

## LES NOUVELLES FRONTIÈRES DU CONSTITUTIONNALISME

### RAPPORT SUISSE

*Michel Hottelier\**

#### INTRODUCTION

1. Les jubilés et les chiffres ronds se prêtent par définition à la célébration, à la commémoration et au souvenir des événements qu'ils ont pu générer, sans oublier naturellement la dimension prospective. Le 40<sup>e</sup> anniversaire de la Table ronde internationale de justice constitutionnelle ne fait pas exception à cette sorte de règle. En portant sur le thème des « nouvelles frontières du constitutionnalisme », elle fournit une occasion privilégiée de s'interroger sur l'état du constitutionnalisme contemporain, son évolution et ses perspectives.

2. Deux remarques préalables s'imposent. La première concerne le périmètre et l'envergure du thème abordé. Arpenter ses nouvelles frontières suppose par définition le développement d'une vision d'ensemble du constitutionnalisme. La perspective s'avère ambitieuse, pour ne pas dire démesurée, en tant qu'elle se nourrit de visions associant – entre autres et en particulier – l'histoire, la philosophie, les idées politiques comme celle des institutions, sans oublier le droit bien entendu. De justice constitutionnelle, il n'en est guère question ici, ou alors de manière très ponctuelle, tant la démarche tend, autant que faire se peut, à embrasser le constitutionnalisme dans sa globalité. Par bonheur, le remarquable exposé introductif du Professeur Massimo LUCIANI permettra de guider la structure de l'approche du présent rapport.

3. La seconde remarque affiche une certaine modestie, en tant que le présent rapport se limitera à aborder le thème sous l'angle du droit constitutionnel suisse, à la fois fédéral et cantonal, en tentant non moins modestement de faire écho aux travaux fort intéressants que l'Annuaire International de Justice Constitutionnelle de l'année 2022 a récemment publiés, précisément sur le sujet des nouvelles frontières du concept de justice constitutionnelle<sup>1</sup>.

#### I – LE CONTEXTE GENERAL

##### A. Les phases du constitutionnalisme

4. On ne peut qu'adhérer à l'exposé extrêmement riche et approfondi des phases de la « parabole historique du constitutionnalisme » qui ouvre le rapport introductif. Pour ce qui concerne la Suisse, le mouvement constitutionnel moderne, par quoi nous entendons un système étatique national dont les fondements et le fonctionnement sont régis par une loi fondamentale

---

\* Professeur honoraire de l'Université de Genève.

<sup>1</sup> « Le concept de justice constitutionnelle vu par les juges : quelles nouvelles frontières ? », *AJIC XXXVIII-2022*, p. 11 ss.

démocratique, distincte du droit dit ordinaire sur le plan formel et matériel, correspond au développement du mouvement constitutionnel tel qu'il s'est produit à travers la Révolution française et, plus particulièrement, à l'occasion de l'occupation de la Suisse à l'époque dite de l'Helvétique (1798-1813)<sup>2</sup>, qui marqua en particulier l'imposition de la Constitution dite helvétique, du 12 avril 1798<sup>3</sup>, puis d'un Acte de médiation octroyé par Bonaparte en 1803, qui a donné naissance à la Suisse moderne et fédérale<sup>4</sup>.

5. À partir de l'époque de la Restauration (1815-1830), la Suisse s'affranchit de la tutelle française et les rapports entre les cantons sont fondés sur un Pacte, le 7 août 1815. La Suisse devint alors une Confédération d'États. Le Pacte sera remplacé par la première Constitution fédérale du 12 septembre 1848, qui a fondé l'État fédéral suisse moderne. Cette constitution a elle-même fait l'objet d'une révision totale, laquelle a débouché sur l'adoption, le 29 mai 1874, d'une constitution plus centralisatrice, avant de se voir remplacée par la Constitution actuelle, adoptée par le peuple et les cantons le 18 avril 1999.

6. C'est l'époque de la Régénération (1830-1848) qui, avec l'avènement de la phase libérale qui la caractérise, marque la fin de l'Ancien Régime et fonde le constitutionnalisme tel que la Suisse le connaît aujourd'hui encore, sur le plan fédéral comme au niveau des cantons<sup>5</sup>. L'époque marque en effet l'adoption de constitutions locales, organisant le pouvoir et le fonctionnement de l'État démocratique sur des bases claires et intelligibles<sup>6</sup>. Elle voit aussi apparaître les premiers catalogues de droits fondamentaux logiquement ordonnés sur le plan cantonal, avec en particulier la reconnaissance du principe d'égalité, les droits démocratiques et la garantie des libertés individuelles<sup>7</sup>.

7. Le constitutionnalisme suisse post-moderne est resté fidèle, depuis près de deux siècles, à ses éléments fondateurs : au niveau fédéral comme cantonal, des constitutions écrites, dont la procédure d'adoption les place à la tête de l'ordre juridique. Des organes agencés sur la base du principe de la séparation des pouvoirs, placés sous le contrôle juridictionnel du Tribunal fédéral<sup>8</sup>. Des instruments démocratiques particulièrement développés et pointus qui consacrent et aménagent le droit d'élire et d'être élu, celui pour une fraction du corps électoral de signer et déposer des initiatives, de même que le droit de participer à des opérations référendaires. Des appareils de droits fondamentaux sophistiqués fondés sur le respect de la dignité humaine avec, corrélativement, un système dédoublé de juridiction constitutionnelle, au niveau cantonal d'abord, fédéral ensuite, qui permet d'assurer la primauté de la Constitution et des droits que celle-ci garantit.

8. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la primauté des constitutions cantons résulte de leur procédure d'adoption, puisque le droit fédéral impose aux cantons l'obligation de soumettre au référendum toute révision de la loi fondamentale locale (art. 51 al.

---

<sup>2</sup> A. KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848*, Berne, 2006, p. 65.

<sup>3</sup> G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, 4<sup>e</sup> éd., Berne, 2021, p. 511 sq.

<sup>4</sup> V. MONNIER, *L'Acte de médiation (1803) de Napoléon Bonaparte. Essai historique sur l'évolution du corps helvétique de l'ancien Régime à la Suisse moderne*, 4 vol., Lausanne, 2022.

<sup>5</sup> A. KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne, 2013, p. 43 et 455 ; sur le sujet, v. également P. SCIARINI, *Politique suisse*, Genève 2022, p. 19 : « L'État suisse moderne est né du double effondrement de l'ancienne Confédération, en 1798 et en 1847, et sur les cendres de la guerre civile qui s'en est suivie entre cantons catholiques conservateurs et cantons radicaux protestants (la guerre du Sonderbund) ».

<sup>6</sup> KÖLZ, (note 2), p. 227.

<sup>7</sup> KÖLZ, (note 2), p. 349.

<sup>8</sup> KÖLZ, (note 5), p. 759.

1 Cst) et que ces dernières sont par ailleurs soumises au contrôle de l'Assemblée fédérale, qui leur accorde sa garantie lors de leur adoption à condition qu'elles respectent le droit fédéral<sup>9</sup>.

9. Il est cependant une phase que le constitutionnalisme suisse n'a pas franchie. Celle d'un État qui combine complètement, institutionnellement et structurellement, la démocratie et l'État de droit. L'article 5 alinéa 1 de la Constitution a beau affirmer, avec une belle emphase, que le droit est la base et la limite de l'activité de l'État, et l'article 5 alinéa 4 peut proclamer avec enthousiasme que la Confédération et les cantons respectent le droit international, certaines zones d'ombre persistent à opposer démocratie et État de droit.

10. La Constitution fédérale admet en effet, en son article 190, que le Tribunal fédéral et, à son exemple, les autres instances judiciaires du pays sont tenus d'appliquer les lois fédérales, sans pouvoir écarter les dispositions normatives éventuellement contraires à la loi fondamentale. L'idée, ici, c'est que ce que le Parlement fédéral a fait au nom de la légitimité directe que lui confère la représentation du peuple et des cantons aux Chambres, des juges ne sauraient s'en affranchir, ce d'autant moins que les lois fédérales sont soumises à la sanction démocratique directe du scrutin populaire lorsque 50 000 citoyens ou huit cantons en font la demande (art. 141 Cst). La primauté du politique sur le respect de la Constitution est ici patente, même si depuis un siècle et demi que cette règle est en vigueur, chacun a compris que le contrôle politique qui s'exerce sur les lois et le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité obéissent à des standards et des paramètres fondamentalement différents. Le sujet est classique dans la littérature juridique suisse<sup>10</sup>.

11. L'évolution du constitutionnalisme n'est pas linéaire. Elle procède par mouvements successifs, par des chocs tectoniques qui se nourrissent de l'évolution de la vie économique, politique et sociale. S'il est exact que la Suisse n'a pas connu de guerre civile ni de révolution depuis plus d'un siècle et demi, son constitutionnalisme a connu des phases auxquels de grandes vagues de la vie en société ne sont pas étrangères.

12. La seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle a par exemple conduit à un vaste processus de réflexion sur le statut des institutions et à un renouveau dans la conception de la notion de constitution<sup>11</sup>. Ce phénomène est allé de pair avec une tendance libérale qui a provoqué la concrétisation et la garantie de droits fondamentaux résolument nouveaux dans la plupart des constitutions des cantons qui ont été totalement révisées depuis les années 1960, de même que dans la Constitution fédérale qui a été adoptée le 18 avril 1999. La garantie formelle, dans la Constitution fédérale, du principe de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes le 14 juin 1981 (art. 8 al. 3 Cst) ou celle du droit de toute personne à bénéficier de conditions minimales d'existence (art. 12 Cst) représentent des signaux et des symboles particulièrement emblématiques de cette évolution.

13. La ratification de la CEDH par la Suisse en 1974, suivie au début des années 1990 de celle des instruments des Nations Unies en matière de droits humains, a également contribué à renforcer ce vaste mouvement de protection des droits individuels.

14. Dans ce contexte, une nouvelle perspective s'est récemment ouverte pour le constitutionnalisme helvétique, celle du constitutionnalisme environnemental. La notion recouvre l'apport que le droit constitutionnel peut offrir en matière de lutte pour la protection de l'environnement et, plus particulièrement, de mesures contre le réchauffement climatique. Le sujet, en discussion dans la doctrine suisse et étrangère depuis plusieurs années<sup>12</sup>, a

---

<sup>9</sup> *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : ATF) 143 I 272, du 3 avril 2017. Le texte des arrêts du Tribunal fédéral suisse peut être consulté en ligne sur le site [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

<sup>10</sup> KÖLZ (note 5), p. 775.

<sup>11</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 3), p. 530.

<sup>12</sup> Sur le sujet v, les travaux conduits par F. BELLANGER, F. BERNARD (éd.), *Le droit public face à la transition écologique*, Zurich 2024 ; P. MAHON, « Urgence, climat et droit (constitutionnel) », *Revue de*

récemment subi un coup d'accélérateur avec l'arrêt de principe que la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé le 9 avril 2024<sup>13</sup>.

15. À l'origine de cette affaire se trouve une requête introduite par quatre femmes et une association, dont les membres sont toutes des femmes âgées préoccupées par les conséquences du réchauffement climatique sur leurs conditions de vie et leur santé. Les requérantes ont estimé que les autorités helvétiques n'ont pas adopté de mesures suffisantes pour atténuer les effets du changement climatique. Après avoir écarté les requêtes des requérantes individuelles au motif que celles-ci ne remplissaient pas les critères relatifs à la qualité de victime au sens de l'article 34 CEDH, la Cour a donné raison à l'association requérante sur la base des articles 6 paragraphe 1 et 8 CEDH. Elle a en particulier considéré que l'article 8 CEDH consacre un droit à une protection effective, par les autorités de l'État, contre les effets néfastes graves du changement climatique sur la vie, la santé, le bien-être et la qualité de vie des individus. La Cour a conclu que la Suisse a effectivement manqué aux obligations positives qui lui incombent en vertu de la Convention en matière de changement climatique.

16. Il est certes vrai que les droits fondamentaux et les droits humains ont historiquement été pensés et conçus pour couvrir prioritairement les aspects civils, politiques, économiques, sociaux et culturels de la vie collective. Cette dimension est-elle pour autant exclusive ? L'arrêt de la Cour marque une césure dans la rigidité de cette conception et même une forme de révolution en étendant les droits de la Convention à la protection de l'environnement et en conférant à la garantie traditionnelle du droit à un environnement sain une dimension désormais hégémonique, qui va au-delà de problématiques locales, ciblées et isolées. Même si la classe politique suisse s'est sentie heurtée par l'arrêt de la Cour au point de se croire autorisée à faire adopter par les Chambres fédérales une déclaration invitant le Conseil fédéral à ne pas donner suite à l'arrêt<sup>14</sup>, le pas est franchi et des horizons résolument nouveaux s'ouvrent désormais à la protection des droits humains.

17. Une autre tendance récente qui affecte le constitutionnalisme suisse est liée au développement du populisme, en réaction au processus de mondialisation, aux crises économiques et au mouvement continu de précarisation qui frappent de larges franges de la population. La Suisse n'échappe pas à ce phénomène qui touche de nombreux autres États, en particulier en Europe. La poussée du populisme s'est traduite en Suisse, depuis plusieurs années, par le développement de formations et de mouvements politiques qui, au nom des droits de la majorité et au moyen d'une galvanisation exacerbée de la souveraineté populaire, critiquent les « élites » (?), érigent l'exaltation du nationalisme en mot d'ordre, remettent plus ou moins ponctuellement en cause le rôle des droits fondamentaux, la protection des minorités et le rôle des juges, en particulier de ceux qui pratiquent la juridiction constitutionnelle. Plusieurs révisions de la Constitution fédérale provoquées par la voie d'initiatives populaires ont été acceptées par le peuple et les cantons sur la base de ce mouvement depuis une vingtaine d'années<sup>15</sup>.

18. Ces textes, souvent inapplicables s'ils sont pris à la lettre, gravitent toujours autour du même *motto* : méfiance et défiance à l'égard des étrangers, sacralisation de la préférence nationale, limitation de l'immigration de masse, renvoi systématique des étrangers ayant commis certains types d'infractions ou encore primauté du droit national et mépris ouvertement affiché du droit international. Pour l'heure, le Parlement fédéral, chargé de mettre en œuvre les

---

*droit suisse* 2023 I, p. 405 ; M. HOTTELIER, « Constitution et environnement. Rapport suisse », *AJIC XXXV-2019*, p. 519 ; F. MAGISTRO, *Le droit à un environnement sain revisité*, Zurich 2017.

<sup>13</sup> ACEDH *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*.

<sup>14</sup> Sur le sujet, v. L. MÜLLER, St G. SCHMID, « Die parlamentarische Erklärung im schweizerischen Staatsrecht », *Pratique juridique actuelle* 2024, p. 810.

<sup>15</sup> 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.

mandats que lui attribue la Constitution, s'est efforcé de tenter, au reste avec un bonheur variable, de réconcilier la teneur de ces dispositions avec le respect des droits fondamentaux et des droits de l'homme

19. Le rapport introductif relève que jamais, pas même durant les années de la révolution industrielle ou celles du grand effort scientifique pendant la Seconde Guerre mondiale, le rythme des découvertes scientifiques et techniques n'a été aussi accéléré. Ce phénomène offre de grandes opportunités et de grands espoirs, mais présente simultanément de grands risques et de grandes craintes. Comment le droit constitutionnel peut-il affronter pareil défi ? Comment l'intégrer dans un texte fondamental qui, tout en prenant en compte la technicité du monde actuel, puisse parvenir à rester clair, intelligible et accessible ?

20. La réponse suppose que soit rappelée la caractéristique de la Constitution, selon laquelle celle-ci avant tout demeure le texte fondateur de l'État, qui pose les principes essentiels à son existence ainsi qu'à son fonctionnement, tout en restant ouvert à l'évolution technique par le biais d'une interprétation évolutive ou de révisions ponctuelles. L'intégration des nouvelles techniques informatiques dans le monde des droits fondamentaux s'est par exemple opérée en Suisse par voie d'interprétation par le Tribunal fédéral, alors que sur d'autres questions techniques, comme le statut des méthodes de procréation médicales assistées, il a fallu passer par une révision formelle de la Constitution fédérale.

21. Ce dernier point joue un rôle important en Suisse, où la révision totale des constitutions susceptibles d'avoir cours sur le plan aussi bien fédéral que cantonal est fréquemment dictée par des considérations de nature législative et où l'absence quasi totale de limites matérielles alliée à l'exercice du droit d'initiative par une fraction du corps électoral permet d'ouvrir très largement le champ de la loi fondamentale. Dans cette perspective, la Constitution peut se charger d'énoncer de manière détaillée les tâches et les compétences dont disposent les pouvoirs publics, à charge pour ces derniers d'assumer la technicité propre à ces dernières dans l'élaboration des lois.

22. Si la Constitution fédérale n'est pas étrangère à la présence de notions techniques, celles-ci sont le plus souvent évoquées en lien avec l'action du législateur. Ce dernier assume la charge de développer, détailler et actualiser les mandats que contient la Constitution, comme indiqué précédemment. Sur le plan technique, la pratique de la délégation législative permet à un organe autre que le législateur formel, le plus souvent le Gouvernement, d'approfondir et de préciser par voie d'ordonnance les notions et les principes qui figurent dans les lois formelles.

23. La Constitution fédérale encadre ce processus, en indiquant que la loi votée par l'Assemblée fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue (art. 164 al. 2 Cst)<sup>16</sup>. Il incombe au Tribunal fédéral de vérifier que les ordonnances adoptées par le Conseil fédéral ou par le Gouvernement des cantons respectent les conditions de la délégation législative. La jurisprudence est sur ce point est abondante, tout justiciable étant légitimé à se plaindre qu'un acte normatif excède les conditions de la délégation législative en invoquant le respect des principes de la légalité et de la séparation des pouvoirs<sup>17</sup>.

## II – L'ORGANISATION DU POUVOIR

24. Le régime politique suisse, dit régime collégial ou directorial, ne ressemble à aucun autre. Ni présidentiel ni parlementaire, il emprunte ses caractéristiques fondamentales à chacun de ces deux modèles<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> *FF* 1997 I, p. 396.

<sup>17</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 3), p. 597 et 668 *sq.*

<sup>18</sup> SCIARINI (note 5), p. 211.

25. Au régime présidentiel, le régime helvétique emprunte la forme d'un gouvernement monocéphale, appelé Conseil fédéral, certes composé de sept membres, mais qui voit chacun d'entre eux assumer simultanément la fonction de chef d'État et de ministre. Les deux composantes sont ainsi réunies dans les membres du Conseil fédéral, dont chacun participe collégalement à la gestion de l'État tout en étant simultanément responsable d'un département comme le serait un ministre. Sur le plan institutionnel, le Conseil fédéral est strictement indépendant du Parlement. Si ce dernier élit certes le gouvernement, ce dernier n'est pas habilité à poser une question de confiance ou à dissoudre les Chambres de l'Assemblée fédérale, lesquelles ne sauraient non plus, de leur côté, le renverser par le biais d'une motion de censure.

26. Au régime parlementaire, le régime suisse emprunte le mode de désignation de son gouvernement. Ce sont les deux Chambres de l'Assemblée fédérale qui, réunies pour la circonstance en une assemblée unique, élisent les membres du Conseil fédéral. Chacun des conseillers fédéraux est élu successivement, en fonction de son ancienneté au sein du collège gouvernemental. L'opération ne se confond donc aucunement avec la désignation d'un Premier ministre et d'une équipe gouvernementale composée sur la base d'un projet de législation. En outre, le Conseil fédéral n'est pas responsable politiquement devant le Parlement, lequel ne saurait le sanctionner ou le démettre comme indiqué ci-dessus. Une fois élu, il reste en place jusqu'à la fin de la législature<sup>19</sup>. La séparation des pouvoirs est ici strictement posée, tout comme c'est le cas sur le plan du droit des cantons, où la mécanique gouvernementale obéit à des paramètres largement comparables, à cette différence près que c'est le peuple qui élit l'exécutif.

27. En Suisse, l'opposition se manifeste le plus souvent, sur le plan politique, devant le corps électoral, qui dispose des droits d'initiative et de référendum précédemment exposés. L'initiative permet à 100 000 citoyens de proposer des révisions de la Constitution fédérale, l'épilogue de cette procédure appelant de manière systématique le peuple et les cantons à statuer sur le sort de ces propositions. Le droit de référendum permet quant à lui à 50 000 citoyens ou à huit cantons de soumettre au scrutin populaire des actes normatifs adoptés par l'Assemblée fédérale tels que des lois ou des actes d'approbation de certains traités internationaux. L'instrument est certes séduisant à travers la capacité d'ouverture qu'il offre à la société civile, tout en s'avérant redoutable en tant qu'il permet au peuple de défaire, par la voix d'une simple majorité de circonstances, des actes normatifs souvent patiemment adoptés par l'Assemblée fédérale.

28. Tout comme le droit d'initiative, le référendum représente un moyen irremplaçable non seulement d'opposition, mais surtout d'expression directe de la volonté populaire, allié à un instrument précieux de fécondation du débat politique et démocratique et donc une ressource fondatrice de la démocratie représentative. Ces éléments permettent d'expliquer pourquoi le système politique suisse, au niveau fédéral comme cantonal, est si abondamment fondé sur la recherche de formes de compromis et de consensus à même de satisfaire la majeure partie de l'électorat, en lissant autant que faire se peut les tendances d'opposition les plus radicales. Comme l'a bien relevé un éminent auteur spécialiste de science politique, la démocratie directe provoque en d'autres termes de profondes conséquences sur le fonctionnement du système politique suisse<sup>20</sup>.

29. En dépit de son ancienneté et d'une certaine incapacité à affronter les enjeux de la vie contemporaine compte tenu de la charge de travail qu'implique la gestion moderne d'un État devenu de plus en plus interventionniste, le régime politique suisse n'a guère évolué ni subi de modification majeure depuis son instauration, au 19<sup>e</sup> siècle. Sans parler d'éternité normative au sens qu'évoque le rapport introductif, on peut parler d'une forme de stabilité institutionnelle remarquable, en dépit des changements profonds du climat politique ambiant et

---

<sup>19</sup> SCIARINI (note 5), p. 212.

<sup>20</sup> SCIARINI (note 5), p. 137.

du développement du populisme précédemment exposés. Des propositions ont certes été formulées au cours des âges en vue par exemple de modifier le nombre des membres du Conseil fédéral ou son mode d'élection, sans succès.

30. Le système électoral lui-même n'a guère évolué. Sur le plan fédéral, le Conseil national, chambre des représentants du peuple (200 membres, art. 149 al. 1 Cst), est élu au suffrage direct selon le scrutin proportionnel, chaque canton formant une circonscription. Les sièges sont répartis entre les cantons de manière proportionnelle à leur population. Chaque canton a droit à un siège au moins. Dans les six petits cantons de Suisse alémanique dont la population n'atteint pas les deux centièmes de la population (Uri, Obwald, Nidwald, Glaris, Appenzell Rhodes-Intérieures et Appenzell Rhodes-Extérieures), le député est élu selon le mode majoritaire uninominal à un tour, l'élection tacite étant possible. Pour le Conseil des États, chambre des cantons (46 députés, art. 150 al. 1 Cst), chaque canton a droit à deux députés. Les cantons d'Obwald, Nidwald, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Appenzell Rhodes-Intérieures et Appenzell Rhodes-Extérieures ne comptent toutefois qu'un député chacun. Le mode d'élection est fixé selon le droit cantonal. La plupart des cantons ont opté pour le scrutin majoritaire à deux tours, sauf dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, qui ont opté pour la proportionnelle.

31. Ainsi que le souligne le rapport introductif, le rôle prépondérant du pouvoir judiciaire semble être une caractéristique générale qui a marqué ces dernières décennies d'expérience juridique, dans le monde entier. Sur ce point également, le système constitutionnel suisse n'échappe pas à ce constat.

32. La juridiction constitutionnelle existe en Suisse depuis 1848, même si le Tribunal fédéral a été institué comme autorité judiciaire siégeant à plein temps en 1874 seulement. Conçu à l'origine comme un mode de surveillance de la Confédération sur la manière dont les cantons agencent leur système normatif, le système a toujours été très développé à l'égard du droit cantonal<sup>21</sup>. Le contrôle aussi bien abstrait que concret des normes de rang cantonal et communal est en effet largement ouvert devant le Tribunal fédéral. Le contrôle de la conformité au droit fédéral de la constitution dont chaque canton est tenu de se doter à teneur de l'article 51 Cst a pour sa part lieu d'office. Lors de chaque révision, totale ou simplement partielle, les nouvelles normes constitutionnelles cantonales doivent en effet recueillir l'approbation de l'Assemblée fédérale comme indiqué précédemment<sup>22</sup>.

33. Cette onction parlementaire a pour effet de priver ensuite le Tribunal fédéral de la possibilité de contrôler la conformité des normes constitutionnelles ainsi garanties, à moins que l'argument invoqué ne relève d'une norme de rang fédéral ou international qui n'était pas en vigueur lors de l'octroi de la garantie de l'Assemblée fédérale. En l'absence de conflit positif de compétence entre le Parlement et le Tribunal fédéral, ce dernier peut alors se prononcer sur la conformité de la norme constitutionnelle cantonale au droit supérieur, mais en mode de contrôle concret seulement, c'est-à-dire à la faveur d'une décision d'application de la norme constitutionnelle cantonale<sup>23</sup>. Il s'agit d'une avancée significative en matière de respect de l'État de droit.

34. La justice constitutionnelle suisse a considérablement évolué depuis une soixantaine d'années. En premier lieu, le développement de la technique de l'interprétation des lois d'une manière conforme à la Constitution a permis d'enrichir la panoplie du contrôle qu'exercent les juges, entre annulation et confirmation de la norme contestée. Le processus a commencé à la fin des années 1960. L'interprétation conforme représente un moyen précieux à même d'établir une forme de concordance pratique entre normes de rang législatif et Constitution. En deuxième

---

<sup>21</sup> 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. 1103.

<sup>22</sup> KÖLZ (note 5), p. 754.

<sup>23</sup> ATF 145 I 259 ; 142 I 99 ; 140 I 394.

lieu, l'interprétation actuelle de la clause de l'article 190 Cst permet aux juges de rendre un verdict de non-conformité d'une loi fédérale à la Constitution à l'occasion d'un cas d'application, la Haute Cour étant néanmoins tenue d'appliquer cette dernière. Ce procédé original, pratiqué depuis 1991, permet ainsi d'envoyer un message clair au pouvoir législatif, en engageant ce dernier à modifier sa loi dans la perspective de rétablir sa conformité à la Constitution. En troisième lieu, le développement du contrôle de la conventionnalité habilite depuis 1993 les juges suisses à se prononcer, au nom du respect du droit international que postule l'article 5 alinéa 4 Cst, sur la conformité du droit interne dans son ensemble, Constitution et lois fédérales y compris, aux instruments internationaux de protection des droits de la personne humaine<sup>24</sup>.

35. On a longtemps et souvent considéré, en Suisse, que le contrôle de la constitutionnalité et celui de la conventionnalité étaient sinon identiques, du moins comparables et même assimilables. Cinquante ans d'application de la CEDH ont progressivement permis de révéler que les deux contrôles, s'ils présentent certes des points communs, affichent néanmoins des différences notables<sup>25</sup>. Il s'agit aussi d'une avancée spectaculaire dans le domaine de la protection des droits individuels.

36. Les points de convergence entre les droits fondamentaux de la Constitution fédérale et les garanties conventionnelles tiennent sans doute à leurs origines historiques largement communes. Cependant, les garanties de la Convention, pour être passibles du contrôle international qu'exerce la Cour de Strasbourg, ont développé et acquis un contenu et une originalité propres qui peuvent parfois se révéler très différents des standards traditionnels propres au droit constitutionnel interne. Le constat s'avère d'autant plus important que, de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral fonde ses arrêts non seulement sur les affaires suisses jugées par la Cour européenne, mais également sur les précédents qui concernent d'autres États parties, pour autant que le problème dont la Haute Cour a à connaître soit identique.

37. La Cour européenne a en outre développé des techniques d'interprétation et de contrôle originales, souvent à même de renforcer la juridiction constitutionnelle, à l'image de la théorie de la marge d'appréciation ou de l'exigence de nécessité dans une société démocratique, lesquelles encadrent les restrictions aux libertés garanties par les articles 8 paragraphe 2 à 11 paragraphe 2 CEDH. On ne compte plus, pour prendre un exemple, les arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels la Haute Cour fait systématiquement application du principe de la proportionnalité dont l'article 36 alinéa 3 Cst impose le respect en matière de restriction aux libertés par référence à l'exigence de nécessité dans une société démocratique telle qu'interprétée et mise en œuvre par la Cour de Strasbourg<sup>26</sup>. Faut-il voir dans cette approche prétorienne une nouvelle frontière du constitutionnalisme suisse ? Certainement pas, mais bien plutôt une opportunité et une perspective d'ouverture et d'enrichissement en faveur d'une protection plus efficace des droits fondamentaux.

38. Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire est garanti par la Constitution fédérale. L'article 191c Cst indique que dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi. Au chapitre des

---

<sup>24</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 3), p. 721.

<sup>25</sup> Plus généralement, sur l'apport de la Convention au droit suisse, v. A. ZÜND, D. RIETIKER, « Vor 50 Jahren ratifizierte die Schweiz die EMRK : Versuch einer Standortbestimmung », *Revue de droit suisse*, 2024 I, p. 3.

<sup>26</sup> Pour deux exemples récents et évocateurs, v. l'arrêt 2C\_157/2023, du 23 juillet 2024, dans lequel le Tribunal fédéral fonde le droit d'une personne étrangère à obtenir une autorisation de séjour en Suisse par référence exclusive à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à garantie de la vie privée au sens de l'article 8 CEDH, ainsi que l'arrêt 6B\_1049/2023, du 19 juillet 2024, concernant l'analyse des mouvements de grèves sur le climat au regard des articles 10 et 11 CEDH.

droits fondamentaux, l'article 30 alinéa 1 Cst consacre également le droit à un tribunal indépendant et impartial, de même que l'interdiction des tribunaux d'exception. Ce principe organisationnel est renforcé par les garanties qu'offrent les instruments internationaux de protection des droits humains, en particulier l'article 6 paragraphe 1 CEDH. La disposition a alimenté une casuistique soutenue, en Suisse aussi bien que devant la Cour européenne des droits de l'homme, et là aussi contribué à préciser la position que doivent occuper les tribunaux à l'intérieur d'un régime fondé sur le respect du droit et la confiance à l'égard du pouvoir judiciaire<sup>27</sup>.

### III – LES DROITS

39. Le rapport introductif indique que le constitutionnalisme est né avec des aspirations précises : fonder un pouvoir légitime ; limiter ce pouvoir, aussi légitime soit-il, afin d'en éviter l'arbitraire (la première chose, ajoute le rapport, précède la seconde, et c'est pourquoi le constitutionnalisme est avant tout une science du pouvoir et seulement ensuite une science des droits). La remarque vaut assurément pour le droit constitutionnel suisse<sup>28</sup>, en ce sens que la place qu'occupent les droits individuels dans les constitutions fédérale et cantonales s'est, au cours des âges, souvent révélée secondaire par rapport aux règles prioritairement destinées à agencer le pouvoir. Les deux premières constitutions fédérales ne comprenaient ainsi qu'un nombre réduit de droits individuels. Le dernier tiers du 20<sup>e</sup> siècle a toutefois marqué une accentuation tout à fait remarquable de la place des droits fondamentaux et de la juridiction constitutionnelle.

40. La notion de droits fondamentaux est en fait assez récente en droit constitutionnel suisse. Elle a été précédée, sous l'empire des deux constitutions qui ont précédé celle du 18 avril 1999, par celle de droits constitutionnels du citoyen. L'accent était alors davantage porté sur la notion procédurale et le mécanisme qui permettait de sanctionner ces garanties que sur leur contenu et leur portée. Une véritable théorie suisse des droits fondamentaux faisait encore largement défaut à l'époque<sup>29</sup>.

41. Les droits fondamentaux au sens moderne du terme ont d'abord été consacrés par les constitutions des cantons qui, à partir des années 1960, ont fait l'objet d'une révision totale. Le processus a débuté dans le canton de Nidwald, lequel a adopté une nouvelle constitution le 10 octobre 1965, puis dans le canton d'Obwald avec la constitution dont celui s'est doté le 19 mai 1968. Le 20 mars 1977 a marqué l'adoption d'une loi fondamentale résolument nouvelle dans le canton du Jura, lequel venait d'accéder à l'indépendance à la suite de sa sécession avec le canton de Berne. L'ensemble des constitutions des autres cantons s'est inscrit dans ce vaste mouvement, seules celles des cantons de Zoug, du 31 janvier 1894 et du Valais, du 8 mars 1907 n'ayant pas encore subi de révision totale à ce jour<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> La Chronique suisse de justice constitutionnelle qui paraît chaque année dans l'*AJJC* présente régulièrement des arrêts du Tribunal fédéral en lien avec la garantie d'indépendance et d'impartialité, v. *AJJC* XXXVII-2021, p. 798 ; XXXVI-2020, p. 1108 ; XXXV-2019, p. 984 ; XXXIV-2018, p. 1073.

<sup>28</sup> V. *FF* 1997 I, p. 13 : « Le principal apport d'une constitution est précisément de "constituer" une collectivité politique, c'est-à-dire de la structurer et de la rendre opérationnelle dans un cadre juridique. Pour le reste, la pondération des différentes fonctions de la constitution est différente selon les points de vue et obéit dans une certaine mesure à des contingences temporelles ».

<sup>29</sup> Sur le sujet, v. M. HOTTELIER, « Présence et actualité de la Déclaration universelle des droits de l'homme dans la théorie suisse des droits fondamentaux », *Revue de droit suisse*, 2024 I, p. 127.

<sup>30</sup> A. KLEY, « Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart », in O. Diggelmann, M. Hertig Randall, B. Schindler (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *Fondements, Démocratie, Fédéralisme*, Zurich 2020, p. 81. La constitution cantonale la plus récente qui a subi une

42. Les droits fondamentaux ont également fait leur apparition dans la Constitution fédérale à la suite de la révision totale de celle du 29 mai 1874 qui a été entreprise elle aussi au cours des années 1960. À l'image de nombreuses constitutions cantonales<sup>31</sup>, la Constitution fédérale comprend à présent un catalogue assez clair et systématiquement ordonné de droits fondamentaux<sup>32</sup>.

43. Ainsi que le relève le rapport introductif, les droits fondamentaux se sont développés de manière différente au cours de l'histoire. L'expression « générations de droits fondamentaux » illustre cette caractéristique avec éloquence. Encore convient-il de déterminer si la reconnaissance successive de ces garanties est de nature à influencer leur effectivité.

44. Le droit constitutionnel suisse connaît quatre grandes familles traditionnelles de droits fondamentaux : les libertés, les garanties de l'État de droit, les droits politiques et les droits sociaux<sup>33</sup>. Les trois premières familles se rattachent au courant de pensée libéral du 18<sup>e</sup> siècle : les libertés tracent une ligne de démarcation entre l'individu et les pouvoirs publics destinée à permettre au justiciable de s'épanouir et de se réaliser, à l'abri en principe de toute intervention de l'État. La deuxième famille ne consacre pas à proprement parler l'immunité de certains comportements humains, mais impose à l'État l'obligation de respecter certaines valeurs essentielles telles que le droit à la vie, l'interdiction de la torture, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire, ainsi qu'un tissu dense et complexe de garanties visant à aménager et structurer le cadre de la procédure civile, pénale et administrative. La troisième famille, en consacrant les droits politiques, ouvre d'amples droits de participation en faveur du corps électoral. Ici, l'idée consiste à contrôler le fonctionnement de l'État en quelque sorte de l'intérieur, en permettant à des personnes issues de la société civile de prendre part et de contrôler le fonctionnement de l'État et de ses organes. L'article 34 alinéa 2 Cst illustre cette dimension en indiquant que la garantie des droits politiques protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté. Issus de la pensée socialiste du 19<sup>e</sup> siècle, les droits sociaux poursuivent l'objectif d'assurer la protection des personnes plus faibles et les plus vulnérables à travers des mécanismes de participation à la vie sociale et de redistribution.

45. La multiplication des droits fondamentaux représente un sujet classique et récurrent du droit constitutionnel suisse. Le sujet est intimement lié à la structure fédérale du pays, qui voit déjà deux niveaux d'organisation étatique, fédéral et cantonal, se cumuler et se compléter. L'apparition, au cours du dernier quart du 20<sup>e</sup> siècle, des droits de l'homme issus du droit international avec, en premier lieu, l'adhésion de la Suisse à la CEDH, puis aux instruments onusiens de protection des droits humains a régénéré, pour le compléter et l'amplifier, le phénomène. S'il s'agit d'ailleurs du mode de complément des droits individuels le plus connu en Suisse, la révision formelle de la constitution, qu'il s'agisse de la Constitution fédérale ou de celle des cantons, peut également entrer en considération pour ce qui de la garantie de droits nouveaux. Ce processus s'est révélé fréquent lors de révisions totales sur le plan fédéral comme cantonal, comme indiqué précédemment. On aura compris que le but poursuivi consiste à étendre la protection des droits fondamentaux, et non à la réduire.

46. De nouveaux droits fondamentaux originaux ont ainsi été consacrés lors de révisions formelles de la Constitution. Sur le plan cantonal, la Constitution de la République et canton de

---

révision totale est celle du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, le 28 avril 2024, et qui remplace celle du 24 novembre 1872.

<sup>31</sup> 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. 1227.

<sup>32</sup> *FF* 1997 I, p. 138.

<sup>33</sup> J. DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol. I, *Notion, garantie, restriction et juridiction constitutionnelle*, Bâle, 2018, p. 24 *sq.*

Genève a par exemple été complété par la garantie du droit à l'alimentation, le 18 juin 2023 (art. 38A)<sup>34</sup>. Sur le plan fédéral, on peut mentionner la reconnaissance du principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes, à la faveur du scrutin historique qui s'est déroulé le 14 juin 1981 comme évoqué plus haut. Plus récemment, on peut mentionner un scrutin original, le 3 mars 2024, lors duquel le peuple et les cantons ont accepté une initiative populaire qui a inscrit dans la Constitution le principe de l'octroi en faveur de toute personne au bénéfice du régime fédéral d'assurance retraite d'une rente mensuelle supplémentaire, ce chaque année<sup>35</sup>. Bien qu'inscrite dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale, la nouvelle disposition est clairement conçue sous la forme d'un droit directement applicable pour les personnes concernées de bénéficier d'un mois de rente vieillesse supplémentaire par année<sup>36</sup>.

47. La garantie de droits fondamentaux nouveaux par voie prétorienne est bien connue en Suisse, que ce soit par le biais de l'interprétation constructive de droits existants dotés de contours imprécis comme l'égalité de traitement, la liberté personnelle ou la liberté d'expression ou à travers de la consécration d'une panoplie de droits résolument nouveaux à l'image, à l'époque, du droit à des conditions minimales d'existence. Le Tribunal fédéral a toujours fait preuve d'une grande prudence dans la conduite de ce processus, qui a débuté en 1960 avec la reconnaissance de la garantie de la propriété et dont le dernier droit à avoir été reconnu est le droit à des conditions minimales d'existence en 1995<sup>37</sup>.

48. La prudence affichée par le Tribunal fédéral au cours de ce processus voisin d'un travail constituant tient à des motifs proches de ceux qui sont exposés dans le rapport introductif, en lien avec le respect de la séparation des pouvoirs, le rôle des droits démocratiques et la teneur traditionnelle conférée aux droits fondamentaux par la jurisprudence. Les trois raisons sont naturellement liées, la séparation des pouvoirs entrant en considération dans le souci de ne pas voir le pouvoir judiciaire excéder, ainsi que le Tribunal fédéral a pu le relever, les limites fonctionnelles traditionnellement attachées à la juridiction constitutionnelle, dans un système qui voit les droits démocratiques offrir au corps électoral de larges perspectives de participation à la révision de la Constitution. C'est aussi pour ces raisons que la Haute Cour n'a jamais accepté de reconnaître que des garanties considérées comme directement applicables et donc à même de prendre place aux côtés des autres droits fondamentaux.

49. Comme le relève le rapport introductif, par tradition historique, les droits de liberté ont été entendus comme des prétentions tendant traditionnellement à l'abstention des pouvoirs publics, tandis que les droits sociaux ont plutôt été entendus comme des prétentions à l'intervention de ces derniers. Il y aurait ainsi des droits « de » (défense) et des droits (créances) « à », mais cette conception est aujourd'hui obsolète et même fallacieuse.

50. La ligne de démarcation entre les familles de droits fondamentaux ne présente en effet pas un caractère absolu en fonction par exemple des effets (devoir d'abstention *versus* octroi de prestations) qui leur sont attachés. Considérés d'un point de vue objectif, il est admis depuis longtemps en Suisse que les droits fondamentaux, au-delà du cortège des prérogatives qu'ils fondent, représentent dans leur ensemble une valeur objective et institutionnelle qui fonde l'existence même et l'action de l'État. Ainsi considérés, leurs effets ne sauraient se réduire, à

---

<sup>34</sup> La disposition a la teneur suivante : « Le droit à l'alimentation est garanti. Toute personne, de nationalité suisse ou au bénéfice d'un titre de séjour, a droit à une alimentation adéquate, ainsi que d'être à l'abri de la faim ».

<sup>35</sup> *FF* 2024, p. 996.

<sup>36</sup> À la suite de l'acceptation de l'initiative populaire « Mieux vivre à la retraite (initiative pour une 13<sup>e</sup> rente AVS) » (*FF* 2023, p. 781), l'article 197 chiffre 12 Cst a la teneur suivante : « Les bénéficiaires d'une rente de vieillesse ont droit à un supplément annuel s'élevant à un douzième de leur rente annuelle (al. 1). Le droit au supplément annuel prend naissance au plus tard au début de la deuxième année civile suivant l'acceptation de la présente disposition par le peuple et les cantons (al. 2) ».

<sup>37</sup> *ATF* 121 I 367.

cet égard, à un simple devoir d'abstention pour les libertés et, par symétrie, d'intervention pour les droits sociaux<sup>38</sup>.

51. La Cour européenne des droits de l'homme a récemment repoussé les limites attachées traditionnellement aux droits que fonde la CEDH en admettant que, à certaines conditions, la garantie de la vie familiale qu'énonce l'article 8 CEDH en lien avec l'interdiction de la discrimination que postule l'article 14 CEDH (en l'occurrence, une différence entre femmes et hommes) permet d'englober le droit à un père devenu veuf de recevoir une rente pour veuvage afin de pouvoir élever ses enfants<sup>39</sup>. Confirmant l'arrêt prononcé par la Chambre le 20 octobre 2020, la Grande Chambre de la Cour a clarifié sa jurisprudence en indiquant que pour que l'article 14 de la Convention entre en jeu dans le contexte de prestations sociales, la matière sur laquelle porte le désavantage allégué doit compter parmi les modalités d'exercice du droit au respect de la vie familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention, en ce sens que les mesures visent à favoriser la vie familiale et qu'elles déploient nécessairement une incidence sur l'organisation de celle-ci<sup>40</sup>.

52. S'agissant des prérogatives qu'ils fondent, l'article 35 Cst indique que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1), quiconque assumant une tâche de l'État étant tenu de les respecter et de contribuer à leur réalisation. Le même type de disposition est présent dans de nombreuses constitutions cantonales. La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 stipule par exemple que les droits fondamentaux doivent être respectés, protégés et réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 41 al. 1), quiconque assumant une tâche publique étant tenu de respecter, de protéger et de réaliser les droits fondamentaux (al. 2).

53. Comme le relève le rapport introductif, « au lieu de se perdre dans la vaine recherche des droits des générations futures, le constitutionnalisme devrait se consacrer à faire valoir ces devoirs de la génération présente par des moyens juridiques appropriés ». Ce constat est tout à fait pertinent s'agissant du constitutionnalisme suisse.

54. Les droits fondamentaux ont en effet été conçus pour bénéficier à leurs titulaires actuels et sont invocables durant le laps de temps de validité de la Constitution. La notion de générations futures est évoquée dans le préambule de la Constitution fédérale, qui indique avec le solennel d'usage que le peuple et les cantons sont « conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures ». En dépit de son intérêt, la phrase n'est pas dotée d'une normativité qui lui permette de déployer d'une quelconque manière des effets sur le champ opératoire des droits fondamentaux.

55. Quels rapports les droits fondamentaux entretiennent-ils avec la loi ? La question occupe une place centrale dans la théorie et la pratique suisses. C'est, durant longtemps, la jurisprudence du Tribunal fédéral qui s'est chargée de régler la question. Sous l'angle du droit constitutionnel, la loi était généralement censée représenter une exigence centrale à l'appui des restrictions opposables aux libertés individuelles. C'était, en quelque sorte, l'individu contre l'État et la loi, au besoin, contre l'individu. Le principe de la légalité commandait en principe que toute restriction à une liberté protégée par la Constitution trouvât son fondement dans une norme générale et abstraite. La doctrine et la pratique ont progressivement conféré deux facettes au principe de la légalité. Selon le principe de la suprématie de la loi, toute action des pouvoirs publics se devait de respecter les normes. Le principe de la réserve de la loi commandait que les restrictions aux libertés reposent sur une base légale<sup>41</sup>. À présent, le principe de la légalité, érigé en principe d'action de l'État par l'article 5 alinéa 1 Cst, rend cette distinction désuète. L'article 36 alinéa 1 Cst rappelle pour sa part que toute restriction aux droits fondamentaux doit

<sup>38</sup> G. T. CHATTON, *Vers la pleine réalisation des droits économiques et sociaux*, Zurich, 2013.

<sup>39</sup> ACEDH *Beeler c. Suisse* du 11 octobre 2022.

<sup>40</sup> § 72 de l'arrêt.

<sup>41</sup> MALINVERNI, HOTTELIER, HERTIG RANDALL, FLÜCKIGER (note 3), p. 683.

trouver son fondement dans une base légale, voire dans une loi formelle lorsque l'atteinte est grave.

56. Les rapports entre les droits fondamentaux sont plus subtils encore. Bien que gouvernant les restrictions aux droits fondamentaux, la notion de loi ne limite pas son empire à ce seul cas de figure. Elle joue au contraire un rôle sensiblement plus large, plus ambigu, dans la définition de leur champ opératoire. Bien souvent en effet, l'énoncé de droits fondamentaux par la Constitution ne suffit pas à épuiser leurs contours, leur titularité, leur fonction et leurs effets. Le rôle du législateur est ici essentiel pour leur donner véritablement vie, avant d'envisager de restreindre leur exercice. La loi se présente dans cette perspective comme une source précieuse permettant de fonder l'existence même des droits fondamentaux, avant même d'évoquer les éventuelles restrictions qui pourraient affecter leur exercice<sup>42</sup>.

#### IV. – LES DEVOIRS

57. La question des devoirs attachés au bénéfice des droits fondamentaux représente elle aussi un sujet classique de la théorie constitutionnelle suisse. Dès lors que la Constitution reconnaît un certain nombre de droits de défense à l'individu face à l'État, ne devrait-elle pas, par esprit de symétrie, contenir également un chapitre qui traite de manière explicite des devoirs qui incombent à la population au titre de limites générales à l'exercice des droits ? La question a été abordée en particulier lors des travaux qui ont conduit à la révision totale de la Constitution fédérale de 1874<sup>43</sup>.

58. Il existe assurément plusieurs façons de concevoir la problématique des devoirs individuels sous l'angle du droit constitutionnel. Une première manière d'aborder le problème consiste à nier, précisément, toute forme de parallélisme entre droits et devoirs fondamentaux. Alors que les premiers ont incontestablement été conçus en vue de protéger l'individu contre l'abus ou l'excès de pouvoir étatique, la justification à l'appui de la reconnaissance des seconds ne paraît guère perceptible sous l'angle du contenu d'une constitution, dont la vocation consiste précisément à aménager le pouvoir de l'État, et non à traiter directement des obligations des justiciables. Dans cette perspective, une constitution n'a pas pour mission d'imposer des devoirs aux particuliers, pareille démarche et le cortège des détails qu'elle implique incombant plutôt au législateur.

59. Si l'on admet que la constitution peut prescrire des devoirs individuels, une deuxième perspective consiste, à l'inverse de la première, à passer par le prisme des restrictions opposables aux droits fondamentaux, en particulier aux libertés. Aucune de ces dernières ne présentant un caractère absolu, toute forme de restriction fondée sur une base légale, dictée par un motif légitime et s'inscrivant de surcroît dans le cadre tracé par le principe de la proportionnalité ne peut être analysée, précisément, que comme une forme de devoir incombant au titulaire du droit en cause. La consécration d'un régime général de limitation des droits fondamentaux peut ainsi être considérée comme l'admission de certaines obligations imputées aux titulaires de ces derniers. En indiquant que toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, l'article 36 alinéa 2 Cst pose précisément la question des conflits des droits fondamentaux, qui n'est rien d'autre qu'une manière de révéler que les droits des uns peuvent trouver dans le respect de ceux des autres une forme de limite.

60. On peut aussi, dans une perspective plus large, considérer que l'ensemble des tâches qui sont attribuées à l'État permettent à celui-ci de légiférer et de développer des politiques

---

<sup>42</sup> G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, M. HERTIG RANDALL, A. FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd., Berne, 2021, p. 92.

<sup>43</sup> *FF* 1997 I, p. 73.

publiques, qui sont autant de vecteurs non seulement de droits, mais aussi de devoirs à la charge des justiciables.

61. Une troisième approche consiste à formuler, parallèlement au catalogue de droits fondamentaux, certains devoirs individuels dans le texte même de la Constitution. Cette forme peut épouser deux scénarios. Selon le premier, certaines clauses générales peuvent rappeler de manière très large l'importance de la responsabilité individuelle. Un proclamant par exemple que toute personne est responsable d'elle-même et qu'elle contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'État et de la société, l'article 6 Cst énonce un devoir très général. Ou encore, en disposant que non seulement les organes de l'État, mais également les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi, l'article 5 alinéa 3 Cst impose ce principe comme une règle qui affiche une valeur universelle à l'intérieur de l'ordre juridique suisse.

62. On peut aussi imaginer que certains devoirs topiques trouvent leur assise juridique directement dans la Constitution, et pas seulement dans la loi. En posant le principe selon lequel tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire et que celui qui n'accomplit pas ce service militaire est tenu de s'acquitter d'une taxe de remplacement, l'article 59 Cst indique de manière précise deux devoirs fondamentaux dont le législateur ne saurait s'écarter.

63. Certaines constitutions cantonales se sont essayées à l'exercice des devoirs individuels. Dans le canton d'Uri par exemple, la Constitution du 28 octobre 1984 contient un chapitre qui évoque les « droits fondamentaux et obligations ». Ce chapitre se clôt par une disposition qui indique simplement que « chacun doit assumer ses obligations légales à l'égard de l'État et de la collectivité ». À Obwald, la Constitution du 10 octobre 1965 précise, au titre de devoir civique, que « tout citoyen est tenu de s'acquitter des devoirs qui sont imposés par la législation » et que « les citoyens ont le devoir civique de prendre part à l'Assemblée communale, ainsi qu'aux consultations populaires aux urnes de la commune, du canton et de la Confédération » (art. 22). Les droits politiques se doublent du coup d'une forme d'obligation. Dans le canton de Soleure, la Constitution du 8 juin 1986 indique au chapitre des devoirs personnels que « chacun doit remplir les devoirs que lui impose l'ordre juridique » (art. 23). Sur le plan fédéral en revanche, le constituant a écarté l'idée d'un catalogue de devoirs fondamentaux visant à compléter celui des droits éponymes<sup>44</sup>.

64. Outre leur très faible valeur morale, on peut s'interroger sur la force normative de clauses de ce genre, dont la mise en œuvre apparaît pour le moins délicate. A noter qu'aucune constitution de Suisse romande ne contient de dispositions de ce genre.

65. Au chapitre de la titularité, le système suisse de protection des droits fondamentaux fonctionne très largement sur la qualité de personne humaine pour bénéficier de ces garanties. De plus en plus, les droits humains ont supplanté les droits du citoyen, traduisant du même coup l'envergure profondément libérale, humaniste et universelle attachée aux droits fondamentaux.

66. Outre les textes mentionnés dans le rapport introductif, le développement des instruments internationaux de protection des droits de la personne humaine a largement contribué à ce phénomène, avec la consécration de garanties topiques en faveur des femmes, des enfants ou, plus récemment, des personnes en situation de handicap. L'interdiction de la discrimination issue du droit international comme fédéral a également permis de reconnaître le statut particulier de certains groupes comme les personnes astreintes au service militaire. Il existe toutefois certaines exceptions notables, à l'image des droits politiques ou de la liberté d'établissement dont la Constitution fédérale réserve encore la titularité aux seuls ressortissants suisses. Le droit cantonal a parfois pris le relais, en accentuant la protection des droits de certaines catégories de personnes via les catalogues de droits fondamentaux de rang local.

67. On aurait toutefois tort de croire que l'extension de la titularité a *ipso facto* permis

---

<sup>44</sup> FF 1997 I, p. 141.

d'accroître la protection des droits fondamentaux. Le combat en faveur de l'égalité des droits hommes femmes, la lutte contre la discrimination raciale, la protection de groupes vulnérables tels que les enfants, les migrants ou les personnes privées de liberté restent amplement d'actualité, même en Suisse, pays bien connu pour son attachement aux garanties de l'État de droit.