



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

COMMENTAIRE

Art. 45 Cst.

Un commentaire de Eloi Jeannerat / Fanny Matthey

Edité par Stefan Schlegel / Odile Ammann

État du traitement : 13.02.2026

PDF créé le : 06.10.2026

DOI: 10.17176/20260213-110731-0

PROPOSITION DE CITATION

Eloi Jeannerat/Fanny Matthey, Commentaire de l'art. 45 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Jeannerat/Matthey, art. 45 Cst. N. XXX

Art. 45 Participation au processus de décision sur le plan fédéral

¹ Les cantons participent, dans les cas prévus par la Constitution fédérale, au processus de décision sur le plan fédéral, en particulier à l'élaboration de la législation.

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

TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse	3
II. Contexte.....	4
III. Commentaire proprement dit	6
A. Droits de participation des cantons au processus décisionnel fédéral (al. 1)	6
1. Généralités	6
2. Participation des cantons au processus législatif.....	7
3. Portée normative : critique et perspective	9
B. Devoir de la Confédération d'informer les cantons de ses projets et de les consulter (al. 2)	11
1. Généralités	11
2. Notion de « projets » de la Confédération	12
3. Information « en temps utile » et « de manière détaillée »	14
4. Consultation des cantons « touchés dans leurs intérêts »	15
5. Justiciabilité	18
Lectures complémentaires recommandées.....	20
Bibliographie	21
Documents officiels	22

I. GENÈSE

- 1 L'art. 45 Cst. – qui évoque et précise le droit général des cantons de participer au processus de décision sur le plan fédéral – n'avait **pas de véritable pendant** dans les précédentes constitutions fédérales. Celles-ci prévoyaient évidemment déjà les principaux mécanismes de participation des cantons à la politique fédérale auxquels renvoie désormais l'art. 45 al. 1 Cst.¹, dans la mesure où le fédéralisme implique par essence une certaine faculté des entités fédérées d'influer sur la prise des décisions sur le plan fédéral (cf. infra N. 5 et 7). Le principe très général d'un droit de participation des cantons au processus décisionnel de la Confédération n'y figurait en revanche pas expressément. Il représentait à cette époque tout au plus une règle de droit constitutionnel non écrite ou implicite².
- 2 L'art. 45 Cst. ne s'est pas imposé d'emblée sous sa forme actuelle lors de l'élaboration de la nouvelle constitution qui se voulait n'être qu'une simple mise à jour formelle de la précédente³. Fidèle à cet objectif initial, l'**avant-projet de Constitution fédérale** n'envisageait pas de disposition traitant spécifiquement et exclusivement de la participation des cantons qui, comme on vient de le dire, n'avait alors pas d'équivalent dans le droit en vigueur. Il n'en proposait pas moins de consacrer l'idée selon laquelle les cantons devaient être associés à la formation de la volonté fédérale⁴, comme cela se faisait en pratique et comme l'imposait déjà dans certaines situations l'ancienne Constitution de 1874. Il prévoyait en ce sens d'inscrire – de manière éparse – le double principe selon lequel les cantons « particip[ai]ent, dans le cadre de la Constitution, au processus de décision au niveau fédéral » (art. 32 al. 2 AP-Cst., intitulé « Tâches ») et qu'ils devaient par ailleurs être, comme les partis politiques et les milieux intéressés, « en principe consultés lors de l'élaboration d'actes législatifs et de traités internationaux d'importance ainsi que sur les projets de grande portée » (art. 155 al. 1 AP-Cst., qui est devenu l'actuel art. 147 Cst., avec une formulation légèrement différente).
- 3 Lors de la **procédure de consultation**, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) et certains cantons, ainsi que d'autres acteurs politiques, se sont néanmoins plaints que cet avant-projet ne soulignait pas encore suffisamment l'importance de la participation des cantons à « l'élaboration de la législation fédérale », ni celle du devoir de la Confédération de les informer et de les consulter de manière appropriée sur ses projets. Ils ont formulé en ce sens diverses propositions de modifications de l'art. 32 al. 2 AP-Cst.⁵. Le Conseil fédéral a tenu compte de ces doléances en consacrant une disposition spécifique et indépendante à ces deux questions (soit l'art. 36 du projet de Constitution fédérale), disposition que les Chambres n'ont pas modifiée dans son essence et qui est devenue l'actuel art. 45 Cst.⁶.
- 4 On peut ainsi considérer que la disposition commentée ici matérialise surtout un **vœu des cantons**. Elle ne se distance pas moins des nombreuses propositions – restées lettres mortes – que certains d'entre eux et la CdC ont pu faire lors de l'élaboration de la Constitution fédérale de 1999 en vue de préciser, voire de renforcer leurs droits de participation au processus de décision sur le plan fédéral⁷.

1. Voir notamment art. 22^{bis}, 27^{ter} al. 2, 27^{quater} al. 4, 27^{quinquies}, 32, 34^{ter}, 34^{septies}, 45^{bis}, 86 al. 2, 89 al. 2, 93 al. 2, 123 aCst. 1874 ; aussi Message Cst. 1996, p. 212, et SGK-Egli, Art. 45 N. 1.

2. Message Cst. 1996, p. 212.

3. Message Cst. 1996, p. 36 ss et 69 ss.

4. Exposé des motifs AP-Cst. 1995, p. 69.

5. Rapport de consultation Cst. 1996, p. 90 ss.

6. Message Cst. 1996, p. 213.

7. Rapport de consultation 1996, p. 91–93 ; aussi BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 3.

II. CONTEXTE

- 5 D'un point de vue systématique, l'art. 45 Cst. occupe une **place de choix** dans la Constitution fédérale. Il représente la cinquième disposition du premier chapitre du Titre 3 de la Constitution fédérale qui traite des « [r]apports entre la Confédération et les cantons ». La norme s'avère ainsi être la première des dispositions de la Constitution traitant d'un « élément essentiel » du fédéralisme suisse⁸, à savoir – comme son titre l'indique – la « *participation [des cantons] au processus de décision sur le plan fédéral* », laquelle fait de ceux-ci de véritables organes de décision – et non simplement d'exécution – de la Confédération⁹. L'art. 45 Cst. peut à ce titre être vu comme « la » norme de base ou la « pierre angulaire »¹⁰ de ce que l'on appelle le *fédéralisme participatif* – parfois aussi dénommé fédéralisme vertical – suisse (qualifié en allemand tantôt de « *partnerschaftlicher [ou partizipativer] Föderalismus* », tantôt de « *Mitwirkungsföderalismus* »)¹¹.
- 6 Comme on le verra encore, la **portée normative** de l'art. 45 Cst. est cependant **faible** par rapport à d'autres dispositions constitutionnelles concrétisant plus spécifiquement ce même fédéralisme participatif (cf. infra N. 18 s.). Son premier alinéa ne fait qu'annoncer que les cantons participent au processus politique fédéral « dans les cas prévus par la Constitution fédérale », renvoyant de cette manière à d'autres articles situés plus loin dans la Constitution fédérale (cf. infra N. 11). Quant à son second alinéa, qui impose à la Confédération le devoir d'informer les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée, ainsi qu'une obligation de les consulter quand leurs intérêts sont touchés, il se recoupe en grande partie avec d'autres dispositions constitutionnelles conférant également aux cantons un droit à être informés et/ou à être consultés sur certaines affaires fédérales (cf. infra N. 21 s.). Cela étant, l'art. 45 Cst. complète d'une certaine manière toutes ces normes, dont il souligne d'emblée l'importance, en les contextualisant. Grâce à lui, il apparaît plus clairement que la participation des cantons au processus décisionnel fédéral n'a pas pour seule fonction d'améliorer la qualité des actes et des projets de la Confédération, ni de sonder l'acceptabilité d'un projet de loi ou d'arrêté soumis à référendum. L'« association »¹² des cantons à la politique fédérale constitue un aspect essentiel du fédéralisme suisse, dont l'importance est assurément grandissante au regard de l'appauvrissement continu de leurs compétences. Une participation accrue et « compensatoire » des cantons au processus de décision de la Confédération est nécessaire, au risque sinon que le fédéralisme devienne une coquille vide¹³.
- 7 L'association des « États fédérés » à la formation de la volonté de l'État fédéral n'est pas propre à la Suisse. **Tous les États fédéraux** connaissent en effet un certain niveau de participation des entités fédérées à sa politique, ce qui constitue l'un des critères de distinction par rapport aux États unitaires décentralisés ou régionalisés¹⁴. Il n'empêche que les cantons disposent de droits de participation que d'autres entités fédérées, comme les *Länder* allemands ou autrichiens, voire les États américains, n'ont pas. Ces derniers ne jouissent par exemple d'aucun droit de référendum collectif contre les lois fédérales. Quant aux *Länder*, ils ne font pas non plus partie à proprement parler de l'organe constituant fédéral¹⁵, au contraire des cantons qui peuvent s'opposer à des révisions constitutionnelles soumises à la double majorité du peuple et des cantons (cf. infra N. 16). Dans ces deux États

8. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1195, respectivement Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 2.

9. Exposé des motifs AP-Cst. 1995, p. 69.

10. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 2 et 5 ; aussi Egli, Verfassungsorgane, N. 4.

11. Cf. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 5-7 et Reich, N. 1.

12. Voir l'art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 18.3.2005 sur la procédure de consultation (loi sur la consultation ; LCo ; RS 172.061) ; aussi Message LCo 2004, p. 498 et p. 490.

13. Cf. notamment Rapport de consultation 1996, p. 94 ; aussi Egli, Verfassungsorgane, N. 1-3, et BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 6.

14. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 5.

fédéralistes voisins, la chambre haute du Parlement ne peut par ailleurs pas empêcher l'adoption de n'importe quel acte fédéral comme peut le faire le Conseil des États en Suisse en raison du bicamérisme parfait (cf. art. 156 al. 2 Cst.)¹⁶ ; elle ne dispose pour le reste pas non plus de droit particulier exclusif comme le Sénat américain¹⁷. En revanche, les *Länder* allemands et autrichiens peuvent, respectivement, instruire leurs délégués siégeant dans cette même chambre – qui représentent des membres de leur gouvernement – ou, du moins, participer à toutes ses séances et y intervenir chaque fois qu'ils le demandent sur les affaires concernant leur *Land*¹⁸. Il leur est ainsi possible d'exercer une influence directe sur la procédure parlementaire fédérale, voire sur l'élection des juges de la cour suprême fédérale que ladite chambre doit élire ou proposer de nommer en tout ou en partie¹⁹, ce que les cantons suisses ne peuvent pas faire. Enfin et surtout, en Suisse, les droits de participation des cantons – et partant le fédéralisme participatif – pourraient faire l'objet d'une révision constitutionnelle, voire être abolis, ce qui n'est pas forcément le cas dans d'autres États fédéraux, comme l'Allemagne²⁰. Sous certains aspects, notre grand pays voisin pourrait ainsi être source d'inspiration tant pour qui entendrait réformer le fédéralisme helvétique que pour qui souhaiterait le protéger de toute révision fondamentale²¹.

- 8 Dans les États fédéraux ayant succédé à des Confédérations d'États, comme la Suisse, les droits de participation des entités fédérées au processus décisionnel fédéral servent notamment à compenser la perte d'autonomie à laquelle celles-ci ont consenti et consentent sans cesse davantage. Il est donc logique que la Constitution fédérale ne contienne en comparaison aucune disposition prévoyant un droit général de participation de la Confédération au processus décisionnel cantonal, incluant, par exemple, celui d'être systématiquement consultée avant l'adoption d'actes législatifs cantonaux²². Cela ne veut pas dire qu'il est interdit à la Berne fédérale d'exercer une quelconque **influence sur la politique cantonale**²³. Une certaine immixtion de la Confédération dans le processus politique cantonal est d'ailleurs inévitable, notamment en raison de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.) – dont l'Assemblée fédérale assure notamment le respect en « garantissant » les constitutions cantonales (art. 51 al. 2 Cst.) – ainsi que dans les domaines où la Constitution fédérale demande à la Confédération de coopérer avec les cantons et de se coordonner avec eux dans l'exercice de leurs compétences respectives²⁴, le cas échéant en instituant des organes communs (cf. p. ex. art. 61a al. 2 et 63a al. 4 Cst.). Il en va de même lorsque la Confédération doit jouer le rôle d'arbitre ou, simplement, d'entremetteuse dans les rapports intercantonaux et internationaux (cf. p. ex. art. 48a, 56 al. 3 et 172 al. 3 Cst.) ou lorsqu'elle doit financer certaines activités cantonales (cf. p. ex. art. 64 al. 2 et 77 al. 3 Cst.).

15. Voir art. 79 al. 2 de la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland du 23.5.1949 (consultable sur <https://www.gesetze-im-internet.de/gg>), qui conditionne toutefois toute révision constitutionnelle à un vote à la majorité des deux tiers des membres, respectivement des voix au Bundestag et ou Bundesrat ; voir aussi art. 44 de la Bundes-Verfassungsgesetz Österreichs (consultable sur <https://www.jusline.at/gesetz/b-vg>).

16. Cf. art. 77 ss Grundgesetz ; aussi art. 44 B-VG Österreich.

17. Voir l'art. II section 2 de la Constitution américaine sur les pouvoirs particuliers du Sénat en matière de conclusion de traités internationaux et de nomination des hauts fonctionnaires et juges fédéraux, y compris à la Cour suprême.

18. Art. 51 al. 1 Grundgesetz ; respectivement art. 36 al. 4 B-VG Österreich.

19. Art. 93 al. 2 Grundgesetz ; respectivement art. 147 al. 2 B-VG Österreich.

20. Art. 79 al. 3 Grundgesetz ; voir aussi art. V de la Constitution américaine qui prévoit qu'aucun État ne peut être, sans son consentement, privé de l'égalité de suffrage au Sénat.

21. Voir aussi, sur le sujet, Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 4.

22. Cf. ATF 130 I 156, consid. 2.7.5, opérant le même constat.

23. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 2.

24. ATF 151 I 101, consid. 6.

III. COMMENTAIRE PROPREMENT DIT

- 9 Comme déjà dit, l'art. 45 Cst. présente **deux volets** : son premier alinéa revêt une fonction essentiellement symbolique en rappelant l'existence des différents droits de participation des cantons en matière de politique fédérale prévus par la Constitution fédérale (cf. infra N. 10 ss), tandis que le second institue précisément l'un d'eux, en l'occurrence le droit des cantons d'être informés des projets de la Confédération et d'être consultés sur ceux-ci lorsqu'ils les touchent dans leurs intérêts (cf. infra N. 21 ss).

A. Droits de participation des cantons au processus décisionnel fédéral (al. 1)

1. Généralités

- 10 Dans sa version française, l'art. 45 al. 1 Cst. dispose que les cantons participent à la formation de la volonté de la Confédération « dans les cas prévus par la Constitution fédérale » et, en particulier, à « l'élaboration de la législation ». Les versions allemande et italienne de la disposition s'éloignent chacune à leur manière quelque peu de ce texte en prévoyant que les cantons participent à cette même formation de volonté « conformément à la Constitution fédérale » (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* ») et, spécialement, à « l'élaboration du droit » (« *an der Rechtssetzung* », respectivement « *all'elaborazione del diritto* »). Ces légères **différences d'origine stylistique** n'ont pas d'implications fondamentales, même si l'on pourrait être tenté de reconnaître le contraire en attribuant à tort un poids spécifique à la version française de la disposition, qui semble légèrement plus restrictive²⁵, comme on le verra (cf. infra N. 13 et N. 20).
- 11 Il est en tout cas clair que quelle que soit sa version linguistique, l'art. 45 al. 1 Cst. endosse avant tout une fonction déclarative en rappelant que les cantons participent au processus décisionnel fédéral « dans les cas prévus » (ou « comme prévu » [« *secondo quanto previsto* »]) par la Constitution fédérale ou, simplement, « conformément » à elle (« *nach Massgabe* »). La disposition constitue ce faisant une **norme de renvoi** aux nombreuses dispositions éparpillées dans la Constitution fédérale qui envisagent ou imposent une telle participation de diverses manières. Certains droits de participation valent uniquement pour des domaines particuliers, tels que la politique étrangère ou la formation (cf. art. 55 et 62 al. 6 Cst.). D'autres s'appliquent seulement à des types d'actes déterminés, indépendamment du domaine de compétence concerné, comme le droit de se prononcer sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires, ainsi que sur les traités internationaux importants (art. 147 Cst.), voire le droit de déposer une initiative cantonale ou de demander un référendum (art. 160 al. 1 et 141 al. 1 Cst.). Les cantons disposent en outre de droits de participation organiques, comme celui de se prononcer comme codétenteurs du pouvoir constituant fédéral (art. 140 al. 1 et 195 Cst.) et d'avoir des représentants au sein de l'une des deux chambres de l'Assemblée fédérale en tant que pouvoir suprême de la Confédération (art. 150 al. 2 Cst. et art. 148 al. 1 Cst.). Il existe pour le reste des controverses doctrinales sur le point de savoir si certaines autres prérogatives cantonales doivent être qualifiées de droits de participation. La question se pose par exemple en lien avec la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons (cf. art. 46 Cst.)²⁶, qui ne les amène pas, à proprement parler, à influencer sur le processus décisionnel fédéral, mais plutôt à l'exécuter une fois terminé. Selon nous, cette mise en œuvre représente surtout un principe général de répartition des compétences concrétisant celui de la subsidiarité (cf. art. 5a Cst.) Ces controverses n'ont quoi qu'il en soit pas de réelle importance pratique, puisque, comme on l'a dit, les droits de participation des cantons, quels qu'ils soient, ne jouissent de toute manière d'aucune protection

25. Selon Tschannen (cf. *Verfassungsgrundsätze*, p. 114), cette version serait plus exacte (*genauer*).

26. Cf. notamment, dans ce sens, Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr., N. 1208 ; *contra* Biaggini, BV-Kommentar, N. 3 ad art. 45.

constitutionnelle particulière (garantie d'immutabilité), contrairement par exemple à ceux des *Länder* allemands (cf. supra N. 7).

- 12 Tous ces droits, qui peuvent se cumuler, valent en particulier lors de l'« élaboration de la législation », que l'art. 45 al. 1 Cst. mentionne d'ailleurs lui-même comme exemple phare de la participation des cantons. Les droits de participation prévus par la Constitution concernent cependant en réalité une **grande variété de processus décisionnels** (préparation et conclusion de traités internationaux, arrêtés fédéraux de planification stratégique, plans sectoriel, procédure d'approbation des plans, etc.). Seuls certains actes non parlementaires et d'importance mineure échappent *a priori* à toute forme de participation des cantons à l'aune de la Constitution. De cette manière, les cantons peuvent en théorie tenter de peser sur presque toutes les décisions politiques importantes de la Confédération, étant précisé que leur influence réelle sur l'adoption de certains actes fédéraux par leur seule députation au Conseil des États n'en reste pas moins (très) faible (p. ex. sur le budget de la Confédération ; cf. N. 15). Autre point important : les cantons n'ont pas non plus d'influence, même indirecte, sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, dont tous les membres sont élus uniquement par l'Assemblée fédérale (chambres réunies) (cf. art. 168 al. 1 et art. 157 al. 1 let. a Cst.). En effet, le Tribunal fédéral ne doit pas (p. ex. au sens de l'art. 45 al. 2 Cst ; cf. infra N. 27), ni ne peut, demander d'observations aux cantons qui ne sont pas directement parties aux procédures ouvertes devant lui²⁷, même si l'arrêt à rendre implique de trancher une question constitutionnelle potentiellement fondamentale pour eux. Peut-être y aurait-il ici matière à amélioration d'un point de vue fédéraliste.

2. Participation des cantons au processus législatif

- 13 Comme le rappelle l'art. 45 al. 1 Cst., la Constitution fédérale permet aux cantons de participer, en particulier, à « l'élaboration de la législation [fédérale] » à différentes phases de son processus d'adoption. Notons que, contrairement à ce que pourrait laisser entendre le texte français, cette participation ne concerne pas que les lois fédérales, mais **tous les actes normatifs** de la Confédération ; elle vaut donc également pour les ordonnances de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral, les révisions constitutionnelles et l'adhésion à des traités internationaux de portée normative, ce qui ressort mieux des versions allemandes et italiennes de l'art. 45 al. 1 Cst., qui évoquent une participation à l'élaboration du « droit » (« *an der Rechtsetzung* » et « *all'elaborazione del diritto* » ; cf. supra N. 10).
- 14 La participation des cantons à l'adoption du droit fédéral peut intervenir déjà très tôt lors de sa **phase pré-parlementaire**, dans la mesure les cantons disposent de leur propre droit d'initiative législative en vertu de l'art. 160 Cst.²⁸, dont certains font d'ailleurs assez fréquemment usage²⁹. Le droit cantonal précise l'organe titulaire de ce droit qui permet en pratique tantôt au Parlement cantonal, tantôt au corps électoral cantonal, très rarement au Gouvernement cantonal, de proposer l'adoption d'une loi fédérale directement aux Chambres fédérales³⁰. Celles-ci peuvent néanmoins refuser d'y donner suite à l'issue d'une procédure d'examen préalable³¹, qui freine en pratique très vite les velléités des cantons³². On considère ainsi que la participation des cantons à l'élaboration de la législation fédérale se concrétise en premier lieu dans le cadre de la procédure de consultation des projets d'actes

27. Cf. art. 102 al. 1 de la loi du 17.6.2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

28. Ce droit d'initiative des cantons a été introduit en 1848 pour compenser le fait que, depuis cette année-là, les cantons devaient voter « sans instruction ». En pratique et jusqu'en 1994, le droit d'initiative des cantons relevait toutefois plus d'une sorte de droit de pétition que d'une véritable initiative. Voir dans ce sens le Rapport CIP-CE 1993, p. 330 ss.

29. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1201 et Reich, N. 6.

30. Cf., pour un aperçu, Tschannen, Staatsrecht, N. 924.

31. Art. 116 de la loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl, RS 171.10), qui renvoie également à l'art. 110 LParl.

32. Entre la 48^e et la 51^e législature, sur les 399 initiatives déposées par un canton et liquidées par le Parlement, seules 6 ont abouti à l'adoption d'une loi fédérale (Lexique du Parlement 2024, p. 6). Cf. aussi Tschannen, Staatsrecht, N. 923.

normatifs (lois ou ordonnances) préparés par le Conseil fédéral (art. 147 Cst.), procédures lors desquelles les gouvernements cantonaux défendent la position cantonale³³, parfois sous réserve d'une approbation populaire³⁴, de même que la CdC qui est en principe également invitée à s'exprimer. Il s'agit peut-être de la phase durant laquelle les cantons peuvent influencer le plus directement sur la législation fédérale³⁵, comme l'illustre d'ailleurs la genèse même de l'art. 45 Cst. (cf. supra N. 2 s.). Bien que la procédure de consultation soit destinée à divers interlocuteurs (cf. art. 147 Cst.), les cantons en sont des acteurs particulièrement importants. Notons qu'une procédure de consultation doit aussi être menée lorsqu'un projet n'est pas préparé par le Conseil fédéral, mais directement par le Parlement, au travers de ses commissions³⁶.

- 15 On considère généralement que les cantons participent également à la **phase parlementaire** d'adoption des lois fédérales et des révisions constitutionnelles initiées par les autorités par le truchement du Conseil des États, composé de deux représentants par canton (un seul pour les anciens « demi-cantons »), lequel doit approuver systématiquement de tels projets en raison du bicamérisme parfait caractérisant le fédéralisme helvétique. D'un point de vue purement juridique, la participation des cantons au processus décisionnel fédéral se borne toutefois à la désignation des représentants en question. Une fois en place, ceux-ci votent en effet librement, sans instruction de la part des cantons (art. 161 al. 1 Cst.), contrairement à ce qui prévaut dans d'autres États fédéraux où la chambre haute du parlement est formée de véritables « délégués » ou émissaires des États fédérés (cf. supra N. 7). Il semblerait d'ailleurs qu'en pratique, les membres du Conseil des États se laissent davantage influencer par la ligne politique de leurs partis que guider par les intérêts spécifiques de leurs cantons respectifs. Dès lors, sauf dans des cas où les intérêts, notamment financiers, de ces derniers sont directement concernés, cette chambre n'agit plus guère comme une porte-parole des cantons, même si les députés se plaisent traditionnellement à rappeler le contraire lors des débats³⁷. On relativisera en somme l'importance de la participation des cantons au processus législatif fédéral par l'entremise du Conseil des États, parfois qualifiée d'« indirecte », dont l'effectivité pourrait être néanmoins renforcée par une nomination des députés par le parlement cantonal et pour une brève législature, ce qui ne se fait plus depuis longtemps³⁸. En l'état, on peut se demander si, durant la phase parlementaire, la participation des cantons ne se concrétise pas davantage de manière informelle – à tout le moins pour les plus puissants d'entre eux – par une certaine activité de lobbyisme auprès des parlementaires, certes non prévue, mais pas non plus exclue, par la Constitution fédérale (cf. infra N. 20)³⁹.
- 16 Enfin, les cantons peuvent en principe encore intervenir lors de la **phase post-parlementaire** d'adoption des lois fédérales, lesquelles doivent être soumises au référendum si huit cantons le demandent par la voix de leurs parlements ou d'un autre organe désigné par le droit cantonal (cf. art. 141 Cst. et 67 LDP). Ce droit de référendum n'a presque jamais utilisé jusqu'à présent⁴⁰. Il n'a du reste abouti que deux fois, sur des objets similaires, pour lesquels la population avait aussi demandé le

33. Art. 4 al. 2 let. a LCo et art. 9 al. 3 de l'ordonnance sur la procédure de consultation (OCo, RS 172.061.1).

34. Les prises de position des cantons peuvent être, selon les cas, soumises au référendum obligatoire ou facultatif. Pour des exemples, voir ci-dessous, N. 40.

35. Message Cst. 1996, p. 213. Pour une comparaison et analyse critique des instruments de participation formels, voir Freiburghaus, spéc. p. 234–237.

36. Voir, dans ce sens, l'art. 5 al. 2 LCo. Les consultations ouvertes par les commissions parlementaires se font généralement en collaboration avec (ou avec l'aide de) l'Office fédéral compétent concerné (art. 6 al. 2 LCo).

37. On soulignera cependant que les partis qui sont le mieux représentés, à savoir le Centre et le PLR, défendent en principe la préservation de l'autonomie des cantons.

38. Voir, notamment, SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 11 et Reich, N. 3. Pour une vision d'ensemble de la situation entre 1918-1980, où, au départ, encore cinq cantons nommaient leurs conseillers aux États par l'intermédiaire de leurs parlements, et certains pour une durée d'un ou deux ans seulement, cf. Annuaire statistique, p. 1 ss.

39. Voir à ce sujet Freiburghaus, p. 249–278.

40. Voir Lanz, Art. 67 LDP N. 6 ss

référendum : une fois en 2003 en relation avec une modification d'actes concernant l'imposition du couple et de la famille, l'imposition du logement et les droits de timbre⁴¹, finalement rejetée en votation, et une autre en 2025, en lien avec la loi fédérale du 20.6.2025 sur l'imposition individuelle des couples mariés⁴². Le droit de référendum des cantons a ainsi surtout pour avantage de renforcer leur position lors de la phase de consultation ou dans leurs activités de lobbying⁴³. Remarquons que, dans cette optique, les cantons auraient tout avantage à conférer l'exercice d'une telle prérogative à leurs gouvernements, ce qui n'est pour l'heure que rarement le cas, dans la mesure où cela pourrait grandement faciliter la coordination de leur action⁴⁴. Les cantons représentent en comparaison des acteurs forcément incontournables de toute révision constitutionnelle, ainsi que de toute loi urgente dépourvue de base constitutionnelle (art. 140 al. 1 let. a et c Cst.), puisque celles-ci nécessitent en fin de compte un accord de la majorité d'entre eux, en sus de celle du peuple. Les autorités fédérales doivent alors presque obligatoirement tenir compte de leurs positions en amont, tant au stade de la consultation que lors de la phase parlementaire, si elles entendent mener à bien de tels projets. Relevons à cet égard que les cas dans lesquels les cantons ont fait échouer une révision constitutionnelle voulue par le peuple ont eu tendance à augmenter ces dernières décennies, alors qu'ils étaient rares par le passé, ce qui souligne l'importance de ce droit de participation, parfois vu comme le principal de tous⁴⁵. Il est néanmoins toujours plus critiqué, ayant pour effet d'octroyer aujourd'hui un poids politique parfois jugé démesuré à certains petits cantons seulement, en principe alémaniques et à majorité dite conservatrice.

- 17 La participation des cantons à l'approbation des **traités internationaux** fait pour sa part l'objet de dispositions spécifiques à l'art. 55 Cst., ainsi qu'aux art. 140 al. 1 let. b et c et 141 al. 1 let. d Cst. Elle est réglée de manière différenciée selon l'importance des traités concernés et de leurs effets sur les compétences cantonales⁴⁶.

3. Portée normative : critique et perspective

- 18 De manière générale, il peut paraître paradoxal qu'une norme se rapportant expressément au processus d'élaboration de la législation fédérale ne respecte pas l'un des principaux axiomes de légistique, à savoir celui de renoncer aux renvois législatifs déclaratifs superflus⁴⁷. C'est ici le lieu de souligner que la Constitution se distingue des lois en ce sens qu'elle revêt une fonction presque autant politique que juridique et qu'une **norme symbolique** comme l'art. 45 al. 1 Cst. y occupe dès lors une place légitime⁴⁸.
- 19 Au moment d'interpréter cette disposition, les juristes doivent donc échapper à la tentation de lui extirper une portée normative qu'elle n'a *a priori* pas nécessairement⁴⁹, tout en prenant garde de ne pas la cantonner à une fonction purement informative. Une voie intermédiaire consiste à considérer que l'art. 45 al. 1 Cst. constitue une **disposition programmatique** mettant en exergue l'importance de la participation des cantons au processus décisionnel fédéral⁵⁰. La norme jouerait ainsi un rôle de ligne directrice – parmi d'autres – dans l'interprétation de la Constitution et la résolution des tensions pouvant exister entre ses diverses normes. Il appartiendrait sous cet angle au législateur fédéral de

41. FF 2003 6470.

42. FF 2025 3138 s.

43. SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 10 ; aussi, mais plus nuancé, Reich, N. 9.

44. Voir Lanz, Art. 67 LDP N. 21 et 32.

45. Cf. notamment Gonin, N. 1137 s. ; SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 7 ; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N. 1198.

46. Voir Mazidi, Art. 55 N. 21 ss.

47. Guide de législation 2025, N. 725.

48. Tschannen, Verfassungsgrundsätze, p. 105 s. et 122.

49. Voir, entre autres, PC-Aubert, Art. 45 Cst. N. 1, et Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 2.

50. Dans ce sens Egli, Verfassungsorgane, N. 4 s. et BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 7.

tenir spécialement compte de l'importance des droits de participation des cantons lorsqu'il envisage une réglementation les mettant en œuvre ou les restreignant (p. ex. la LCo et la LParl), de même qu'au Tribunal fédéral de l'intégrer à son raisonnement lorsqu'il est appelé à développer une jurisprudence susceptible de limiter la faculté des cantons d'influer sur la politique fédérale (p. ex. sur l'intervention des autorités cantonales lors de votations fédérales ; cf. *infra* N. 20).

- 20 La fonction essentiellement symbolique de l'art. 45 al. 1 Cst. interdit en tout cas de lui prêter une quelconque portée limitative. La norme n'empêche aucunement les cantons de participer à la prise de décision dans d'autres cas et/ou d'une autre manière que ce qui est prévu par la Constitution fédérale⁵¹, même si les versions française ainsi que, dans une moindre mesure, italienne pourraient laisser entendre le contraire en déclarant qu'ils ne peuvent le faire que « dans les cas prévus par la Constitution fédérale » (ou « *secondo quanto previsto dalla Costituzione federale* »). D'autres formes et modes de participation informelle des cantons au processus décisionnel fédéral sont possibles tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas contraires au droit constitutionnel fédéral, ce qui ressort mieux de la version allemande de l'art. 45 al. 1 Cst. (« *nach Massgabe der Bundesverfassung* »)⁵², mais aussi implicitement du droit d'information générale des cantons prévu à l'art. 45 al. 2 Cst. Les cantons, par l'entremise de leurs gouvernements ou d'organes intercantonaux, peuvent donc mettre en œuvre des mécanismes de participation informelle, par exemple en engageant des lobbyistes ou en organisant des journées de rencontre pour être entendus des parlementaires et de l'administration fédérale⁵³, et, le cas échéant, s'associer pour coordonner leurs actions de lobbyisme à Berne, comme ils le font d'ailleurs en pratique, tant que leur comportement ne porte pas atteinte au principe de la fidélité confédérale (cf. art. 44 al. 2 Cst. ; ce qui pourrait être le cas avec la mise en place d'une campagne de dénigrement systématique et trompeuse en lien avec un projet fédéral). Cette manière de faire est parfois considérée comme la plus efficace⁵⁴. De même, le fait que les cantons disposent de différentes possibilités de participer à la formation de la volonté de la Confédération n'exclut pas d'emblée leur intervention dans une campagne référendaire fédérale⁵⁵. Aussi les autorités cantonales peuvent-elles participer aux débats et donner des recommandations de vote lors de scrutins fédéraux, mais uniquement dans certaines situations précises, conformément à une jurisprudence fédérale passant malheureusement largement sous silence l'importance de la participation des cantons à la politique fédérale implicitement consacrée par l'art. 45 Cst.⁵⁶. Il est plus délicat de déterminer si d'autres droits de participation formels, plus invasifs et non expressément prévus par la Constitution, pourraient être introduits dans la loi, comme un droit de veto des cantons sur les ordonnances du Conseil fédéral, voire celui de demander leur modification, comme l'avait requis la CdC dans le cadre de la consultation sur l'avant-projet de Constitution⁵⁷. Ces questions ne relèvent toutefois assurément pas de l'interprétation de l'art. 45 al. 1 Cst., mais de celle d'autres dispositions de la Constitution fédérale, telles que l'art. 182 al. 1 Cst. On remarquera en l'état que, dans le cadre des Bilatérales III, le Conseil fédéral envisage d'introduire de nouveaux droits de participation formels des cantons non

51. Pour une crainte en ce sens, Rapport de consultation 1996, p. 94.

52. Aussi BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 8.

53. Cf. Rhinow/Schefer, N. 855. La Délégation administrative du Parlement délivre en ce sens depuis 2011 une carte d'accès au Palais fédéral à chaque canton. Sur la question, voir encore le Rapport CIP-CN 2024, p. 2 s., ainsi que Singh.

54. Voir sur le sujet Freiburghaus, p. 515-578.

55. ATF 143 I 78, consid. 4.6.

56. Voir notamment ATF 145 I 1, consid. 6, qui pose le principe selon lequel un ou des cantons sont fondés à intervenir non seulement lorsqu'ils sont particulièrement touchés par le scrutin en question (p. ex. infrastructure fédérale sur leur territoire) et/ou s'ils l'ont eux-mêmes provoqué en application de l'art. 141 al. 1 Cst., mais aussi lorsqu'ils ont un intérêt substantiel à une certaine issue du vote (impact financier, perte de compétence, etc.).

57. Cf. Rapport de consultation 1996, p. 92, relatant la proposition de la CdC d'inscrire dans la Constitution fédérale que cinq cantons peuvent demander que le Conseil fédéral réexamine le contenu d'ordonnances en consultant les cantons.

prévus par la Constitution fédérale (p. ex. possibilité des cantons de demander au Conseil fédéral d'activer la clause de sauvegarde)⁵⁸.

B. Devoir de la Confédération d'informer les cantons de ses projets et de les consulter (al. 2)

1. Généralités

- 21 En prévoyant que la Confédération « informe les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée » et qu'elle « les consulte lorsque leurs intérêts sont touchés », l'art. 45 al. 2 Cst. confère aux cantons certains **droits de participation spécifiques** censés leur permettre d'influencer le processus de décision fédéral. D'un point de vue systématique, la disposition en institue plus précisément un différent à chacune de ses deux phrases : d'une part, un droit pour les cantons d'être informés – en temps utile – de (presque) tous les projets de la Confédération (1^{re} phrase ; infra N. 30 ss) et, d'autre part, un droit des cantons d'être consultés lorsque leurs intérêts sont touchés (2^e phrase ; infra N. 34 ss).
- 22 Ce faisant, l'art. 45 al. 2 Cst. ne revêt pas ici une simple fonction déclarative et symbolique, contrairement à son alinéa précédent. Certes, les devoirs d'information et de consultation que l'art. 45 al. 2 Cst. impose à la Confédération se recoupent en partie avec ceux prévus par d'autres dispositions de la Constitution fédérale. L'art. 45 al. 2 Cst. n'en revêt pas moins une **portée propre** par rapport à ces normes, auxquelles il s'applique le cas échéant cumulativement⁵⁹.
- 23 Cet aspect est important. En effet, l'art. 45 al. 2 Cst. octroie dans une certaine mesure des droits de participation « plus vastes »⁶⁰ que l'**art. 147 Cst.**, qui, pour rappel, donne aux cantons le droit⁶¹ de donner leur avis sur les actes législatifs importants et sur les autres projets de grande portée lors des travaux préparatoires. Contrairement à cette disposition, l'art. 45 al. 2 concerne tout d'abord (presque) tous les projets de la Confédération, et pas uniquement ceux revêtant une importance spéciale ; certains projets de moindre importance peuvent ainsi devoir être soumis à consultation auprès des cantons au sens de l'art. 45 al. 2 Cst., alors même que l'art. 147 Cst. ne l'exige pas (cf. infra N. 26 ss). L'art. 45 al. 2 Cst. institue par ailleurs un devoir de consulter les cantons qui n'est pas limité à la procédure ordinaire de consultation, mais qui est susceptible de porter sur d'autres stades du processus décisionnel fédéral (cf. infra N. 37 ss). Sous cet angle, on peut en particulier soutenir, comme on le verra, que l'art. 45 al. 2 Cst. impose à la Confédération d'associer les cantons de manière précoce à l'élaboration de certains avant-projets d'actes, soit bien avant la procédure de consultation prévue par l'art. 147 Cst. (cf. infra N. 37), voire qu'il l'oblige à requérir dans certains cas une nouvelle fois leur avis après cette phase, lorsqu'un projet fait l'objet de modifications substantielles, totalement

58. Cf. art. 21b al. 10 AP-LEI, qui prévoit la faculté pour un canton de demander l'activation de la clause de sauvegarde en cas de ratification des Bilatérales III. Voir le Paquet « stabilisation et développement des relations Suisse-UE », mis en consultation en automne 2025 et disponible sur la page www.fedlex.admin.ch > procédures de consultation > terminées > 2025 > 2025/47.

59. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 27.

60. Message LCo 2004, p. 498 et, aussi, 490 ; aussi Rhinow, p. 88.

61. L'art. 147 Cst. consacre une obligation pour les autorités de consulter avec, pour corollaire, un droit pour les destinataires (dont les cantons font partie au premier titre) d'être consultés. Si les versions française (« Les cantons [...] sont invités à se prononcer ») et allemande (« *Die Kantone [...] werden [...] zur Stellungnahme eingeladen* ») pourraient – en raison de la notion d'invitation – laisser entendre que la consultation est laissée à la libre convenance de la Confédération, il n'en est rien : la disposition n'est pas potestative. Sans compter que la version italienne est encore plus explicite (« *I Cantoni [...] sono consultati* »). Certains auteurs rappellent par ailleurs qu'une proposition de formule purement potestative avait été largement rejetée (PC-Aubert, Art. 147 N. 7 ; cf. également Benoit, Art. 147, N. 1, 3 et 8 soulignant aussi le caractère obligatoire de la consultation).

inattendues, touchant les intérêts des cantons de façon nouvelle (cf. infra N. 38 s.). Cette portée potentielle de l'art. 45 al. 2 Cst. reste encore largement occultée et négligée dans la pratique⁶².

- 24 Si l'art. 45 al. 2 Cst. octroie de véritables droits d'information et de consultation aux cantons (voir, sur leur justiciabilité, infra N. 43 ss), il le fait en usant de plusieurs notions indéterminées, telles que « en temps utile » ou « lorsque leurs intérêts sont touchés ». Cette imprécision offre une certaine **marge d'appréciation** à la Confédération s'agissant de sa mise en œuvre (cf. infra N. 31 et 35)⁶³, laquelle n'implique pas forcément l'adoption d'une loi fédérale d'application.
- 25 Toujours est-il que l'art. 45 al. 2 Cst. est aujourd'hui concrétisé par **diverses réglementations légales** plus ou moins précises. Certaines – comme celles relevant de la législation sur l'aménagement du territoire⁶⁴, sur l'énergie nucléaire⁶⁵ ainsi que sur les routes nationales⁶⁶ ou les chemins de fer⁶⁷ – lui sont d'ailleurs préexistantes, le constituant n'ayant sous cet angle rien fait d'autre que codifier des devoirs que la Confédération s'imposait déjà depuis longtemps⁶⁸. D'autres réglementations ont été adoptées après 2000 sous l'empire de la nouvelle Constitution. On pensera à cet égard à l'art. 18 al. 1 let. b de la loi fédérale du 7.10.2005 sur les finances de la Confédération (LFC)⁶⁹, adopté dans le cadre de l'introduction du frein à l'endettement précisément afin de mettre en œuvre l'art. 45 al. 2 Cst.⁷⁰, ainsi que bien sûr à la loi sur la consultation (LCo)⁷¹. Celle-ci vise toutefois prioritairement à mettre en œuvre la procédure de consultation lors des travaux préparatoires imposée par l'art. 147 Cst. et non directement les droits de participation des cantons prévus à l'art. 45 al. 2 Cst.⁷².

2. Notion de « projets » de la Confédération

- 26 La notion de « projets » (*Vorhaben, progetti*) devant faire l'objet d'une information et, éventuellement, d'une consultation auprès des cantons n'est pas définie à l'art. 45 al. 2 Cst., ni ailleurs dans la Constitution ou la législation fédérale. Une lecture systématique de la Constitution permet toutefois de supputer que le pouvoir constituant a voulu donner un **champ d'application large** à la norme qui, contrairement aux art. 55 et 147 Cst., ne s'applique pas qu'aux seules décisions affectant les compétences ou les intérêts essentiels des cantons, ou aux projets importants ou « de grande portée ».
- 27 Le terme de « projet » de l'art. 45 al. 2 Cst. est ainsi susceptible de couvrir de très **nombreuses situations**. Il peut se rapporter non seulement aux projets législatifs fédéraux, tels que des projets de lois ou d'ordonnances, mais aussi à d'autres projets de la Confédération qui, sans forcément poser de règles générales et abstraites, revêtent néanmoins une portée générale, tels que des décisions de planification ou des décisions financières ou budgétaires appelées à être portées par des arrêtés fédéraux ou des arrêtés du Conseil fédéral⁷³. À cela s'ajoute que l'usage du terme « *Vorhaben* » en

62. Cf. SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 24, qui relève qu'en pratique, la consultation des cantons intervient presque exclusivement lors de la procédure de consultation, malgré l'art. 45 al. 2 Cst. et ses concrétisations législatives qui peuvent prévoir une consultation précoce.

63. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5.

64. Art. 13 al. 2 de la loi fédérale du 22.6.1979 sur l'aménagement du territoire (Loi sur l'aménagement du territoire, LAT ; RS 700) et art. 19 de l'ordonnance du 28.6.2000 sur l'aménagement du territoire (OAT ; RS 700.1).

65. Art. 23 al. 2, 44 et 49 al. 4 de la loi du 21.3.2003 sur l'énergie nucléaire (LEN.u ; RS 732.1), ayant remplacé et développé l'art. 7 al. 2 de la loi fédérale du 23.12.1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique (Loi sur l'énergie atomique ; RO 1960 585).

66. Art. 11 al. 2 de la loi fédérale du 8.3.1960 sur les routes nationales (LRN. ; RS 725.11).

67. Art. 6 al. 3 et 7 al. 1 de la loi fédérale du 20.12.1957 sur les chemins de fer (LCdF ; RS 742.101).

68. PC-Aubert, Art. 45 N. 5.

69. RS 611.0.

70. Cf., pour connaître son origine, RO 2002 2471 et BO CE 2001, p. 90.

71. RS 172.061.

72. Cf. Message LCo 2013, p. 7980.

73. Voir aussi SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 17.

allemand semble indiquer que le devoir d'information de consultation de la Confédération doit en principe non seulement intervenir avant que les actes ne soient déjà totalement ébauchés, mais qu'il peut dans certaines circonstances déjà s'imposer lorsque les actes considérés sont encore au stade de simples déclarations d'intentions ou de vagues programmes (cf. infra N. 31 et N. 37). En revanche, la notion ne couvre pas les « projets » de décisions ou d'arrêts pouvant être rédigés par une autorité de recours, judiciaire ou non, avant qu'elle ne statue.

- 28 On comprend d'emblée que cette conception large de l'art. 45 al. 2 Cst. et de la notion de « projets » qu'il contient peut entrer en tension avec d'autres normes constitutionnelles. Comment en effet informer, voire consulter, les cantons en cas d'urgence ou de crise impliquant l'adoption rapide de mesures en application du droit de nécessité au sens de l'art. 173 al. 1 let. b ou de l'art. 185 Cst. ou lorsqu'il s'agit d'assurer la confidentialité d'un projet relevant de la sécurité du pays au sens de l'art. 57 Cst. ? Les contradictions apparentes pouvant exister entre l'art. 45 al. 2 Cst. et les normes précitées doivent de prime abord être résolues selon une certaine « **concordance pratique** »⁷⁴, à l'image de la modification de la LCo adoptée après la crise du COVID dans le but de soustraire de la procédure de consultation les lois et ordonnances de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral fondées directement sur la Constitution fédérale⁷⁵. Pour compenser cette nouvelle exception à la procédure de consultation, un nouvel art. 10 LCo – inspiré notamment de la loi sur les épidémies (LEp) et de la loi Covid 19⁷⁶ – prévoit désormais que, lorsqu'aucune procédure de consultation n'est menée en raison de l'urgence de la situation, l'autorité compétente (le Conseil fédéral ou une commission parlementaire) doit solliciter, « dans la mesure du possible, l'avis des gouvernements cantonaux et des milieux particulièrement concernés par le projet », en procédant le moment venu à une « consultation informelle », qui peut *a priori* prendre la forme d'un bref courrier électronique⁷⁷. Cette norme légale réaffirme ainsi l'importance de la consultation des cantons, tout en la flexibilisant quelque peu.
- 29 Au sens de l'art. 45 al. 2 Cst., la Confédération ne doit enfin informer, voire consulter, les cantons que sur « **ses** » **propres projets**. Cela exclut les projets des cantons ou du peuple suisse, qui ne constituent pas des organes de la Confédération (*Bund*), seule concernée par la disposition, comme son texte l'indique, mais de la « Confédération suisse » considérée dans son ensemble (*Schweizerische Eidgenossenschaft*). Échappent ainsi au champ d'application de l'art. 45 al. 2 Cst. certains projets que la Confédération doit uniquement approuver ou valider, comme les révisions constitutionnelles cantonales ou les initiatives populaires. Notons que, dans la mesure où ce type d'objets ne peut pas être modifié par les autorités fédérales, une consultation n'aurait de toute manière presque aucune raison d'être⁷⁸. En revanche, si un contre-projet est opposé à une initiative populaire, une consultation devra être organisée dans les délais fixés par l'art. 97, al. 2 de la loi sur les droits politiques. En somme, les projets concernés par l'art. 45 al. 2 Cst. sont avant tout ceux de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et de son administration. Il est en revanche plus délicat de savoir si des institutions décentralisées telles que la Banque nationale suisse, la Poste ou les CFF sont également soumises à ces devoirs. La question est en partie académique, car la loi leur impose souvent déjà d'informer et/ou de consulter les cantons avant de prendre certaines décisions⁷⁹.

74. Dans le même sens, SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 20 ; sur l'interprétation de la Constitution fédérale visant une « concordance pratique », voir ATF 139 I 16, consid. 4.2.2.

75. Art. 3a, al. 1, let. c, LCo. Cette modification a été introduite par le ch. III 2 de la loi fédérale du 17.3.2023 (Amélioration du fonctionnement du Parlement, notamment en situation de crise), en vigueur depuis le 4.12.2023 (RO 2023 483 ; FF 2022 301, 433).

76. Cf. art. 6 de la loi fédérale du 28.9.2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies, LEp ; RS 818.101) et art. 1 al. 3 de la loi fédérale du 25.9.2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19 ; RS 818.102).

77. Rapport CIP-CN 2022, p. 71.

78. Message LCo 2004, p. 499.

3. Information « en temps utile » et « de manière détaillée »

- 30 Selon l'art. 45 al. 2 Cst., la Confédération doit en principe informer les cantons de ses projets « en temps utile » et « de manière détaillée ». Ces deux précisions visent à garantir que les cantons puissent décider dans de bonnes conditions s'ils entendent s'impliquer ou non dans l'élaboration d'un projet fédéral et, le cas échéant, la manière de le faire. L'art. 45 al. 2 Cst. pose de cette manière un **cadre général pour l'exercice des droits de participation des cantons**⁸⁰, tout en soulignant de cette manière leur « rôle de partenaires » de la Confédération⁸¹.
- 31 La disposition laisse cependant une marge de manœuvre importante à la Confédération s'agissant du moment et du mode d'information des cantons. Il en va en particulier ainsi en tant qu'elle précise, de manière relativement ouverte, que l'information doit intervenir « **en temps utile** » (*rechtzeitig, tempestivamente*). Faut-il comprendre par là que cette information doit intervenir au moment le plus utile pour les cantons ou, alors, qu'elle doit avoir lieu au moment le plus opportun du point de vue de la Confédération ? La réponse peut *a priori* dépendre des circonstances. On peut par exemple soutenir que, même si la Confédération doit informer les cantons de tous ses projets⁸², il doit lui être loisible de surseoir – temporairement – à ce devoir dans certaines situations, notamment en cas d'urgence ou de circonstances extraordinaires (cf. aussi supra N. 28)⁸³. S'agissant de projets ordinaires, on peut pour le reste estimer qu'il sera généralement nécessaire – et suffisant – que les cantons en soient informés à une étape où leur issue est encore ouverte, afin qu'ils puissent tenter, s'ils le jugent nécessaire, d'influencer le processus décisionnel fédéral en usant de leurs divers droits de participation ou d'un certain lobbyisme. Or, définir ce moment relève d'un large pouvoir d'appréciation de la Confédération.
- 32 L'injonction relative à la qualité de l'information, qui doit intervenir « **de manière détaillée** » (*umfassend, compiutamente*) selon l'art. 45 al. 2 Cst., pose pour sa part une exigence de contenu relativement indéterminée. Les termes allemand et italien permettent tout au plus de saisir que l'information à donner aux cantons doit être complète et entière, c'est-à-dire suffisamment large pour que ceux-ci puissent comprendre l'ensemble du projet et ses enjeux. En utilisant l'adjectif « détaillé », la version française se réfère quant à elle plutôt à une description minutieuse et circonstanciée des différents éléments d'un projet. Pour qu'il ne s'agisse pas d'une information alibi, la Confédération devra donc trouver un juste équilibre permettant de communiquer clairement et de manière complète, sans que l'essence du message ne soit noyée dans trop de détails. Elle devra également tenir compte du fait que l'obligation d'information de l'art. 45 al. 2 Cst va plus loin qu'un simple devoir général de renseigner le public sur son activité, comme celui imposé au Conseil fédéral à l'art. 180 Cst.⁸⁴.
- 33 Quant à la langue, les autorités fédérales sont tenues d'employer les **trois langues officielles ordinaires de la Confédération** dans leurs communications aux cantons, étant précisé que l'emploi du romanche ne s'impose pas à l'endroit du canton des Grisons (cf. art. 70 al. 1, 2^e phrase, Cst. qui le prévoit uniquement pour les rapports avec des « personnes » utilisant cette langue)⁸⁵. Il ne leur est pas possible d'utiliser l'une d'elles exclusivement, au risque sinon de compromettre l'objectif

79. Voir l'art. 31 al. 2 de la loi sur la Banque nationale (LBN, RS 951.11), ainsi que les art. 33 al. 8 et 34 al. 2 et 4 de l'ordonnance sur la poste (OPO, RS 783.01) et 8 al. 2 de l'ordonnance du 4.11.2009 sur les horaires (OH ; RS 745.13).

80. Egli, Verfassungsorgane, N. 17.

81. Bigler de Mooij, Art. 45 N. 32, qui renvoie notamment à Waldmann, Art. 45 N. 22.

82. Tschannen, Staatsrecht, N. 928.

83. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5.

84. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5.

85. Cf., à titre de comparaison, l'art. 7 al. 2 OCo selon lequel, dans le cadre d'une procédure de consultation, le dossier doit être rédigé en allemand, français et italien.

d'information des cantons, qui ne sont pas censés comprendre un projet expliqué dans n'importe quelle langue, en particulier lorsqu'il s'agit d'un domaine nouveau et technique.

4. Consultation des cantons « touchés dans leurs intérêts »

- 34 L'art. 45 al. 2 n'impose pas seulement à la Confédération un devoir général d'informer les cantons sur ses projets, mais l'oblige aussi à les consulter lorsque les projets en question les touchent dans leurs intérêts. Les cantons jouissent de ce point de vue d'une **sorte de droit d'être entendu**, de nature institutionnelle, leur permettant de déposer des observations auprès de la Confédération.
- 35 Quand un projet fédéral touche-t-il les intérêts d'un ou de plusieurs cantons au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. ? La doctrine plaide généralement pour une **interprétation large** de la disposition, estimant qu'il s'agirait de consulter les cantons non seulement chaque fois qu'un projet restreindrait leur autonomie ou concernerait leur domaine de compétence, mais également chaque fois qu'il aurait d'autres formes de répercussions pour eux⁸⁶. À ce dernier égard, on pourrait s'inspirer de la pratique du Tribunal fédéral consistant à admettre qu'un canton est touché dans ses intérêts dignes de protection au sens de l'art. 89 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral lorsque le projet ou l'acte en question le touche de manière qualifiée dans ses prérogatives de puissance publique (« *in ihren hoheitlichen Befugnissen berührt* »), c'est-à-dire qu'il l'atteint dans des intérêts publics importants ou essentiels⁸⁷. Cela inclurait notamment les cas où un projet fédéral toucherait un canton dans ses intérêts patrimoniaux de manière importante ou serait de nature à causer des émissions importantes touchant une grande part de ses habitants⁸⁸. On relèvera que, de ce point de vue, une consultation peut s'imposer lorsqu'un projet touche les intérêts d'une ou de plusieurs communes du canton, intérêts qui s'assimilent à ceux du canton. Tel ne sera en revanche pas le cas si un projet atteint uniquement des intérêts privés de particuliers, quand bien même importants pour le canton (p. ex. une entreprise ou un contribuable important). On ne voit ainsi pas que les cantons de Genève et de Zurich jouissent d'un droit à être consultés spécifiquement au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. en cas de projet de modification de l'ordonnance de la FINMA sur les établissements financiers⁸⁹, pas plus que ceux de Berne et de Neuchâtel dans l'hypothèse d'une révision de l'ordonnance réglant l'utilisation du nom « Suisse » pour les montres⁹⁰.
- 36 Sous cet angle et malgré la réserve mentionnée, le droit de consultation des cantons de l'art. 45 al. 2 Cst. peut s'appliquer à des **cas multiples et variés**. On pense ici non seulement à des projets législatifs (lois, ordonnances, voire directives), mais également à des projets nationaux de construction tels que ceux concernant les routes⁹¹ et le trafic ferroviaire⁹², à ceux relevant de la planification territoriale ou agricole⁹³ ou, encore, à certaines décisions budgétaires ou financières.
- 37 De manière générale, le devoir de consultation posé à l'art. 45 al. 2 Cst. revêt surtout une importance pratique pour les projets qui ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une procédure de consultation au sens de l'art. 147 Cst., c'est-à-dire pour des projets qui toucheraient les intérêts d'un

86. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 25 ; aussi, sans précision, Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 Cst. N. 5 ; aussi SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 21.

87. Cf. notamment ATF 141 II 161, consid. 2.1 et 2.3.

88. Voir, pour un aperçu de la jurisprudence fédérale, Aubry Girardin, Commentaire LTF, Art. 89 N. 54–62.

89. RS 954.111.

90. RS 232.119.

91. Voir, par exemple, Message Routes nationales 2023, p. 20, qui précise à son chiffre 2 qu'une procédure de consultation a été menée sur ce projet et que les cantons, notamment, ont été invités à y participer.

92. Cf. comme pour la question des routes, mentionnée dans la note précédente, Message Perspective Rail 2050, p. 12, faisant état de la consultation des cantons à son chiffre 2.

93. Voir aussi par exemple le Message PA22+, lequel résume les prises de position des cantons à son chiffre 2.2 (p. 3899).

ou de plusieurs cantons, sans pour autant être un projet législatif important ou un autre projet de grande portée. Cela étant dit, on peut soutenir que l'art. 45 al. 2 Cst. est également susceptible de revêtir une portée propre en lien avec des projets législatifs d'importance lorsque ceux-ci touchent des intérêts essentiels des cantons. Il peut par exemple se justifier de les entendre déjà **avant la procédure de consultation officielle** envisagée par l'art. 147 Cst., lors d'une phase plus précoce d'élaboration de l'avant-projet, à un moment où l'issue du projet et de ses éventuelles variantes est davantage ouverte⁹⁴. Les Départements fédéraux et la Chancellerie fédérale sont en tout cas tenus, depuis 2016, d'associer de manière appropriée les organes cantonaux compétents à l'élaboration de leurs avant-projets de lois ou d'ordonnances lorsque leur mise en œuvre incombe en tout ou en partie aux cantons et qu'elle requiert de leur part des ressources humaines et financières considérables ou implique la réorganisation d'organes cantonaux ou, alors, des modifications essentielles du droit cantonal⁹⁵.

- 38 L'art. 45 al. 2 Cst. peut aussi revêtir une portée propre par rapport à l'art. 147 Cst. en lien avec des projets législatifs qui feraient l'objet de profonds remaniements **durant la phase d'examen parlementaire**, dans la mesure où de telles modifications auraient pour effet de toucher les intérêts des cantons – ou de certains d'entre eux uniquement – de façon totalement nouvelle et inattendue⁹⁶. Une consultation des cantons (concernés) devrait à notre sens s'imposer dans de tels cas, même si la LCo ne la prévoit naturellement pas, dès lors qu'elle tend uniquement à régler la participation des cantons lors des travaux préparatoires. Elle impliquerait une révision de la LParl, qui ne prévoit pour l'heure qu'une faculté pour les commissions d'entendre des représentants des cantons⁹⁷. Notons que la nécessité d'une telle révision avait été immédiatement reconnue par le Conseil fédéral lors de l'élaboration de la nouvelle Constitution fédérale et de son futur art. 45 al. 2 Cst.⁹⁸.
- 39 Jusqu'à maintenant, les Chambres fédérales ont toujours montré une réticence à **compléter la LParl** ou, éventuellement, la LCo, ce qui aurait assurément pour effet de compliquer leur travail. Lors de l'adoption de la LCo, certaines organisations ont certes suggéré de contraindre les commissions parlementaires à organiser une nouvelle procédure de consultation lorsqu'elles modifient substantiellement un projet du Conseil fédéral⁹⁹. Cette proposition est restée lettre morte. De même, une initiative de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats tendant à améliorer la participation des cantons à la procédure législative parlementaire (notamment par la création d'un droit d'audition des cantons dans les commissions) n'a pas résisté à l'opposition de la commission homonyme du Conseil national¹⁰⁰. Celle-ci a estimé, entre autres considérations, que la prise en compte des intérêts cantonaux appartenait de toute manière au processus parlementaire¹⁰¹.
- 40 En ce qui concerne les **modalités de consultation**, les cantons doivent être consultés directement et individuellement, en pratique par l'entremise de leurs exécutifs, même si l'art. 45 al. 2 Cst. ne le

94. Dans ce sens apparemment également, Egli, Verfassungsorgane, N. 32, et Tschannen, Staatsrecht, N. 929. Cf., à titre de comparaison en ce qui concerne la participation de la population à la planification, ATF 135 II 286, consid. 4.2.3 ; aussi arrêt 1C_296/2011 du 18.6.2012, consid. 2.

95. Cf., à ce sujet, art. 15a al. 1 de l'ordonnance du 25.11.1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1) et Explications OCo 2015, p. 11. Uhlmann (cf. N. 21) comprend cette disposition comme une mise en œuvre de l'art. 45 al. 2 Cst.

96. Dans ce sens également, BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 19 ; SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 23 ; Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 6

97. Cf. art. 45 al. 1 let. c LParl.

précise pas. La LCo impose désormais expressément cette voie gouvernementale s'agissant des projets relevant de son champ d'application¹⁰², afin de bloquer d'emblée toute velléité de la Confédération de consulter les cantons par le biais d'autres organes (notamment parlementaires ou intercantonaux) ou autorités (p. ex. de simples services de l'administration)¹⁰³. Il s'agit avant tout de consulter tous les cantons de manière uniforme et d'assurer que l'interlocuteur de la Confédération soit le même organe dans tous les cantons. Cela ne signifie donc pas que la prise de position des gouvernements cantonaux ne peut pas ou ne doit pas être, en sus, validée par le parlement cantonal, voire, comme cela peut être le cas dans certains cantons, par la population¹⁰⁴. Il appartient au pouvoir législatif cantonal de déterminer qui, dans le canton, est compétent pour rédiger les avis et quelles autorités participeront, le cas échéant, à la consultation¹⁰⁵.

- 41 De prime abord, la Confédération satisfait à son obligation de consultation en récoltant l'avis des gouvernements cantonaux touchés dans leurs intérêts. On pourrait à la rigueur soutenir qu'elle a également un **devoir de réponse et de motivation** lorsqu'elle s'en écarte, afin de montrer qu'elle a pris au sérieux et respecté son devoir de consultation¹⁰⁶. Une **réponse** pourrait alors être vue comme une marque de respect confédéral (cf. art. 44 al. 2 Cst.). On notera toutefois qu'une proposition tendant à obliger la Confédération à indiquer les motifs l'ayant conduite à s'écarter d'un avis formulé par un nombre important de cantons n'a pas été retenue à l'issue de la procédure de consultation du projet de nouvelle Constitution fédérale¹⁰⁷ ; une interprétation historique de la norme doit donc probablement conduire à reconnaître un silence qualifié du constituant sur ce point. Cela étant dit, il est en tout cas clair que la Confédération n'a aucune obligation de tenir matériellement compte des avis des cantons – c'est-à-dire de les concrétiser ou de les mettre en œuvre – en application de l'art. 45 al. 2 Cst.¹⁰⁸, même s'ils sont unanimes¹⁰⁹. Cela ne signifie bien évidemment pas qu'elle échappe à

100. Cf. l'initiative parlementaire 12.486, « Mise en œuvre du droit fédéral », déposée le 25.10.2012 et retirée le 23.4.2013. Elle s'inspirait d'un rapport d'un groupe de travail Confédération-Cantons du 13.2.2013 intitulé « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons. Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012 », spéc. p. 27 s.

101. Lüthi, N. 10a ad art. 44 LParl. Voir également le communiqué de presse du 22.2.2013 dans lequel la commission précisait alors que « les cantons savent très bien, sans qu'il faille pour cela créer de nouvelles règles de procédure, de quelle manière faire valoir leurs desiderata dans le processus décisionnel fédéral. ».

98. Dans son Message relatif au projet de nouvelle Constitution fédérale, il relevait que, sous l'angle du futur art. 45 al. 2 Cst., « [c]ertains problèmes peuvent se poser lorsque les projets législatifs font l'objet de profonds remaniements durant la phase d'examen parlementaire », de sorte qu'une « éventuelle adaptation des prescriptions relatives à la procédure de consultation ou des dispositions de la loi sur les rapports entre les conseils [– aujourd'hui LParl –] pourrait en l'occurrence s'avérer judicieuse. » (Message Cst. 1996, p. 213).

99. Message LCo 2004, p. 492.

102. Art. 4 al. 2 let. a LCo : « Sont invités à donner un avis: a. les gouvernements cantonaux (...) ».

103. Voir BO CE 2014, p. 4 s., relatant que cette précision vise « *nicht irgendwelchen Fantasien Vorschub zu leisten, dass unter "Kantonen" auch noch andere Gremien gemeint sein könnten* ».

104. Voir, par exemple, la Constitution du canton de Nidwald (RS 131.216.2) qui prévoit, à son art. 52, let. e, que « l'adoption des avis formulés par le Conseil d'État à l'intention de la Confédération, dans la mesure où ils se rapportent à des installations nucléaires [...] » sont soumis au référendum obligatoire ; ou la Constitution du canton de Zurich, plus générale, qui veut que « les grandes lignes des prises de position du Canton en ce qui concerne des projets de la Confédération qui ont une importance fondamentale, des conséquences à long terme sur les conditions de vie en général et qui ne sont pas sujets au référendum sur le plan fédéral » sont soumises au référendum facultatif. Reste à savoir quel impact peut avoir une votation populaire cantonale dans le cadre d'un processus de consultation fédérale. Un vote négatif serait en tout cas un signal fort pour le Parlement fédéral qui, en raison des différents délais liés à l'organisation du référendum cantonal, pourrait déjà être saisi du projet. Il pourrait être quelque peu « refroidi » et devrait certainement envisager, à tout le moins, de revoir le contenu et/ou la dimension de son projet.

105. Message LCo, 2004, p. 501.

106. Voir, s'agissant d'une obligation de répondre aux avis donnés lors d'une phase de consultation (de la population dans ce cas), ATF 135 II 286, consid. 4.1.

107. Rapport de consultation 1996, p. 93.

108. D'un autre avis apparemment, BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 25.

toute obligation constitutionnelle de prise en considération de l'intérêt des cantons et de l'avis qu'ils ont pu exprimer lors d'une consultation : une telle obligation peut exister en lien avec certains projets pour lesquels la Confédération doit respecter un devoir de coordination en vertu d'autres normes constitutionnelles (cf. p. ex. les art. 57 al. 2, 61a al. 2 et 75 al. 2 Cst.) ou dans le cadre desquels il est expressément prévu que l'avis des cantons revêt un poids particulier (cf. p. ex. les art. 62 al. 6, 76 al. 6, 89 al. 5, 100 al. 2 et 110 al. 2 Cst.).

- 42 Les cantons n'ont, de leur côté, aucune obligation – du moins juridique – de donner leur avis. Pour eux, il s'agit tout au plus d'une **incombance** (*Obliegenheit*)¹¹⁰, dont la non-exécution peut affaiblir leur position en cas de contestation judiciaire du projet fédéral. Ils doivent notamment garder à l'esprit que leur qualité pour recourir contre un tel projet peut dépendre de leur participation à la phase d'élaboration de celui-ci¹¹¹. De même n'est-il pas exclu qu'en cas de contestation judiciaire d'un projet, l'autorité compétente leur dénie le droit de se prévaloir de certains arguments ou éléments qu'ils n'auraient pas jugé utile de soulever durant la phase de consultation, au motif que leur invocation tardive serait contraire au principe général de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) ou de la fidélité confédérale (art. 44 al. 2 Cst. ; cf. aussi infra N. 46)¹¹².

5. Justiciabilité

- 43 Quant à la possibilité de se plaindre devant une autorité judiciaire d'une violation de l'art. 45 al. 2 Cst. et, plus particulièrement, du devoir de la Confédération de consulter les cantons susceptibles d'être touchés par ses projets, elle n'a encore donné lieu à **aucune jurisprudence**. Elle n'est en outre guère discutée en doctrine¹¹³, étant précisé que celle-ci y répond à juste titre par la positive, sans grand développement toutefois¹¹⁴.
- 44 La problématique apparaît **essentiellement académique**. L'art. 45 al. 2 Cst. a déjà fait l'objet d'une large codification légale, en principe respectée en pratique, et, dans les autres cas, la Confédération dispose d'un important pouvoir d'appréciation quant à la manière de l'appliquer. Il est enfin certain qu'un particulier ne pourra pas obtenir l'annulation d'un projet ou d'un acte le mettant concrètement en œuvre en se plaignant devant un tribunal que le projet en question été adopté en violation du devoir de consulter les cantons. Il ne lui est en effet pas possible d'invoquer en sa faveur la violation d'un droit procédural qui ne lui appartient pas et qui ne le lèse pas dans ses intérêts dignes de protection¹¹⁵. Quant aux cantons, qui sont donc les seuls lésés en cas de non-respect de l'art. 45 al. 2 Cst., ils sont traditionnellement réticents à engager des procédures à l'encontre de la Confédération.
- 45 Cela étant dit, si, un jour, un ou plusieurs cantons se décidaient à contester en justice un projet fédéral qui aurait été, selon eux, élaboré ou adopté en violation de l'art. 45 al. 2 Cst., leur démarche poserait assurément toutes une série de **questions juridiques épineuses** liées, notamment, au caractère

109. Une proposition en ce sens avait aussi été faite dans le cadre de la consultation sur le projet de nouvelle Constitution fédérale (cf. Rapport de consultation 1996, p. 93).

110. Pour rappel, en droit, l'incombance est définie comme un devoir dont l'inobservation expose son auteur non pas à une condamnation, mais à la perte d'avantages en lien avec l'accomplissement dudit devoir.

111. Cf, notamment, art. 49 al. 4 LENu : « Avant d'octroyer l'autorisation, le département consulte le canton d'implantation. Si le département délivre l'autorisation malgré l'avis contraire du canton, ce dernier a alors qualité pour recourir. ».

112. Jeannerat/Bühlmann, Commentaire pratique LAT, Art. 13 N. 96 ; aussi, à titre de comparaison, ATF 139 II 499, consid. 3 où le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si – et dans quelle mesure – les communes seraient liées aux griefs soulevés dans le cadre de la planification sectorielle fédérale contestée.

113. Voir Uhlmann, N. 22, opérant le même constat.

114. BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 18, 23a et 28 ; SGK-Egli, Art. 45 Cst. N. 5 ; Biaggini, BV-Kommentar, Art. 45 N. 5 ; PC-Aubert, Art. 45 N. 5 ; pour l'analyse la plus détaillée, voir Uhlmann, N. 22 et 29 ; également, à titre de comparaison en lien avec les droits de participation des cantons en matière de politique extérieure, Mazidi, Art. 55 N. 14–16.

115. Voir notamment ATF 110 Ib 398, consid. 3.

inédit et très particulier d'un tel litige. S'il apparaît impossible de les anticiper toutes ici et, encore moins, d'en pronostiquer avec certitude leur résolution par les juges, on peut essayer d'esquisser quelques pistes de réponse, variant en fonction de la nature du projet concerné et de son autorité d'adoption.

- 46 Sur le principe, la voie de l'action au Tribunal fédéral n'apparaît pas d'emblée fermée en application combinée des art. 189 al. 4 Cst. et 120 al. 1 let. b LTF dans le cas de figure où **une loi ou une ordonnance fédérale** aurait été adoptée – ou serait en passe de l'être – en violation du devoir de consultation des cantons au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. On peut en effet soutenir que l'on se trouverait dans une situation de « contestation de droit public » entre Confédération et cantons susceptible d'être tranchée par le Tribunal fédéral en instance unique conformément à la seconde disposition. Le Tribunal fédéral devrait dans un tel cas néanmoins clarifier en tout premier lieu s'il peut ou non entrer en matière sur d'éventuelles conclusions en annulation (totale ou partielle) de l'acte attaqué au regard des art. 189 al. 4 et 190 Cst., ce que cette dernière disposition semble empêcher s'agissant des lois fédérales, que les juges sont tenus d'appliquer et, partant, de respecter¹¹⁶. En comparaison, l'annulation d'une ordonnance du Conseil fédéral pourrait entrer en ligne de compte, du moins dans son principe¹¹⁷. Les embûches juridiques à une telle mesure pourraient être encore nombreuses. Il s'agirait notamment de se demander s'il n'est pas possible de reprocher aux cantons concernés de se plaindre trop tardivement d'une violation de leur droit d'être consultés au sens de l'art. 45 al. 2 Cst., ce en violation des règles de la bonne foi et du respect confédéral (cf. art. 5 al. 3 et 44 al. 1 et 2 Cst.). Tel pourrait être le cas s'ils n'avaient jusque-là jamais effectué aucune démarche pour être inclus dans l'élaboration d'un projet fédéral touchant leurs intérêts qu'ils savaient pourtant en préparation¹¹⁸. Reste également à savoir si le Tribunal fédéral ne considérerait pas la violation de l'art. 45 al. 2 Cst. comme « guérie » par le dépôt de l'action, comme il l'accepte déjà assez largement en cas de recours contre une décision rendue en contravention du droit fondamental d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst.¹¹⁹. Une telle solution s'imposerait probablement, selon nous, s'il devait apparaître – notamment au vu de la réponse du Conseil fédéral à l'action déposée – que la Confédération adopterait de toute façon le même acte après avoir entendu les arguments des cantons lésés dans leurs droits de participation¹²⁰ et/ou qu'une annulation de l'ordonnance poserait de graves problèmes de sécurité du droit.
- 47 La voie de l'action au Tribunal fédéral devrait dans la même logique également être ouverte sur le principe à l'encontre des **autres projets du ressort du Conseil fédéral, voire de l'Assemblée fédérale** (projet d'infrastructures, plan sectoriel, etc.) potentiellement adoptés en violation de l'art. 45 al. 2 Cst., ce de nouveau en application de l'art. 120 al. 1 let. b LTF¹²¹. Dans de tels cas, on peut supposer que, même après avoir constaté une violation du droit de participation des cantons, le Tribunal fédéral n'annulerait l'acte attaqué de nouveau qu'avec prudence. Tout indique qu'il procéderait à une soigneuse pesée des intérêts tenant compte de l'ensemble des circonstances et de la nature politique du processus décisionnel ayant conduit à l'acte attaqué au fond, comme il le fait

116. Dans le même sens apparemment, BSK-Waldmann, Art. 45 Cst. N. 28 ; aussi, pour un avis similaire en lien avec l'art. 55 Cst., Mazidi, Art. 55 N. 15.

117. Uhlmann, N. 42 ; cf., pour un cas d'annulation d'une loi cantonale pour défaut de consultation des communes, arrêt du TF 1C_477/2021 du 3.11.2022, consid. 4.

118. Cf., dans ce sens similaire, à propos de la violation du devoir de consulter des syndicats de travailleurs lors de l'adoption d'un acte législatif par un gouvernement cantonal, ATF 134 I 269, consid. 3.3.8.

119. Rappelons que la jurisprudence en matière de droit d'être entendu n'est pas transposable sans autres à l'art. 45 al. 2 Cst., n'étant pas applicable aux procédures législatives, et encore moins invocable par les cantons qui ne sont pas titulaires des droits fondamentaux (cf. notamment ATF 121 I 230, consid. 2 ; ATF 113 Ia 97, consid. 2a).

120. ATF 100 Ib 1, consid. 2.

121. Cf. Jeannerat/Bühlmann, Commentaire pratique LAT, Art. 13 N. 102, s'agissant d'une action contre un plan sectoriel.

d'ailleurs déjà en cas de recours contre des actes législatifs cantonaux dont l'adoption est entachée d'erreurs procédurales¹²² ou contre des scrutins populaires n'ayant pas toujours eu lieu dans le plus grand respect des règles démocratiques déduites de l'art. 34 Cst.¹²³. Il prendrait alors en considération l'urgence du projet concerné, l'intérêt du ou des cantons à être consulté(s) de manière particulière sur celui-ci et l'influence que leur avis aurait pu avoir – ou pourrait encore avoir – sur son aboutissement ou ses paramètres finaux, sachant que la grande majorité des projets de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral font de toute manière l'objet d'une consultation publique au sens de l'art. 147 Cst. Sous cet angle, il faut retenir qu'une éventuelle action au Tribunal fédéral n'aurait la plupart du temps pas d'autre intérêt pratique – non négligeable cependant sur le plan politique – que d'obtenir une décision de principe sur la portée de l'art. 45 al. 2 Cst.¹²⁴.

- 48 La situation se présente peut-être différemment en cas de **refus ou de renonciation d'un office ou d'un département** – soit d'autorités fédérales de nature administrative – de consulter un ou plusieurs cantons en lien avec un projet fédéral en cours de préparation ou ayant déjà été adopté par eux, comme des plans sectoriels ou des procédures spéciales d'approbation des plans (ferroviaires, électriques, etc.). Il est tout d'abord clair que, dans une telle situation, les cantons pourraient en principe déposer un recours au Tribunal administratif fédéral – et ensuite au Tribunal fédéral – voire, selon les cas, déposer directement une action directe auprès de celui-ci (cf. art. 120 al. 1 et 2 LTF)¹²⁵ pour se plaindre d'une éventuelle violation de l'art. 45 al. 2 Cst.¹²⁶. Dans la mesure où l'autorité judiciaire compétente arriverait alors à la conclusion que le ou les cantons concerné(s) ont bel et bien le droit d'être consultés spécialement au sens de l'art. 45 al. 2 Cst. en lien avec un projet non encore adopté, elle devrait ordonner aux départements ou office fédéraux de les informer sur le projet, voire de les intégrer directement au projet en cours, afin qu'ils puissent donner leur avis à son propos. Enfin, si le département ou l'office concerné devait avoir déjà adopté lui-même le projet litigieux, il conviendrait d'en prononcer l'annulation, sauf, peut-être, s'il peut être reproché au canton d'avoir agi trop tardivement (cf. supra N. 46) ou que le projet présente un caractère urgent et poursuit un intérêt public important. En dehors de ces deux hypothèses, il ne sera généralement pas possible de renoncer à une annulation du projet fédéral contesté en considérant qu'une information et consultation précoces des cantons concernés n'aurait de toute façon eu aucune influence sur l'issue de la procédure.

A propos

Eloi Jeannerat, dr en droit, est greffier au Tribunal fédéral. Fanny Matthey, dre en droit, est collaboratrice scientifique à l'Office fédéral de la justice.

Cette publication ne reflète que le point de vue des auteur-e-s et non celui du Tribunal fédéral ou de l'Office fédéral de la justice.

LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Vol. III : *Verfassungsorgane, Verfahren. Bereichsverfassungen*, Zurich et al. 2020, p. 1677–1698.

122. ATF 134 I 269, consid. 3.3.8; ATF 133 I 178, consid. 3,

123. Cf. notamment ATF 151 I 225, consid. 7.

124. Cf., dans le même sens, PC-Aubert, Art. 45 N. 5.

125. ATF 150 II 273, consid. 1.4.

126. Cf. d'ailleurs, pour un exemple en lien avec l'art. 13 al. 2 LAT, ATF 133 II 120, consid. 4.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur <http://doi.org/10.5771/9783748919483>, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.11.2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles scientifiques

Aubert Jean-François, Art. 45 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al., 2003.

Aubert Jean-François, Art. 147 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich et al. 2003.

Aubry Girardin, Art. 89 LTF, in : Aubry Girardin et al. (édit.), Commentaire de la LTF, 3^e éd., Berne 2022.

Benoit Anne, Art. 147 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Biaggini Giovanni, BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2017.

Bigler de Mooij Olivier, Art. 45 Cst., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale – Commentaire romand, Bâle 2021.

Egli Patricia, Art. 45 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4^e éd., Zurich 2023.

Egli Patricia, Kantone als Verfassungsorgane, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Vol. III : Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen, Zurich et. al. 2020, p. 1677–1698.

Freiburghaus Rahel, Lobbyierende Kantone – Subnationale Interessenvertretung im Schweizer Föderalismus, Berne 2023, disponible sur <http://doi.org/10.5771/9783748919483>, consulté le 7.11.2025.

Gonin Luc, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2021.

Graf Martin, Die Standesinitiative – Instrument der Kantonsparlamente zur Mitwirkung im Bundesstaat ?, in : Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires, août 2001, n° 2, 4^e année, p. 12–16.

Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11^e éd., Zurich et al. 2024.

Jeannerat Eloi/Bühlmann Lukas, Art. 13 LAT, in : Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (édit.), Commentaire pratique LAT : Planification directrice et sectorielle, pesée des intérêts, Genève et al. 2019.

Lanz Matthias, Art. 67 BPR, in : Glaser Andreas/Braun Binder Nadja/Bisaz Corsin/Tornay Schaller Bénédicte (édit.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die politischen Rechte, version du 1.9.2023, disponible sur <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bpr67>, consulté le 7.11.2025.

Lüthi Ruth, Art. 44 LParl, in : Graf Martin/Caroni Andrea (édit.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung – Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2^e éd., Bâle 2024.

Mazidi Simon, Art. 55 BV, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, version du 14.5.2024, disponible sur <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv55>, consulté le 7.11.2025.

Varuna Singh, Interview d'une attachée aux questions fédérales pour le canton de Genève, in : Forum – épisode du 19.9.2018, disponible sur <https://www.rts.ch/audio-podcast/2018/audio/le-lobbyisme-exerce-par-les-cantons-interview-de-varuna-singh-25553589.html>, consulté le 7.11.2025.

Reich Johannes, § 13 Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung im Bund, in : Biaggini Giovanni et al. (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich et al., 2021, p. 168–173.

Rhinow René, Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung, Bâle et al. 2000.

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

Tschannen Pierre, Die Bedeutung normativ substanzschwacher Verfassungssätze, RDS 143 (2024) I, p. 103–124.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5^e éd., Berne 2021.

Uhlmann Felix, Gutachten zuhanden der Konferenz der Kantonsregierungen (KDK) betreffend gerichtliche Überprüfung der föderalistischen Grundsätze in der Schweiz, 18.7.2016, disponible sur https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_GerichtlicheUEberpruefungFoederalerStreitigkeiten.pdf, consulté le 7.1.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 45 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2^e éd., Bâle 2025.

Willi Hans-Urs, Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland, Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven, eine institutsbezogene Studie, Berne 1988.

DOCUMENTS OFFICIELS

Annuaire statistique de la Suisse (extraits 1918-1980), disponible sur https://www.parlament.ch/centers/documents/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-1-6860, consulté le 12.12.2025.

Explications de la Chancellerie fédérale relatives à la révision partielle de l'ordonnance sur la consultation (OCo), Version du 5.6.2015, disponible sur <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/40187.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Exposé des motifs du projet de Constitution du 16.6.1995, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/vn-ber.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Guide de législation de l'Office fédéral de la justice OFJ, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, 5^e éd., 2025, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/legistik/hauptinstrumente/gesetzgebungsleitfaden.pdf.download.pdf/gesetzgebungsleitfaden-f.pdf>, consulté le 13.1.2026.

Lexique du Parlement, Fiche d'information Initiative déposée par un canton, état au 15.6.2024, disponible sur <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/Faktenblatt%20Standesinitiative-f.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20.11.1996, FF 1997 I 1 ss, disponible sur https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation du 21.1.2004, FF 2004 485 ss, disponible sur <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/127/fr>, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral relatif à l'évolution future de la Politique agricole à partir de 2022 (PA22+) du 12.2. 2020, FF 2020 3851 ss, disponible sur <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/881/fr>, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant le plafond des dépenses pour les routes nationales sur la période 2024–2027, l'étape d'aménagement 2023 des routes nationales, le crédit d'engagement et la modification de l'arrêté fédéral sur le réseau des routes nationales du 22.2.2023, FF 2023 865 ss, disponible sur <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/865.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Message du Conseil fédéral concernant l'état d'avancement et la modification des programmes d'aménagement de l'infrastructure ferroviaire ainsi que la Perspective Rail 2050 du 16.8.2023, FF 2023 2061 ss, disponible sur <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2023/2061.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-CE), Initiative parlementaire. Procédure relative aux initiatives des cantons, du 4.5.1993, FF 1993 III 325 ss, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3_325_/fr, consulté le 7.11.2025.

Rapport et propositions du groupe de travail commun Confédération-Cantons à l'attention du Dialogue confédéral du 16 mars 2012, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, du 13.3.2013, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/foederalismus/bericht-antraege.pdf.download.pdf/bericht-antraege-f.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN), Initiatives parlementaires. Améliorer la capacité d'action du Parlement en situation de crise / Utilisation des compétences en matière de droit de nécessité et contrôle du droit de nécessité édicté par le Conseil fédéral en temps de crise, du 27.1.2022, FF 2022 301 ss, disponible sur <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2022/301.pdf>, consulté le 7.11.2025.

Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-CN) sur l'initiative parlementaire 23.425, Garantir la transparence du lobbying des cantons, du 6.9. 2024, disponible sur

https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2023/Rapport_de_la_commission_CIP-N_23.425_2024-09-06.pdf, consulté le 7.11.2025.

Résultats de la procédure de consultation, Réforme de la Constitution fédérale, du 31.5.1996, disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/ve-ber.pdf.download.pdf/ve-ber-f.pdf>, consulté le 7.11.2025.