

LA CONSTITUTION ET SES PRATIQUES EN SUISSE

Michel HOTTELIER

Professeur honoraire de l'Université de Genève

INTRODUCTION

Sous l'intitulé « Constitution et pratiques de la Constitution », la grille de lecture de la XLII^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle indique qu'elle entend aborder le thème de la correcte mise en œuvre de la Constitution et celui du contrôle institutionnel censé l'accompagner. Cependant, l'ensemble des rubriques qui détaille ce vaste sujet est centré sur le thème des pratiques anticonstitutionnelles. C'est donc l'écart entre la saine application de la loi fondamentale et ses déviations potentielles qu'il s'agit d'appréhender.

La notion est peu connue en droit constitutionnel suisse. Elle est par contre, en comparaison, d'usage courant en droit administratif, où la pratique administrative se définit par la répétition de décisions qui conduisent à faire apparaître des règles sur la manière d'interpréter la loi ou de faire usage d'un pouvoir d'appréciation susceptible de déployer un certain effet juridique¹.

Le thème est certes original, mais ne relève-t-il pas d'un oxymore ? La notion de pratique n'est en effet pas dépourvue d'une certaine ambiguïté. Ne suppose-t-elle pas, *per se*, une forme de système, d'établissement reconnu, de répétition, voire de reconnaissance et donc d'ancrage institutionnel ? La conformité au droit se présentant comme l'une des conditions de naissance de la pratique administrative², il n'existe aucune raison de penser qu'il devrait en aller autrement s'agissant des pratiques constitutionnelles. Comment, dès lors, la loi fondamentale, qui inscrit le respect du droit au panthéon des principes de l'action de l'État (art. 5 al. 1 Cst)³, pourrait-elle s'accommoder de l'idée d'inconstitutionnalités pratiquées et répétées sous la forme d'un énoncé juridique reproductible à l'infini ?

Ne convient-il pas de poser au contraire comme règle intangible de base une exigence accrue du respect de la légalité en matière constitutionnelle, sauf à verser dans ce que l'on appelle le constitutionnalisme abusif⁴, remettre en cause la stabilité fondamentale de la Constitution⁵ et conduire à une forme de déviance normative propre à la démocratie illibérale ? Au final, c'est bien la question de la protection, de la préservation et de la stabilité de la Constitution face aux

¹ T. TANQUEREL, F. BERNARD, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Zurich, Schulthess, 2025, p. 129 *sq.*

² A. GAVILLET, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Berne, Stämpfli, 2018, p. 189.

³ F. BERNARD, « La pesée des intérêts en droit public », *Revue de droit suisse* 2024 II, p. 108 et les références citées.

⁴ X. MAGNON, « Les contours de la préservation. Rapport de synthèse », in J.-Ph. DEROSIER (éd.), *La préservation de la Constitution*, Les Cahiers du ForInCIP, n° 10, Paris, LexisNexis, 2026, p. 5 *sq.* et les références citées.

⁵ F. BERNARD, M. HOTTELIER, « Rapport suisse », in *La préservation de la Constitution* (note 4), p. 289.

manquements susceptibles de l'affecter qu'il s'agit d'aborder⁶. Ou, plus largement, celle de son contenu et de son usage, pour reprendre l'heureuse formule d'un auteur⁷.

Pour surmonter l'apparente contradiction entre les deux termes, nous aborderons le sujet dans une perspective centrée sur l'appréhension, la qualification et la résolution des violations de la Constitution.

I – LE CONCEPT

Les questions théoriques qui sont soulevées par la problématique des pratiques anticonstitutionnelles sont nombreuses. Avant de songer à l'appréhension et la résolution de ces dernières, il importe d'en définir le concept.

Les outils d'intelligence artificielle énoncent la pratique anticonstitutionnelle comme les actes, les lois ou les comportements politiques qui contreviennent à la Constitution. Ces pratiques révèlent souvent un écart entre la volonté exprimée par les textes et l'usage concret qu'en font les institutions, parfois qualifié de nomopathie. On parle également d'actions, d'habitudes ou de mesures prises par une autorité publique qui contreviennent aux règles et aux principes fixés par la Constitution. De même, le terme anticonstitutionnel est censé exprimer une opposition active ou une hostilité dirigée contre la Constitution, tandis que celui d'inconstitutionnel qualifierait simplement ce qui n'est pas conforme à celle-ci⁸.

Par pratiques anticonstitutionnelles, nous entendons de manière plus ciblée les diverses formes qu'une violation de la Constitution est susceptible de revêtir, que celles-ci soient ponctuelles ou répétitives. Il apparaît d'emblée que ces formes sont elles-mêmes extrêmement variées, à l'image logique de la variété des normes qui composent la loi fondamentale elle-même et qui sont appelées à organiser, structurer l'État et instituer le système de protection des droits fondamentaux.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de souligner que, dans leur ensemble, les dispositions constitutionnelles fixent le plus souvent l'essentiel et ne comportent qu'une faible densité normative. De plus la Constitution ne se présente pas comme une unité, mais plutôt comme un assemblage historique de normes ouvertes, de principes, garanties ponctuelles et mandats distincts, qui ne sont pas toujours délibérément reliés et coordonnés⁹.

Le constat est particulièrement pertinent en Suisse, où le droit d'initiative populaire permet à une fraction du corps électoral de proposer, au niveau fédéral comme au niveau des cantons, des révisions partielles de la Constitution et donc d'intégrer dans son texte des normes parfois affectées d'une qualité légistique plus ou moins discutable, laquelle est de nature à poser de délicats problèmes d'interprétation. La règle de base consiste à affirmer que les dispositions de la Constitution forment un ensemble, qui figurent dans un rapport de coordination et non de subordination, sauf précision expresse de la loi fondamentale sur le sujet¹⁰. Le rôle de

⁶ M. MAHLMANN, « Schutz der Verfassung », in O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *Fondements, démocratie et fédéralisme*, Zurich, Schulthess, 2020, p. 212 ; J.-Ph. DEROSIER, « Avant-propos », in *La préservation de la Constitution* (note 4), p. XV : « (...) le bon fonctionnement d'un État constitutionnel démocratique suppose une stabilité constitutionnelle et un respect de la Constitution. Pourtant, cette norme fondamentale fait souvent l'objet d'attaques, plus ou moins directes, plus ou moins violentes, plus ou moins assumées. »

⁷ J.-F. AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », *Revue de droit suisse* 1991 II, p. 9.

⁸ Aperçu IA, recherche effectuée sur Google le 25 août 2026.

⁹ *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : ATF) 139 I 16, du 12 octobre 2012. Les arrêts du Tribunal fédéral peuvent être consultés en ligne sur le site www.bger.ch.

¹⁰ AUBERT (note 7), p. 89.

l'interprétation est par conséquent essentiel pour harmoniser cet ensemble et lui conférer une concordance pratique, prévenir les violations et conférer son effet utile à la Constitution¹¹.

Considérées de manière générale, les violations de la Constitution résultent de sa perception, de son interprétation et de sa mise en œuvre par le droit dit ordinaire. Plus largement, la Constitution peut-elle être elle-même contraire aux dispositions qu'elle renferme ? La question appelle une réponse plutôt négative en droit suisse¹². La loi fondamentale est en effet réputée ne pas contenir de dispositions intouchables ou éternelles, à l'exception peut-être des normes impératives du droit international, dont ses articles 139 alinéa 3, 193 alinéa 4 et 194 alinéa 2 imposent le respect en cas de révision, en particulier lorsque l'initiative émane du corps électoral, sous peine de nullité.

Autre est la question du respect, par les constitutions cantonales, des prescriptions contenues dans la Constitution fédérale. Ce cas de figure est appréhendé par la procédure de la garantie fédérale, par laquelle l'Assemblée fédérale, sur la base d'un rapport qui lui est présenté par le Conseil fédéral, s'assure que les constitutions cantonales s'inscrivent, à la faveur de chacune des révisions dont elles peuvent faire l'objet, dans le sillage du droit fédéral (art. 51 et 172 al. 2 Cst).

C'est certainement à propos des droits fondamentaux que la diversité des pratiques anticonstitutionnelles est la plus grande et, corrélativement, le rôle de la juridiction constitutionnelle chargée de les réparer le plus notable et le plus important¹³. Les pratiques en question peuvent revêtir les formes les plus diverses, déployer une intensité et des effets variables, révélant ainsi par la négative – un peu à l'image du cliché d'une photographie – l'hétérogénéité des comportements humains que la Constitution a vocation à protéger¹⁴. À un point tel d'ailleurs que les pratiques anticonstitutionnelles peuvent elles-mêmes s'afficher de manière très différente en fonction de chaque garantie.

Dans le domaine de l'interdiction de la discrimination prescrite par l'article 8 alinéa 2 Cst par exemple, la doctrine distingue entre discrimination dans et devant la loi, discriminations directes et indirectes, discriminations multiples et discriminations par association¹⁵. L'inobservation d'autres champs de la Constitution par la pratique n'en est pour autant exclue, à l'image des règles qui composent la structure fédérale de l'État. Ici, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence tout à la fois créatrice et audacieuse en vue d'exclure les conflits de compétences et de règles entre les domaines normatifs qui ressortissent aux compétences de la Confédération et des cantons et ainsi exclure autant que possible les conflits¹⁶.

Plusieurs critères peuvent entrer en considération pour habiller le concept de violation de la Constitution. Sans prétendre à l'exhaustivité, en fonction de son *auteur*, l'inconstitutionnalité peut émaner d'un organe de l'État, d'un particulier ou de groupes de particuliers. D'après sa *nature*, elle peut résulter d'une action ou, à l'inverse, d'une inaction. Selon les *effets* qu'elle déploie, elle peut contrevenir de manière directe au texte de la loi fondamentale ou, indirectement, découler d'une

¹¹ V. sur le sujet les intéressants développements de P. TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 6^e éd., Berne, Stämpfli, 2026, p. 54 *sq.* Sur le concept de concordance pratique, v. également la belle contribution de J. P. MÜLLER, « Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation », in *Le droit au service de l'humanité. Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Zurich, Schulthess, 2023, p. 329.

¹² TSCHANNEN (note 11), p. 179.

¹³ G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'Etat*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2021, p. 707.

¹⁴ G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2021, p. 74.

¹⁵ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 14), p. 579 *sq.*

¹⁶ M. HOTTELIER, « Le rôle du juge dans l'architecture du fédéralisme suisse », in *Le juge apprécié. Mélanges en l'honneur de Bénédicte Foëx*, Zurich, Schulthess, 2023, p. 95.

violation de la loi. En fonction de sa *temporalité*, elle peut intervenir dans le cours normal des choses ou lors de situations exorbitantes par rapport au droit commun¹⁷.

Le critère de *l'auteur* renvoie à l'organe ou à la personne qui contrevient à une prescription de la Constitution. Le cas le plus fréquent met en cause un organe de l'État, à savoir le législateur, l'exécutif et l'administration qui en dépend ou encore les tribunaux. On peut ainsi opérer une distinction entre les pratiques inconstitutionnelles selon que ces dernières soient d'obédience politique, administrative ou judiciaire. L'action d'un particulier privé est beaucoup plus rare, sans être pour autant exclue. L'article 35 alinéa 3 Cst dispose ainsi que les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Dès lors qu'à certaines conditions, conformément à cette dimension hégémonique, les droits fondamentaux sont susceptibles de déployer leurs effets dans les rapports entre personnes privées, une éventuelle violation de la Constitution imputable à un particulier ne saurait être exclue¹⁸. Par sa nature même, la théorie de l'effet horizontal de droits fondamentaux établit par conséquent qu'une violation de la Constitution peut être le fait de personnes privées.

Un exemple particulièrement illustratif de ce cas de figure est prévu à l'article 8 alinéa 3 dernière phrase Cst. Consacrant, en son alinéa premier, le principe d'égalité des droits entre les femmes et les hommes, la troisième phrase 3 de la disposition indique de manière plus spécifique que l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Cette facette du principe d'égalité est en conséquence réputée déployer ses effets de manière directe dans les rapports de travail entre personnes privées et pas seulement dans les domaines qui relèvent du droit public¹⁹. Il s'ensuit que l'employeur privé qui, par hypothèse, rétribuerait de manière différente une femme et un homme pour un travail identique se rendrait coupable d'une violation de la Constitution²⁰.

Le critère de la *nature* se réfère à la forme qu'une violation de la Constitution peut afficher. Le cas le plus fréquent est celui de l'action par laquelle un organe de l'État entre en conflit avec une norme constitutionnelle. L'inconstitutionnalité peut résulter de la loi elle-même, de sa mise en œuvre ou encore de l'interprétation retenue par le tribunal chargé de contrôler sa correcte application. L'inaction prend la forme de l'omission lorsque l'organe habilité à adopter la norme prévue par la Constitution renonce à légiférer. On peut en pareille hypothèse parler d'omission législative. L'inconstitutionnalité se présente sous la forme du déni de justice lorsque l'administration ou le juge n'intervient pas ou seulement dans un délai excessif.

Les *effets* d'une pratique contraire à la Constitution peuvent être directs ou indirects. Ils sont directs lorsqu'ils entrent en conflit frontal avec le texte d'une norme de la loi fondamentale. Il s'agit, on s'en doute, du cas le plus fréquent, pas seulement dans le domaine des droits fondamentaux. Pour prendre un exemple, la violation du principe de la séparation des pouvoirs heurte frontalement l'agencement des compétences entre les organes législatif et exécutif, lorsque ce dernier se croit par hypothèse autorisé à intervenir dans le domaine relevant des attributions du premier. Le principe de la primauté du droit fédéral affecte de manière centrale la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons lorsque, d'aventure, l'un de ces derniers empiète

¹⁷ Sur le sujet, v. les nuances apportées par A. AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1983, n^{os} 64-72.

¹⁸ V. MARTENET, Article 35, in V. MARTENET, J. DUBEY (éd.), *Constitution fédérale. Commentaire romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2021, p. 1046.

¹⁹ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 14), p. 70 et 622 et les références citées.

²⁰ 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, Schulthess, 2020, p. 1098.

sur une compétence qui ressortit aux attributions de celle-là. La jurisprudence est abondante sur chacun de ces cas de figure.

La violation indirecte de la Constitution résulte d'une application de la loi tellement mauvaise, si contraire à son texte clair ou qui contrevient, conformément aux standards développés par la jurisprudence, au sentiment de justice et d'équité qu'elle s'avère arbitraire. On distingue ainsi la « simple » violation de la loi d'une violation qualifiée, caractérisée, qui s'avère constitutive d'arbitraire au sens de l'article 9 Cst et donc d'une violation de la Constitution elle-même²¹. C'est une forme d'irrationalité qui est ici sanctionnée.

Le Tribunal fédéral a précisé qu'une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable. Conformément aux standards établis par la jurisprudence, il faut encore que la décision en cause soit manifestement insoutenable et cela non seulement dans sa motivation, mais également dans son résultat²². En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits par exemple, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations qui s'avèrent insoutenables²³.

Le grief d'arbitraire joue un rôle central dans l'agencement de la justice fédérale helvétique. Le Tribunal fédéral n'est en effet pas compétent pour se prononcer sur la correcte application du droit des cantons. Le contrôle de la bonne mise en œuvre du droit local relève en effet exclusivement de la souveraineté cantonale. Lorsque le grief d'arbitraire au sens de l'article 9 Cst vient en revanche à être invoqué, le moyen ouvre une porte sur la manière dont les cantons mettent en œuvre leur propre législation. Tout, alors, est lié à la question de savoir si la violation de la norme alléguée est suffisamment grave pour justifier l'intervention de la Haute Cour via une violation de la Constitution ou si l'on a affaire à une simple violation de la loi, dont le contrôle reste cantonné – c'est le mot – au pouvoir des autorités locales.

Si le domaine des droits fondamentaux listés par les articles 7 à 36 Cst alimente la plus grande partie de la juridiction constitutionnelle en Suisse, les juges fédéraux sont, plus largement, légitimés à contrôler, via le respect de l'interdiction de l'arbitraire, la manière dont les autorités cantonales appliquent leur propre législation. La violation indirecte du principe de la légalité cantonale ouvre ainsi la voie à la juridiction constitutionnelle de la Confédération. Il s'agit par conséquent d'un grief de nature subsidiaire, très fréquemment invoqué en pratique²⁴.

La *temporalité* d'une pratique inconstitutionnelle conduit enfin à opérer une distinction en fonction de la période durant laquelle celle-ci se produit. Il y a, dans cette perspective, des situations courantes, où la question du respect de la Constitution s'évalue sur la base de critères communs, traditionnels. Durant des périodes de crises, l'état de nécessité peut conduire, pour assurer le maintien de l'ordre public, à opérer des restrictions aux droits fondamentaux tout à fait particulières, de manière généralement temporaire.

La récente crise du covid a ainsi conduit de nombreux États démocratiques à adopter des mesures particulièrement incisives au regard du principe de la proportionnalité : port d'un masque de protection, obligation de se faire dépister ou vacciner, limites de déplacement et de contacts pour la population, généralisation du télétravail dans certaines professions. L'article 15 CEDH

²¹ J. DUBEY, Article 9, in *Constitution fédérale. Commentaire* (note 18), p. 362 *sq* et les nombreuses références citées.

²² ATF 151 I 337, du 25 mars 2025.

²³ ATF 152 IV 73, du 21 août 2025.

²⁴ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 13), p. 627.

range plus généralement ce genre de mesures sous le titre évocateur de dérogations en cas d'urgence lors de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation. L'article 4 Pacte II possède une teneur comparable²⁵.

Il paraît délicat, au vu de ce qui précède, de dresser une typologie des pratiques anticonstitutionnelles, tant celles-ci sont diversifiées. C'est certainement dans le domaine des droits fondamentaux qu'une forme de classification exemplative est possible et évocatrice. Une pratique d'un siècle et demi par le Tribunal fédéral révèle qu'en la matière, une appréciation objective est possible. Les diverses restrictions susceptibles de leur être opposées sont de nature à conduire à une atteinte si les conditions traditionnelles de la base légale, du motif légitime et de la proportionnalité que pose l'article 36 Cst ne sont pas respectées. C'est en pratique cette dernière exigence qui, au travers de ses composantes, d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit, est le plus souvent analysée par le Tribunal fédéral et qui est potentiellement de nature à conduire à une violation de la Constitution²⁶. Ici, c'est la loi fondamentale elle-même qui établit une typologie des pratiques inconstitutionnelles.

Le Tribunal fédéral a aussi l'habitude de distinguer entre les restrictions graves et légères susceptibles d'être opposées aux droits fondamentaux, la restriction grave devant impérativement reposer sur une loi formelle au sens de l'article 36 alinéa 1 Cst. Le concept de gravité fait lui-même l'objet d'une appréhension à la fois intuitive et exemplative, qui rend difficile toute tentative de systématisation objective.

II. LE MANIEMENT DU CONCEPT

À l'inverse de la pratique administrative, la pratique anticonstitutionnelle n'est pas spécifiquement abordée par la doctrine suisse, étant précisé qu'il n'existe pas, à proprement parler, de casuistique avérée de ce genre au sein de l'ordre juridique suisse²⁷. Le concept s'intègre, de manière plus générale, dans la question du respect de la Constitution et des conséquences, non moins générales, que son inobservation est susceptible d'entraîner. Comme indiqué en introduction, la question rejoint le contexte plus global du respect de la loi fondamentale. C'est dans ce cadre que se pose la question de l'appréciation de la régularité constitutionnelle des pratiques politiques, administratives et judiciaires.

La jurisprudence du Tribunal fédéral joue un rôle irremplaçable dans le contrôle et le rétablissement du droit à l'égard des violations de la Constitution²⁸. Comme la Haute Cour exerce un contrôle aussi bien abstrait que concret de conformité à la Constitution sur les normes cantonales, le périmètre d'intervention des juges fédéraux est étendu et permet d'assurer un suivi potentiellement continu du respect du droit constitutionnel fédéral par les autorités cantonales et assurer la primauté du droit fédéral²⁹. Armé d'un pouvoir cassatoire dans le contexte de la juridiction constitutionnelle, le Tribunal fédéral dispose de la faculté d'annuler les actes qui lui sont déférés, tout particulièrement dans le domaine des droits fondamentaux. En annulant l'acte attaqué, la Haute Cour prive celui-ci de toute validité et élimine ainsi l'inconstitutionnalité constatée³⁰.

²⁵ Sur le sujet, v. M. HOTTELIER, « L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés. Du terrorisme à l'urgence sanitaire. Rapport suisse », *AIJC* XXXV-2020, p. 577.

²⁶ Sur le sujet, v. M. HOTTELIER, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Rapport suisse », *AIJC* XXV-2009, p. 353 *sq* et les références citées.

²⁷ BERNARD, HOTTELIER (note 5), p. 293.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ HOTTELIER (note 20), p. 1097.

³⁰ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 13), p. 854 et les références citées.

On croit souvent que le pouvoir régulateur de la justice constitutionnelle s'achève et s'épuise dans l'annulation de l'acte attaqué. Le mécanisme est toutefois plus subtil, dès lors que d'autres instruments à la disposition des juges sont de nature à leur permettre d'exercer un contrôle et un pouvoir décisionnaire plus poussé. La théorie de l'interprétation de l'acte attaqué d'une manière conforme à la Constitution permet dans ce contexte au juge constitutionnel certes de repousser un recours, tout en l'habilitant dans le même temps à imposer une lecture plus fine et précise de la norme en cause. Le texte légal ainsi interprété voit sa portée relativisée dans le souci d'éviter une envergure trop large, susceptible de conduire à une violation de la Constitution.

La Constitution fédérale introduit toutefois une limite au pouvoir du juge lorsqu'il pratique la juridiction constitutionnelle. L'article 190 Cst fait en effet obligation aux juges helvétiques, qu'ils soient fédéraux ou cantonaux, d'appliquer les lois fédérales. Celles-ci doivent donc être mises en œuvre par les tribunaux, indépendamment du fait qu'elles respectent la Constitution ou non. L'idée qui sous-tend cette règle introduite dans la Constitution fédérale en 1874 réside dans les pouvoirs conférés à l'Assemblée fédérale d'une part, représentante directe du peuple et des cantons, et du référendum d'autre part, qui peut être exercé sur lesdites lois à la demande 50'000 citoyens ou de huit cantons³¹.

Selon une interprétation suggérée par la doctrine, il est toutefois admis depuis 1991 que le Tribunal fédéral peut constater que la loi fédérale qu'il a vocation à appliquer contient une inconstitutionnalité, étant précisé que la règle de l'article 190 Cst lui fait en tout état de cause obligation de mettre cette dernière en œuvre. La Haute Cour peut tout de même, grâce à cette faculté, signaler l'imperfection de la loi à son auteur, à charge pour ce dernier de l'éliminer et de rétablir une situation conforme au droit³². En définitive, le législateur fédéral reste le seul maître du sort des lois fédérales sur le terrain aussi bien politique que judiciaire.

La doctrine ne diffuse pas à proprement parler de discours de connaissance ni de discours à destination de l'opinion publique portant sur l'appréciation de la régularité constitutionnelle des pratiques politiques. Le sujet se confond avec la présentation plus générale de la Constitution en tant que norme fondatrice de l'ordre juridique. Plus largement, dans la vie publique et dans la vie politique, tout au plus le concept intervient-il à la faveur de la diversité de l'agenda que fixe la classe politique, mais pas vraiment de manière standardisée. Il n'est pas rare que la question du respect de la Constitution soit évoquée dans le contexte de campagnes électorales ou référendaires pour fournir une image, des arguments ou des revendications en faveur de revendications ou de programmes politiques de toute sorte³³.

III. LA SANCTION

La juridiction constitutionnelle reste comme indiqué précédemment le moyen principal et le plus efficace permettant de lutter contre les violations de la Constitution. Le mécanisme se présente typiquement dans la logique de préservation de la norme fondamentale, en tant qu'il porte sur la détermination de la régularité des lois et des actes de rang infra-législatif au regard du droit supérieur³⁴. Qu'elle se présente sous la forme du contrôle abstrait ou concret, diffus ou concentré, il s'agit toutefois d'un mécanisme assez lourd et plutôt lent, qui ne se déclenche pas d'office et qui

³¹ TSCHANNEN (note 11), p. 148 rappelle que toutes les tentatives entreprises au cours des âges pour abroger ou modifier cette disposition se sont soldées par un échec sur le terrain politique.

³² MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 13), p. 723 et les références citées.

³³ F. BERNARD, M. HOTTELIER, « Le réformisme constitutionnel. Rapport suisse », in J.-Ph. DEROSIER (éd.), *Le réformisme constitutionnel*, Les Cahiers du ForInCIP n° 8, Paris, LexisNexis, 2024, p. 268.

³⁴ MAGNON (note 4), p. 9.

présente de surcroît l'inconvénient d'intervenir le plus souvent une fois seulement la violation commise.

De fait, un constat d'inconstitutionnalité frappant une norme ou une décision ne déploie en principe que des effets *ex nunc*, laissant intactes d'éventuels violations antérieures. En matière de sanction, la justice constitutionnelle fonctionne sur la base de l'annulation de l'acte attaqué, et non sur le constat d'une nullité *ex tunc* par hypothèse antérieure à l'action du juge. Demeure bien entendu réservée l'hypothèse de l'octroi de l'effet suspensif au recours par le tribunal saisi. Envisageable sur contrôle concret, cette mesure s'avère toutefois extrêmement rare dans le cas du contrôle abstrait des normes.

Deux nuances doivent être formulées à propos de la question de la sanction des pratiques anticonstitutionnelles. La première, qui relève de la Constitution elle-même, conduit à opérer une distinction entre les normes composant la loi fondamentale qui sont directement applicables (*self executing*) et celles qui ne le sont pas. Les premières sont, à l'image des droits fondamentaux, celles qui se prêtent le mieux à l'exercice de la juridiction constitutionnelle, puisque la question de leur respect peut être soumise telle quelle au juge, en tant que la protection du justiciable forme précisément leur vocation. Les dispositions qui, à l'inverse, sont dépourvues d'applicabilité directe affichent une dimension organisationnelle ou programmatique et doivent être, au préalable, raffinées sur le plan politique. Entrent en particulier dans ce périmètre les dispositions de la Constitution fédérale qui concernent la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons³⁵.

C'est principalement dans le domaine des droits fondamentaux que la pratique sur cette nuance s'est développée. La jurisprudence du Tribunal fédéral a en effet relevé que seules les normes constitutionnelles suffisamment précises pour être invoquées sans législation d'exécution et qui attribuent des droits et des obligations aux particuliers sont susceptibles d'être alléguées dans le cadre d'un recours de nature constitutionnelle. Il s'ensuit par exemple que la disposition par laquelle une loi fondamentale cantonale attribue une compétence au législateur local n'est pas suffisamment qualifiée sous l'angle de la protection des droits individuels pour être invoquée telle quelle devant par devant la Haute Cour³⁶.

Une affaire originale permet d'illustrer le propos. Une loi genevoise adoptée au début de l'année 2009 imposait l'interdiction de fumer dans les lieux publics du canton. Elle fut aussitôt attaquée devant le Tribunal fédéral au motif particulier qu'elle ne concrétisait pas de manière assez stricte l'interdiction de la fumée passive, dont le principe avait été introduit en 2007 dans la Constitution genevoise à la faveur de l'adoption d'une initiative populaire. La Haute Cour a rejeté le recours, en précisant que la clause attributive de compétence contenue dans la loi fondamentale locale n'était pas suffisamment précise pour pouvoir être invoquée sans autre dans un recours de nature constitutionnelle. Seuls les droits fondamentaux cantonaux peuvent être sanctionnés par le Tribunal fédéral, à l'exception des autres clauses de rang constitutionnel dépourvues d'applicabilité directe. Or, la norme constitutionnelle genevoise interdisant la fumée passive se présentait comme une disposition générale de protection de la santé qui tendait à préserver le public dans son ensemble des effets de la fumée passive, sans relever d'une norme d'application immédiate³⁷.

³⁵ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 13), p. 758.

³⁶ ATF 152 I 75, du 25 février 2026 ; 149 I 182, du 31 mars 2023 ; 141 I 1, du 4 février 2015.

³⁷ ATF 136 I 241, du 2 juin 2010.

Ou encore : la disposition de la Constitution genevoise qui pose le principe de la responsabilité financière entre le canton et les communes affiche une vocation programmatique insuffisante à fonder un droit directement applicable devant le juge³⁸.

La distinction entre les normes constitutionnelles directement applicables et les autres ne concerne pas exclusivement le monde des droits fondamentaux. Certaines dispositions de la Constitution fédérale ont pu ainsi se voir attribuer par voie d'interprétation cette qualité, alors même qu'elles ne figurent pas dans le catalogue des garanties individuelles que dressent les articles 7 à 36 Cst. On peut mentionner par exemple l'article 49 alinéa 1 Cst, qui dispose que le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. La norme est traditionnellement interprétée comme renfermant non seulement un principe fondateur de l'agencement du fédéralisme helvétique, mais également comme un droit constitutionnel directement invocable devant les tribunaux³⁹. De même, la garantie de l'autonomie communale prévue à l'article 50 alinéa 1 Cst permet aux communes de se plaindre d'atteintes excessives de la part du canton dans leurs domaines de compétence⁴⁰. Autre exemple : au chapitre des principes régissant l'imposition fiscale, l'article 127 alinéa 3 Cst indique que la double imposition par les cantons est interdite et que la Confédération prend les mesures nécessaires.

La disposition, pour faire partie des clauses de répartition des compétences qu'établit la Constitution fédérale en matière de régime des finances, n'est pas réputée contenir de droit directement applicable. Pourtant, une jurisprudence ancestrale du Tribunal fédéral l'a érigée en garantie constitutionnelle autonome, directement applicable et donc invocable par chaque contribuable, laquelle a occasionné une casuistique de première importance en matière fiscale⁴¹.

L'article 127 alinéa 3 Cst ne renferme donc pas qu'une clause attributive de compétence, mais également un droit individuel à part entière, un véritable « droit constitutionnel à n'être pas imposé à double »⁴², lequel concerne en particulier la question de la nature des impôts visés par l'interdiction de la double imposition et celle du domicile fiscal⁴³. Certaines autres dispositions de la Constitution sont dotées de la même qualité, alors même que le texte de la loi fondamentale laisserait *a priori* plutôt entendre l'inverse⁴⁴. Le rôle du juge constitutionnel est ici central pour lutter contre les pratiques anticonstitutionnelles.

S'agissant plus généralement des clauses attributives de compétences que contient la constitution fédérale, lorsque par hypothèse le Parlement fédéral contrevient à la Constitution en n'exécutant pas ou de manière seulement partielle un mandat qui figure dans la loi fondamentale, il n'existe pas à proprement parler de mécanisme institutionnel à même de remédier à cette situation.

Pour prendre un exemple, le régime de l'assurance-maternité a été introduit dans la Constitution fédérale en 1945, à travers une disposition qui habilitait l'Assemblée fédérale à introduire une assurance sociale obligatoire en ce domaine. L'assurance maternité fédérale n'a finalement été instituée qu'au début du 21^e siècle, en 2005, quelque soixante ans après la

³⁸ Arrêt 2C_642/2023, du 16 juillet 2024.

³⁹ Pour quelques exemples, v. *AIJC* XL-2024, p. 884 *sq.*

⁴⁰ J. DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. II, *Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2018, p. 749 *sq.*

⁴¹ Pour un exemple, v. *AIJC* XXXIX-2023, p. 918.

⁴² J.-F. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Schulthess, 2003, p. 1014.

⁴³ Sur le sujet, v. MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 13), p. 478 *sq.* et les références citées.

⁴⁴ V. les exemples listés par TSCHANNEN (note 11), p. 59 et les références citées.

modification formelle de la loi fondamentale⁴⁵. Outre le développement d'une controverse de nature politique, aucun mécanisme institutionnel n'a permis de faire évoluer la situation dans l'intervalle. À vrai dire, on ne voit du reste pas trop comment contraindre institutionnellement le législateur à légiférer. La situation se présente de manière identique lorsque l'Assemblée fédérale concrétise certes une norme attributive de compétence prévue dans la Constitution, mais en accomplissant son œuvre d'une manière incomplète ou imparfaite par rapport au prescrit de la norme fondamentale⁴⁶. Sur ce plan également, il n'existe pas à proprement parler de mécanisme institutionnel à même de rectifier le tir. Tout au plus, le droit de référendum, qui permet à 50'000 citoyens de contester une loi fédérale dans un délai de cent jours suivant son adoption ouvre-t-il la voie au contrôle démocratique.

La seconde distinction qu'il importe d'opérer répartit les normes selon qu'elles émanent du pouvoir politique fédéral ou cantonal. Dans le premier cas, il n'existe pas à proprement parler de contrôle juridictionnel en raison de la clause d'immunité des lois fédérales au sens de l'article 190 Cst telle qu'explicitée précédemment. La situation se présente de manière très différente s'agissant du droit des cantons. La juridiction constitutionnelle qu'exerce le Tribunal fédéral permet à la Haute Cour de contrôler de manière approfondie la manière dont les autorités locales appliquent le droit au regard du respect de la Constitution tant fédérale que cantonale, sur contrôle abstrait, puis concret.

Le juge européen peut aussi être saisi lorsque la question d'une violation des droits fondamentaux se recoupe avec celle de garanties protégées par la CEDH. En substance, c'est-à-dire sur le plan matériel, les normes ne sont pas fondamentalement différentes, même s'il convient de relever que le caractère autonome des standards européens tels que les interprètent les juges alsaciens leur confère une originalité qui leur est propre.

Le contrôle de la conventionnalité permet ainsi de compléter de la juridiction constitutionnelle telle qu'elle est pratiquée à l'échelon national. Même si, en moyenne, 92% environ des requêtes individuelles déposées contre la Suisse essuient un constat d'irrecevabilité⁴⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a permis à certaines garanties comme le droit à la vie privée et familiale, la liberté d'expression ou encore la liberté de réunion d'évoluer de façon tout à fait remarquable à l'aune des standards du droit européen⁴⁸. Le contrôle qu'exerce la Cour de Strasbourg n'est certes que concret, à l'exclusion du contrôle abstrait⁴⁹, mais n'en présente pas moins une efficacité majeure.

Certaines affaires ont permis à la Cour de se prononcer sur la conformité de dispositions de la Constitution fédérale par rapport à la Convention. Une affaire jugée le 4 juin 2026 a ainsi conduit la Cour à déclarer que le régime de la taxe d'exemption perçue auprès des personnes qui

⁴⁵ S. PERRENOUD, « Article 116 », in *Constitution fédérale. Commentaire romand* (note 18), p. 2316 et 2322 et les références citées.

⁴⁶ Sur le sujet, v. V. MARTENET, J. DUBEY, « Introduction générale », in *Constitution fédérale. Commentaire romand* (note 18), p. 42 et les références citées.

⁴⁷ H. KELLER, « Einleitung », in H. KELLER, M. HERTIG RANDALL (éd.), *Basler Kommentar. Europäische Menschenrechtskonvention*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2026, p. 3. L'auteur relève en revanche que, lorsqu'une affaire suisse est déclarée recevable par la Cour, les chances de succès de la procédure sur un au moins des griefs allégués dépassent 50%.

⁴⁸ Pour une vue d'ensemble du rôle que ces trois garanties jouent sur l'ordre juridique suisse, voir l'analyse particulièrement éclairante de B. VON RÜTTE, N. ZIMMERMANN, Art. 8, R. CUENI, Art. 10 et Art. 11, in *Basler Kommentar. Europäische Menschenrechtskonvention* (note 47), p. 384-388, respectivement p. 471-472 et p. 508-510 et les références citées.

⁴⁹ DCEDH *Ligue des Musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, du 28 juin 2011, où la Cour rejette à la majorité comme incompatible avec les dispositions de la Convention une requête dirigée contre la disposition de la Constitution fédérale adoptée le 29 novembre 2011 par voie d'initiative populaire interdisant la construction de minarets.

ne sont pas en mesure d'accomplir leur service militaire obligatoire et dont le principe est prévu par la Constitution fédérale ne contrevient pas aux articles 4 et 14 CEDH et n'institue, en particulier, aucune forme de discrimination par rapport aux femmes et aux personnes de nationalité étrangère qui résident en Suisse, lesquelles ne sont pas soumises à l'obligation de servir⁵⁰. Mais dans une autre affaire, la Cour a considéré que la distinction entre les personnes, atteintes d'un handicap grave, inaptes au service et exonérées de la taxe et celles qui, atteintes d'un handicap considéré comme mineur, inaptes au service et néanmoins assujetties à la taxe n'apparaissait pas raisonnable. La Cour a ici retenu une violation des articles 8 et 14 CEDH⁵¹.

L'importance du rôle que la Suisse confère aux juges européens et à leur casuistique est rehaussée par la procédure qui, en aval des arrêts que prononce la Cour européenne, permet de solliciter la révision des arrêts que le Tribunal fédéral a prononcés en lien avec la CEDH, avant d'être désavoués à Strasbourg. En pareille hypothèse, la loi sur le Tribunal fédéral ouvre la voie, en son article 122, à une nouvelle procédure de jugement de la part de la Cour suprême helvétique. La disposition indique que la procédure de révision est ouverte lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la CEDH ou de ses protocoles, ou a conclu le cas par un règlement amiable. Il faut en outre qu'une indemnité ne soit pas de nature à remédier aux effets de la violation et que la révision est nécessaire pour remédier aux effets de la violation. La révision doit être introduite dans un délai de 90 jours après que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est devenu définitif⁵². Introduite dans la législation fédérale au début des années 1990, cette procédure originale, particulièrement efficace, a généré une casuistique riche et fort intéressante⁵³.

Au contrôle international du respect de la CEDH, on peut ajouter la casuistique que développent les Comités des Nations Unies chargés d'assurer le respect des instruments internationaux de protection des droits de l'homme sur communication individuelle. Le Comité des Nations Unies contre la torture a par exemple eu l'occasion de mettre en place des standards originaux à propos du principe de non-refoulement dans le domaine de l'éloignement des étrangers par la Suisse⁵⁴. À l'inverse des arrêts de la Cour européenne, les constatations que prononcent ces organes sont toutefois dépourvus de caractère juridiquement contraignant et en cas de constat de violation, ils n'ouvrent pas la porte à la procédure de révision exposée ci-dessus.

IV. LA PREVENTION

En dépit de l'intérêt du sujet, il ne faut pas se résigner à un constat d'impuissance face aux pratiques anticonstitutionnelles, ni admettre en aucune manière leur accès à un statut de norme ou de pratique coutumière, sauf à admettre que la Constitution est tenue, bon an mal an, de s'accommoder de sa propre négation, sauf aussi à assister au retour de l'oxymore...

La Constitution peut elle-même s'organiser et s'articuler autour de principes visant précisément à éviter toute dérive du pouvoir. Nous retrouvons ici les principes bien connus du libéralisme politique tel qu'il s'est développé dans les États occidentaux depuis le 18^e siècle pour

⁵⁰ ACEDH *Brun c. Suisse*.

⁵¹ ACEDH *Ryser c. Suisse*, du 12 janvier 2021.

⁵² Ch. DENYS, « Article 122 », in F. Aubry Girardin et al., *Commentaire de la LTF*, 3^e éd., Berne 2022, p. 1935. L'auteur souligne opportunément que la procédure de révision permet d'assurer la mise en œuvre de l'obligation imposée par l'article 46 § 1 CEDH aux États parties de se conformer aux arrêts de la Cour.

⁵³ M. HOTTELIER, H. MOCK, M. PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Zurich, Schulthess, 2011, p. 334.

⁵⁴ MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 13), p. 896 *sq* et les références citées.

se concrétiser autour de l'idée de constitution⁵⁵ : une structure démocratique basée autour d'élections libres et régulières fondées sur le pluralisme politique, la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice, le respect des principes de l'État de droit, en particulier l'affirmation et la sauvegarde effectives des droits fondamentaux et le respect des minorités⁵⁶. Nombre de pans de la vie politique et sociale sont également mis en œuvre dans une perspective préventive par des normes topiques qui relèvent du droit pénal.

Dans le contexte de l'élaboration des actes normatifs, un moyen efficace visant à écarter *ab ovo* ce genre de pratique consiste à examiner la question de leur conformité à la Constitution ou à solliciter l'avis de spécialistes, par écrit ou lors d'auditions, de manière à permettre à l'organe législatif d'avoir connaissance de l'envergure et des limites admissibles propres à l'action législative qu'ouvre la Constitution et d'agir en connaissance de cause. Les projets que présente le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sous forme de message sont ainsi tenus de comprendre une rubrique explicitant la question de leur conformité au droit supérieur, de même que l'usage de la marge de manœuvre dont la Suisse dispose lorsqu'elle reprend le droit international⁵⁷.

Dans le même sens, la diffusion et la connaissance de la casuistique constitutionnelle, en particulier de la jurisprudence, représente un moyen particulièrement important à même de rendre de précieux services au législateur. Car pour éviter les dérives potentiellement inconstitutionnelles, peut-être faut-il commencer par connaître et faire connaître la Constitution, la lire, diffuser son contenu, expliquer sa signification au plus grand nombre, surtout dans un pays qui se caractérise par l'importance des droits de participation à la volonté collective qu'aménagent les droits démocratiques⁵⁸. Le principe de transparence peut jouer un rôle central dans ce processus, comme c'est le cas en matière de pratique administrative⁵⁹. La transparence de l'action de l'État représente à cet égard un instrument de premier plan en vue de lutter contre les pratiques contraires à la Constitution.

⁵⁵ AUBERT (note 7), p. 24 *sq.*

⁵⁶ O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER Schindler, « Verfassung », in *Droit constitutionnel suisse*, vol. I (note 6), p. 3 *sq.*

⁵⁷ Art. 141 al. 2, let. a et b de la loi sur l'Assemblée fédérale, du 13 décembre 2002 (LParl). Il en va de même en cas d'initiative parlementaire (art. 111 al. 3 LParl).

⁵⁸ AUBERT (note 7), p. 109.

⁵⁹ GAVILLET (note 2), p. 346.