 fédéral²⁴⁵. Elle a été introduite par la Commission du Conseil des États, puis adoptée par ce même Conseil lors de la séance du 5 mars 1998²⁴⁶. Le rapporteur avait souligné que le législateur fédéral avait ainsi la possibilité de laisser la compétence là où il l'estime politiquement juste²⁴⁷. 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 fédéral²⁴⁸. 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 judiciaire²⁴⁹. 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 minoritaire²⁵⁰. 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 minoritaire²⁵¹. 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. 29a Cst. en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007)²⁵².
- 87 Pour des raisons politiques, le législateur a largement renoncé à prévoir des exceptions au sens de l'art. 189 al. 4 Cst.²⁵³. Comme exception à la non-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 TAF²⁵⁴. 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).
- 88 L'atteinte à la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.) est ainsi **atténuée** par la possibilité laissée au législateur de prévoir des exceptions²⁵⁵. 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 instance²⁵⁶.

245. FF 1997 I 652 et 539-540.

246. BO CE 107 (Wicki).

247. Ibid.

248. BO CN 387 ss (Vallender).

249. BO CN 388 (Dettling).

250. BO CN 388 (Engler).

251. BO CN 389 (Koller).

252. FF 2001 4000.

253. Rhinow/Koller/Kiss et al., N 457.

254. Voir aussi FF 2001 4186.

255. CR-Chaix, art. 189 N 36 ; voir aussi OK-Kradolfer, art. 29a Cst.

256. ATF 129 II 193, consid. 4.2.2 ; voir aussi, d'une manière générale, FF 1997 I 539-540.

- 89 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 international²⁵⁷, en particulier de l'art. 6 par. 1 CEDH ou de l'art. 13 CEDH²⁵⁸, même si aucune exception au sens de l'art. 189 al. 4, 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 »²⁵⁹, 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 CEDH²⁶⁰. 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 CEDH²⁶¹.
- 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*²⁶² – qui s'appliquent à la révocation d'un juge²⁶³ –, 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 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 »²⁶⁴. 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

257. ATF 134 V 443, consid. 3.2 ; ATF 129 II 193 ; ATF 125 II 417, consid. 4c-e.

258. 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.

259. 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.

260. ATF 125 II 417, consid. 4b, traduit et résumé in : SJ 2000 I p. 202 et RDAF 2000 I p. 589.

261. ATF 125 II 417, consid. 4c-e, traduit et résumé in : SJ 2000 I p. 202 et RDAF 2000 I p. 589.

262. CourEDH, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 43572/18, 19.4.2007, N 62.

263. CourEDH, *Grzęda c. Pologne*, n° 43572/18, 15.3.2022, N 263 et les réf. cit.

264. Ibid., N 326.

susceptibles de justiciabilité²⁶⁵. 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 contestation²⁶⁶. 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 »²⁶⁷.

- 92 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 »²⁶⁸. 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 possible²⁶⁹. Selon sa 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. 29a 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 »²⁷⁰. Au stade de la recevabilité du recours, il s'agit de rendre vraisemblable l'existence d'une erreur grave²⁷¹. 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. »²⁷², 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 4²⁷³.
- 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 fédérale²⁷⁴. 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.²⁷⁵ et 120 al. 1 let. a et b LTF sont des exceptions au sens de l'art. 189 al. 4, deuxième phrase, Cst.²⁷⁶.

265. Bieri/Grosjean/Wyss, p. 12-13 ; CA-TF 2023 N 157. Voir aussi Thurnherr N 111.

266. Donzallaz, art. 5 LTF N 23 ; Donzallaz, La protection judiciaire, p. 219 ; CA-TF 2023 N 157.

267. Tanquerel, N 160.

268. ATF 145 I 207, consid. 1.5 ; ATF 138 I 61, consid. 7.4.

269. ATF 147 I 194, consid. 4.1.4, JdT 2022 I 3.

270. 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.

271. ATF 151 I 225, consid. 3.6.

272. CR-Chaix, art. 189 N 36.

273. GK-2023 BV-Reich, art. 189 N 50.

274. 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.

275. 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.

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 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, 2^e 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, 4^e éd., Zurich 2023.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2^e 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, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 72 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

Biaggini Giovanni, art. 9 Cst., in : Biaggini Giovanni (édit.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2017 (cité : Biaggini).

276. D'un autre avis : Luks, N 237-276.

- 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, 3^e 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, 2^e 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, 3^e 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, 3^e 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, 2^e éd., Bâle 2024.

Egli Patricia, Introduction to Public International Law, 3^e 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. 29a 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, 10^e 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, 3^e 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 XIX^e 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, 4^e 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, 3^e éd., Zurich 2013.

Kradolfer Matthias, Art. 29a 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, 3^e 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, 4^e 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, 3^e éd., Berne 2012.

Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011.

Mösching Fabian, commentaire de l'art. 75b 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, 5^e éd., entièrement révisée et complétée, Berne 2025, <https://perma.cc/U84V-XDRG>, consulté le 1^{er} 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, 4^e éd., Zurich 2023.

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4^e éd., Bâle 2021.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016.

Seferovic Goran, art. 189 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2^e 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, 5^e éd., Berne 2021.

Waldmann Bernhard, art. 120 LTF, in : Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e 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, 2^e éd., Berne 2014.

Wurzbürger 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.