

LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN SUISSE OU L'EXERCICE D'UN CONTRÔLE CONCRET DES NORMES

Michel HOTTELIER¹

Introduction

« Selon la jurisprudence, les tribunaux cantonaux ont l'obligation, sur demande du recourant, de contrôler à titre préjudiciel la compatibilité du droit cantonal applicable avec la Constitution fédérale. Si, à l'issue d'un tel contrôle, la norme s'avère inconstitutionnelle, la juridiction compétente ne saurait formellement annuler celle-ci, mais pourrait modifier la décision qui l'applique². »

Ce passage, emprunté à un arrêt récent du Tribunal fédéral suisse, reprend un considérant classique, maintes fois cité dans la jurisprudence de la Haute Cour helvétique. Il exprime clairement, en quelques mots évocateurs, les caractéristiques principales de la juridiction constitutionnelle telle qu'elle a cours en Suisse : celles d'un système de contrôle de la constitutionnalité des normes qui se présente sous une forme diffuse, déconcentrée et concrète³.

Avant d'en venir au fondement normatif, puis à l'aménagement et au fonctionnement de ce type particulier de contrôle, il convient de dire quelques mots au sujet de son origine, afin de mieux saisir la manière dont s'opère, dans une perspective globale, le contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice en Suisse.

I. L'origine historique du contrôle concret

A. La situation lors de la création de l'État fédéral

L'origine du contrôle concret de la constitutionnalité des lois en Suisse remonte à la création de l'État fédéral, en 1848⁴. Cette date reculée fait du système suisse un modèle parmi les plus anciens⁵.

¹ Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

² Arrêt du Tribunal fédéral suisse 6B_856/2014 du 10 juillet 2015 dans la cause *X. c. Ministère public de la République et canton de Genève*, consid. 3.3, cité dans la « Chronique suisse de justice constitutionnelle 2015 », *AIJC XXXI-2015*, p. 900.

³ Voir Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, 3^e éd., Berne 2013, p. 648.

⁴ Robert ZIMMERMANN, *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses*, Lausanne 1987, p. 58.

⁵ Pierre BON, Didier MAUS (éd.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris 2009, p. XI.

De fait, le mécanisme mis en place au XIX^e siècle en Suisse se singularise par rapport au contrôle concentré et abstrait tel qu'il a généralement cours en Europe en raison de son apparition nettement antérieure⁶. Le modèle dit européen a en effet été instauré par la Constitution autrichienne du 1^{er} octobre 1920⁷, avant d'essaimer et d'être généralisé à la suite du second conflit mondial⁸.

En Suisse, dès la mise en place des nouvelles institutions fédérales au milieu du 19^e siècle, des plaintes émanant de particuliers en lien avec le respect de la Constitution ont pu être adressées au Conseil fédéral, gouvernement de la Confédération. Ces plaintes pouvaient être ensuite acheminées, sur recours, à l'Assemblée fédérale. Le Tribunal fédéral, qui ne siégeait pas en permanence, ne disposait alors que d'un rôle secondaire. La Haute Cour ne pouvait en effet statuer que sur les cas qui lui étaient renvoyés par l'Assemblée fédérale⁹.

L'idée à l'origine de ce système original remonte à la Révolution française et se situe dans le sillage de la théorie de la souveraineté populaire. Elle place dans l'autorité politique élue directement par le peuple la légitimité propre à protéger les droits individuels lors de litiges¹⁰. Le système n'a toutefois guère fonctionné dans les faits, un seul et unique cas ayant été transmis, en 1852, au Tribunal fédéral¹¹. Jusqu'en 1874, l'essentiel de la juridiction constitutionnelle fut ainsi exercé par le Conseil fédéral¹². Le principe d'une sauvegarde des droits individuels assurée par une instance étatique dotée d'un pouvoir de contrôle effectif était néanmoins posé. Il sera institutionnalisé à l'occasion de la révision totale de la Constitution fédérale du 12 septembre 1848.

6 Michel FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris 2013, p. 26.

7 Christian BEHRENDT, Frédéric BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État. Manuel*, 3^e éd., Bruxelles 2014, p. 259 ; Albrecht WEBER, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences », *AIJC* XIX-2003, p. 34 ; Louis FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », *De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle 1996, p. 15. Sur le sujet, voir également Xavier MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel: que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Propositions de définitions modales et fonctionnelles », *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Paris 2014, p. 305.

8 FROMONT (note 6), p. 44 ; voir également Marc VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles 2012, p. 50 ; BON, MAUS (note 5), p. XI ; Louis FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC* IV-1988, p. 52.

9 Voir Goran SEFEROVIC, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Zurich 2010, p. 18 s.

10 Alfred KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Berne 2013, p. 466, 758 et 803.

11 Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Neuchâtel 1967, p. 589.

12 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 680.

B. La révision totale de la Constitution fédérale de 1874

Le système suisse de juridiction constitutionnelle a évolué dans le sens d'un développement progressif des fonctions exercées par le Tribunal fédéral¹³. Ce dernier organe, jusqu'alors doté de compétences réduites fut, lors de l'adoption de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, érigé en instance permanente et composée de magistrats indépendants siégeant à plein temps¹⁴. Cette évolution a été en particulier dictée par l'accroissement des compétences attribuées à l'État fédéral, accroissement qui appelait un renforcement du contrôle judiciaire. Le Tribunal fédéral ainsi conçu dans sa dimension moderne entra en fonction le 1^{er} janvier 1875¹⁵.

Peu à peu, les compétences judiciaires initialement imparties au Conseil fédéral se virent transférées par voie législative au Tribunal fédéral¹⁶. Au nombre de celles-ci compta la compétence de connaître des recours fondés sur la violation des « droits constitutionnels des citoyens »¹⁷. Initialement politique, le curseur de la juridiction constitutionnelle s'est ainsi progressivement déplacé dans le sens de l'instauration d'une forme de contrôle judiciaire, exercé par un organe indépendant et impartial¹⁸.

C. L'immunisation des lois fédérales

À la même époque, en 1874, une restriction affectant de façon majeure l'exercice de la juridiction constitutionnelle fut introduite dans la Constitution fédérale. Une disposition demeurée célèbre (art. 113 al. 3 Cst. 1874) et dont la teneur est demeurée inchangée à ce jour (art. 190 de la Constitution du 18 avril 1999¹⁹) précisa que les lois votées par l'Assemblée fédérale devaient être appliquées par le Tribunal fédéral. Plus précisément, le sens historique de la règle signifie, aujourd'hui encore, que les juges ne sauraient refuser d'appliquer une loi fédérale au motif que celle-ci contrevient, par hypothèse, à la Constitution²⁰. En droit constitutionnel suisse, l'affirmation du contrôle de la légalité, c'est-à-dire le contrôle qui porte sur la correcte application des lois fédérales, va par conséquent de pair avec l'interdiction de pratiquer la juridiction constitutionnelle à leur égard²¹.

Des impératifs liés aussi bien à la séparation des pouvoirs qu'à l'introduction du référendum populaire facultatif sur le plan fédéral se trouvent à l'origine de la clause d'immunisation des lois fédérales. Pour émaner en effet d'un pouvoir législatif fédéral pratiquant une forme de bicamérisme égalitaire entre la Chambre du peuple et celle des cantons (art. 148 al. 2 Cst.) et être passibles, de surcroît, du scrutin populaire à la demande d'une fraction du corps électoral, soit 50'000 citoyens

13 KÖLZ (note 10), p. 760.

14 André JOMINI, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005 (n° 18), p. 134.

15 Alain WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral. Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges*, Zurich 2011, p. 11.

16 Theodor DE JONCHEERE, *Der Rechtsschutz in Verfassungsstreitigkeiten durch die politischen Bundesberhöörden*, Zurich 1958, p. 60.

17 Voir FROMONT (note 6), p. 25, qui parle à ce sujet d'une « innovation majeure pour l'Europe » ; ZIMMERMANN (note 4), p. 62 ; AUBERT (note 11), p. 591. Sur la notion de droits constitutionnels, encore employée de nos jours dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir *AIJC* XXVII-2011, p. 1013 ; *AIJC* XXI-2005, p. 720.

18 ZIMMERMANN (note 4), p. 66.

19 Ci-après : Cst ; *Recueil systématique du droit fédéral suisse* 101. Le RS peut être consulté en ligne sur le site www.admin.ch.

20 KÖLZ (note 10), p. 543.

21 Voir l'étude de Maya HERTIG RANDALL, « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives », *Revue de droit suisse* 2010 II, p. 237 ss et les références citées.

ou huit cantons (art. 141 Cst.), les lois fédérales sont porteuses d'une forte légitimité démocratique. Aussi les *Founding Fathers* de la Suisse moderne ont-ils voulu que ces lois fussent condamnées, en quelque sorte, à être appliquées, sans pouvoir être remises en cause sur le terrain judiciaire. Dans les rapports qu'elles entretiennent avec la Constitution, seul le terrain politique se prête à leur hypothétique remise en cause, sous l'arbitrage constant du peuple.

La règle traduit la vision historique selon laquelle le pouvoir judiciaire ne saurait s'élever au-dessus du pouvoir législatif exercé par l'Assemblée fédérale, elle-même présentée comme l'autorité suprême de la Confédération au sens de l'article 148 alinéa 1 Cst.²². Elle reflète aussi la vision courante, présente en France républicaine comme en Suisse, selon laquelle un pouvoir judiciaire fort serait ressenti historiquement comme monarchique et, par conséquent, suspect sous l'angle démocratique propre à l'expression de la souveraineté populaire²³.

Voici pourquoi, aujourd'hui encore et pour être certes régulièrement discutée et critiquée sur le terrain doctrinal²⁴, la juridiction constitutionnelle en Suisse présente des contours aussi contrastés selon qu'elle est appelée à s'exercer sur des lois cantonales ou sur la législation fédérale.

Très ouvert à l'égard des premières en vue d'assurer une forme de surveillance de la Confédération sur le droit des cantons, le contrôle de la constitutionnalité ne permet par contre nullement au juge de remettre en cause les choix politiques et démocratiques dont sont empreintes les lois fédérales et les autres actes normatifs de rang fédéral qui leur sont directement liés. C'est donc principalement à l'égard des lois cantonales que s'exerce la juridiction constitutionnelle en Suisse.

D. L'évolution de la clause d'immunisation

L'interprétation traditionnelle de la clause d'immunité de l'article 190 Cst. a subi une évolution significative au cours des âges, qui témoigne de l'évolution qu'a connue le droit constitutionnel. L'évolution s'est déroulée dans une triple perspective²⁵.

En premier lieu, le Tribunal fédéral pratique abondamment, depuis la fin des années 1960, l'interprétation des lois fédérales d'une manière conforme à la Constitution²⁶. Cette technique permet

22 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 649 ; voir aussi Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Neuchâtel 1967, p. 94.

23 Voir KÖLZ (note 10), p. 545 s : « La reprise du contrôle des lois tel que l'exerçait la Cour suprême américaine était incompatible avec le fondement démocratique de la Confédération et le principe de la suprématie du parlement. »

24 Pour quelques références empruntées à la doctrine francophone, voir Pascal MAHON, *Droit constitutionnel*, vol. I, *Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3^e éd., Bâle, 2014, p. 337 ; KÖLZ (note 10), p. 775 ; William OSSIPOW, « Les logiques du dernier mot et leur brouillage. Réflexions sur l'avenir incertain du contrôle de constitutionnalité en Suisse », *Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag*, Berne 2013, p. 199 ; AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 654 ; HERTIG RANDALL (note 21), p. 227 ; Andreas AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle 1983, p. 64.

25 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 655 et s.

26 *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : ATF) 95 I 330 *Jeckelmann* : « Sans doute le Tribunal fédéral ne peut-il examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 113 al. 3 Cst.), mais on présume que le législateur fédéral ne propose pas des solutions contraires à la constitution, de sorte que les dispositions des lois fédérales doivent être interprétées d'une façon conforme à la constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit d'une loi ». Le texte des arrêts du Tribunal fédéral suisse peut être consulté en ligne sur le site www.bger.ch. Sur le sujet, voir *AIJC XVIII-2002*, p. 825.

au juge, confronté à plusieurs interprétations d'un texte légal, de retenir celle qui concilie au mieux le sens de la norme avec le respect de la Constitution²⁷.

Suivant les propositions d'un courant doctrinal original, le Tribunal fédéral a, en deuxième lieu, imposé une nouvelle interprétation de la règle d'immunité des lois fédérales au début des années 1990²⁸. Pour certes faire obligation aux juges d'appliquer les lois fédérales, la Constitution ne leur interdit pas pour autant de se prononcer sur le respect de la Constitution. En d'autres termes, la règle de l'article 190 Cst. permet au Tribunal fédéral de pointer d'éventuelles inconstitutionnalités affectant les lois fédérales, en vue de permettre à l'Assemblée fédérale d'y remédier.

Le développement du contrôle de la conventionnalité a en troisième lieu, dès 1993, conduit le Tribunal fédéral à examiner en détail les cas dans lesquels une loi fédérale est susceptible d'entrer en conflit avec un traité international liant la Suisse²⁹. Car, pour certes faire obligation au Tribunal fédéral d'appliquer les lois fédérales, l'article 190 Cst. oblige de même la Haute Cour à appliquer le droit international liant la Suisse. Comment, dès lors, régler les cas éventuels d'opposition irréductible entre ces deux catégories d'actes normatifs ?

Après avoir, dans un premier temps, fait prévaloir la loi fédérale sur le traité, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence au début des années 1990³⁰. Depuis lors, au nom du principe de la primauté du droit international tel qu'il découle de la Constitution fédérale, du droit international et de sa propre jurisprudence, le Tribunal fédéral fait en principe primer le traité sur la loi en cas de conflit. En Suisse comme ailleurs³¹, le développement du contrôle du respect des traités internationaux a, en quelque sorte, permis de dédoubler la fonction classique impartie à la juridiction constitutionnelle.

Voilà qui explique pourquoi la règle de l'article 190 Cst. permet tout de même, en dépit de sa rigueur apparente, au Tribunal fédéral d'exercer une certaine forme de juridiction constitutionnelle et conventionnelle à l'égard des lois fédérales. Voyons à présent comment le Tribunal fédéral est organisé.

II. Le Tribunal fédéral

A. Statut et organisation

Le Tribunal fédéral, son statut et les compétences dont il dispose sont régis par la Constitution fédérale du 18 avril 1999. L'article 188 Cst. présente l'instance comme l'autorité judiciaire suprême de la Confédération, tout en renvoyant la question de son organisation et celle de la procédure applicable à sa saisine à la loi.

27 Sur l'interprétation conforme comme technique générale de mise en oeuvre de la constitution, voir les développements de Massimo LUCIANI, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges. Notes préliminaires », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris 2009, p. 695 et s.

28 ATF 117 Ib 367 *Eidgenössische Steuerverwaltung*.

29 ATF 119 V 171 X. ; 119 V 410 X.

30 HERTIG RANDALL (note 21), p. 243 et s.

31 Pour le cas de la France, voir par exemple les propos de Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, « La question préjudicielle de constitutionnalité: étude du projet français au regard du droit comparé », *AIJC XXIII-2007*, p. 14.

Composée de plus de 130 dispositions, la loi sur le Tribunal fédéral détaille le mandat constitutionnel. Cette loi a été adoptée le 17 juin 2005 par l'Assemblée fédérale et elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007³². C'est cette loi qui aménage, en particulier, les voies de droit et les diverses modalités qui permettent de saisir la Haute Cour, en simplifiant considérablement le système des recours par rapport au système antérieur. Elle est complétée par un règlement qui, adopté le 20 novembre 2006 par le Tribunal fédéral, fournit de précieuses informations sur l'organisation et le fonctionnement de la juridiction³³.

B. Composition

À teneur de l'article 1 alinéa 3 LTF, le nombre des juges qui siègent au Tribunal fédéral oscille entre trente-cinq et quarante-cinq. Le nombre exact est actuellement arrêté à trente-huit magistrats et dix-neuf suppléants³⁴. Les juges sont, comme leurs suppléants, le président et le vice-président de la juridiction, élus par l'Assemblée fédérale, laquelle siège pour la circonstance en conseils réunis, conformément aux articles 157 alinéa 1 let. a et 168 alinéa 1 Cst.

L'éligibilité au poste de juge fédéral relève de la Constitution fédérale. Profondément imprégnée de considérations démocratiques et, en particulier, du principe d'égalité de traitement qu'énonce l'article 8 alinéa 1 Cst., elle permet à tout citoyen suisse bénéficiant des droits politiques de présenter sa candidature, ainsi que le prévoit l'article 143 Cst. Des compétences spécifiques de nature personnelle, professionnelle ou juridique ne sont expressément requises ni par la Constitution, ni même par la loi. La limite inférieure d'âge correspond à la capacité civique active au sens de l'article 136 alinéa 1 Cst., à savoir dix-huit ans.

Le système électif mis en place par la Constitution fédérale implique que l'accès à la fonction de juge fédéral n'intervient pas d'office, en permettant par exemple à certaines personnalités ayant occupé de hautes fonctions publiques d'y accéder *ipso iure* comme c'est le cas en France pour les anciens présidents de la République, qui « font de droit partie à vie » du Conseil constitutionnel, conformément à l'article 56 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. En pratique, seuls des juristes avérés, disposant de compétences pointues et d'une riche expérience, sont éligibles. Le recrutement des juges fédéraux s'opère le plus souvent dans la haute magistrature cantonale, au sein du barreau ou encore dans le milieu académique³⁵.

Sur le terrain pratique, l'Assemblée fédérale choisit les juges fédéraux de telle manière que les langues officielles de la Confédération, à savoir l'allemand, le français et l'italien au sens de l'article 70 alinéa 1 Cst. soient représentées³⁶. Lors de l'élection des juges au Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale

32 Ci-après : LTF ; RS 173.110. Au sujet de cette loi, voir *AIJC XXI-2005*, p. 717.

33 Ci-après : RTF ; RS 173.110.131. Le site du Tribunal fédéral (www.bger.ch/FR/index.htm) présente des informations très intéressantes relatives à l'histoire, à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Cour.

34 Art. 1^{er} de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les postes de juges au Tribunal fédéral, du 30 septembre 2011 (RS 173.110.1).

35 Au sujet du processus de sélection et d'élection des juges fédéraux en Suisse, voir *AIJC XXVII-2011*, p. 417 et s.

36 WURZBURGER (note 15), p. 57.

accorde par ailleurs une représentation équitable aux deux confessions chrétiennes, de même qu'aux principaux partis politiques représentés à l'échelon national³⁷.

Les juges fédéraux ne sont pas élus à vie, mais pour des mandats de six ans reconductibles, conformément à l'article 145 Cst. La limite supérieure d'âge est fixée à soixante-huit ans, conformément à l'article 9 alinéa 2 LTF. Ce système frappe par la brièveté de la durée du mandat, de même que par la possibilité d'une reconduction, soit d'un réexamen régulier des candidatures par l'Assemblée fédérale, qui ne permet pas d'exclure tout risque de non-renouvellement³⁸.

À teneur de l'article 18 LTF, les juges qui composent le Tribunal fédéral sont répartis en plusieurs cours. Cette répartition s'effectue en fonction des domaines du droit, donc par discipline juridique. L'article 26 RTF prévoit ainsi que la juridiction compte sept cours, lesquelles sont constituées pour deux ans : deux cours de droit public, deux cours de droit civil, une cour de droit pénal et deux cours de droit social. Le règlement du Tribunal fédéral arrête le mode de répartition des compétences entre ces diverses formations en fonction de la nature juridique des domaines visés par les recours.

III. La juridiction constitutionnelle

A. Le cadre contentieux

La juridiction constitutionnelle telle que l'exerce le Tribunal fédéral n'intervient que dans un cadre contentieux, c'est-à-dire sur recours. Le contrôle judiciaire préventif des lois, antérieurement à leur promulgation ou même sur une base d'avis consultatif, n'existe pas sur le plan fédéral. L'article 189 alinéa 1 Cst. exprime clairement cette règle, en soulignant que le Tribunal fédéral connaît de contestations, ce qui suppose toujours l'existence d'un litige opposant au moins deux parties. L'article 191b alinéa 1 Cst. pose également l'exigence d'une contestation pour la saisine des autorités judiciaires cantonales dans les domaines relevant du droit civil, pénal ou public. Le jugement rendu sur le plan cantonal précède donc la saisine éventuelle du Tribunal fédéral.

Il convient par conséquent d'épuiser – conformément à l'expression consacrée – les instances et les moyens de droit cantonal avant d'adresser un recours à la Haute Cour³⁹. Les instances cantonales devant impérativement avoir été saisies avant que le Tribunal fédéral n'entre en jeu⁴⁰, le contrôle concret de constitutionnalité des normes porte le plus souvent sur des décisions de justice.

37 Jean-François AUBERT, Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 1437.

38 Sur le sujet, voir les développements de HERTIG RANDALL (note 21), p. 335 ; voir également WURZBURGER (note 15), p. 59 ; Blaise KNAPP, « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet », *AIJC* XI-1995, p. 364.

39 Gilbert KOLLY, « Le Tribunal fédéral suisse », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2016/3 (n° 52), p. 50 ; MAHON (note 24), p. 324.

40 Pour une illustration, voir *ATF* 142 I 155 X. S.A.

B. Le double rôle du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral assume un double rôle au sein du système judiciaire helvétique⁴¹. En sa qualité d'autorité judiciaire de dernière instance au sens de l'article 188 alinéa 1 Cst., il appartient, d'une part, à la Haute Cour d'assurer une interprétation uniforme et de faire respecter la législation fédérale dans son ensemble. Le contrôle de la légalité entre ainsi de plain pied dans ce contexte institutionnel très général, typique du rôle assigné à une cour suprême au sein d'un État organisé sur la base d'une structure fédérale.

Comme juridiction constitutionnelle, le Tribunal fédéral assume, d'autre part, la mission d'assurer le respect des droits fondamentaux de rang fédéral et cantonal, ainsi que des droits de l'homme qui sont contenus dans les instruments internationaux contenant des dispositions directement applicables auxquels la Suisse est partie. Les contrôles de la constitutionnalité et de la conventionnalité s'inscrivent dans ce cadre⁴².

IV. L'aménagement du contrôle concret

Comme indiqué en introduction, le système suisse de juridiction constitutionnelle repose sur un modèle diffus, déconcentré et concret.

A. Le caractère diffus

Le système présente un caractère diffus en ce sens que le contrôle de la constitutionnalité n'est pas exercé de manière exclusive et n'est réservé ni une instance, ni à des magistrats spécifiques. En Suisse, la juridiction constitutionnelle est, bien plus, susceptible d'être exercée par toute instance judiciaire⁴³.

Sur le plan organique, le contrôle revêt pour ce faire la forme d'une juridiction qui n'est ni organiquement, ni fonctionnellement séparée des autres formes de contentieux que pratiquent les tribunaux. Comme a pu le relever opportunément un auteur, il n'y a pas en Suisse de juges constitutionnels qui seraient désignés d'une manière différente des autres ou qui siègeraient à l'écart des juges dits ordinaires⁴⁴. Bref, en Suisse, il n'est point besoin d'un Palais Royal pour l'exercice de la juridiction constitutionnelle, un palais de justice suffit.

41 KOLLY (note 39), p. 47 ; WURZBURGER (note 15), p. 35 ; JOMINI (note 14), p. 134 ; AUBERT, MAHON (note 37), p. 1424.

42 HERTIG RANDALL (note 21), p. 242 ss et les références citées.

43 Voir Alexandre VON BRÜNNECK, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », *AIJC* IV-1988, p. 17.

44 Elias KASTANAS, *Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce*, Bâle 1993, p. 54.

B. Le caractère déconcentré

Déconcentré, le système suisse de justice constitutionnelle est pratiqué à l'échelon aussi bien fédéral que cantonal. En pratique, le Tribunal fédéral intervient à la manière d'une cour suprême – à l'américaine, pourrait-on dire⁴⁵.

Devant la Haute Cour, le caractère déconcentré de la juridiction constitutionnelle se caractérise aussi en raison du fait que celle-ci intègre le domaine de compétence de chacune des sept cours qui composent le Tribunal fédéral. Toutes ces juridictions exercent le contrôle de la constitutionnalité des normes à leur magistère à l'occasion des cas d'application qui leur sont déférés.

C. Le caractère concret

Le contrôle de constitutionnalité est enfin concret en ce sens qu'il est susceptible d'intervenir à l'occasion de chaque décision d'application de la législation, que celle-ci soit de rang fédéral ou cantonal. L'examen pratiqué à cette occasion, qui se présente comme un contrôle préjudiciel général, constitue la contrepartie logique du système diffus de contrôle des normes⁴⁶.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger et de rappeler aux cantons que leurs autorités judiciaires ont l'obligation de procéder au contrôle préjudiciel de la conformité des normes locales telles qu'appliquées à des cas d'espèce au droit fédéral⁴⁷. En pratique, le contrôle concret s'effectue en premier lieu au niveau des autorités judiciaires des cantons⁴⁸. Statuant sur contrôle abstrait des normes cantonales, la Haute Cour a même annulé, à la faveur d'un arrêt demeuré célèbre, une disposition législative de procédure, qui prétendait exclure du contrôle concret de constitutionnalité les lois votées par le Parlement cantonal ou votées par le peuple⁴⁹.

D. La pluralité des normes de référence

Le système suisse de justice constitutionnelle est très développé à un autre égard encore. Non seulement toute instance judiciaire est fondée à le pratiquer, comme nous venons de le voir mais, sur le terrain des normes de référence, il porte sur le respect aussi bien de la Constitution fédérale que de la constitution de chacun des vingt-six cantons⁵⁰.

45 Le constituant de 1848 s'est du reste directement inspiré de la Constitution des États-Unis d'Amérique dans l'instauration et l'aménagement du Tribunal fédéral, ainsi que le souligne SEFEROVIC (note 9), p. 13.

46 Voir les développements de KASTANAS (note 44), p. 52 et s.

47 Outre la référence citée en tête de la présente contribution, voir ATF 127 I 185 R. ; 117 Ia 262 Y. ; 112 Ia 311 X. ; 106 Ia 383 *Gemeinde Zuoz* ; 104 Ia 79 S. et les autres références citées.

48 Sur le sujet, voir l'intéressante étude de Jean-Marc VERNIORY, « Le contrôle préjudiciel des normes dans la jurisprudence récente de la chambre administrative genevoise », *Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag*, Berne 2013, p. 275 et s. L'auteur relève en particulier (p. 279 s), s'agissant de la pratique des juges administratifs du canton de Genève, que l'exercice du contrôle concret de la constitutionnalité représente, durant les années 2010 à 2012, 2% des arrêts, soit 30 arrêts sur un total de 1 900 affaires jugées.

49 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 octobre 1986 en la cause *L.A.*, *Revue de droit administratif et de droit fiscal* 1987, p. 433.

50 Le texte des constitutions des cantons suisses est disponible en ligne sur le site www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/13.html#131.

Cette particularité signifie que l'ensemble des actes qui sont pris en application de la législation cantonale peuvent être examinés non seulement sous l'angle de leur conformité au droit fédéral, mais également au regard du respect des droits contenus dans la constitution du canton en cause. Dès lors qu'il arrive que les constitutions cantonales contiennent des droits qui peuvent être conçus d'une manière plus large que ceux que garantit la Constitution fédérale⁵¹, cette forme de démultiplication du contrôle confère un caractère particulièrement original et vivant au droit constitutionnel des cantons⁵².

V. Le fondement juridique du contrôle concret

Le fondement de l'obligation de procéder au contrôle concret de la constitutionnalité a été, de longue date, âprement discuté en doctrine, ce d'autant que la Constitution fédérale ne le mentionne pas de manière explicite⁵³. Durant longtemps, on a cru pouvoir le dégager d'une interprétation logique de la clause constitutionnelle immunisant les lois fédérales. Dès lors que la Constitution fait, depuis 1874, obligation à la Haute Cour d'appliquer ces lois, les actes normatifs qui ne sont pas couverts par cette clause d'immunité ne sauraient, *a contrario*, échapper au contrôle préjudiciel⁵⁴. On a également pu évoquer l'existence d'une coutume constitutionnelle pour fonder le contrôle concret.

De nos jours toutefois, le fondement et la pratique du contrôle préjudiciel général sont réputés découler du principe général de la légalité, qui figure explicitement à l'article 5 alinéa 1 Cst., en tête des principes de l'activité de l'État régi par le droit. Dès lors que l'autorité n'est fondée à agir que sur la base et dans les limites du droit, une norme formellement ou matériellement viciée ne saurait trouver matière à déployer ses effets⁵⁵. Cette vision très puriste n'est pas très éloignée, ici, de la conception classique développée en 1803 par le *Chief Justice* John Marshall dans l'affaire *Marbury v. Madison*⁵⁶.

VI. Le fonctionnement du contrôle concret

A. Le mode de saisine du Tribunal fédéral

Comme indiqué précédemment, le contrôle concret de la constitutionnalité des normes s'exerce toujours sur recours⁵⁷. Conformément à l'adage *nemo iudex sine actore*, il n'intervient donc jamais d'office, quelle que soit la nature des droits en cause, le domaine juridique considéré, le type d'acte

51 Comme c'est par exemple le cas pour ce qui concerne la Constitution genevoise avec des garanties telles que les droits des personnes handicapées, le droit à un environnement sain ou encore les droits de l'enfant ; voir Michel HOTTELIER, Thierry TANQUEREL, « La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 », *La Semaine judiciaire* 2014 II, p. 358 et s.

52 Sur la structure et le contenu des catalogues de droits fondamentaux des constitutions cantonales, voir *AIJC* XXIX-2013, p. 443.

53 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 665.

54 ZIMMERMANN (note 4), p. 80.

55 Voir AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 665 et les références citées.

56 5 U.S. 137, 177 (1803): « *The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.* »

57 KOLLY (note 39), p. 49.

incriminé ou la gravité du vice allégué. Tout au plus, la nature du litige peut-elle influencer sur la composition de la cour du Tribunal fédéral habilitée à statuer. En particulier, la procédure du renvoi préjudiciel émanant d'une instance inférieure, telle qu'elle a cours par exemple en Italie, en Allemagne, en Belgique ou en France, dans l'attente d'une prise de position du Tribunal fédéral, n'est pas prévue en droit Suisse⁵⁸.

Il n'existe pas non plus de procédure de sélection préalable des recours, à l'image du mécanisme du *writ of certiorari* propre à la Cour suprême des États-Unis, par laquelle le Tribunal fédéral déciderait ou non d'entrer en matière sur les recours qui lui sont déférés⁵⁹. Dès lors que les conditions de recevabilité du recours sont réalisées, les juges fédéraux sont tenus d'examiner l'affaire au fond et de la juger.

B. Les types de recours

Les recours qui permettent de saisir le Tribunal fédéral sont agencés en fonction de la nature juridique des domaines du droit considéré. Il existe ainsi un recours en matière civile (art. 72 à 77 LTF), un recours en matière pénale (art. 78 à 81 LTF) et un recours en matière de droit public (art. 82 à 89 LTF). En fonction des diverses conditions de recevabilité, un recours constitutionnel subsidiaire peut être exercé, exclusivement sur contrôle concret des décisions cantonales, lorsque le recours en matière civile ou le recours en matière de droit public ne sont pas ouverts (art. 113 à 119 LTF)⁶⁰.

Le recours en matière civile, le recours en matière pénale et le recours en matière de droit public sont dits unifiés. L'unification qui caractérise chacune de ces voies de droit tient au fait que chacune d'elles permet aux juges saisis d'exercer le contrôle de la légalité, de la constitutionnalité et de la conventionnalité. Considéré sous cet angle spécifique, le caractère diffus du contrôle de la constitutionnalité réside dans l'intégration institutionnelle et judiciaire de la juridiction constitutionnelle dans les divers chefs de compétence que la Constitution et la législation fédérales attribuent au Tribunal fédéral.

C. La motivation des griefs

La loi précise que le Tribunal fédéral applique en principe le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il appartient toutefois à la partie recourante d'exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit, de manière à pouvoir d'identifier la nature des vices juridiques invoqués (art. 42 al. 2 LTF). L'exigence suppose que le mémoire de recours ne soit pas excessivement long et qu'il s'en tienne à l'essentiel. L'invocation de griefs de nature constitutionnelle obéit en revanche à un carcan procédural

58 Une tentative visant à introduire pareille procédure pour permettre le contrôle des lois fédérales et d'infléchir ainsi la rigueur de la règle d'immunité contenue à l'article 190 Cst. fut certes entreprise dans le cadre de la réforme de la justice fédérale au début des années 2000, avant d'être rejetée par l'Assemblée fédérale ; voir AUBERT, MAHON (note 37), p. 1454 ; *AIJC* XVIII-2002, p. 828 et les références citées.

59 Voir WURZBURGER (note 15), p. 47, qui relève que l'introduction d'une procédure de sélection des recours devant le Tribunal fédéral fut rejetée en votation populaire en 1990.

60 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 683.

plus strict. L'article 106 alinéa 2 LTF fait, en particulier, obligation à la partie recourante d'invoquer et de motiver très précisément les moyens que celle-ci entend faire valoir devant la Haute Cour⁶¹.

Pour être plus précis, l'exigence de motivation accrue qu'impose l'article 106 alinéa 2 LTF implique que les griefs constitutionnels avancés à l'appui d'un recours soient clairement énoncés, identifiés, avant d'être explicités de manière approfondie. Dans la négative, le recours est déclaré irrecevable. La règle vaut pour le contrôle abstrait comme pour le contrôle concret de constitutionnalité. De surcroît, l'invocation de moyens nouveaux devant le Tribunal fédéral, c'est-à-dire de moyens qui n'auraient pas été soulevés devant les instances précédentes, n'est pas admissible.

Les griefs susceptibles de donner lieu au contrôle de constitutionnalité sont nombreux et variés. Les droits de nature constitutionnelle auxquels l'article 106 alinéa 2 LTF fait référence recouvrent les dispositions de la Constitution fédérale qui présentent des contours suffisamment précis pour être invoqués directement. Sont naturellement visés les droits fondamentaux, mais aussi d'autres normes constitutionnelles auxquelles la jurisprudence confère la qualité de droits directement applicables⁶².

D. L'instruction et le jugement

Le président de la cour compétente pour juger la cause dont elle est saisie procède à l'instruction des recours ou désigne un juge à cet effet. Le juge instructeur est chargé de conduire la procédure probatoire et c'est lui qui rédige un projet d'arrêt.

Le magistrat instructeur est habilité à statuer comme juge unique sur la radiation du rôle des procédures devenues sans objet ou sur celles qui se sont achevées par un retrait ou une transaction judiciaire. En outre, le président de la cour ou un juge désigné par lui peut décider, par voie de procédure simplifiée, de ne pas entrer en matière sur les recours manifestement irrecevables, sur ceux dont la motivation est manifestement insuffisante ou encore sur les recours qui présentent un caractère procédurier ou abusif. Les arrêts rendus par un juge unique sur cette base sont sommairement motivés.

La procédure qui se déroule devant le Tribunal fédéral est écrite et ne comprend en principe pas d'audiences. Pour la phase du jugement, les cours du Tribunal fédéral peuvent fonctionner en deux compositions distinctes : à trois juges ou à cinq juges. En règle générale, les cours qui composent le Tribunal fédéral statuent en composition de trois juges. Elles ne siègent en composition de cinq juges que si la cause soulève une question juridique de principe ou si un juge en fait la demande. Les cours statuent également à cinq juges sur les recours dirigés contre un acte normatif cantonal sujet au référendum, ainsi que sur les recours qui concernent une décision cantonale ayant trait à la recevabilité d'une initiative populaire ou à l'exigence d'un référendum.

61 ATF 136 I 49 *Hausherr*.

62 Voir les références citées *supra*, note 17.

Sur le terrain pratique, le Tribunal fédéral statue le plus souvent par voie de circulation, c'est-à-dire en l'absence de délibération contradictoire⁶³. L'article 58 alinéa 1 LTF prévoit toutefois la possibilité d'une délibération publique. En pareille hypothèse, les délibérations et les votes des juges se déroulent lors d'une séance ouverte au public, conformément à l'article 59 alinéa 1 LTF.

Cette procédure particulière présente un caractère exceptionnel et est réservée à trois cas de figure : si le président de la cour l'ordonne, si un juge le demande ou en l'absence d'unanimité. L'objectif poursuivi par cette forme de transparence consiste à permettre au public et aux médias d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement de la justice. Elle contribue aussi à élargir le débat judiciaire en permettant aux éventuels magistrats minoritaires de faire publiquement connaître, par oral, leur position personnelle sur la motivation et le dispositif de l'arrêt⁶⁴. L'arrêt finalement notifié aux parties ne comprend toutefois pas d'opinions séparées.

E. Le pouvoir de décision du Tribunal fédéral

L'objet du recours en cas de contrôle concret de constitutionnalité porte sur une décision d'application d'une loi. C'est, partant, cette décision de mise en œuvre qui est concrètement attaquée. Comme la décision a le plus souvent été prise d'une manière conforme à la loi, le juge examine si elle résiste au grief d'inconstitutionnalité soulevé à son encontre. L'image du contrôle indirect, préjudiciel ou par voie d'exception de la loi trouve ici tout son sens⁶⁵.

Dans l'exercice de sa fonction de Cour suprême, le Tribunal fédéral est chargé de veiller à la correcte application de la législation fédérale, dans la perspective de conférer à cette dernière un sens identique, valable uniformément dans l'ensemble des régions du pays. La Haute Cour dispose en conséquence du pouvoir de statuer elle-même sur le fond du litige. Elle peut, le cas échéant, remplacer la décision erronée du juge *a quo* par une nouvelle décision conforme au droit. Si certains éléments font défaut, elle peut aussi renvoyer la cause à l'instance précédente pour permettre à celle-ci de compléter l'instruction avant de rendre une nouvelle décision, ainsi que le précise l'article 107 alinéa 2 LTF.

La situation se présente sous un jour différent lorsque le Tribunal fédéral exerce sa fonction de juge constitutionnel. Ici, la Haute Cour est en effet uniquement chargée de veiller au respect des droits de nature constitutionnelle. C'est, dans ce cas de figure, l'intérêt privé qui prévaut. Si les juges fédéraux parviennent à la conclusion que ces droits sont violés, ils ne peuvent que rarement statuer sur l'affaire au fond. Aussi, le pouvoir qu'exerce le Tribunal fédéral sera le plus souvent de nature cassatoire. L'acte attaqué étant alors annulé, la cause est renvoyée à l'autorité précédente⁶⁶.

63 KOLLY (note 39), p. 47.

64 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 765.

65 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 645.

66 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 773.

En outre, sur contrôle concret, seul l'acte formant l'objet direct du recours est passible d'annulation par le juge. C'est dire que ce n'est que la décision attaquée qui sera, le cas échéant, annulée. La norme qui sert de support est alors simplement déclarée contraire à la Constitution et ne saurait être appliquée⁶⁷.

VII. Le contrôle abstrait et le contrôle concret

A. L'étendue du contrôle abstrait

Le contrôle abstrait de constitutionnalité existe à l'égard des actes normatifs cantonaux, à l'exception des constitutions cantonales, pour lesquelles une procédure spécifique permet à l'Assemblée fédérale d'octroyer sa garantie lors de leur adoption ou de leur modification aux conditions énoncées à l'article 51 Cst.

À teneur de l'article 82 lettre b LTF, les actes normatifs cantonaux de nature infra-constitutionnelle peuvent être déférés au Tribunal fédéral dans un délai de trente jours à compter de leur publication, à moins qu'une procédure de contrôle abstrait n'existe sur le plan local⁶⁸. Si tel est le cas, l'acte normatif doit d'abord être porté devant l'instance cantonale, avant de pouvoir éventuellement être soumis au Tribunal fédéral⁶⁹.

Plusieurs cantons ont institué, à leur niveau, une cour constitutionnelle disposant de la compétence de procéder au contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes locales⁷⁰. La création de ce type d'instance et l'intégration de ce type de contentieux sur le plan cantonal ne sont nullement prescrites par le droit fédéral⁷¹. Comme indiqué précédemment, seul le contrôle concret de la conformité des actes cantonaux au droit fédéral est obligatoire pour les cantons. Aussi, ces derniers disposent-ils d'une marge de manœuvre considérable en matière de contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes cantonales.

En outre, le fait qu'un contrôle de constitutionnalité de nature abstraite a déjà pu être exercé à l'égard de l'acte normatif en cause ne saurait avoir pour conséquence de priver le justiciable de l'opportunité de provoquer ultérieurement un contrôle concret. À la suite du contrôle abstrait d'un acte normatif de rang cantonal, l'intéressé conserve en effet la possibilité de faire valoir une inconstitutionnalité de la réglementation à la faveur de l'application de cette dernière à un cas particulier⁷².

67 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 774.

68 KOLLY (note 39), p. 50.

69 ATF141 I 36 X. und Mitb. ; 138 I 435 A. et consorts ; 137 I 107 X. AG.

70 Sur le sujet, voir l'étude de Arun BOLKENSTEYN, *Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales*, Berne 2014 ; MAHON (note 24), p. 332.

71 ATF 142 I 99 Kraftwerk Schächenschale AG ; 141 I 36 X. und Mitb.

72 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 644 ; voir déjà KASTANAS (note 44), p. 98.

B. Les cas de contrôle concret

Les cas qui donnent potentiellement lieu au contrôle concret de constitutionnalité sont assurément multiples. Toute décision administrative ou judiciaire est théoriquement passible de la juridiction constitutionnelle. On peut à cet égard envisager deux catégories distinctes, selon qu'une décision reproduit elle-même une inconstitutionnalité contenue dans la loi ou qu'elle s'avère, *per se*, inconstitutionnelle, indépendamment de son support normatif. La doctrine opère ici une distinction classique, qui se fonde sur le caractère direct ou indirect de la violation de la Constitution⁷³.

Le premier cas de figure, celui de la violation directe, concerne l'inconstitutionnalité qui résulte d'une application correcte de la loi, laquelle s'avère en pareille hypothèse elle-même contraire à la Constitution. Dans ce cas, la décision de mise en œuvre de la norme ne fait que reproduire une violation de la Constitution qui figure dans la loi. C'est, partant, la loi qui viole la Constitution.

Un arrêt prononcé en 1985 par le Tribunal fédéral permet d'illustrer le propos. Une disposition normative du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures interdisait la publicité des audiences pénales. À l'occasion d'une procédure, un accusé sollicita la tenue d'une audience publique, laquelle lui fut refusée. Le Tribunal fédéral admit le recours sur la base du principe de la publicité des débats prévu à l'article 6 paragraphe 1 CEDH⁷⁴.

Le second cas révèle une violation indirecte de la Constitution. Il procède d'une inconstitutionnalité qui est liée à la mauvaise application de la loi. Dans cette hypothèse, pour prévoir le principe de la publicité des débats au pénal, le huis-clos est par exemple ordonné sur la base d'une mise en œuvre erronée de la loi. La violation de cette dernière entraîne une violation de la Constitution⁷⁵.

VIII. Les enseignements

A. Généralités

Le système du contrôle diffus et concret de la constitutionnalité des lois a profondément influencé, dans son ensemble, la structure institutionnelle helvétique. Il n'est en effet guère de chapitre du droit constitutionnel qui n'ait fourni l'occasion d'être lu et interprété, pour ne pas dire réinventé par les tribunaux cantonaux et, en dernière instance, par le Tribunal fédéral. L'apport de la jurisprudence, elle-même irriguée et fécondée par les critiques et les solutions formulées par la doctrine, a conduit à un enrichissement irremplaçable de la perception, la compréhension et l'essor du droit constitutionnel⁷⁶.

73 AUER (note 24), p. 62 ; ZIMMERMANN (note 4), p. 23 et les autres références doctrinales citées.

74 ATF 111 Ia 239 X.

75 ATF 121 I 306 L.

76 Sur le rôle de la doctrine dans la modélisation, l'interprétation et l'évolution du droit constitutionnel en Suisse, voir *AIJC* XXX-2014, p. 473 et s.

Trois chapitres particulièrement emblématiques de la Constitution fédérale méritent d'être évoqués dans ce contexte, en raison de l'apport auquel la juridiction constitutionnelle a conduit *via* le contrôle concret : le fédéralisme, la démocratie et les droits fondamentaux.

B. Le fédéralisme

Les piliers fondateurs de la structure fédérale suisse reposent sur la Constitution. Celle-ci énonce les dispositions qui forment la base, tout à la fois théorique et pratique, du fédéralisme tel qu'il a cours en Suisse depuis 1848. Pour l'essentiel, trois types de normes constitutionnelles fixent ce cadre.

Il y a, d'abord, les règles qui président à l'énonciation de la structure fédérale elle-même et, corrélativement, à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Parmi celles-ci, l'article 3 Cst. dispose que « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». La disposition est utilement complétée par l'article 42 Cst., qui prévoit que « la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution », de même que par l'article 43 Cst., qui indique que « les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences ».

Il y a, ensuite, la règle – assurément fondamentale, elle aussi – qui évoque l'arbitrage en cas de conflit entre compétences fédérales et cantonales. L'article 49 alinéa 1 Cst. dispose à cet égard que « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire ».

Il y a, enfin – *last but not least* –, l'énumération des diverses compétences que la Confédération est fondée à exercer en application de la règle qu'énoncent les articles 3 et 42 Cst. Un chapitre entier leur est dédié au sein de la loi fondamentale. C'est même le chapitre le plus long de la Constitution, puisqu'il ne compte pas moins d'une centaine de dispositions⁷⁷.

Le cadre ainsi tracé par la Constitution, le système paraît clair et prêt à l'emploi. Tout n'est pas, tant s'en faut, dit pour autant : nombres de questions vitales pour la perception, la compréhension et le fonctionnement effectif du fédéralisme restent en effet ouvertes, en aval si l'on peut dire du texte constitutionnel. Par exemple, comment la répartition des compétences fonctionne-t-elle effectivement dans la réalité économique, politique, sociale et institutionnelle ? Quelles limites le droit constitutionnel fixe-t-il en la matière ? Ou encore : dans quels cas des conflits de compétences ou de règles entre le niveau fédéral et le niveau fédéré sont-ils susceptibles de survenir ? Comment et par l'intervention de quel organe ces conflits sont-ils identifiés puis, le cas échéant, résolus ?

La règle de l'article 3 Cst. paraît à première vue claire : soit la Constitution fédérale est compétente pour légiférer sur une matière déterminée, soit ce sont les cantons qui le sont. Mais que se passe-t-il entre le moment où la Constitution fédérale est, par hypothèse, révisée pour permettre aux

⁷⁷ Voir AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 345 et s.

autorités fédérales d'intervenir et le moment où celle-ci légifère ? Quant à la règle de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal contraire que pose l'article 49 alinéa 1 Cst., que signifie-t-elle vraiment ? Le droit cantonal éventuellement contraire au droit fédéral est-il nul *ab ovo*, avec un effet *ex tunc* ou plutôt annulable, *ex nunc* ?

Voici quelques questions qui sont des classiques de la structure fédérale telle qu'appréhendée par le droit constitutionnel suisse. On se doute bien que la Constitution fédérale n'est pas à même de leur apporter elle-même une réponse claire, définitive et sans appel. Chacun aura compris que c'est au juge constitutionnel que revient la tâche difficile d'aborder les problématiques qu'elles recouvrent et de purger les inévitables litiges qu'elles génèrent.

L'exercice de la juridiction constitutionnelle a, en particulier, permis au Tribunal fédéral de mettre au point une grille méthodologique subtile, complexe et détaillée en vue d'aborder, d'identifier puis de résoudre les conflits de compétence ou de règles opposant les législations des cantons au droit fédéral⁷⁸. C'est d'ailleurs le Tribunal fédéral lui-même qui a historiquement créé et imposé, par voie prétorienne, le principe de la primauté du droit fédéral comme un droit individuel tel qu'il est actuellement codifié à l'article 49 alinéa 1 Cst.⁷⁹.

La Haute Cour a ainsi jugé que le principe de la primauté du droit fédéral que garantit l'article 49 alinéa 1 Cst. fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées d'une façon exhaustive. Cela étant, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine déterminé, une loi cantonale peut tout de même subsister dans le même domaine, en particulier si elle poursuit un but autre que celui recherché par le droit fédéral. En outre, même si, en raison du caractère exhaustif de la législation fédérale, le canton ne peut plus légiférer dans une matière, il n'est pas toujours privé de toute possibilité d'action. Partant, ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd toute compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci⁸⁰.

Ces principes jurisprudentiels posent le cadre à l'intérieur duquel les litiges susceptibles d'opposer compétences fédérales et cantonales sont appréhendés. Leur mise en œuvre au cas par cas permet d'apporter une réponse institutionnelle judiciaire indispensable au bon fonctionnement de la structure fédérale.

78 Sur ce point, voir les intéressants exemples cités par FROMONT (note 6), p. 375.

79 KÖLZ (note 10), p. 771 ; AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 371.

80 La formule est classique dans la jurisprudence, voir ATF 141 V 455 A. ; 140 I 218 A. S.A. ; 138 I 435 A. *et consorts* ; 137 I 167 *Dame X. et X.* ; 135 I 106 X. AG ; 133 I 110 *Slatkine et Pétroz* et les autres références citées.

C. La démocratie

Le statut de la démocratie représente un chapitre fondateur et structurellement fondamental de l'ordre constitutionnel suisse. La notion de démocratie est mentionnée explicitement dans le préambule de la Constitution fédérale de même que, sous la forme des « droits du peuple », parmi les buts généraux de la Confédération qu'énonce l'article 2 alinéa 1 Cst. L'article 34 Cst. place les droits politiques parmi les droits fondamentaux, soit autant de droits susceptibles d'être portés par les citoyens devant le juge. Outre la garantie générale de ces droits (al. 1), la disposition précise en son alinéa second que ceux-ci protègent « la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté ». Le respect des droits politiques fédéraux et cantonaux figure au reste en bonne place parmi les compétences que l'article 189 alinéa 1 Cst. confère au Tribunal fédéral.

Cela dit, la Constitution fédérale ne précise pas davantage la signification, la portée ou les limites des droits politiques au sens de l'article 34 Cst. On voit d'ailleurs mal une loi fondamentale être en mesure d'énumérer les innombrables facettes qui composent une garantie conçue de manière aussi générale. Là également, il revient à la juridiction constitutionnelle de détailler, à travers le contrôle entourant leur mise en œuvre, la notion de droits politiques.

Tout comme c'est le cas dans le domaine du fédéralisme, le Tribunal fédéral a développé au cours des âges une jurisprudence riche et multiforme au sujet des droits politiques tels qu'ils ont cours sur le plan aussi bien fédéral que cantonal et communal⁸¹. Tel est par exemple le cas en ce qui concerne le droit d'initiative et de référendum populaire⁸². Les arrêts de principe sont ici légion. Nombre d'entre eux ont acquis une dimension historique et même monumentale, contribuant ainsi à concrétiser, à faire évoluer et adapter le statut de la démocratie semi-directe telle qu'elle a cours en Suisse⁸³.

Un arrêt prononcé le 27 novembre 1990 a par exemple conduit le Tribunal fédéral à introduire, de lui-même, le suffrage féminin sur le plan cantonal dans un canton qui ne connaissait encore que le suffrage masculin⁸⁴. Était en cause, en l'occurrence, la tenue d'une *Landsgemeinde*, soit l'assemblée populaire locale, d'un canton de Suisse centrale (Appenzell Rhodes-Intérieures), au cours de laquelle l'octroi du suffrage féminin fut refusé par une majorité de citoyens. Il faut préciser à ce sujet, que, certes introduit le 7 février 1971 dans la Constitution fédérale, le suffrage féminin était, à l'époque, encore réservé aux seules élections et votations de rang fédéral. Lors du scrutin constitutionnel du 7 février 1971, une clause fut ajoutée dans la Constitution fédérale, précisant que l'agencement du système démocratique sur le plan cantonal et communal n'était pas affecté par l'octroi des droits politiques aux Suissesses. Une dizaine d'années plus tard, la Constitution subit

81 Parmi une doctrine abondante, voir notamment Bénédicte TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge. L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Zurich 2008.

82 Comme le relève par exemple FROMONT (note 6), p. 363.

83 Sur le sujet, voir AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 274 ss et les références jurisprudentielles citées.

84 ATF 116 Ia 359 *Theresa Rohner und Mitbeteiligte*.

une autre révision partielle, au cours de laquelle le principe de l'égalité des droits entre femmes et hommes fut inscrit au titre de droit fondamental.

La question se posait, dès lors, de savoir si les cantons et les communes qui n'avaient pas encore introduit le suffrage féminin à leur niveau pouvaient, au nom de la structure fédérale, continuer sur cette voie ou si, en sens, contraire, le principe d'égalité des droits leur faisait, au nom du respect des droits fondamentaux, obligation de traiter les Suissesses domiciliées sur leur territoire de la même manière que les Suisses. La Haute Cour a tranché cette question par l'arrêt de principe qu'elle a prononcé en séance publique le 27 novembre 1990. Les juges fédéraux ont en l'occurrence précisé que, pour être certes traditionnellement compétents pour agencer leur système politique et démocratique comme ils l'entendent, les cantons sont néanmoins tenus de respecter, au nom de leur dimension objective, les droits fondamentaux, dont la garantie des droits politiques fait naturellement partie. Le Tribunal fédéral a ajouté que la constatation selon laquelle les femmes du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures devaient désormais jouir des droits politiques prenait effet dès le prononcé de son arrêt⁸⁵.

D. Les droits fondamentaux

En Suisse comme dans de nombreux États, le domaine des droits fondamentaux occupe une place centrale dans la juridiction constitutionnelle. Cette particularité tient à la nature et à la structure de ces garanties. Les droits fondamentaux se présentent en effet comme des normes très ouvertes et se singularisent par leur concision. Les termes brefs et souvent elliptiques qui caractérisent leur dénomination, leur concrétisation, la détermination de leur champ d'application, tout comme les restrictions qui peuvent leur être apportées supposent, par définition, un processus qui intervient en aval de leur consécration. Sans être exclu, le rôle du législateur, souvent, n'y suffit guère. Il faut, bien plus, la participation ultérieure du juge, au cours d'un processus d'interprétation et de *fine tuning* typique de leur mise œuvre par voie judiciaire⁸⁶.

Ces caractéristiques générales ne sont pas propres au système constitutionnel suisse. Ce dernier connaît toutefois deux autres particularités, qui permettent de souligner l'importance de la juridiction constitutionnelle.

La première caractéristique tient à la double nature du contrôle qu'exerce le Tribunal fédéral sur les droits fondamentaux. Comme indiqué précédemment, le contrôle abstrait de la législation cantonale de rang infra-constitutionnel coexiste avec le contrôle concret.

La seconde caractéristique s'inscrit dans le prolongement de la structure fédérale helvétique. Dès lors que les cantons sont dotés d'une structure constitutionnelle qui leur est propre, leur constitution contient très souvent un catalogue de droits fondamentaux, qui peut, selon les cas,

85 Sur le sujet, voir l'analyse du Professeur Blaise KNAPP, *AIJC* VI-1990, p. 855.

86 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 504.

être riche de garanties inconnues du droit fédéral comme indiqué précédemment⁸⁷. S'agissant du contrôle de la législation et des décisions cantonales, la juridiction constitutionnelle peut par conséquent s'opérer à un double étage, si l'on peut dire : l'étage constitutionnel local, auquel peut s'ajouter l'étage des droits fondamentaux de rang fédéral et celui des droits de la personne humaine consacrés par les instruments internationaux auxquels la Suisse est partie. L'article 189 alinéa 1 lettre d Cst. précise à cet égard que le Tribunal dispose, outre la violation du droit fédéral, de la compétence de statuer sur les droits constitutionnels cantonaux. Le contrôle de la constitutionnalité s'exerce ainsi potentiellement aussi bien sur le respect des droits fondamentaux contenus dans les constitutions cantonales que dans la Constitution fédérale, tous griefs auxquels s'ajoute le respect des droits de l'homme protégés notamment par la CEDH.

La multiplicité des potentialités de contrôle abstrait et concret de constitutionnalité cantonale, fédérale et de conventionnalité offre une palette extrêmement dense et diversifiée d'arrêts d'espèce comme d'arrêts de principe. Incontestablement, le contrôle concret enrichit la signification et la portée des droits fondamentaux tout en offrant l'avantage de permettre d'actualiser, au besoin, la protection qu'offre la Constitution. Toutes les garanties qui ressortissent aux droits fondamentaux et aux droits de la personne humaine en bénéficient en principe, quelle que soit la famille à laquelle celles-ci appartiennent. Outre les droits politiques, c'est le cas pour les libertés, les garanties de l'État de droit ou les droits sociaux.

Le contrôle concret de constitutionnalité a notamment permis au Tribunal fédéral d'enrichir par lui-même, grâce à une jurisprudence avant-gardiste inaugurée au début des années 1960, les droits fondamentaux en complétant le texte de la Constitution fédérale au moyen de la reconnaissance de droits non écrits. Des droits élémentaires comme la garantie de la propriété, la liberté d'expression, la liberté personnelle, la liberté de réunion ou encore, plus récemment, le droit à des conditions minimales d'existence ont ainsi été créés par voie prétorienne, avant d'être formellement intégrés au texte de la loi fondamentale lors du processus de révision totale qui a conduit à l'adoption de la Constitution fédérale du 18 avril 1999⁸⁸.

D'autres droits fondamentaux ancrés depuis fort longtemps dans la Constitution fédérale ont également bénéficié de l'œuvre d'interprétation et de concrétisation du Tribunal fédéral au gré des multiples affaires soumises à la Haute Cour dans le cadre de la juridiction constitutionnelle qu'elle exerce. Le principe d'égalité de traitement est particulièrement illustratif à cet égard, tant il est vrai que ce n'est qu'à l'occasion de sa mise en œuvre et du contrôle de son respect que cette garantie fondatrice voit ses contours et sa portée être précisés⁸⁹.

87 *Supra*, note 51.

88 Voir Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne 2013, p. 33 et les références citées.

89 Pour d'autres exemples évocateurs, voir la « Chronique suisse de justice constitutionnelle » publiée chaque année dans l'*ATJC*.

Conclusion

Avec l'instauration de la juridiction constitutionnelle, une constitution accède pleinement à la qualité d'acte normatif à part entière, c'est-à-dire un acte appelé à déployer des effets juridiques, à travers un système de contrôle et de sanction organisé de manière institutionnelle. C'est également, dans cette logique, la juridiction constitutionnelle qui permet d'assurer à une constitution la primauté qui lui revient au sein de l'ordre juridique interne⁹⁰. Tout à la fois institution et procédure, organe et fonction, la juridiction constitutionnelle est ainsi au service de la fundamentalité et de la force dérogatoire qui caractérisent la notion de constitution.

L'étude du système suisse, particulièrement original dans le concert européen, révèle que la juridiction constitutionnelle, pour être en mesure de déployer son plein effet utile, ne saurait se limiter au modèle classique du contrôle abstrait de type préventif. Pour intervenir juste après l'adoption d'un acte normatif, au moment même où celui-ci s'apprête à entrer en vigueur, le contrôle abstrait des lois cantonales se présente, en Suisse tout au moins, comme une forme de pari spéculatif qui est posé sur une application future, pronostiquée aussi conforme qu'imaginable à la Constitution, que celle-ci soit fédérale ou cantonale⁹¹. Mais tout n'est pas dit pour autant.

Comme l'a souligné le Tribunal fédéral au cours d'une jurisprudence constante, pour examiner librement dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes la conformité d'un acte normatif aux droits constitutionnels, il s'impose cependant une certaine retenue dans ce contexte, eu égard notamment aux principes qui découlent à la fois du fédéralisme et de la proportionnalité. Il s'avère, à cet égard, décisif que la norme sujette au contrôle puisse, selon les principes d'interprétation traditionnellement reconnus, se voir attribuer un sens compatible avec les droits fondamentaux. Partant, la Haute Cour n'annule une norme cantonale que lorsque celle-ci ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution. Pour en juger il faut, de jurisprudence constante également, tenir compte notamment de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances concrètes dans lesquelles la norme en question sera mise en œuvre. En outre, le juge constitutionnel ne doit pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite. Il lui incombe de prendre en compte la vraisemblance d'une application conforme aux droits fondamentaux. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, alors l'éventualité que, dans certains cas, son application

90 Voir sur le sujet les intéressants développements de BEHRENDT, BOUHON (note 7), p. 260 et les références citées.

91 Sur le sujet, voir en particulier ZIMMERMANN (note 4), p. 26 et s. Dans le système français, le procédé de l'interprétation conforme permet également à la Cour de cassation et au Conseil d'État d'aplanir et de désamorcer, à travers la fonction de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité qui est impartie à ces juridictions avant une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel, les risques de conflit entre la loi et la Constitution ; voir Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, « Filtrage des QPC et système de justice constitutionnelle. Réflexions sur la participation des cours suprêmes au contrôle de la constitutionnalité des lois », *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Paris 2014, p. 202 et les références citées.

puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait des normes⁹².

Mais la Constitution peut changer. Le droit constitutionnel peut aussi subir une évolution susceptible d'affecter son interprétation et sa compréhension. Aussi, une loi déclarée naguère conforme à la Constitution à la faveur d'un contrôle abstrait peut-elle, demain ou après-demain, ne plus l'être. Le contrôle concret des normes permet, à cet égard, d'assurer une forme de suivi et d'adaptation au cours de la mise en œuvre du droit constitutionnel. Davantage que le contrôle abstrait, cette forme de contrôle permet de déceler, d'identifier et de résoudre des questions qui, pour être liées à l'évolution sociale, sont souvent fondamentales d'un point de vue constitutionnel et qui n'ont pu apparaître lors du contrôle portant abstraitement sur la norme en cause⁹³.

En Suisse, de longue date, les deux formes de contrôle, abstrait et concret, coexistent et déploient successivement leurs effets à l'égard de l'ensemble de la législation cantonale de rang infra-constitutionnel. La combinaison de ces deux modes de contrôle de la constitutionnalité a été précisément voulue afin de permettre d'assurer une surveillance optimale, par la voie contentieuse, du respect de la Constitution fédérale comme de celle de chaque canton.

Dès lors, si l'utilité du contrôle abstrait de constitutionnalité n'est plus à démontrer, il n'est certainement pas non plus exagéré d'affirmer que le contrôle concret représente un complément tout à la fois incontournable et indispensable en vue de permettre au droit constitutionnel de vivre, d'évoluer bref, de fonctionner. Tant il est vrai que, comme l'a si bien relevé le Professeur Louis FAVOREU dans l'éditorial présentant le premier volume de l'Annuaire international de justice constitutionnelle, « c'est qu'en effet, le droit constitutionnel prend une nouvelle dimension dès lors qu'il est lui-même susceptible d'être un droit appliqué par le juge, et plus seulement un droit institutionnel »⁹⁴.

92 La formule est traditionnelle dans la jurisprudence. Voir par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral *Fondation Armée du Salut suisse et Société coopérative Armée du Salut Oeuvre Sociale c. Grand Conseil et Conseil d'État de la République et canton de Neuchâtel*, du 13 septembre 2016, ATF 142 I 195, consid. 2 et les références citées.

93 Voir KASTANAS (note 44), p. 56.

94 *AIJC* I-1985, p. 12.