

Journées italiennes – Association Henri Capitant
Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit
positif

Rapport suisse en droit constitutionnel

Par

Francesca Magistro

Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocat

I. Les droits fondamentaux

1. La dimension négative des droits fondamentaux

1.1 Pourriez-vous, s'il vous plaît, décrire la méthode d'analyse des droits fondamentaux au regard de votre droit national ? Se fait-elle en plusieurs étapes ? Est-elle imposée par le texte de la Constitution lui-même ou résulte-t-elle d'une interprétation par la juridiction ?

La Constitution fédérale du 18 avril 1999¹ consacre les droits fondamentaux aux art. 7 à 36 Cst., qui peuvent être subdivisés en quatre catégories : les libertés, les garanties de l'Etat de droit, les droits sociaux et les droits politiques. Ce catalogue de droits fondamentaux est détaillé et complet. Il n'est cependant pas exhaustif. Il est admis que le Tribunal fédéral puisse reconnaître des droits constitutionnels non écrits à trois conditions : le droit doit être indispensable à l'ordre juridique démocratique ou une condition nécessaire à un droit fondamental déjà reconnu ; il doit bénéficier d'un consensus et il doit être justiciable.

Chaque canton possède par ailleurs sa propre constitution écrite qui doit respecter le droit fédéral pour obtenir la garantie de la part de la Confédération (art. 51 al. 2 Cst.). Les constitutions cantonales garantissent les droits fondamentaux. Ainsi, il est possible qu'une constitution cantonale prévoit un droit fondamental qui ne figure pas dans la Constitution fédérale comme c'est le cas par exemple de la Constitution genevoise qui garantit le droit à un environnement sain, ou du libre choix d'une autre forme de vie en commun que le mariage dans la Constitution du canton de Neuchâtel, Vaud, Fribourg et Genève². Il est également

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.), du 18 avril 1999, RS 101.

² Pour d'autres exemples, voir ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 39.

possible que les droits garantis au niveau cantonal soient définis de manière plus large ou moins large qu'au niveau fédéral³.

Le contrôle est diffus⁴. Tous les tribunaux, qu'ils soient cantonaux ou fédéraux, doivent vérifier le respect des droits fondamentaux. Une particularité du droit suisse consiste dans le fait que le Tribunal fédéral ne peut pas contrôler la constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.). Le Tribunal peut par contre procéder à un contrôle de conventionnalité en cas d'atteinte à un droit de l'homme.

L'art. 35 al. 1 Cst. exige que les droits fondamentaux soient réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique⁵.

Les conditions de restrictions aux droits fondamentaux sont énumérées à l'art. 36 Cst. :

« ¹Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

²Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴L'essence des droits fondamentaux est inviolable. »

Le texte de l'art. 36 Cst. se réfère aux restrictions aux *droits fondamentaux*. La portée de cette disposition a toutefois été débattue en doctrine. Selon certains, en effet, cette disposition ne s'appliquerait qu'aux libertés et non pas à tous les droits fondamentaux. Aujourd'hui, il est généralement admis que l'art. 36 Cst. s'applique aux libertés, qu'il ne s'applique pas à certains droits fondamentaux qui ont un caractère absolu et ne peuvent être restreints, notamment l'interdiction de la peine de mort, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'arbitraire et la protection contre l'expulsion⁶.

S'agissant des droits sociaux, la question est plus nuancée. Le Tribunal fédéral a admis que l'art. 36 Cst. n'est pas applicable en ce qui concerne le cas du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.)⁷. Par contre, il a estimé que l'art. 36 Cst. était applicable par analogie au droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.)⁸.

En général, l'art. 36 Cst. ne s'applique pas aux garanties de l'Etat de droit, car d'autres systèmes s'appliquent comme pour l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.). L'art. 36 Cst. a cependant été appliqué dans le cas du droit de consulter un dossier ou dans le cas de la détention préventive⁹.

Les conditions énumérées à l'art. 36 Cst. sont cumulatives.

³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 39 ss.

⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 665.

⁵ Pour un commentaire, voir Rainer J. schweizer, Art. 35, in Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich 2014.

⁶ PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel, Droits fondamentaux*, vol. II, 3^{ème} éd, Bâle, Neuchâtel, 2015, p. 70.

⁷ MAHON, *op. cit.* note 6, p. 71, p. 332.

⁸ Voir ATF 129 I 12, *V. und 20 Mitb. G. Grosser Rat Bern* ; ATF 129 I 35, *M.X. g. Schulrat der Stadt Wil, Bezirksschulrat wil und erziehungsrat des Kantons St. Gallen*.

⁹ MAHON, *op. cit.* note 6, p. 71.

a. La base légale

Pour qu'une restriction à une liberté soit justifiée, il faut en premier lieu qu'elle repose sur une loi. Il peut s'agir d'une loi au sens matériel (ordonnance du gouvernement) ou d'une loi au sens formel (loi adoptée par le parlement). Plus l'atteinte est grave, plus l'exigence de base légale formelle sera grande. Ainsi, les restrictions graves doivent être prévues par une loi au sens formel¹⁰. Il est également tenu compte de la densité normative de la base légale. La restriction doit reposer sur une base légale claire et nette¹¹.

Lorsqu'une restriction figure dans une ordonnance, la délégation législative doit respecter certaines conditions établies par le Tribunal fédéral : la délégation ne doit pas être exclue par la Constitution, elle doit se limiter à une matière déterminée, la norme doit préciser le but, l'objet et l'étendue de la délégation et être soumise au référendum¹².

Pour les restrictions aux droits des personnes qui entretiennent un rapport spécial avec l'Etat (fonctionnaires, détenus, élèves, étudiants, personnes hospitalisées, etc.), une base légale au sens matériel est suffisante¹³. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que l'interdiction faite à une enseignante de porter le voile islamique en classe reposant sur une loi cantonale qui prévoit que « l'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et confessionnelles des élèves et des parents » reposait sur une base légale suffisante¹⁴.

L'exigence de la base légale connaît des exceptions. Lorsqu'il existe une atteinte sérieuse, directe et imminente à l'ordre public, le gouvernement peut restreindre les droits fondamentaux sans base légale (*clause générale de police*).

La clause générale de police a été admise par exemple dans une affaire de remise de données bancaires aux autorités américaines par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers¹⁵ ainsi que dans le cas d'alimentation forcée d'un détenu qui faisait la grève de la faim¹⁶.

En cas d'*usage accru du domaine public*, il est également possible de déroger à l'exigence de la base légale. La jurisprudence a admis qu'une autorité soumette à autorisation l'usage accru du domaine public sans que cela ne soit prévu dans une loi¹⁷.

b. L'intérêt public

En deuxième lieu, la restriction doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

Les motifs d'ordre public justifient une restriction. Il s'agit de mesures qui visent à assurer la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publique et la bonne foi dans les affaires¹⁸, ainsi que l'existence de l'Etat¹⁹. L'aménagement du territoire, la politique sociale, les valeurs

¹⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 86.

¹¹ ATF 130 I 16, 19 X. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 86.

¹² MAHON, *op. cit.* note 6, p. 59.

¹³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 92 s.

¹⁴ ATF 123 I 296 X.

¹⁵ ATF 137 II 431, *Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) g. X. Ltd, Y Ltd. Und Z. Corp.*

¹⁶ ATF 136 IV 97, *Rappaz c. Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration du Valais.*

¹⁷ AF 127 I 84 P.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 96.

¹⁸ FF 1997 I 197 ; ATF 110 Ia 99, 102 *Kress* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 99.

¹⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 99.

culturelles et historiques, l'équilibre écologique et l'intérêt de l'Etat peuvent également constituer des intérêts publics²⁰.

La protection d'un droit fondamental d'autrui peut aussi justifier une restriction.

c. La proportionnalité

En troisième lieu, la restriction doit être proportionnée au but visé.

En Suisse, la jurisprudence et la doctrine font un examen de la proportionnalité en trois étapes : *l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit*.

La règle de *l'aptitude* sert à juger si la mesure est propre à atteindre le but visé. Il a par exemple été jugé que le contrôle inopiné d'établissements accessibles au public où s'exerce la prostitution est une mesure adéquate au droit au respect du domicile²¹.

La condition de la *nécessité* exige que la mesure prise soit la mesure la plus respectueuse des droits fondamentaux, en dehors de laquelle le but ne serait pas atteint. Il a par exemple été jugé qu'interdire la mendicité est une mesure nécessaire à éviter le harcèlement et la sollicitation de la population, car il n'existe pas de mesure moins incisive²². En revanche, obliger les entreprises demandant une aide de l'Etat à conclure des conventions collectives des travailleurs ne respecte pas le principe de nécessité car pour garantir la protection des travailleurs, il est suffisant que ces entreprises s'engagent à respecter celles qui existent dans la branche²³.

Enfin, la *proportionnalité au sens étroit* suppose une pesée des intérêts en présence. Ainsi il a été jugé par exemple que l'expulsion d'un étranger vivant en Suisse depuis environ 25 ans suspecté d'avoir contraint sa fille au mariage forcé ne respectait pas le principe de la proportionnalité²⁴.

d. L'inviolabilité de l'essence

En quatrième lieu, elle doit respecter l'essence inviolable du droit. En d'autres termes, l'Etat ne peut pas supprimer ou priver de toute substance les droits fondamentaux. Une restriction au droit à la vie n'est par exemple pas admise car elle porterait atteinte à la substance de ce droit qui doit être qualifié d'absolu²⁵.

1.2 Quelles sont les techniques utilisées pour analyser ou caractériser une atteinte à un droit fondamental ? Y a-t-il un concept directeur ou une idée directrice dans cette analyse ? Quel rôle est dévolu à l'interprétation ?

En Suisse, les droits fondamentaux sont dirigés contre l'Etat²⁶. Le Tribunal fédéral a considéré que « Lorsque les citoyens d'une commune sont appelés à se prononcer sur des demandes de naturalisation, ils agissent en tant qu'organe de la commune et assurent une

²⁰ MAHON, *op. cit.* note 6, p. 63.

²¹ ATF 137 I 167, 183, *Dame X.* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 107.

²² ATF 134 I 214, 220 *X.*

²³ ATF 124 I 107 *Parti socialiste jurassien* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 108.

²⁴ ATF 134 II 1, 7 *A.X.* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 108.

²⁵ ATF 98 Ia 508, 514 *Gross = JT 1973 I 490* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 115.

²⁶ Art. 35 al. 2 Cst. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 55.

tâche étatique. Ils sont donc tenus de respecter les droits fondamentaux »²⁷. Le Tribunal fédéral a également jugé que la soumission des demandes de naturalisation au référendum populaire est inconstitutionnel, car lors des votations, les citoyens doivent respecter les droits fondamentaux, en particulier le principe de non-discrimination et que pour vérifier si ce principe est respecté, il est nécessaire d'avoir une motivation qui est impossible à avoir lors de votations²⁸.

Lorsqu'un particulier exerce une tâche publique qui lui a été déléguée, il est tenu de respecter les droits fondamentaux. Par exemple, il a été jugé que la Poste est liée par les droits fondamentaux lorsqu'elle assume des services universels car elle exerce une tâche publique, alors qu'elle n'est pas liée par les droits fondamentaux lorsqu'elle assume une tâche qui pourrait être fournie par un autre particulier comme c'est le cas des services libres²⁹.

Les particuliers ne sont pas liés par les droits fondamentaux qui n'ont par conséquent pas d'effet horizontal direct, à l'exception de l'égalité salariale entre homme et femme (art. 8 al. 3 3^{ème} phrase Cst.)³⁰.

L'art. 35 al. 3 Cst. prévoit que « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». La doctrine et la jurisprudence ont consacré le principe de l'effet horizontal indirect selon lequel la loi doit être interprétée de manière conforme à la Constitution, c'est-à-dire en tenant compte des droits fondamentaux³¹. La jurisprudence donne plusieurs exemples de cet effet indirect, notamment dans le domaine de la protection des la personnalité, du droit du travail en relation avec le droit de grève et la liberté syndicale, de la procédure pénale et la présomption d'innocence³².

Pour déterminer s'il y a une atteinte ou ingérence à un droit fondamental, les tribunaux ont recours aux « sphères protégées », c'est-à-dire qu'ils vont examiner si une mesure touche un domaine protégé par le droit fondamental en question. Par exemple, la liberté personnelle protège divers aspects essentiels de l'épanouissement de la personne. Porter sur soi une arme à feu ne constitue pas un élément essentiel de la personne et n'est pas protégé par la liberté personnelle. Ainsi, une règle qui interdit de porter sur soi une arme à feu ne constitue pas une atteinte à la liberté personnelle³³. Le Tribunal fédéral a jugé que la mendicité n'est pas une activité lucrative qui peut être protégée par la liberté économique³⁴.

La Suisse suit la tradition moniste. Les traités internationaux entrés en vigueur pour elle sont immédiatement intégrés à l'ordre juridique interne³⁵. Ainsi, les traités internationaux de protection des droits humains qu'elle a ratifiés font partie intégrante du droit interne³⁶.

²⁷ ATF 135 I 265 A. = JT 2010 I 591.

²⁸ ATF 129 I 217 A. = SJ 2004 I 181 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 58.

²⁹ ATF 129 III 35, 39 Die Post = JT 2003 I 94, 99 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 57.

³⁰ ATF 133 III 167 *Caisse de famille X*.

³¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 61.

³² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 61.

³³ PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel, Droits fondamentaux*, vol. II, 3^{ème} éd, Bâle, Neuchâtel, 2015, p. 55.

³⁴ ATF 134 I 214, 216 X.

³⁵ Voir art. 190 Cst. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 455 s.

³⁶ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, L'Etat, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 455 s.

Par exemple, le respect de la Convention européenne des droits de l'homme est souvent analysé. Les tribunaux utilisent alors les concepts d'atteinte et de restrictions propres au système de la convention et développés par la Cour européenne des droits de l'homme.

2. La dimension positive des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux imposent-ils des obligations positives à l'Etat ? Si oui, comment de telles obligations positives sont-elles justifiées ? Quel rôle est dévolu à l'interprétation des règles de droit au regard de ces obligations positives ? Quels sont les intérêts, valeurs et concepts à l'œuvre ?

Le droit international ratifié par la Suisse fait partie intégrante du droit suisse. L'interprétation dynamique que les organes de contrôle des systèmes de protection des droits humains font de leurs textes est suivie par les tribunaux suisses. Ainsi, par exemple la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît les obligations positives s'applique en droit suisse dans tous ses développements et joue un rôle important.

Selon l'art. 35 al. 1 Cst., « Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. ». Il est admis que les autorités doivent prendre des mesures pour protéger les droits fondamentaux des individus et même lorsque l'atteinte provient de personnes privées³⁷. L'art. 35 al. 3 Cst. prévoit que « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». Cette protection passe aussi par exemple par l'adoption par le législateur de lois permettant de réprimer des comportements qui violent les droits fondamentaux et de prévoir des procédures pour pouvoir poursuivre les auteurs des ces violations³⁸. L'Etat peut aussi être tenu d'indemniser un individu pour des restrictions à la propriété³⁹ ou d'assurer des services envers les détenus⁴⁰ ou encore fournir des prestations pour des raisons d'égalité de traitement⁴¹. Cependant, la justiciabilité des obligations positives reste une question nuancée. Le Tribunal fédéral fait preuve d'une certaine retenue⁴². La question de savoir si un particulier peut se prévaloir d'une liberté pour exiger une prestation de l'Etat va dépendre du droit en question, du type de prestation, de l'autorité amenée à la fournir et des circonstances du cas⁴³. Il est par exemple considéré qu'il n'existe pas de droit justiciable à la mise à disposition d'aires de séjour ou de transit en faveur des gens du voyage, même si les autorités doivent prévoir dans les plans d'aménagement du territoire des zones et des emplacements appropriés qui puissent servir d'aires de stationnement pour les gens du voyage⁴⁴.

³⁷ Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 63 ; PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel, Droits fondamentaux*, vol. II, 3^{ème} éd, Bâle, Neuchâtel, 2015, p. 49 s. ; voir par exemple ATF 138 I 475, 481 *Integration Handicap c. X. Sàrl* ; ATF 138 II 346, *Google Inc. Und Google Switzerland GmbH g. Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten* ; ATF 119 Ia 28 M.

³⁸ Voir MAHON, *op. cit.* note 6, p. 49 s.

³⁹ MAHON, *op. cit.* note 6, p. 7.

⁴⁰ ATF 102 Ia 279, 292, *Minelli g. Regierungsrat Zürich*.

⁴¹ ATF 104 Ia 377 *Verein Leserkampf g. Regierungsrat Zürich*.

⁴² ATF 140 I 77, 81.

⁴³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 75.

⁴⁴ Voir JAAC 2/17, 30 mars 2017, *Avis de droit*, Office fédéral de la justice, p. 19.

Sur le plan des droits sociaux, le droit d'obtenir de l'aide en situation de détresse (art. 12 Cst.)⁴⁵ confère le droit d'obtenir une aide financière de la part de l'Etat. Le droit à un enseignement de base suffisant (art. 19 Cst.) et le droit à l'assistance judiciaire gratuite et à un avocat d'office (art. 29 al. 3 Cst.) exigent une prestation positive de l'Etat⁴⁶. L'art. 29 Cst. exige de l'Etat qu'il prenne toutes les mesures pour garantir un accès effectif à la justice.

II. L'organisation de l'Etat

1. Pouvoirs et institutions politiques

1.1 La juridiction a-t-elle recours à un concept spécifique de séparation des pouvoirs en ce qui concerne l'interprétation et la délimitation des pouvoirs des institutions politiques ? Quelle est la source de ce concept ? Quelles valeurs sont à l'œuvre ?

Sur le plan fédéral, le pouvoir est partagé entre l'Assemblée fédérale (législatif), le Conseil fédéral (exécutif) et le Tribunal fédéral (judiciaire). La Constitution fédérale consacre le Titre 5 aux *autorités fédérales*. La séparation des pouvoirs apparaît à l'art. 144 Cst. : « les fonctions de membre du Conseil national, du Conseil des Etats, du Conseil fédéral et de juge au Tribunal fédéral sont incompatibles ». La Constitution érige l'Assemblée fédérale en « autorité suprême de la Confédération sous réserve des droits du peuple et des cantons » (art. 148 al. 1 Cst.). Elle élit le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral (art. 168 Cst.) et exerce une haute surveillance sur eux (art. 169 Cst.). De plus, les lois fédérales qu'elle adopte bénéficient de l'immunité. L'art. 148 al. 1 Cst. ne permet toutefois pas d'en déduire une « entorse de principe au modèle de la séparation des pouvoirs »⁴⁷.

L'Assemblée fédérale est composée de deux chambres, le Conseil national qui représente le peuple (200 membres) et l'autre qui représente les cantons (46 membres).

La séparation des pouvoirs prise dans son acception fonctionnelle, qui implique l'existence de plusieurs organes qui se partagent le pouvoir, est un *droit constitutionnel implicite*⁴⁸. Il s'agit d'un droit constitutionnel dont les particuliers peuvent se prévaloir⁴⁹.

Sur le plan cantonal, chaque canton peut s'organiser librement tout en devant respecter la jurisprudence du Tribunal fédéral qui exige que la séparation des pouvoirs soit une « répartition des tâches étatiques entre divers organes » et que le particulier doit pouvoir exiger le respect de cette répartition⁵⁰.

Selon l'art. 51 al. 1 Cst., les cantons doivent se doter d'une constitution démocratique, ce qui implique qu'elle doit respecter le principe de la séparation des pouvoirs⁵¹.

⁴⁵ ATF 122 II 193, 198 B.

⁴⁶ MAHON, *op. cit.* note 6, p. 8.

⁴⁷ PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER, VINCENT MARTENET, *Droit administratif, Les fondements*, vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2012, p. 458 ; RENE A. RHINOW, MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^{ème} éd., Bâle 2009, N. 2267-2271.

⁴⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 604.

⁴⁹ ATF 136 I 241, 249 ; 134 I 322, 326 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *op. cit.* note 47, p. 437.

⁵⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 605 s.

⁵¹ FF 1997 I 220-221 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 61.

D'après le Tribunal fédéral, si une autorité administrative refuse d'appliquer une loi adoptée par le parlement, elle viole le principe de séparation des pouvoirs⁵². Il en est de même d'un gouvernement qui adopte un règlement interdisant de fumer dans les lieux ouverts au public alors qu'il n'en avait pas la compétence⁵³.

1.2 Y a-t-il plusieurs niveaux de gouvernement, soit dans l'organisation interne de l'Etat, soit en relation avec une organisation supranationale ? Si oui, quel concept directeur ou idée directrice gouverne la juridiction concernant la délimitation des pouvoirs des différents niveaux de gouvernement ? Quid au regard des questions d'interprétation ?

Le fédéralisme suisse constitué de trois niveaux, fédéral, cantonal et communal, implique trois niveaux de gouvernement. Le Conseil fédéral exerce ce pouvoir sur le plan fédéral. Sur le plan cantonal, chaque canton et chaque commune instituent leur propre gouvernement dont le nom peut varier.

Les communes bénéficient de l'autonomie communale garantie par l'art. 50 al. 1 Cst. La jurisprudence considère qu'« une commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais laisse en tout ou en partie dans la sphère communale en conférant aux autorités municipales une appréciable liberté de décision »⁵⁴. La commune peut recourir si elle estime que son autonomie a été violée. Sur le plan cantonal, le droit cantonal règle la procédure. Sur le plan fédéral, il existe le recours en matière de droit public pour violation de l'autonomie communale (art. 189 al. 1 let. e Cst.)⁵⁵.

Pour déterminer si l'autonomie communale a été violée, « il faut que le Tribunal fédéral soit convaincu que l'acte attaqué touche la commune dans un domaine où elle est autonome, et qu'il la touche d'une manière que le droit cantonal ne permet pas »⁵⁶. Ainsi, lorsque les communes attaquent une loi cantonale, elles ont peu de chance de succès, car il est admis que le législateur cantonal restreigne une compétence cantonale tant qu'il ne restreint pas une compétence législative communale accordée par la constitution cantonale⁵⁷.

Selon le principe de répartition des compétences consacré par l'art. 3 Cst., « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale ». Ainsi, les compétences qui ne sont pas expressément attribuées par la Constitution à la Confédération appartiennent aux cantons.

2. La démocratie et l'Etat de droit

Quels rôles jouent les concepts de démocratie et l'Etat de droit dans l'interprétation de la Constitution ? Comment sont-ils concrétisés ? Quelle est la source de cette concrétisation ?

En Suisse, les instruments de démocratie directe permettent une grande participation du peuple aux décisions politiques. Sur le plan fédéral, il existe un *référéndum obligatoire* dans plusieurs domaines par exemple lors de révisions de la Constitution, d'adhésion à des

⁵² ATF 130 I 174, 178 X.

⁵³ ATF 134 I 322, 326 *Amaudruz*.

⁵⁴ ATF 135 I 233, 241 A.

⁵⁵ Art. 89 al. 2 let. C de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), du 17 juin 2005, RS 173.110.

⁵⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 98.

⁵⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 99.

organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales ou d'adoption de lois fédérales déclarées urgentes qui sont dépourvues de base constitutionnelle et dont la durée de validité dépasse une année (art. 140 Cst.). Le peuple peut demander un *référéndum*, qui est appelé *facultatif*, lors de l'adoption de lois fédérales, de lois fédérales déclarées urgentes dont la durée de validité dépasse un an, d'arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient et de traités internationaux sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, prévoient l'adhésion à une organisation internationale, ou contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (art. 141 Cst.).

Le peuple a également la possibilité de présenter des *initiatives populaires* tendant à la révision totale ou partielle de la Constitution (art. 138 et 139 Cst.). Les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé. La plus utilisée est l'initiative tendant à la révision partielle de la Constitution. Pour être valable, elle doit respecter les conditions suivantes : le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière et les règles impératives du droit international. En cas de non-respect, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle. Selon la jurisprudence, lors de l'interprétation d'une initiative, il faut appliquer le principe de l'interprétation conforme à la Constitution et ne l'invalider que s'il n'est pas possible de trouver un sens conforme à cette dernière⁵⁸.

L'unité de la forme exige que l'initiative soit rédigée ou conçue en termes généraux, mais pas un mélange des deux à la fois. L'unité de la matière implique « un rapport intrinsèque et une unité de but » entre les parties de l'initiative⁵⁹.

L'exigence du respect des *normes impératives de droit international* signifie qu'une initiative qui ne respecte pas le *jus cogens* ne peut pas être soumise au vote du peuple. Les discussions se concentrent aujourd'hui sur cette condition du *jus cogens*. En effet, cette règle ne permet pas d'invalider une initiative qui ne respecterait pas le droit international en particulier les traités protégeant les droits humains⁶⁰.

En 1996, une initiative demandant le renvoi immédiat et sans recours de tous les étrangers entrés illégalement en Suisse a été invalidée pour violation des règles impératives de droit international⁶¹. Tel n'a pas été le cas de l'initiative acceptée par le peuple et les cantons le 8 février 2004 qui prévoit l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables⁶², ni de l'initiative acceptée par le peuple et les cantons le 29 novembre 2009 prévoyant l'interdiction de la construction de minarets⁶³ ni pour l'initiative pour le renvoi des étrangers criminels acceptée par votation du 28 novembre 2010⁶⁴.

Le référendum constitutionnel obligatoire est institué dans tous les cantons (art. 51 al. 1 Cst.). Certains cantons prévoient le référendum législatif.

⁵⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 284.

⁵⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 278.

⁶⁰ Sur ces questions, voir GUILLAUME LAMMERS, *La démocratie directe et le droit international : prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure*, Berne 2015.

⁶¹ FF 1996 I 1305 ; PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, vol. I, 3^{ème} éd., Bâle, Neuchâtel 2014, p.185.

⁶² FF 2001 3265 ; 2003 3979 ; voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 459 s.

⁶³ FF 2008 6259; 2010 3117.

⁶⁴ FF 2008 17 45; 2011 2593.

L'exigence de la *base légale formelle* pour les restrictions graves aux droits fondamentaux est en lien avec la démocratie directe. Le peuple doit pouvoir se prononcer sur une restriction d'un droit fondamental. Il lui est possible de le faire en demandant un référendum facultatif lors de l'adoption d'une loi fédérale restreignant un droit fondamental. L'*immunité des lois fédérales* doit également être comprise dans la conception du respect des droits populaires du peuple qui a demandé ou non le référendum facultatif contre une loi. La loi fédérale est en ce sens une expression de la volonté populaire.

Dans le cas de la reconnaissance d'un droit constitutionnel non écrit, le Tribunal fédéral tient compte de la démocratie et de l'Etat de droit. La voie de la reconnaissance jurisprudentielle d'un droit fondamental non écrit permet « de prendre en compte l'évolution des circonstances sociales, économiques et politiques et de prévenir de nouvelles menaces contre l'homme et l'ordre démocratique régi par le droit »⁶⁵. Le Tribunal fédéral a reconnu en 1960 la garantie de la propriété⁶⁶, puis la liberté d'expression⁶⁷, la liberté personnelle, la liberté de la langue et la liberté de réunion⁶⁸, le droit à des conditions minimales d'existence⁶⁹, mais a refusé d'en reconnaître d'autres⁷⁰.

Pour qu'un droit fondamental non écrit soit reconnu par le Tribunal fédéral, il doit être soit une condition d'exercice d'un autre droit constitutionnel soit représenter un élément indispensable de l'ordre démocratique fondé sur le droit⁷¹.

La deuxième condition est le consensus. Le Tribunal fédéral reconnaît un droit constitutionnel non écrit lorsque ce dernier fait l'objet d'un consensus dans les constitutions cantonales⁷². Des auteurs admettent que le consensus peut aussi découler de traités internationaux, comme la Convention européenne des droits de l'homme⁷³ ou les législations cantonales ou fédérales, les avis du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, la doctrine, le droit comparé⁷⁴.

⁶⁵ JÖRG PAUL MÜLLER, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, trad. par Hottelier Michel, Mader Luzius et Rossinelli Michel, Berne 1983, p. 25.

⁶⁶ Arrêt du TF paru dans ZBl. 1961, p. 69 ss, tel que cité dans MÜLLER, *op. cit.* note 65, p. 24, note 98.

⁶⁷ ATF 87 I 117 ; ATF 91 I 480 = JT 1967 I 112.

⁶⁸ MÜLLER, *op. cit.* note 65, p. 24, qui cite en note : Arrêt du TF paru dans ZBl. 1961, p. 69 ss et PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3^e éd., Berne 1982., p. 116 (garantie de la propriété) ; ATF 87 I 117 ; ATF 91 I 480 = JT 1967 I 112 (résumé) ; p. 75 (liberté d'expression) ; ATF 89 I 98 = JT 1964 114 et ATF 90 I 34 et ANDRE GRISEL, *Les droits constitutionnels non écrits*, in Haller Walter, Kölz Alfred, Müller Georg, Thürer Daniel (édit.), *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, Zurich 1989, p. 53-77, p. 142 (liberté personnelle) ; ATF 91 I 480 = JT 1967 I 112 (résumé) (liberté de la langue) ; ATF 96 I 224 = JT 1971 I 77 (résumé) (liberté de réunion).

⁶⁹ ATF 121 I 367 V. = JT 1997 I 278.

⁷⁰ MICHEL HOTTELIER, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Lausanne 1985, p. 15, qui cite la liberté de manifestation (ATF 108 IV 33 *Sch.* ; ATF 100 Ia 392, 401 *Komitee für Indochina*), la liberté de chercher à obtenir une information (ATF 107 Ia 304, 306 s. *Fuchs* ; ATF 104 Ia 88, 97 *Bürgin*), le droit à la formation (ATF 103 Ia 394, 398 *Beeli* ; ATF 103 Ia 369, 377 *Wäffler*), le droit à aménager à sa guise un monument funéraire (ATF 96 I 104, 107 N.) ainsi que le droit à l'ordre démocratique (ATF 100 Ia 263, 271, *Bürgin*).

⁷¹ GRISEL, *op. cit.* note 68, p. 58, qui cite les ATF 104 Ia 96 ; ATF 100 Ia 400, ATF 99 Ia 693 ; ATF 96 I 224.

⁷² ATF 100 Ia 392, 400 *Kaufmann* ; 104 Ia 88, 96 *Bürgin* = JT 1980 I 625.

⁷³ HOTTELIER (1985), p. 17.

⁷⁴ MICHEL ROSSINELLI, *Les libertés non écrites : contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Lausanne 1987, p. 212 s.

Enfin, la condition de la justiciabilité impose que le droit reconnu par le juge constitutionnel soit justiciable. Il doit pouvoir être applicable par le juge et donner satisfaction au recourant sans que l'établissement d'autres règles pour la mise en œuvre soit nécessaire⁷⁵.

On trouve le *concept de démocratie* dans l'interprétation de la liberté de la presse par exemple. La jurisprudence considère la liberté de la presse comme une condition de la démocratie politique⁷⁶.

L'art. 5 al. 1 Cst prévoit que « Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat ». Les garanties de l'Etat de droit sont, comme nous l'avons vu plus haut, des droits fondamentaux. La Constitution consacre le principe d'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations (art. 8 Cst.), l'interdiction de l'arbitraire et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.), les garanties de procédure (art. 29 Cst.), les garanties de l'accès au juge (art. 29a Cst.) et les garanties de procédures judiciaires (art. 30, 31 et 32 Cst.).

La neutralité religieuse de l'Etat n'est pas consacrée explicitement par la constitution, mais résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ce principe revêt le caractère de *garantie de l'Etat de droit* et non de liberté. Il n'est pas soumis aux conditions de restriction de l'art. 36 Cst. La violation ou pas de ce principe se détermine « selon le degré d'identification de l'Etat avec une croyance ou une confession donnée et selon les effets d'une intervention de l'Etat sur la liberté religieuse des personnes »⁷⁷.

⁷⁵ ATF 121 I 367, 373 V. = JT 1997 I 278, 283 ; GRISEL, *op. cit.* note 68, p. 60.

⁷⁶ ATF 109 II 353, 358 SRG = JT 1985 I 98; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 36, p. 279.

⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.* note 2, p. 238.