

LA LEGITIMITE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

RAPPORT SUISSE

Michel HOTTELIER
Professeur honoraire de l'Université de Genève

INTRODUCTION

La juridiction constitutionnelle est extrêmement présente dans l'ordre juridique suisse. Elle est en effet abondamment pratiquée, à l'échelon fédéral comme au niveau des cantons, au moyen de divers mécanismes procéduraux prévus par la Constitution fédérale, du 18 avril 1999, la loi et la jurisprudence. Son exercice s'inscrit de surcroît dans le contexte d'une pluralité d'acteurs fédéraux, cantonaux et communaux comme les tribunaux bien entendu, mais aussi le gouvernement, le parlement et l'administration, à la faveur des divers chefs de compétence dont ces organes sont nantis¹. De fait il n'existe pas, en Suisse, de cour constitutionnelle détenant l'exclusivité de l'interprétation et du contrôle du respect des normes qui ressortissent à la législation constitutionnelle².

Cette omniprésence n'empêche pas, bien au contraire, l'émergence de questions fondamentales sur le statut des normes et des décisions constitutionnelles, leur contenu, leur applicabilité et le contrôle de leur respect. Au cœur de ces interrogations se situe également la question de la légitimité, à savoir la justification et l'autorité des organes chargés de pratiquer le contrôle de la constitutionnalité et, éventuellement, de prononcer l'annulation d'actes étatiques, en particulier le rôle, la mission et les limites impartis au pouvoir judiciaire en Suisse et, en dernière instance, au Tribunal fédéral en sa qualité d'autorité judiciaire suprême du pays au sens de l'article 188 alinéa 1 de la Constitution fédérale.

I – L'ETAT DE LA PENSEE SUR LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La légitimité du juge constitutionnel représente un sujet classique du débat institutionnel, politique et académique suisse³. Sur le plan institutionnel, le thème questionne sur l'aménagement du pouvoir judiciaire et le rôle que ce dernier exerce vis-à-vis des organes politiques que sont le pouvoir législatif et exécutif, à l'intérieur d'un système organisé sur la base du principe de la séparation des pouvoirs et où les instruments démocratiques permettant la participation directe du corps électoral à la formation de la volonté collective sont particulièrement développés.

¹ G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'Etat*, 4^e éd., Berne 2021, p. 714.

² Sur le sujet, v. le rapport suisse sur le thème « Juges constitutionnels et parlements », *AJIC* XXVII-2011, p. 418 et les références citées.

³ La bibliographie est imposante. Pour l'approche historique, v. en particulier J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 163. Pour des références plus récentes, MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 1), p. 703 ; J. DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. I, *Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018, p. 229.

Considérée d'un point de vue historique, l'instauration du contrôle de la constitutionnalité des normes et des décisions en Suisse est fort ancienne, puisqu'elle remonte à la première moitié du 19^e siècle, simultanément à l'avènement de l'État suisse moderne⁴. À l'inverse d'autres États, la juridiction constitutionnelle n'est nullement l'œuvre exclusive des tribunaux, mais procède d'un débat plus large qui touche la Constitution elle-même et donc les différents acteurs qui ont la charge de son élaboration, de sa mise en œuvre et du contrôle de sa correcte application.

De même, le contrôle de la constitutionnalité forme un objet récurrent du débat politique helvétique⁵. Au fil de l'évolution de l'histoire et des idées politiques, ce débat a porté tantôt sur la nécessité de limiter et brider le pouvoir politique grâce au contrôle du juge tantôt, en sens inverse, sur le souhait de réduire et même d'exclure toute intervention du pouvoir judiciaire dans le processus d'adoption, voire de mise en œuvre des normes. À l'époque de l'apparition des régimes nazis et fascistes par exemple, un vaste mouvement s'est développé en Suisse dans le but d'élargir la juridiction du Tribunal fédéral en permettant à ce dernier de se prononcer sur la constitutionnalité des lois fédérales, sans succès toutefois. Une initiative populaire lancée en 1936⁶ qui tendait à réviser la Constitution fédérale en ce sens a été massivement rejetée par le peuple et les cantons en 1939⁷.

Le débat sur l'extension de la juridiction constitutionnelle est toutefois loin d'être achevé. On peut, en droit contemporain, l'observer dans les cantons qui ont, à la faveur de la révision totale de leur constitution, pris la décision d'instaurer le contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes à travers la création d'une cour constitutionnelle, comme cela a par exemple été le cas dans les cantons de Vaud et de Genève⁸. Alors même que le contrôle concret est pratiqué de longue date dans l'ensemble des cantons, le canton de Genève a par exemple mis en place le contrôle abstrait des normes cantonales lors de l'adoption de sa nouvelle constitution, le 14 octobre 2012 (art. 124). Cette innovation a passablement mobilisé les membres de l'assemblée constituante qui avait été élue en 2008 pour rédiger un projet de nouvelle constitution et le sujet a permis d'ouvrir un débat tout à fait opportun sur le rôle du juge constitutionnel à l'aube du 21^e siècle⁹.

En sens inverse, le développement du populisme et de la démocratie illibérale, phénomène auquel la Suisse n'a pas échappé, a conduit le peuple à voter sur diverses propositions de révision partielle de la Constitution fédérale tendant à museler le pouvoir des juges¹⁰. Ce mouvement pose d'emblée la figure du juge comme élitiste, débranché de tout contact avec la vie sociale, travaillant en secret à défaire les choix démocratiques élaborés par une majorité des représentants du peuple, de manière à réduire sa fonction à appliquer la loi d'une manière aveugle et mécanique. Le spectre défraîchi du gouvernement des juges ou de la dicastocratie retrouve ainsi une sorte de seconde jeunesse.

L'initiative populaire pour le renvoi des criminels étrangers illustre ce phénomène de manière éloquent. Réfractaire au pouvoir du juge de faire application du principe de la proportionnalité dans le domaine de l'éloignement des étrangers, en particulier sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce texte visait à réviser la Constitution fédérale en imposant l'expulsion systématique des étrangers ayant commis certaines

⁴ M. HOTTELIER, « La juridiction constitutionnelle fédérale », in O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *État de droit, droits fondamentaux et droits humains*, Zurich 2020, p. 1102 *sq* et les références citées.

⁵ M. HERTIG RANDALL, « L'internationalisation de la justice constitutionnelle : défis et perspectives », *Revue de droit suisse* 2010 II, p. 240 et les références citées.

⁶ *Feuille fédérale de la Confédération suisse* (ci-après *FF*) 1937 III, p. 5 ; *FF* 1939 I, p. 161. La *Feuille fédérale* peut être consultée en ligne sur le site www.admin.ch/ch/f/ff/index.html.

⁷ AUBERT (note 3), p. 173 *sq*.

⁸ T. TANQUEREL, « La juridiction constitutionnelle cantonale », in O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *État de droit, droits fondamentaux et droits humains*, Zurich 2020, p. 1127.

⁹ M. HOTTELIER, T. TANQUEREL, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », *La Semaine judiciaire* 2014 II, p. 337.

¹⁰ Sur le populisme, v. les travaux de la II^e Université d'été de l'Institut Louis Favoreu sur le thème « Populisme et démocratie », en particulier les intéressants développements de J. BROCH, « Peuple, populisme et démocratie. Regards croisés », et de C.M. HERRERA, « Le populisme constitutionnel », *AJJC* XXXIV-2018, p. 665, respectivement 699.

infractions pénales, « indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse ». Acceptée par le peuple et les cantons lors du scrutin du 28 novembre 2010 (art. 121 al. 3 à 6 Cst), l'initiative a rapidement révélé son incapacité à être mise en œuvre d'une manière aussi radicale, ainsi que l'avaient prédit de nombreux spécialistes au cours de la campagne référendaire. Populisme ou pas, même codifié, le droit constitutionnel ménage inévitablement, ainsi que l'a relevé le Tribunal fédéral quelque deux ans plus tard¹¹, d'amples espaces d'indétermination ou d'imprécision, qui nécessitent un complètement par voie prétorienne¹².

Consciente du phénomène, l'Assemblée fédérale a finalement procédé à une révision de la partie générale du code pénal le 20 mars 2015, en posant certes le principe de l'expulsion des étrangers tombant sous le coup de la nouvelle constitutionnelle, tout en prévoyant une clause de rigueur destinée à assurer le respect du principe de la proportionnalité au sens de la Constitution fédérale et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie (art. 66a *sq* du code pénal)¹³.

Ou encore : une initiative populaire intitulée « Le droit suisse au lieu des juges étrangers » a été lancée en vue de s'opposer, par révision de la Constitution fédérale interposée, à la jurisprudence du Tribunal relative à la CEDH et, très particulièrement, à un arrêt par lequel la Haute Cour a posé, en 2012, le principe selon lequel la Constitution doit respecter la Convention et qu'en cas d'opposition irréductible entre ces deux instruments, le droit conventionnel était en principe censé prévaloir¹⁴. L'initiative a été rejetée par le peuple et les cantons, à une forte majorité, le 25 novembre 2018¹⁵.

La légitimité du juge constitutionnel est également extrêmement présente au niveau académique, dans les enseignements de base d'abord, puis de maîtrise, ainsi que dans le domaine de la recherche, notamment doctorale et postdoctorale. L'étude du contrôle de la constitutionnalité des lois ne va en effet pas sans l'examen des problématiques et des interrogations qui entourent sa légitimité, son instauration, son fonctionnement et ses perspectives de développement, y compris dans une perspective de droit comparé. À trois reprises, la Société suisse des juristes a consacré son congrès annuel à ce sujet en 1934, 1950 puis, plus récemment, en 2010¹⁶. L'apparition en Suisse, il y a une cinquantaine d'années, du contrôle de la conventionnalité des lois en lien avec le respect des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, au premier rang desquels se trouve la CEDH, a opportunément permis de raviver le débat sur le rôle du juge au sein de l'État postmoderne au regard de la protection des droits fondamentaux et des droits de l'homme, en lien avec celui des magistrats de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷.

À ce sujet, il est intéressant de relever que, alors même que le contrôle de la conventionnalité des lois est à présent solidement implanté dans l'ordre juridique suisse, au point que nulle

¹¹ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : ATF) 139 I 16, du 12 octobre 2012, dans lequel le Tribunal fédéral déclare que le principe de l'expulsion automatique des étrangers délinquants issu de l'initiative populaire acceptée le 28 novembre 2010 est dépourvu d'applicabilité directe et appelle une concrétisation par l'Assemblée fédérale, ne prenant en compte le respect des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Cet arrêt a suscité un vaste débat au sein de la doctrine suisse, tout comme sa mention par l'auteur du présent rapport lors de la Table ronde internationale de justice constitutionnelle des 6 et 7 septembre 2013, v. *AJJC XXIX-2013*, p. 515 *sq*.

¹² Sur le sujet, v. le rapport suisse sur le thème « Justice constitutionnelle et doctrine », *AJJC XXX-2014*, p. 475.

¹³ F. BERNARD, M. HOTTELIER, « Le réformisme constitutionnel en Suisse », in J.-P. DEROSIER (dir.), *Le réformisme constitutionnel*, Cahier du ForInCIP n° 8, Paris 2024, p. 266 *sq*. Dans son arrêt *M.M. c. Suisse* du 8 décembre 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que si les États ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux, un automatisme d'expulsion des étrangers criminels condamnés pour des infractions sans contrôle judiciaire de la proportionnalité de la mesure se révélerait incompatible avec l'article 8 de la Convention (§ 42 et 54).

¹⁴ ATF 139 I 16.

¹⁵ FF 2019, p. 5651 ; FF 2017, p. 5027. Sur le sujet, v. BERNARD, HOTTELIER (note 13), p. 266.

¹⁶ HERTIG RANDALL (note 5), p. 227 *sq* et les références citées ; H. SEILER, « Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik », *Revue de droit suisse* 2010 II, p. 387.

¹⁷ M. HOTTELIER, G. MALINVERNI, « Le contrôle de la conventionnalité des lois en Suisse », *Rev. trim. dr. h.* 2025, p. 87.

disposition du droit interne, quel que soit son rang, ne saurait lui être soustraite, le contrôle de la constitutionnalité exclut toujours les lois fédérales de la juridiction constitutionnelle, conformément à la règle de l'article 190 Cst selon laquelle les juges sont tenus d'appliquer les lois fédérales, même si ces dernières s'avèrent inconstitutionnelles¹⁸. D'après cette logique d'exclusive, face au juge, c'est l'acte parlementaire issu du processus politique qui prédomine, fût-ce au détriment du respect de la Constitution fédérale¹⁹.

Deux logiques historiques s'affrontent ici : celle de la Constitution fédérale de 1874, qui a posé la règle selon laquelle les lois fédérales, pour émaner des représentants du peuple et des cantons qui composent les deux chambres de l'Assemblée fédérale et être, de surcroît, passibles du référendum populaire, sont immunisées et ne sauraient par conséquent être remises en cause au moment de leur application par les tribunaux²⁰. Celle, plus jeune d'un siècle, selon laquelle les droits de la Convention doivent déployer leurs effets dans l'ensemble des compartiments du droit national, sous le contrôle des juges nationaux, puis de ceux de Strasbourg.

II. LES ELEMENTS DE LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La doctrine suisse s'est longuement interrogée sur la légitimité du juge constitutionnel, en particulier sur ses fondements normatifs. Celle-ci ne résulte pas expressément du texte de la loi fondamentale, mais se déduit à l'heure actuelle de l'article 5 alinéa 1 de la Constitution fédérale, qui indique de manière très générale que le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. La faculté réservée au juge de s'interroger et de statuer de manière préjudicielle sur la conformité des normes à la Constitution découle, en d'autres termes, du principe général de la légalité et de l'impératif d'uniformité et de cohérence du système juridique qu'il postule²¹.

Aborder la question de la légitimité du juge constitutionnel sous cet angle équivaut à s'interroger sur les fondements de l'État de droit contemporain et suffit à répondre sans équivoque à la question de sa raison d'être. En effet, si l'autorité est contrainte de n'agir que sur la base et dans les limites du droit, elle ne saurait appliquer une norme par hypothèse contraire à ce dernier.

D'autres dispositions de la Constitution fédérale abordent de manière tout aussi générale le sujet, à l'image des articles 188 et suivants Cst, qui fixent le statut et les compétences du Tribunal fédéral en sa qualité de Cour suprême du pays. En précisant que le Tribunal fédéral dispose de la compétence pour statuer sur les contestations qui portent sur le droit fédéral, l'article 189 alinéa 1, lettre a Cst fait tout naturellement entrer le contrôle du respect des normes constitutionnelles fédérales dans le giron de la Haute Cour. Le contrôle de la constitutionnalité est ainsi diffusé et intégré au contrôle général du respect du droit fédéral.

De même, en indiquant que le Tribunal fédéral est compétent pour statuer sur les litiges qui portent sur la violation des droits constitutionnels cantonaux – par quoi l'on entend les dispositions qui garantissent des droits individuels aux justiciables et qui présentent, à ce titre, un caractère directement applicable²² –, l'article 189 alinéa 1, lettre d Cst habilite les juges fédéraux à contrôler la correcte application de ce chapitre des constitutions des cantons. Les constitutions des cantons sont en effet riches de catalogues détaillées de droits individuels²³. Il s'agit de l'un des rares cas dans lesquels la Haute Cour dispose d'une compétence pleine pour statuer sur le respect de normes cantonales.

L'article 189 alinéa, lettre f Cst permet encore au Tribunal fédéral de se prononcer sur le

¹⁸ HERTIG RANDALL (note 5), p. 237.

¹⁹ J. DUBEX, *Droits fondamentaux*, vol. I, *Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018, p. 273.

²⁰ V. AUBERT (note 3), p. 94 et 173, qui relève que la Suisse, tout en étant à l'époque de sa création au courant du modèle américain de la *Judicial review*, n'a jamais souhaité instaurer le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales.

²¹ MALINVERNI, HOTTETIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 1), p. 733 *sq* et les références citées.

²² Arrêt Arrêt 2C_642/2023, du 16 juillet 2024.

²³ G.T. CHATTON, « Les droits fondamentaux dans les constitutions cantonales », in O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *État de droit, droits fondamentaux et droits humains*, Zurich 2020, p. 1223.

respect des dispositions fédérales et cantonales relatives aux droits politiques. Le contrôle du respect des droits démocratiques, sujet constitutionnel par nature, fait ainsi explicitement partie des compétences du Tribunal fédéral. Ajoutons que l'article 189 alinéa 2 Cst prévoit que le Tribunal fédéral connaît également des différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons, à savoir les litiges qui portent sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, question elle aussi constitutionnelle par nature²⁴. Cette disposition complète le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal que pose l'article 49 alinéa 1 Cst et que les particuliers sont légitimés à faire valoir devant la Haute Cour au titre de droit individuel. Quant à l'article 189 alinéa 1, lettre e Cst, il permet au Tribunal fédéral de connaître des différends qui touchent à l'autonomie des communes. La jurisprudence sur ces divers chefs de compétence est abondante²⁵.

Toutes ces compétences sont aménagées et détaillées par la législation fédérale, qui prévoit les divers types de recours et les règles de procédure qui permettent de saisir le Tribunal fédéral. Cet enracinement constitutionnel et législatif prouve que la légitimité du juge constitutionnel ne résulte pas seulement de la fonction libérale attachée au respect des droits fondamentaux, mais découle également de la structure fédéraliste et démocratique suisse²⁶.

Considérée d'un point de vue historique, la légitimité de la justice constitutionnelle obéit à des standards différents selon qu'elle s'exerce sur des actes cantonaux ou fédéraux. Très développée à l'égard des premiers, elle permet le contrôle abstrait, puis concret de l'ensemble des normes cantonales, à l'exception des constitutions des cantons. Ces dernières font en effet l'objet d'un examen systématique de la part de l'Assemblée fédérale à l'issue de toute révision, totale ou partielle. L'idée qui sous-tend l'exercice de ce contrôle gracieux, indépendant de toute contestation, consiste à s'assurer que les lois fondamentales locales, piliers de l'ordre juridique et démocratique des cantons, ne renferment rien de contraire au droit fédéral et qu'elles permettent la mise en œuvre des droits démocratiques les plus élémentaires.

Les autres actes normatifs cantonaux peuvent être entrepris dans un délai de trente jours suivant leur adoption devant la Cour suprême laquelle, placée alors dans la position d'une cour constitutionnelle, est légitimée à exercer un contrôle abstrait de constitutionnalité. Lorsque les cantons ont institué une cour constitutionnelle à leur niveau, cette dernière doit impérativement être saisie avant le Tribunal fédéral. Si le recours cantonal est rejeté, la Haute Cour peut alors être saisie. S'il est admis et que la norme cantonale est annulée, le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a plus d'acte attaquant et sa saisine n'est pas possible²⁷.

Le contrôle abstrait des normes cantonales a été conçu historiquement comme un instrument destiné à permettre à la Confédération, via sa Cour suprême, de veiller à ce que la législation des cantons soit soumise à une forme de suivi quant à son respect du droit fédéral. C'est la même raison qui a conduit à la mise en œuvre du contrôle concret de l'ensemble des décisions cantonales²⁸. La combinaison du contrôle abstrait, puis concret de la constitutionnalité permet ainsi d'assurer un *continuum* dans la surveillance de la conformité du droit cantonal au droit fédéral²⁹, en particulier sous l'angle du respect des droits fondamentaux³⁰.

La légitimité des juges du Tribunal fédéral qui exercent la juridiction constitutionnelle est forte. Ces magistrats sont en effet élus directement par l'Assemblée fédérale, dont les membres sont élus directement par le peuple et les cantons, qui siège pour la circonstance en chambres

²⁴ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 1), p. 859.

²⁵ M. HOTTELIER, « Le rôle du juge dans l'architecture du fédéralisme suisse », in *Le juge apprécie. Mélanges en l'honneur de Bénédicte Foëx*, Zurich 2023, p. 95.

²⁶ HERTIG RANDALL (note 5), p. 233 *sq.*, 312 *sq.* et les références citées.

²⁷ ATF 149 I 81, arrêt du 23 décembre 2022.

²⁸ HOTTELIER (note 4), p. 1112 et les références citées.

²⁹ J.-M. VERNIORY, « Le contrôle préjudiciel des normes dans la jurisprudence récente de la chambre administrative genevoise », in *Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag*, Berne 2013, p. 275.

³⁰ DUBEY (note 3), p. 265 *sq.*

réunies. Le mandat est d'une durée de six ans, renouvelable sans limite, jusqu'à l'âge de 68 ans³¹. Comme le système suisse est fondé sur la vision du modèle diffus du contrôle de la constitutionnalité, à l'image du modèle des Etats-Unis³², la légitimité des juges qui l'exercent n'est pas différente des autres fonctions qui leur incombent en leur qualité de juges de la légalité. Ce sont, en d'autres termes, les mêmes magistrats qui pratiquent le contrôle de la légalité, de la constitutionnalité et de la conventionnalité. Au sein du Tribunal fédéral, chacune des cours est ainsi habilitée à pratiquer le contrôle de la constitutionnalité dans l'exercice de ses compétences.

Il en va de même pour ce qui concerne la légitimité du pouvoir judiciaire au niveau cantonal, où les juges sont le plus souvent élus par le parlement local, plus rarement directement par le peuple³³, sans distinction de statut entre ceux qui exercent le contrôle de la constitutionnalité ou les autres formes de contrôle du respect du droit. L'indépendance des juges est en outre garantie de manière générale par la Constitution fédérale, dont l'article 191c pose le principe, principe par ailleurs présent tout au long du processus judiciaire grâce à la garantie d'indépendance et d'impartialité qu'imposent les article 30 alinéa 1 Cst, 6 paragraphe 1 CEDH et 14 paragraphe 1 Pacte II.

L'envergure et le contenu de la jurisprudence constitutionnelle sont imposants en Suisse. La richesse de cette casuistique est liée au rôle pour ainsi dire omniprésent qui est propre au contrôle de la constitutionnalité, en lien avec la diversité de ses modes d'exercice et la multiplicité des normes de référence, à l'image des droits fondamentaux bien entendu, mais aussi des droits politiques, des règles attachées au fédéralisme et à la séparation des pouvoirs. Le mode rédactionnel qui sous-tend cette casuistique contribue d'une manière déterminante à cette richesse, avec des arrêts souvent extrêmement développés, amplement documentés et abondamment motivés. Cette casuistique s'appuie en effet sur une motivation particulièrement approfondie fréquemment fondée sur de nombreuses références doctrinales³⁴.

L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle particulièrement important dans ce contexte, le Tribunal fédéral ayant pour habitude de citer abondamment la pratique des juges de Strasbourg, que celle-ci concerne directement les affaires suisses ou, dans une perspective sensiblement plus large, la casuistique intéressant les autres États membres du Conseil de l'Europe lorsque celle-ci est de nature à impacter l'interprétation du droit helvétique. L'accès de la jurisprudence du Tribunal fédéral contribue également à cette richesse, grâce à un banque de données particulièrement performante, qui rend possible la consultation de l'ensemble des arrêts que prononce la Cour suprême, qu'il s'agisse d'arrêts de principe (lesquels sont par ailleurs publiés dans la collection du recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral) ou d'arrêts d'espèce³⁵.

La pratique des opinions séparées des juges n'est pas possible au Tribunal fédéral. Qu'ils soient prononcés à l'unanimité ou à la majorité des cours qui composent la Haute Cour, l'ensemble de ces précédents forme un bloc unique et homogène, sans qu'il soit possible de connaître l'avis individualisé de ses membres, à l'inverse de la pratique qui a par exemple cours devant la Cour européenne des droits de l'homme ou au niveau des juridictions de certains cantons³⁶. Dans certains cas très particuliers, qui portent sur des arrêts de principe, la délibération du Tribunal fédéral peut se dérouler en public. La loi sur le Tribunal fédéral prévoit (art. 58) que ce dernier délibère en audience si le président de la cour l'ordonne, si un juge le demande, ou s'il n'y a pas unanimité au sein de la Cour. Dans les autres cas, la Haute Cour statue par voie de circulation.

Lorsque le Tribunal fédéral délibère en séance publique, chacun des cinq magistrats qui composent la cour dont émane l'arrêt s'exprime successivement sur le rapport présenté par l'un

³¹ A. RUSSO, *Le mode de désignation des juges. Étude de droit constitutionnel suisse et comparé*, Bâle 2021, p. 45. Pour plus de détails, v. *AJJC* XXVII-2011, p. 424 *sq* et les références citées.

³² HERTIG RANDALL (note 5), p. 232 *sq*.

³³ RUSSO (note 31), p. 99.

³⁴ Sur le mode rédactionnel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, v. *AJJC* XXX-2014, p. 484 *sq*.

³⁵ Le texte des arrêts du Tribunal fédéral peut être consulté en ligne sur le site www.bger.ch.

³⁶ L.M. EGLOFF, *Le management du pouvoir judiciaire à l'exemple du Tribunal fédéral suisse*, Berne 2022, p. 64.

d'eux³⁷. Cette faculté repose sur une longue tradition et constitue l'une des caractéristiques de la juridiction du Tribunal fédéral, Cour suprême chargée d'imposer une interprétation et une application uniformes du droit fédéral, ainsi que la protection des droits fondamentaux³⁸. Elle tend à ouvrir un contrôle direct au public sur le mode de formation de la conviction des juges de la Cour suprême³⁹. On se doute que cette procédure très particulière, au cours de laquelle les parties n'ont pas droit à la parole⁴⁰, est plutôt rare (moins de 1% des cas)⁴¹ et réservée à des affaires particulièrement importantes, de manière à mobiliser de larges milieux de la société civile⁴². Il est à noter toutefois que l'avis personnel exprimé par chaque juge lors de la délibération ne figure pas dans le texte de l'arrêt, qui affiche l'opinion globalement majoritaire de la Cour. La possibilité d'exprimer une opinion individuelle séparée n'existe ainsi, de manière orale, qu'à l'occasion de la délibération.

Le droit international est très fréquemment mobilisé dans la motivation des arrêts du Tribunal fédéral. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une source externe, puisque les traités internationaux auxquels la Suisse a adhéré font partie intégrante du droit fédéral au sens de l'article 189 alinéa 1, lettre a Cst. Dès le tout premier arrêt qu'il a prononcé au sujet de la place que la CEDH devait occuper au sein de l'ordre juridique suisse, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas manqué de relever que les droits de la Convention devaient être d'emblée assimilés à des droits de constitutionnels au sens des règles de procédure qui entourent l'exercice de la juridiction constitutionnelle⁴³. Le Tribunal fédéral s'inspire également abondamment de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union⁴⁴.

III. LES FRAGILITES DANS LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Les éléments actuels de questionnement du système suisse de justice constitutionnelle concernent le rôle imparti au juge dans la société contemporaine face au pouvoir politique composé d'élus choisis de manière démocratique. Le sujet, certes légitime, n'est pas nouveau. Il a, en Suisse comme ailleurs, connu une forme d'actualisation avec le développement du populisme et l'avènement de la démocratie illibérale, comme indiqué précédemment. Certaines affaires dont le Tribunal fédéral a connu depuis les années 2000 ont été exploitées par les formations politiques populistes et nationalistes pour tenter de remettre ouvertement en cause le statut du juge, son pouvoir d'interprétation et de décision. Sans surprise, le sujet concerne en particulier le statut de l'immigration.

En parallèle, la sphère politique s'est interrogée sur la pérennité de la règle de l'article 190 Cst, en particulier sur l'éventualité d'abroger la disposition afin d'ouvrir le contrôle de la constitutionnalité aux lois fédérales. À l'origine de la norme, le politique est réputé marquer ici une frontière censément infranchissable pour les tribunaux. La primauté, la domination absolue du pouvoir politique sur le respect de la Constitution est ici patente – le décisionnisme l'emportant,

³⁷ V. *AJJC* XXX-2014, p. 488 *sq.*

³⁸ A. WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral : comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges*, Zurich 2011, p. 35.

³⁹ MALINVERNI, HOTTETIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 1), p. 844.

⁴⁰ Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'existe aucun droit des parties à la tenue d'une délibération publique, laquelle se caractérise comme un mode de consultation et de prise de décision qui lui est propre, arrêt 2C_349/2012, du 18 mars 2013.

⁴¹ EGLOFF (note 36), p. 66. Le rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2024 relève que sur un total de 7349 affaires que la Haute Cour a jugées durant cette année, 22 ont donné lieu à une délibération publique.

⁴² Parmi plusieurs affaires célèbres, mentionnons par exemple l'interdiction du cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond, *ATF* 112 Ia 290, du 4 juin 1986, l'introduction du suffrage féminin sur le plan cantonal, *ATF* 116 Ia 359, du 27 novembre 1990, le statut de la laïcité des élèves à l'école publique, *ATF* 142 I 49, du 11 décembre 2015, la votation sur l'élévation de l'âge de la retraite pour les femmes, arrêt 1C_487/2024, du 12 décembre 2024.

⁴³ *ATF* 101 Ia 67, du 19 mars 1975.

⁴⁴ HERTIG RANDALL (note 5), p. 262.

en l'occurrence, sur le normativisme, le respect de la légalité et les fondements de l'État de droit⁴⁵ même si, depuis un siècle et demi que cette règle est en vigueur, chacun a compris que le contrôle parlementaire, puis populaire qui s'exerce sur les lois fédérales, d'une part, et le contrôle juridictionnel de leur constitutionnalité, d'autre part, obéissent à des standards et des paramètres fondamentalement différents et donc nullement incompatibles. Le sujet de ces deux logiques renvoyant à une conception fondamentale du droit public et, *a priori* irrécyclables l'une avec l'autre, est classique dans l'histoire constitutionnelle helvétique⁴⁶.

Dans l'approche normativiste, l'ensemble du droit est organisé d'une manière systématique, sur une base hiérarchique dont le fondement est précisément la constitution. L'approche nécessite un ensemble de mécanismes logiques et rationnels, habilitant *in fine* l'exercice d'un contrôle susceptible d'imposer une interprétation obligatoire et définitive de la norme. La vision décisionniste attribue quant à elle à la volonté du souverain la légitimité à la fois primaire et ultime, qui s'impose contre toute autre considération morale ou juridique. C'est, ici, la décision qui fonde la norme et sa primauté, puisqu'elle émane du souverain et résiste par l'onction démocratique qui l'anime à toute forme de jugement à même d'affecter sa validité. La norme bénéficie par conséquent d'une complète immunité sur le terrain politique et judiciaire⁴⁷.

Évoqué sans connaître aucune suite lors des travaux qui ont conduit à la révision totale de la Constitution fédérale de 1874 et à l'adoption de celle du 18 avril 2000⁴⁸, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales est revenu sur la table parlementaire en 2011, avant d'être également rejeté⁴⁹. Une manière de le remettre à l'ordre du jour pourrait consister à prendre comme modèle le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité tel qu'il a cours en France et ouvrir concrètement, à la faveur d'un litige portant sur l'application d'une loi fédérale, le contrôle du Tribunal fédéral, sans nécessairement conduire à l'annulation de la norme incriminée en cas de contrariété de cette dernière avec la Constitution fédérale.

Plus fondamentalement, une piste théorique de résolution de l'opposition brandie par les tenants de la démocratie directe face à la légitimité et au rôle du juge constitutionnel consiste à désamorcer le conflit apparent qui cherche à les opposer, en rappelant que les standards d'élaboration et d'adoption des normes au cours du processus politique et le champ opératoire de la juridiction constitutionnelle ne s'inscrivent pas dans une perspective identique sur le plan institutionnel. Ce n'est par conséquent pas d'opposition, mais bien de complémentarité qu'il convient de parler lorsque l'on examine le processus politique et la juridiction constitutionnelle. Comme l'a magistralement relevé le Professeur Marc Verdussen, on ne rend pas la justice comme on fait de la politique. La justice œuvre dans une temporalité particulière, en sorte que la posture du juge n'est pas celle du politique⁵⁰.

Ainsi conçue, la légitimité du juge constitutionnel trouve sa raison d'être non pas dans un prétendu affrontement des tribunaux avec les forces politiques et démocratiques, mais bien dans la nécessité d'assurer une forme de complémentarité dans l'élaboration et le fonctionnement de l'édifice normatif et donc de l'État de droit. Le contrôle abstrait de la conformité des normes cantonales au droit fédéral s'inscrit parfaitement dans cette perspective, puisque les lois de rang cantonal ou communal édictées au sein des cantons, pour être par hypothèse passibles du

⁴⁵ Sur le sujet, v. W. OSSIPOW, « Les logiques du dernier mot et leur brouillage. Réflexions sur l'avenir incertain du contrôle de constitutionnalité en Suisse », in *Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag*, Berne 2013, p. 200, qui mentionne la célèbre controverse intellectuelle qui a opposé Carl Schmitt et Hans Kelsen sur la question de la juridiction constitutionnelle durant la période de l'entre-deux-guerres.

⁴⁶ A. KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne 2013, p. 775.

⁴⁷ OSSIPOW (note 45), p. 200 *sq.*

⁴⁸ FF 1997 I, p. 652.

⁴⁹ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 1), p. 717 et les références citées.

⁵⁰ M. VERDUSSEN, « Une justice décriée est-elle encore crédible ? Quelques observations succinctes », in *Pierre Lambert, une vie pour la Justice, un combat pour les droits humains*, Bruxelles 2025, p. 34.

référendum populaire à l'échelon local, n'en sont pas moins soumises au contrôle du Tribunal fédéral⁵¹.

Au vu de ces éléments, la légitimité de la justice constitutionnelle n'est guère contestable. Elle est en effet prévue par la Constitution fédérale elle-même, encadrée par la loi, raffinée par la jurisprudence et exercée par des juges indépendants et impartiaux qui tirent leur propre légitimité de leur élection par les représentants du peuple et des cantons à l'Assemblée fédérale. Elle puise sa justification dans des chapitres centraux du droit constitutionnel que sont le fédéralisme, la démocratie et le principe de la séparation des pouvoirs. Le respect des droits fondamentaux qu'égrène la Constitution fédérale et, en particulier, la protection des minorités fournit également un motif de première importance à son instauration.

Considérée sous cet angle, la justice constitutionnelle échappe d'emblée à la critique souvent basée sur une forme de déviance ou d'excès du pouvoir. Les juges constitutionnels ont par ailleurs développé des techniques qui, bien souvent, permettent d'éviter toute forme de reproche en termes d'empiètement sur le pouvoir politique.

La technique de l'interprétation des lois d'une manière conforme à la Constitution offre dans cette perspective un levier de première importance qui permet de cadrer le sens des lois attaquées abstraitement, en livrant une interprétation apte à réconcilier leur texte avec le respect des droits fondamentaux. La prudence avec laquelle les juges s'avancent sur le terrain des droits fondamentaux trouve aussi bien souvent sa justification dans le souci de ne pas entraver le travail législatif. L'interprétation de la Constitution trouve ainsi une limite fonctionnelle dans l'exercice de la juridiction constitutionnelle. Dans sa jurisprudence relative au contentieux cantonal, le Tribunal fédéral explique en outre fréquemment qu'il n'entend pas s'écarter sans motif impérieux de l'interprétation retenue par les autorités locales, dans le souci de respecter les spécificités propres au droit cantonal et à sa mise en œuvre. L'ensemble de ces éléments techniques démontrent, si besoin est, que les juges sont guidés dans leur fonction par le droit et non par des considérations politiques ou des intérêts partisans.

La grille de lecture de la présente Table ronde soulève une question fondamentale : l'instauration d'une justice constitutionnelle présente-t-elle encore un intérêt ? Au vu des éléments qui précèdent, la question appelle sans conteste une réponse positive, d'autant plus si, comme les développements qui précèdent tendent à le démontrer, le respect de la Constitution en tant que dépositaire des valeurs fondamentales de la vie en société et socle incontournable des institutions politiques et démocratiques appelle, par définition, la présence d'un ou de plusieurs organes habilités à vérifier que les bases de l'État régi par le droit puissent faire l'objet d'un contrôle. Oui, la constitution est bien un acte normatif. Pour faire simple, en somme, la constitution a son juge, comme l'a si bien dit, écrit et enseigné le Professeur Louis Favoreu⁵².

⁵¹ Pour un exemple récent, v. *ATF* 148 I 160, du 23 décembre 2023, où le Tribunal fédéral prononce l'annulation d'une disposition de la genevoise sur la laïcité qui prévoyait que les manifestations religieuses culturelles sur le domaine public ne pouvaient être autorisées qu'à titre exceptionnel, alors même que cette loi avait été acceptée en référendum par le corps électoral genevois.

⁵² L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris 2014.