

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 142 (2023)

**Artikel:** Entre innovations et résistances : la garantie des droits humains dans l'État fédéral suisse

**Autor:** Zimmermann, Nesa

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1052947>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 25.12.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**



# Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral suisse

NESA ZIMMERMANN\*

---

\* Dr. iur. Nesa Zimmermann, LL.M., Professeure assistante de droit constitutionnel, Université de Neuchâtel. L'auteure souhaite exprimer ses plus vifs remerciements à Mme MAGALI BAER, MLaw et titulaire du brevet d'avocate, pour sa relecture, ses commentaires pertinents et son soutien précieux. Elle remercie également Dre BARBARA VON RÜTTE, Dre NULA FREI et Prof. dre Cesla Amarelle les divers échanges et discussions inspirantes.

## Table des matières

A.	Introduction . . . . .	153
B.	Le fédéralisme parmi les principes structurants de la Constitution fédérale . . . .	154
I.	Le fédéralisme comme principe structurant . . . . .	155
1.	Les principales caractéristiques des systèmes fédéraux . . . . .	155
a.	Le fédéralisme: brève définition . . . . .	155
b.	Le principe d'autonomie . . . . .	157
c.	Le principe de superposition . . . . .	159
d.	Le principe de participation . . . . .	160
2.	Les fonctions du fédéralisme . . . . .	162
II.	La relation entre le fédéralisme et les autres principes structurants . . . . .	167
1.	Le fédéralisme et la démocratie . . . . .	167
2.	Le fédéralisme et l'État de droit . . . . .	169
3.	Le fédéralisme et l'État social . . . . .	171
C.	Les droits fondamentaux et le jeu du fédéralisme . . . . .	176
I.	L'évolution des droits fondamentaux . . . . .	176
1.	La codification . . . . .	176
a.	Les cantons aux origines des droits fondamentaux . . . . .	176
b.	La Constitution fédérale de 1874 . . . . .	180
c.	Les révisions constitutionnelles au cours du 20 <sup>e</sup> siècle . . . . .	182
d.	La Constitution fédérale de 1999 . . . . .	184
2.	L'œuvre créatrice du Tribunal fédéral . . . . .	186
a.	Généralités . . . . .	186
b.	La juridiction constitutionnelle fédérale: une tendance vers l'uniformi- sation des droits fondamentaux . . . . .	186
c.	Les droits constitutionnels non écrits . . . . .	188
II.	Le rôle contemporain des droits constitutionnels cantonaux . . . . .	192
1.	La portée juridique des droits constitutionnels cantonaux . . . . .	192
2.	Les droits garantis par les constitutions cantonales . . . . .	195
a.	Généralités . . . . .	195
b.	Les libertés fondamentales et garanties de l'État de droit . . . . .	196
c.	Les droits sociaux . . . . .	199
d.	Les droits politiques . . . . .	204
D.	Le droit international des droits humains et le jeu du fédéralisme . . . . .	206
I.	L'internationalisation des droits fondamentaux . . . . .	207
1.	L'émergence du droit international des droits humains . . . . .	207
2.	Les facteurs favorisant l'intégration du droit international . . . . .	208
3.	Les facteurs ralentissant l'internationalisation . . . . .	210
II.	Les obligations découlant du droit international des droits humains . . . . .	212
1.	Les types d'obligations découlant du droit international . . . . .	212
2.	La question de l'applicabilité directe des droits . . . . .	214
III.	Les destinataires: le paradoxe de l'État fédéral . . . . .	217
1.	La responsabilité internationale de l'État fédéral . . . . .	217
2.	La répartition interne des compétences . . . . .	220
3.	Le paradoxe fédéral vu par les organes de protection des droits humains . .	221
a.	Généralités . . . . .	221
b.	Les avis ou recommandations neutres au regard du fédéralisme . . . .	221
c.	Les avis ou recommandations critiques à l'égard du fédéralisme . . .	222
d.	Le nœud du problème: mise en œuvre effective versus mise en œuvre égale . . . . .	224
IV.	Les mécanismes internes de la mise en œuvre des droits humains . . . . .	226
1.	Les mesures de coordination . . . . .	226

2. Les (autres) possibilités d'action fédérale face à une mise en œuvre insuffisante par les cantons . . . . .	228
E. Conclusion et perspectives . . . . .	232

## A. Introduction

La relation entre fédéralisme et droits fondamentaux a été décrite à plusieurs reprises comme une relation d'amour-haine<sup>1</sup>. Ainsi, le fédéralisme est tantôt présenté comme une chance pour l'évolution et la protection des droits fondamentaux et humains<sup>2</sup>, tantôt perçu comme un obstacle ou une menace à leur pleine réalisation<sup>3</sup>. Les un·e·s décrivent le fédéralisme comme bénéfique pour ces droits, en indiquant notamment qu'il permet de les contextualiser et de les adapter aux besoins locaux, ce qui contribuerait à accroître leur effectivité<sup>4</sup>. Les autres le considèrent comme un obstacle à la mise en œuvre des droits fondamentaux et humains, si ce n'est comme une menace au principe de l'égalité au cœur de l'État de droit<sup>5</sup>. Dans le présent rapport, nous proposons d'explorer de plus près ce sujet, en prenant comme fil rouge la question des innovations et des résistances. Nous analyserons ainsi le jeu fédéraliste entre les niveaux cantonal, fédéral et international et nous nous interrogerons sur l'influence de cette dynamique sur la protection des droits fondamentaux.

Avant toute chose, une précision terminologique s'impose. La doctrine suisse a tendance à utiliser l'expression *droits fondamentaux* pour se référer aux droits et libertés garantis par le droit suisse interne, et celle des *droits humains* pour parler plus spécifiquement de ceux découlant d'instruments internationaux. Nous suivrons cet usage sémantique; néanmoins, ces droits étant aujourd'hui profondément imbriqués, il serait artificiel de vouloir les distinguer nettement; aussi, l'expression *droits fondamentaux* sera parfois utilisée dans un sens générique, comprenant les droits de la personne humaine tels qu'ils découlent de sources internationales, fédérales et cantonales. Enfin, nous utiliserons également le terme des *droits constitutionnels*, notamment en lien avec les droits constitutionnels non écrits et les droits constitutionnels cantonaux. Si la notion des droits constitutionnels revêt un sens procédural plus large<sup>6</sup>, dans cet

- 
- 1 BESSON, *Forme politique*, p. 215 («Je t'aime moi non plus»); BELSER, *Affection*, p. 62–63 («A story of unrequited affection»).
  - 2 BESSON, *Forme politique*, p. 234.
  - 3 BELSER, *Affection*, p. 63–71 et les réf. cit.
  - 4 BESSON, *Forme politique*, p. 235 «Le fédéralisme a en principe un effet favorable sur le développement des droits de l'homme, effet qui se confirme par l'observation empirique».
  - 5 L'on songe notamment à certains avis exprimés par des organes de protection des droits humains: à ce propos, voir *infra*, chapitre D.III.3.
  - 6 Sous l'angle procédural (cf. not. art. 116 de la Loi sur le Tribunal fédéral [LTF] du 17 juin 2005 [RS 173.110] pour le recours constitutionnel subsidiaire), la notion des droits constitutionnels comprend en effet l'ensemble des droits fondamentaux ainsi que quelques autres droits constitutionnels qui peuvent être invoqués par les particuliers sans pour autant constituer des droits fon-

article, elle fera ainsi référence aux droits fondamentaux tels qu'ils ont été consacrés par la jurisprudence fédérale – les droits non écrits – ou les constitutions cantonales.

Ces nuances terminologiques le montrent: s'intéresser à la protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral, suisse en l'occurrence, implique d'examiner trois niveaux normatifs – le niveau cantonal, fédéral et international – qui interagissent entre eux, créant des synergies, mais aussi des tensions. Ainsi, le thème *des innovations* et des *résistances* constituera le fil rouge qui nous accompagnera tout au long de notre analyse.

Celle-ci est structurée en trois parties. Un premier chapitre traite du fédéralisme comme principe structurant de la Constitution fédérale (B). Ce chapitre nous permet de revenir sur les principales caractéristiques et fonctions du fédéralisme avant d'examiner sa relation avec les principes de la démocratie, de l'État de droit et de l'État social. Chacun de ces binômes soulève également des questions sous l'angle des droits fondamentaux, et permet de mieux comprendre la relation de ceux-ci avec le fédéralisme. Cette relation est ensuite approfondie dans le chapitre suivant, qui aborde la question de la protection des droits fondamentaux dans le jeu du fédéralisme (C). Pour ce faire, le chapitre revient dans un premier temps sur l'évolution historique des droits fondamentaux, en développant deux phénomènes marqués par l'interaction entre les niveaux cantonal et fédéral: le processus de codification des droits fondamentaux et la consécration prétorienne de droits constitutionnels non écrits. Dans un second temps, ce chapitre analyse la situation actuelle des droits constitutionnels cantonaux. Après l'examen du niveau interne, le dernier chapitre se tourne vers le niveau international (D). En partant du constat de l'internationalisation du droit constitutionnel et des droits fondamentaux, le chapitre examine successivement la question des obligations découlant du droit international, de ses destinataires et des mécanismes de mise en œuvre internes.

## **B. Le fédéralisme parmi les principes structurants de la Constitution fédérale**

En Suisse, le fédéralisme est «plus qu'un principe juridique, il est une maxime d'État»<sup>7</sup>. Remontant aux origines même de l'État suisse, le fédéralisme a été décrit comme faisant partie de «l'ADN suisse»<sup>8</sup>. Le Message relatif à la Constitution fédérale de 1999 cite le fédéralisme comme l'un des quatre principes struc-

---

damentaux, comme notamment la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst. féd.); elle englobe également les garanties découlant du droit international des droits humains qui sont directement applicables (MAHON, Vol. II, p. 4–5).

7 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 15.

8 WALDMANN, Perspektiven, p. 797.

turants (*Strukturprinzipien*) de la Confédération helvétique, au même titre que la démocratie semi-directe, l'État de droit et l'État social<sup>9</sup>. Dans ce qui suit, nous présenterons les principaux traits du fédéralisme – suisse en particulier – (I) avant de nous intéresser plus en détail à la relation du fédéralisme avec chacun des autres principes structurants (II). La juxtaposition de ces principes structurels mettra également en lumière certains aspects – tensions, mais aussi synergies – caractérisant la relation entre fédéralisme et protection des droits fondamentaux.

## I. Le fédéralisme comme principe structurant

Dans ce qui suit, nous aborderons successivement deux aspects qui permettent de mieux cerner le fédéralisme: ses principales caractéristiques (1) et ses principales fonctions (2). Nous focaliserons sur la Suisse, tout en traitant de quelques aspects valables de façon plus générale.

### 1. Les principales caractéristiques des systèmes fédéraux

#### a. Le fédéralisme: brève définition

Il n'existe aucune définition universellement reconnue du fédéralisme<sup>10</sup>. Le fédéralisme suisse, en particulier, a été critiqué pour sa «pauvreté conceptuelle»<sup>11</sup>. Sur le plan international, l'une des difficultés provient de la grande diversité des États et des systèmes fédéraux<sup>12</sup> laquelle rend les comparaisons ardues<sup>13</sup>. En effet, si la Suisse constitue le plus ancien État fédéral après les États-Unis d'Amérique, il existe aujourd'hui des États fédéraux sur tous les continents<sup>14</sup>, représentant une minorité de pays, mais presque quarante pour cent de la population mondiale<sup>15</sup>.

À titre préalable, il convient de distinguer le fédéralisme, qui fait référence à un mode de gouvernance, de l'État fédéral, qui désigne les États ayant adopté ce fonctionnement comme partie intégrante de leur structure étatique. En tant

---

9 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 15; voir aussi TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N 203–260; BUSER, N 19–24. Ces principes ne sont pas explicités dans la Constitution fédérale, contrairement à ce qui prévaut dans certaines constitutions cantonales (voir par ex. le canton de Berne, qui se définit comme un «État de droit libéral, démocratique et social» [art. 1 Cst.-BE] ou le canton de Genève, qui se désigne comme un «État de droit démocratique fondé sur la liberté, la justice, la responsabilité et la solidarité» [art. 1 Cst.-GE]).

10 BELSER, *Föderalismuskonzeption*, N 8; PIATTONI, p. 208.

11 BELSER, *Föderalismuskonzeption*, N 8–9; voir aussi KLEY à propos de l'absence d'une théorie généralement reconnue du fédéralisme suisse (KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, N 6).

12 BELSER, *Föderalismuskonzeption*, N 8.

13 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 971.

14 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 970; KINCAID, p. 1–2.

15 KINCAID, p. 1.

que mode de gouvernance, le fédéralisme peut ainsi être défini comme un «système politique de gouvernance à plusieurs niveaux, qui combine des éléments de partage des pouvoirs avec des aspects d'autonomie territoriale»<sup>16</sup>. Conscrit de cette manière, le fédéralisme ne décrit pas uniquement des États, mais peut servir à conceptualiser divers types de relations, par exemple entre États et organisations internationales ou au sein de fédérations<sup>17</sup>. À ce propos, on peut souligner le caractère dynamique du fédéralisme, compris comme un processus plutôt qu'un système figé<sup>18</sup>. Cette compréhension se rapproche d'autres concepts courants en sciences sociales, comme la gouvernance à plusieurs niveaux (*multi-level governance*) ou le constitutionnalisme à plusieurs niveaux (*multi-level constitutionalism*)<sup>19</sup>.

L'État fédéral, quant à lui, se caractérise par son «architecture» ou structure étatique, composée d'au moins deux échelons de pouvoir qui se superposent<sup>20</sup>. La structure fédérale suppose ainsi la coexistence d'au moins deux niveaux gouvernementaux, qui possèdent chacun leurs institutions et leur ordre juridique propres<sup>21</sup>. On parle aussi à cet égard de séparation ou répartition des pouvoirs verticale<sup>22</sup>.

La Suisse est tantôt décrite comme un État fédéral à deux niveaux<sup>23</sup>, tantôt comme un État fédéral à trois niveaux<sup>24</sup>. Ces deux conceptions divergentes s'expliquent par le statut différent des cantons et des communes: seuls les vingt-six cantons sont des états fédérés, ce qui n'empêche pas les communes de représenter un échelon étatique ou niveau de gouvernance<sup>25</sup>. Depuis la révision totale de 1999, la Constitution fédérale reconnaît d'ailleurs leur existence, en garantissant notamment l'autonomie communale<sup>26</sup>; l'étendue de celle-ci est toutefois déterminée par le droit cantonal et varie fortement d'un canton à l'autre<sup>27</sup>. Dans une perspective de gouvernance à plusieurs niveaux, on peut ajouter d'autres niveaux qui, sans être des niveaux constitutifs de l'État fédéral et dis-

16 Voir ACKRÉN, p. 413 (nous traduisons); voir aussi SCHWEIZER, Entstehung, N 3. Précisons que cette autonomie ne doit pas nécessairement être territoriale: on distingue en effet le *fédéralisme territorial* – conception classique et la plus répandue du fédéralisme – du *fédéralisme personnel*. Dans ce second cas de figure, l'autonomie est rattachée à des caractéristiques personnelles, par exemple l'appartenance linguistique ou ethnique (voir BELSER, Minderheitenschutz, N 54; TULKENS/VAN DROOGHENBROECK, p. 280–281; BESSON, Forme politique, p. 239–246).

17 BELSER, Föderalismuskonzeption, N 8; BREITENMOSER, N 4–12.

18 PIATTONI, p. 208–209.

19 À propos de ces concepts, voir EDENHARTER, p. 76–82.

20 BRÜHL-MOSER, N 2.

21 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 972; Brühl-Moser, N 5.

22 MAHON, Vol. I, p. 24; SCHWEIZER, Entstehung, N 5.

23 SCHWEIZER, Entstehung, N 17; BELSER, Föderalismuskonzeption, N 34.

24 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 639–659a; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 636; voir aussi JEANNERAT, N 318–326; WYTENBACH, Umsetzung, p. 410.

25 BELLANGER, N 1; BREITENMOSER, N 8.

26 Art. 50 al. 1 et 189 al. 1 let. e Cst. féd.

27 BELLANGER, N 1–2.

poser de tous les attributs y relatifs<sup>28</sup>, interagissent avec les niveaux étatiques à proprement parler. On peut notamment penser aux districts sur le plan infracantonal et aux agglomérations sur le plan infra- et parfois intercantonal, voire transfrontalier<sup>29</sup>. Le plan intercantonal peut, lui aussi, être considéré comme un niveau de gouvernance à part entière, d'autant plus qu'il connaît aujourd'hui des organes propres et permanents, comme la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC)<sup>30</sup>. Enfin, les niveaux européen et international constituent deux autres niveaux d'interaction<sup>31</sup>.

Qu'il s'agisse d'un système fédéral ou d'un État fédéral, deux éléments apparaissent essentiels, à savoir l'«autogouvernance» (*self rule*) et la «gouvernance partagée» (*shared rule*)<sup>32</sup>. Ainsi, la structure fédérale soulève la question du «jeu» entre les niveaux de pouvoir<sup>33</sup>, à savoir la manière dont ceux-ci interagissent entre eux et les principes qui gouvernent leur relation. La doctrine identifie deux principes majeurs: l'autonomie et la participation<sup>34</sup>. Certain·e·s auteur·e·s y ajoutent un troisième, le principe de la superposition<sup>35</sup>, qui peut toutefois aussi être vu comme une limite inhérente au principe d'autonomie<sup>36</sup>. Ces trois principes se complètent et se circonscrivent mutuellement<sup>37</sup>.

#### b. *Le principe d'autonomie*

La structure fédérale se caractérise tout d'abord par l'*autonomie* dont bénéficient les entités fédérées vis-à-vis de l'État fédéral – aspect qualifié de *self-rule*<sup>38</sup>. Dotés d'un territoire, d'une population et d'un pouvoir politique propres, les états fédérés ont été qualifiés de «quasi-États»<sup>39</sup> ou d'«états non souverains»<sup>40</sup>. Leur autonomie est en principe constitutionnellement garantie et ne saurait être modi-

---

28 Ainsi, la création de véritables niveaux étatiques additionnels, que ce soit sur le plan supracantonal ou supracommunal, nécessiterait une modification constitutionnelle (voir not. JEANNERAT, N 327–336).

29 STEINER, N 2, 20–22, 26.

30 La question est toutefois controversée en doctrine (SCHWEIZER, Entstehung, N 20). Voir aussi JEANNERAT, N 327–336.

31 BREITENMOSER, N 5–7; WYTENBACH, Umsetzung, p. 410.

32 ELAZAR, p. 12; voir aussi BELSER, Föderalismuskonzeption, N 8, 14–15; BESSON, Forme politique, p. 231; BRÜHL-MOSER, N 31; HALBERSTAM, p. 580.

33 Sur la notion de jeu en lien avec le fédéralisme, voir en particulier POIRIER/LEVRAT.

34 BELSER, Föderalismuskonzeption, N 14–15; BRÜHL-MOSER, N 2, 28, 31; MAHON, Vol. I, p. 25–26; SCHWEIZER, Entstehung, N 5; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 981, 987–990.

35 MAHON, Vol. I, p. 25–26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 981, 987–990.

36 En ce sens, voir par ex. BELSER, Föderalismuskonzeption, N 16, 22 ss.

37 MAHON, Vol. I, p. 25–26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 981.

38 ELAZAR, p. 12; voir aussi BELSER, Föderalismuskonzeption, N 8, 14–15; BESSON, Forme politique, p. 231.

39 MAHON, Vol. I, p. 25–26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 982.

40 MARTENET, Autonomie, p. 22.

fiée unilatéralement par l'État fédéral<sup>41</sup>. Le degré d'autonomie – institutionnelle, organisationnelle, financière – varie toutefois fortement d'un État fédéral à un autre<sup>42</sup>. En sciences politiques, différents index ont été créés pour mesurer le degré d'autonomie des collectivités infraétatiques, aussi bien dans des États fédéraux que dans des États unitaires plus ou moins décentralisés<sup>43</sup>.

En Suisse, la Constitution fédérale garantit l'autonomie des cantons, et ceci de manière symétrique, à savoir que chaque canton dispose de la même autonomie<sup>44</sup>. Elle va jusqu'à qualifier les cantons de souverains<sup>45</sup>. Cette désignation a cependant une valeur avant tout symbolique, destinée à souligner la «qualité d'État» (*Staatlichkeit*)<sup>46</sup> des cantons<sup>47</sup>. Les constitutions cantonales sont l'expression par excellence de cette qualité d'État; par leur biais, les cantons déterminent non seulement leur organisation interne, mais exercent également d'autres fonctions typiquement étatiques, comme la garantie des droits fondamentaux<sup>48</sup>. La coopération intercantonale et le droit de conclure, à certaines conditions, des traités internationaux sont deux autres attributions de l'autonomie cantonale<sup>49</sup>.

La Confédération doit non seulement protéger l'existence des cantons et leur ordre constitutionnel; elle doit également veiller à respecter leur autonomie et à leur laisser suffisamment de tâches propres<sup>50</sup>. Ce dernier aspect complète le principe de subsidiarité, qui implique que l'État fédéral ne devrait agir que lorsqu'il est mieux à même de remplir une tâche que les États fédérés<sup>51</sup>. En comparaison internationale, la Suisse connaît un degré de décentralisation relativement important, les cantons bénéficiant d'une grande auto-

41 BRÜHL-MOSER, N 3.

42 BRÜHL-MOSER, N 21–24. Ainsi, l'Autriche est souvent citée comme exemple d'État fédéral à tendance unitaire, en raison de la faible autonomie – financière notamment – de ses Länder; à l'inverse, certains États unitaires garantissent une forte autonomie aux collectivités locales (BRÜHL-MOSER, N 21–24; SCHWEIZER, Entstehung, N 11).

43 Voir en particulier le *Regional Authority Index* (HOOGHE/MARKS/SCHAKEL, *passim*). Les notions de déconcentration, délégation, dévolution et d'autonomie régionale sont mobilisées pour décrire des degrés croissants de décentralisation (SCHWEIZER, Entstehung, N 6).

44 BRÜHL-MOSER, N 8; voir aussi BELSER, Föderalismuskonzeption, N 21 à propos des limites de cette symétrie.

45 Art. 3 Cst. féd.

46 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 62. La notion de la *Staatlichkeit* des états fédérés a également été traduite par leur «étaticité» (BEAUD, p. 139); d'autres auteurs ont renoncé à toute traduction et préféré utiliser le terme allemand à la place (MARTENET, Autonomie, p. 19).

47 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 630; SCHWEIZER, Entstehung, N 23. Pour une analyse détaillée du statut juridique des cantons, voir AUER, Staatsrecht, N 11–105; à propos des notions de souveraineté et de *Staatlichkeit*, voir notamment MARTENET, Autonomie, p. 15–24.

48 AUER, Staatsrecht, N 1446; MARTENET, Art. 49, N 30; PIRKER, p. 170.

49 MARTENET, Art. 47, N 15–26. À propos de la coopération intercantonale, voir art. 48 Cst. féd., WALDMANN, Zusammenarbeit, N 23; concernant la conclusion de traités, voir art. 56 al. 1 Cst. féd., FASSBENDER/GÜBELI, p. 107–124.

50 Art. 47, 52 et 53 Cst. féd.

51 Art. 5a Cst. féd. Cet article a trait aussi bien à l'attribution qu'à l'exécution de compétences (voir aussi BIAGGINI, Art. 5a, N 8–16).



mie<sup>52</sup>. Néanmoins, le 20<sup>e</sup> siècle a été marquée par de fortes tendances centralisatrices, une évolution qui s'est encore accélérée sous l'influence de l'internationalisation de l'ordre juridique suisse et se poursuit aujourd'hui<sup>53</sup>. Les droits fondamentaux fédéraux, la justice constitutionnelle et les droits humains exercent, eux aussi, une pression centripète, en favorisant des solutions harmonisées, voire uniformisées<sup>54</sup>.

c. *Le principe de superposition*

L'autonomie des états fédérés est circonscrite par le principe de *superposition*: seul l'État fédéral est souverain au sens du droit international public<sup>55</sup>, et son ordre juridique prime celui des entités fédérées<sup>56</sup>. Ceci implique d'une part, que seul l'État fédéral répond de tout manquement éventuel à ses obligations internationales, même si celui-ci est le fait des états fédérés<sup>57</sup>, et d'autre part, que les états fédérés exercent leurs compétences dans les limites du droit supérieur<sup>58</sup>. Dans un État de tradition moniste comme la Suisse, ce droit supérieur comprend non seulement le droit fédéral, mais aussi le droit international liant cet État<sup>59</sup>.

En Suisse, le principe de la primauté du droit fédéral est garanti à l'article 49 de la Constitution fédérale, qui ne comporte pas seulement une dimension objective, mais revêt également la fonction d'un droit subjectif qui peut être invoqué par les particuliers<sup>60</sup>. En vertu de ce principe, le droit fédéral – dont fait partie le droit international liant la Confédération<sup>61</sup> – prime le droit cantonal ou intercantonal qui lui est contraire (conflit de normes) ou qui a été adopté en violation de la répartition des compétences (conflit de compétences)<sup>62</sup>. Précisons à cet égard que les droits fondamentaux ne sont pas des normes attributives de compétences; les cantons conservent donc la compétence d'adopter des droits fondamentaux, y compris lorsque ceux-ci ont la même teneur que le droit fédéral<sup>63</sup>. En Suisse

52 VATTER, *Politisches System*, p. 469; VATTER, *Swiss Federalism*, p. 23–28.

53 BREITENMOSER, N 11–12; EDENHARTER, p. 37–38; VATTER, *Swiss Federalism*, p. 169–186.

54 BESSON, *Droits de l'homme*, p. 11–12; HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 324–327; d'une manière générale, mais tenant spécifiquement compte du contexte belge, voir aussi TULKENS/VAN DROOGHENBROECK, p. 281–304.

55 BRÜHL-MOSER, N 4–5; pour une analyse nuancée de cette souveraineté, voir BELSER, *Föderalismuskonzeption*, N 17.

56 MAHON, Vol. I, p. 26; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 987.

57 BELSER, *Affection*, p. 66; BELSER/MAZIDI, p. 246; WEBER, p. 222; WYTENBACH, *Umsetzung*, p. 9–11.

58 Art. 49 Cst. féd.; MARTENET, Art. 49, N 37–40.

59 KAEMPFFER, *Mécanismes*, p. 29.

60 MARTENET, Art. 49, N 4, 59.

61 MARTENET, Art. 49, N 18, 53; WALDMANN, Art. 49, N 9; KAEMPFFER, *Mécanismes*, p. 29.

62 MARTENET, Art. 49, N 12–15, 24–34; WALDMANN, Art. 49, N 18–31; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N 821–830.

63 MARTENET, Art. 49, N 30; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N 747; PIRKER, p. 163–174. Bien évidemment, les droits fondamentaux cantonaux doivent respecter le droit fédéral en vertu de l'article 49 Cst. féd.; voir aussi *infra*, chapitre C.II.1.

comme dans tout État fédéral, la question de la répartition des compétences entre État central et états fédérés revêt ainsi une importance primordiale<sup>64</sup>. Il en va de même des mécanismes pour régler les conflits de compétences<sup>65</sup>. À ce propos, l'ordre juridique suisse se caractérise par une asymétrie entre Confédération et cantons: seule la première dispose de moyens d'actions judiciaires en cas de non-respect de la primauté du droit fédéral<sup>66</sup>. En revanche, si la Confédération outrepassa ses compétences, les moyens d'actions judiciaires des cantons sont extrêmement limités en raison de l'absence de contrôle abstrait des actes aussi bien de l'Assemblée fédérale que du Conseil fédéral (art. 189 al. 4 Cst. féd.) et de l'immunité des lois fédérales, dont le contrôle échappe très largement aux tribunaux<sup>67</sup>.

Le corollaire de la primauté du droit fédéral est la surveillance fédérale, qui vise à assurer que les cantons respectent le droit supérieur<sup>68</sup>. La question des moyens d'action fédéraux face à l'inaction ou à la résistance cantonale est cruciale dans le domaine de la réalisation des droits humains; nous approfondirons cet aspect par la suite<sup>69</sup>.

#### *d. Le principe de participation*

Outre l'autonomie de ses états fédérés, l'État fédéral se caractérise également – et peut-être surtout – par la participation de ceux-ci à la formation de volonté et à l'ordre juridique de l'État central<sup>70</sup> – aspect qualifié de *shared rule*<sup>71</sup>. Parmi les mécanismes qui permettent de l'assurer, on compte l'existence d'une Chambre haute représentant les états fédérés, qu'elle soit composée de représentants des gouvernements de ceux-ci ou que ses membres soient élu·e·s par le peuple. À cela s'ajoutent des procédures de consultation, la possibilité de saisir

64 BRÜHL-MOSER, N 32. Le système suisse se caractérise notamment par son fédéralisme d'attribution, à savoir que les cantons – détenteurs originaires de la puissance publique – conservent toutes les compétences que la Constitution fédérale n'attribue pas à la Confédération et son fédéralisme d'exécution, à savoir que les cantons exécutent non seulement le droit cantonal, mais aussi le droit fédéral (art. 3, 46 Cst. féd.).

65 BRÜHL-MOSER, N 44–48; SCHWEIZER, Entstehung, N 5.

66 Si le Tribunal fédéral est compétent pour contrôler aussi bien les décisions cantonales que les actes normatifs cantonaux par rapport au droit fédéral (y compris international), au droit intercantonal et au droit constitutionnel cantonal, une réserve doit être exprimée concernant le contrôle des constitutions cantonales. Si celles-ci sont en principe aussi des actes normatifs cantonaux, leur contrôle est limité: faisant preuve de déférence vis-à-vis de l'Assemblée fédérale, le Tribunal fédéral ne contrôle la conformité des constitutions cantonales par rapport au droit supérieur que lorsque celui-ci a évolué depuis le moment où la garantie fédérale a été accordée (voir not. ATF 111 Ia 239, ATF 116 Ia 359, ATF 140 I 394; voir aussi HOTTELIER, N 78–81; JAAG, N 12).

67 Art. 189 al. 4 et 190 Cst. féd.; voir aussi HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, p. 324–325; MARTENET, Art. 49, N 52–56; MARTI, N 13; SCHWEIZER, Verteilung, N 12.

68 Pour plus de détails, voir MARTENET, Art. 49, N 66–73; WALDMANN, Art. 49, N 32–45.

69 Cf. *infra*, chapitre D.

70 KNAPP, p. 325; SCHWEIZER, Entstehung, N 5–6, 42.

71 BELSER, Föderalismuskonzeption, N 35–36.

un arbitre en cas de conflits ou encore des mécanismes intergouvernementaux de collaboration<sup>72</sup>.

En Suisse, la doctrine considère de manière générale que les deux principaux mécanismes garantissant la participation des états fédérés à l'État fédéral sont le rôle du Conseil des États comme «Chambre des cantons»<sup>73</sup>, ainsi que l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons (*Ständemehr*) pour les modifications constitutionnelles, pour les lois urgentes dépourvues de base constitutionnelle et pour l'adhésion à certaines organisations supranationales<sup>74</sup>. Une partie importante de la doctrine estime toutefois que le Conseil des États ne remplit pas réellement ce rôle de représentant des cantons, puisque ses membres votent sans instructions (art. 161 al. 1 Cst. féd.), en plus d'être élu·e·s au suffrage universel dans tous les cantons depuis 1977<sup>75</sup>. Ces premiers mécanismes mis à part, les cantons bénéficient encore de deux instruments leur permettant d'influencer directement la formation de la volonté fédérale. Il s'agit de leur droit d'initiative parlementaire et de la possibilité pour huit cantons de déposer un référendum<sup>76</sup>. Il existe par ailleurs un nombre considérable de mécanismes plus ou moins formels visant à assurer une participation des cantons à la formation de volonté dans l'État fédéral. La Constitution fédérale prévoit ainsi que les cantons participent à la politique extérieure de la Confédération<sup>77</sup>, ainsi qu'aux processus de décision sur le plan fédéral, notamment par le biais de la procédure de consultation législative qui encadre l'élaboration de la législation fédérale comme la conclusion de traités internationaux<sup>78</sup>. Si la procédure de consultation législative est un instrument important du fédéralisme coopératif suisse<sup>79</sup>, l'obligation de tenir compte des besoins des cantons et de les consulter existe aussi dans d'autres cas de figure<sup>80</sup>. Au devoir d'information de l'État central correspond un devoir de réponse de la part des cantons<sup>81</sup>. Le modèle symétrique du fédéralisme suisse implique que chaque canton dispose des mêmes droits de participation, à l'exception, pour les anciens demi-cantons, du

72 BRÜHL-MOSER, N 18–24, 31–38, 42–43, 48.

73 Art. 150 al. 1 Cst. féd.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2303; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 991.

74 Art. 140 al. 1 et 165 al. 3 Cst. féd.; SCHWEIZER, Entstehung, N 41–43; BELSER, Föderalismuskonzeption, N 35–42; à propos de la participation, voir aussi NUSPLIGER, p. 39–54.

75 BELSER, Föderalismuskonzeption, N 39; KLEY, Föderalismus und Demokratie, N 19–23; MARTI, N 15; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1174.

76 Art. 141 al. 1 et 160 al. 1 Cst. féd.; BELSER, Föderalismuskonzeption, N 43–46; SCHWEIZER, Entstehung, N 44, qui critique toutefois la faible portée pratique de ces instruments.

77 Art. 54 et 55 Cst. féd.

78 Art. 45 al. 1, 54 al. 3, 147 Cst. féd.; art. 3 al. 1 de la Loi sur la procédure de consultation du 18 mars 2005, RS 172.061 (LCo). L'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales est par ailleurs soumise au double référendum obligatoire du peuple et des cantons (art. 140 al. 1 let. b Cst. féd.).

79 VATTER, Politisches System, p. 466–467; VATTER, Swiss Federalism, p. 53–57.

80 Art. 45 al. 2, 62 al. 6, 67a al. 3, 100 al. 2 Cst. féd.

81 SCHWEIZER, Entstehung, N 41.

nombre de voix lors du décompte de la double majorité et du nombre de sièges au Conseil des États<sup>82</sup>.

Corollaire du principe de participation, un certain *devoir de collaboration* – verticale et horizontale – est inhérent à l'idée même du fédéralisme; les modalités concrètes de collaboration varient cependant fortement d'un État fédéral à un autre. Si certains États suivent un modèle interétatique, composé de systèmes fonctionnant de manière parallèle, d'autres ont adopté un modèle intraétatique, basé sur une étroite collaboration entre les niveaux<sup>83</sup>. En Suisse, les deux aspects sont présents: la forte autonomie – financière notamment – et le caractère compétitif du fédéralisme suisse relèvent du modèle interétatique, alors que le fédéralisme d'exécution et la forte collaboration entre Confédération et cantons ainsi qu'entre cantons – qualifiée de fédéralisme coopératif – ont trait au modèle intraétatique<sup>84</sup>. Les aspects relevant du fédéralisme coopératif ont considérablement gagné en importance entre la fin du 20<sup>e</sup> et le début du 21<sup>e</sup> siècle et constituent aujourd'hui l'un des traits caractéristiques du fédéralisme suisse<sup>85</sup>. Comme nous le verrons encore, la question de la coopération, verticale en particulier, se trouve également au cœur de la mise en œuvre des droits humains<sup>86</sup>.

## 2. *Les fonctions du fédéralisme*

Selon les mots du Conseil fédéral, le fédéralisme suisse «traduit la conviction que la diversité culturelle et linguistique de [la Suisse] doit être maintenue» et «oblige l'État à être proche du citoyen»<sup>87</sup>. Issue du message relatif à la Constitution de 1999, cette citation souligne deux des principales fonctions du fédéralisme, non seulement en Suisse, mais aussi de manière générale: le respect de la diversité et la proximité de l'État avec ses citoyen-ne-s<sup>88</sup>. En outre, sur le plan organisationnel, le fédéralisme agit comme un rempart autour des institutions démocratiques. En effet, en complétant la séparation des pouvoirs horizontale par une séparation verticale, il limite la concentration du pouvoir et peut ainsi faire barrage à des tendances autoritaires<sup>89</sup>.

82 Art. 150 al. 2 Cst. féd.; BRÜHL-MOSER, N 8.

83 BRÜHL-MOSER, N 19–20, 31.

84 BRÜHL-MOSER, N 20. Le terme est parfois qualifié de pléonasme, voir notamment SALADIN, Article 3 aCst., N 18, 27; voir aussi KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, N 1; WALDMANN, *Zusammenarbeit*, N 2.

85 WALDMANN, *Zusammenarbeit*, N 4–6.

86 Cf. *infra*, chapitre D.

87 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 18; voir aussi BUSER, p. 9.

88 HALBERSTAM, p. 586–588; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, p. 114–155; TIEFENTHAL, p. 183.

89 HALBERSTAM, p. 587–588. Concernant la Suisse, voir par ex. MAHON, Vol. I, p. 24; SCHWEIZER, *Entstehung*, N 5. Précisons toutefois qu'il s'agit d'une limitation fondée sur un faisceau de contre-pouvoirs et non pas sur le garantie de libertés individuelles, contrairement à ce qui prévaut pour l'État de droit.

Le rôle du fédéralisme en lien avec la diversité est double. Il vise d'abord à garantir «l'unité dans la diversité»<sup>90</sup>, à savoir faire coexister plusieurs peuples, groupes ou communautés dans un seul État<sup>91</sup>. Il tend ensuite à assurer une «diversité dans l'unité», à savoir garantir à des minorités une certaine autonomie<sup>92</sup>.

Pour ces raisons, le fédéralisme est régulièrement cité comme outil privilégié de protection des minorités<sup>93</sup>. Or, cette affirmation doit être nuancée: la structure fédérale bénéficie à une catégorie spécifique de minorités, soit notamment celles qui se voient transformées localement en majorités<sup>94</sup>. En Suisse, c'était historiquement le cas des catholiques, minoritaires sur le plan national, mais largement majoritaires dans divers cantons, notamment ceux du *Sonderbund*<sup>95</sup>. Un phénomène similaire peut être observé en lien avec les langues nationales: les francophones, italophones et romanchophones, minoritaires sur le plan national (correspondant respectivement à 23.2, 8 et 0.5 pour cent de la population<sup>96</sup>), sont représentés par quatre cantons francophones, trois cantons bilingues français–allemand, un canton italophone et un canton trilingue allemand–italien–romanche<sup>97</sup>. Si les romanchophones ne sont majoritaires dans aucun

---

90 Précisons encore que les expressions «unité dans la diversité» et «diversité dans l'unité» (*Einheit in der Vielfalt, Vielfalt in der Einheit*) ont une visée plus large, servant plus généralement à décrire les motivations et justifications sous-jacentes au fédéralisme. L'expression de la *diversité dans l'unité*, en particulier, est utilisée pour décrire l'importance du principe de subsidiarité dans la conception suisse du fédéralisme (SCHINDLER, *Rechtsanwendungsgleichheit*, p. 187).

91 TIEFENTHAL, p. 183; BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 13; BELSER, *Föderalismuskonzeption*, N 20.

92 TIEFENTHAL, p. 183; BELSER, *Minderheitenschutz*, N 6; BREITENMOSER, N 10.

93 Voir par ex. CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales du 19 novembre 1997, FF 1998 I 1033, 1044; CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 15; voir aussi BELSER, *Minderheitenschutz*, N 8 et les réf. cit.; BRÜHL-MOSER, N 6.

94 BELSER, *Minderheitenschutz*, N 9–11; BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 21, 29–44; BESSON, *Forme politique*, p. 232; KNAPP, p. 311. L'affirmation est toutefois à nuancer à son tour, comme le montre le cas des romanches, également minoritaires dans les Grisons, mais à qui la structure fédéraliste est néanmoins bénéfique. La protection du romanche dans le canton des Grisons contraste d'ailleurs avec le manque de mesures en faveur des personnes vivant en dehors du territoire linguistique traditionnel, un aspect qui a été critiqué par le Comité de la CCMN (BELSER, *National Minorities*, p. 101 et les réf. cit.). Précisons néanmoins que le romanche représente un cas particulier, puisque sa reconnaissance, sur le plan fédéral, résulte d'une volonté d'affirmer la diversité de la Suisse et d'affirmer, dans le contexte socio-politique prévalant en 1938, une identité commune suisse basée sur la coexistence de diverses communautés linguistiques (BELSER, *National Minorities*, p. 87).

95 BRÜHL-MOSER, N 11–12. Et encore, cela n'a pas empêché des articles constitutionnels discriminatoires au niveau fédéral tels que les articles 51 et 52 aCst. féd. (interdiction des jésuites et de la construction de couvents), abrogés en 1973 (FF 1973 I 555) ou encore l'article 50 al. 4 aCst. féd. devenu art. 72 al. 3 Cst. féd. (soumettant l'érection d'évêchés à l'approbation de la Confédération), abrogé en 2001 (FF 2001 4458).

96 OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), *Le paysage linguistique en Suisse*, Neuchâtel 2022, p. 6.

97 Les cantons de Genève, du Jura, de Neuchâtel et de Vaud sont des cantons unilingues francophones; les cantons de Berne, de Fribourg et du Valais sont des cantons bilingues français–allemand; le canton du Tessin est unilingue italophone et le canton des Grisons est le seul canton

canton, la structure fédérale renforce néanmoins leur position: langue officielle du canton des Grisons depuis ses origines<sup>98</sup>, le romanche est également langue officielle d'un certain nombre de communes grisonnes, seule (à partir de 40 pour cent de romanchophones) ou conjointement avec l'allemand (entre 20 et 40 pour cent de romanchophones)<sup>99</sup>.

Si ces exemples démontrent bien les bénéfices que le fédéralisme peut procurer à certains groupes minoritaires, ils illustrent cependant aussi certaines des failles du fédéralisme en lien avec la protection des minorités. Ainsi, cet effet protecteur n'a qu'une portée limitée pour les groupes ou communautés minoritaires au sein même des entités fédérées<sup>100</sup>. Cela est vrai tant dans une perspective historique – les francophones du canton de Berne – que dans le cas d'évolutions plus récentes – par exemple les catholiques ou les italophones à Zurich<sup>101</sup>. Le constat vaut *a fortiori* pour les minorités qui ne sont majoritaires ni à l'échelon fédéral ni dans aucune entité fédérée, comme les personnes de confession juive, ou les personnes nomades – une partie de la communauté yé-niche ainsi que certaines personnes «roms»<sup>102</sup>. Le fédéralisme ne déploie pas non plus ses effets protecteurs pour les minorités dites «nouvelles», issues de la migration: on pense notamment aux cinq pour cent de la population suisse qui sont de religion musulmane<sup>103</sup>. De manière plus inquiétante encore, le fédéralisme peut même constituer un obstacle à la réalisation des droits de ces minorités, puisqu'aucune des collectivités ne s'estime compétente pour prendre des mesures en leur faveur; le manque flagrant d'aires de stationnement et de séjour pour les nomades en est une parfaite illustration<sup>104</sup>. Ces difficultés sont

---

trilingue de Suisse, l'allemand, le romanche et l'italien étant reconnus comme langues officielles.

98 LIVER (citant notamment l'Acte de la République des III Liges de 1974 ainsi que la reconnaissance officielle par le canton en 1893); art. 5 Cst-GR 1880, art. 46 Cst.-GR 1892, art. 3 al. 1 Cst.-GR.

99 GLASER, N 10; Art. 16 Sprachengesetz des Kantons Graubünden (SpG) du 19 octobre 2006 (RS-GR 492.100).

100 BELSER, National Minorities, p. 79–82; BELSER, Minderheitenschutz, N 9–11; BESSON, Forme politique, p. 232; KNAPP, p. 311.

101 Pour ce qui est des minorités historiques – linguistiques en particulier – les cantons connaissent néanmoins des mécanismes de type fédéraliste permettant la protection de ces minorités. Par exemple, dans le canton de Berne, le Jura bernois bénéficie d'un siège garanti au Conseil d'État et correspond à un arrondissement, ce qui lui garantit sa représentation au législatif cantonal. Il existe par ailleurs un *Conseil du Jura bernois* doté de certaines compétences, dans le domaine culturel notamment. Voir art. 5, 73 al. 3, 84 al. 2, 85 Cst.-BE; Loi sur le statut particulier du Jura bernois et sur la minorité francophone de l'arrondissement administratif de Biel/Bienne du 13 septembre 2004 (LStP), RS-BE 102.1.

102 BELSER, Gleichheit und Vielfalt, p. 21, 29–44; BESSON, Forme politique, p. 232; KNAPP, p. 311.

103 OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Pratiques et croyances religieuses et spirituelles en Suisse. Premiers résultats de l'enquête sur la langue, la religion et la culture 2019, Neuchâtel 2020, p. 6–7. À propos de la situation juridique des musulman·e·s en Suisse, voir not. VALLIER/ZIMMERMANN, p. 500–552.

104 BELSER, Gleichheit und Vielfalt, p. 40, 43.

reflétées dans la pratique des organes de protection des droits humains à l'égard de la Suisse: ainsi, si la Confédération se décrit souvent comme un État exemplaire dans la protection des minorités, des observations et recommandations internationales ont mis en lumière les failles du système fédéral<sup>105</sup>, et, par la même occasion, le rôle complémentaire important des droits fondamentaux et humains ainsi que des instruments visant spécifiquement la protection des minorités<sup>106</sup>.

Comprise dans un sens plus large, la diversité fait référence au fait de faciliter la coexistence d'opinions politiques diverses. Cette idée rejoint celle de la proximité avec la population: en créant des niveaux de gouvernance additionnels, avec les trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, les structures fédérales permettraient une représentation plus nuancée et peut-être plus fidèle de la population locale et de ses sensibilités. En raison de cette proximité, les structures fédérales seraient aussi à même d'améliorer la qualité de l'interaction démocratique<sup>107</sup>.

L'idée de la diversité politique est étroitement liée au rôle des entités fédérées comme étant des *laboratoires*: selon cette conception, les entités fédérées fonctionnent comme des terrains de jeu ou des incubateurs pour de nouvelles propositions, notamment de nature législative<sup>108</sup>. Dans cette optique, les états fédérés sont qualifiés de «laboratoire de la démocratie»<sup>109</sup>, ou encore de «laboratoire des droits fondamentaux»<sup>110</sup>. Cette vision n'est ni spécifiquement suisse ni nouvelle; ses origines remontent au contraire au 19<sup>e</sup> siècle<sup>111</sup>. Par la suite, elle a pris de l'ampleur avec un bon mot du juge BRANDEIS, qui s'est exprimé comme suit:

«It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country»<sup>112</sup>.

---

105 À ce propos, il est instructif de comparer la vision du Conseil fédéral lors de la ratification de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CCMN) du 1<sup>er</sup> février 1995 (RS 0.441.1) avec les recommandations du Conseil de l'Europe à l'issue de chacun des cycles de rapport. Voir not. CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités du 19 novembre 1997, FF 1998 I 1033, 1044 (où la Suisse est décrite comme un «modèle de coexistence», en «parfaite harmonie» avec les exigences de la CCMN); COMITÉ CONSULTATIF, Avis sur la Suisse (Premier cycle), 20 février 2003, ACFC/INF/OP/I(2003)007; COMITÉ CONSULTATIF, Avis sur la Suisse (Quatrième cycle), 10 décembre 2018, ACFC/OP/IV(2018)003.

106 À cet égard, l'on songe notamment à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la protection des minorités nationales (CCMN) du 1<sup>er</sup> février 1995 (RS 0.441.1).

107 HALBERSTAM, p. 586–587.

108 HALBERSTAM, p. 586–587.

109 WISEMAN/OWEN, p. 1128–1137, *passim*; GRODECKI, N 49.

110 CHATTON, Constitutions cantonales, N 42–47.

111 Voir FLÜCKIGER, N 47, citant notamment un auteur américain du 19<sup>e</sup> siècle s'étant intéressé à la procédure législative cantonale suisse.

112 U.S.S.C., *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311, Op. diss. BRANDEIS.



Par la suite, l'expression est devenue un thème général de la littérature à propos du fédéralisme<sup>113</sup>. Contrairement à ce que la citation laisse croire, elle a généralement une connotation positive<sup>114</sup>; néanmoins, l'effet laboratoire peut également entraîner une certaine passivité, à savoir une situation où les états fédérés observent les effets d'une politique publique dans l'état voisin avant de prendre des mesures.

Dans le domaine des droits fondamentaux, les cantons suisses ont régulièrement rempli cette fonction de laboratoires pour développer la protection des droits humains – on pense par exemple au droit de vote des femmes, qui s'est d'abord concrétisé sur le plan cantonal avant d'être consacré sur le plan fédéral<sup>115</sup>. Or, si certains cantons jouaient ce rôle d'incubateurs, d'autres constituaient des «poches de résistance» – comme le montre le cas des deux Appenzell, et d'Appenzell Rhodes-Intérieures en particulier, en lien avec le droit de vote des femmes<sup>116</sup>. En lien avec les obligations découlant du droit international des droits humains, les cantons ont parfois résisté à des obligations venant du droit international ou fédéral<sup>117</sup>; dans d'autres cas, toutefois, ils ont pris les devants face à des résistances fédérales s'opposant à la pleine réalisation des droits humains<sup>118</sup>. Ce constat vaut non seulement pour les cantons, mais aussi pour les communes, qui constituent le «lieu de rencontre entre l'État et les citoyen-ne-s» et dont les prérogatives touchent à plusieurs domaines particulièrement sensibles en matière des droits humains<sup>119</sup>. À ce propos, divers instruments de soft law et réseaux thématiques expriment l'engagement des villes pour les droits humains<sup>120</sup>.

113 WISEMAN/OWEN, p. 1128–1137, *passim*; REICH, Climate Change, p. 16–17 et les réf. cit.; CHATTON, Constitutions cantonales, N 42–47; GRODECKI, N 49.

114 WISEMAN/OWEN, p. 1128–1137, *passim*; REICH, Climate Change, p. 16–17 et les réf. cit.; CHATTON, Constitutions cantonales, N 42–47; GRODECKI, N 49.

115 BELSER, Kantonale Grundrechte, p. 74–78; TOBLER, p. 290–293. Ainsi, après un premier refus sur le plan fédéral en 1959 (FF 1959 I 564), les cantons de VD et NE (1959), GE (1960), BS (1966), BL (1966–1970), TI (1968–1969) et ZH (1970) accordent les droits politiques aux femmes (TOBLER, p. 290–293).

116 Ainsi, le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures n'a garanti le droit de vote aux femmes qu'en 1989 et la résistance du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures a donné lieu à un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel celui-ci a confirmé qu'il était habilité à contrôler les dispositions constitutionnelles cantonales lorsque le droit fédéral a évolué par rapport au droit en vigueur au moment où la garantie fédérale a été accordée (ATF 116 Ia 359). Pour plus de détails, voir TOBLER, p. 287–302.

117 Cf. *infra*, chapitre D.

118 Par exemple en matière d'égalité et de non-discrimination, face au refus fédéral d'adopter une loi générale contre les discriminations (CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination du 25 mai 2016), voir la Loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations (LED) du 23 mars 2023 (RS-GE A 2 90).

119 WYTTEBACH, Stadt, p. 85–89.

120 Voir par exemple la *Charte européenne de Sauvegarde des Droits Humains dans la Ville* ou la *Charte européenne pour l'égalité entre femmes et hommes dans la vie locale* du Conseil des communes et régions d'Europe, aux *Human Rights Cities* ou aux *Rainbow Cities*. À propos du rôle des villes dans la mise en œuvre des droits humains, voir notamment FREI, p. 585–615.



Enfin, l'expérimentation cantonale – et parfois communale – est aussi parfois à l'origine de tendances visant à restreindre les droits fondamentaux – on peut citer l'interdiction de la Burqa<sup>121</sup> ou l'interdiction de la mendicité<sup>122</sup>. Ainsi, la question de l'innovation et des résistances se tisse comme un fil rouge à travers la relation entre fédéralisme et droits humains, et nous accompagnera tout au long cet article.

## II. La relation entre le fédéralisme et les autres principes structurants

Avant d'approfondir les relations entre droits fondamentaux et droits humains d'une part et fédéralisme d'autre part, il convient d'approfondir les interactions du fédéralisme avec les autres principes structurants de l'État fédéral suisse, à savoir la démocratie (1), l'État de droit (2) et l'État social (3). Ces développements mettront en exergue que la thématique des droits fondamentaux et humains est sous-jacente aux quatre principes structurants et à leurs relations mutuelles.

### 1. Le fédéralisme et la démocratie

Comme nous venons de voir, le fédéralisme est généralement considéré comme bénéfique à la démocratie, notamment parce qu'il limite la concentration des pouvoirs et, par là même, freine les tendances autoritaires, et parce qu'il favorise la proximité entre les citoyen·ne·s et leurs représentant·e·s<sup>123</sup>. Ainsi, les différentes unités politiques de la structure fédérale multiplient les espaces de délibération, créant un terreau fertile pour la démocratie délibérative et favorisant, dans une certaine mesure, le pluralisme démocratique<sup>124</sup>. La structure fédéraliste permet également une différenciation s'agissant de la titularité des droits politiques, laissant notamment la place pour des réglementations locales plus favorables qui, à terme, pourront inspirer les autres états fédérés comme l'État fédéral. En Suisse, ce laboratoire de la démocratie peut notamment être observé en lien avec les droits politiques des femmes, des personnes de nationalité étrangère, des jeunes ou encore des personnes en situation de handicap<sup>125</sup>.

---

121 Ainsi, l'interdiction de se dissimuler le visage (plus connue sous le nom «interdiction de la Burqa») prévue à l'art. 10a Cst. féd. (en vigueur depuis le 7 mars 2021) a d'abord été introduite dans les cantons du Tessin (art. 9a Cst.-TI en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016) et de St.-Gall (Art. 12<sup>ter</sup> Übertretungsstrafgesetz, RS-SG 921.1 en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019).

122 Pour une analyse des interdictions cantonales totales ou partielles de la mendicité à l'aune du de la CEDH, voir ZIMMERMANN/DA RUGNA, p. 23–32.

123 BELSER, Gleichheit und Vielfalt, p. 45–46; BRÜHL-MOSER, N 3.

124 BESSON, Forme politique, p. 231–232; BELSER, Gleichheit und Vielfalt, p. 13–21; BRÜHL-MOSER, N 3.

125 Voir *infra*, chapitre C.II.2.d. Aux États-Unis d'Amérique, une des grandes questions qui se posent dans l'intersection entre fédéralisme et droits politiques est la titularité et l'exercice effectif des droits de vote des personnes ayant été condamnées à des peines privatives de liberté (pour

En Suisse, les notions de démocratie et de fédéralisme sont souvent évoquées conjointement, au point d'avoir été qualifiées de «formule jumelle» (*Zwillingsformel*)<sup>126</sup>. En portant un regard critique sur ce phénomène, KLEY expose que le jumelage des deux notions fait partie des mythes fondateurs de la Suisse et que cette formule rhétorique a été fortement mobilisée pour la «défense intellectuelle» (*geistige Landesverteidigung*) lors de la Seconde Guerre mondiale<sup>127</sup>. Cette déconstruction met en évidence que fédéralisme et démocratie ne sont pas consubstantiels et qu'il existe, au contraire, des tensions irréductibles entre ces deux concepts<sup>128</sup>, qui ne devraient toutefois pas faire oublier les bénéfices potentiels précédemment évoqués.

Le fédéralisme apporte en effet plusieurs restrictions au principe démocratique, ne serait-ce que par la surreprésentation des petits cantons au Conseil des États par rapport à leur population et par l'exigence de la double majorité du peuple et des cantons<sup>129</sup>. Ainsi, la structure fédérale modifie délibérément le principe de l'égalité politique au cœur de la compréhension contemporaine de la démocratie<sup>130</sup>. D'autres limitations du principe démocratique proviennent de structures créées afin d'assurer la représentation fédéraliste des cantons et la coopération entre les collectivités. Ainsi, le renforcement de la coopération intergouvernementale, entre cantons et Confédération comme entre cantons, entraîne un certain glissement de pouvoir vers l'exécutif, au détriment des parlements cantonaux<sup>131</sup>. Ces institutions sont ainsi régulièrement critiquées pour leur manque de légitimité démocratique et leur manque de transparence<sup>132</sup>.

À l'inverse, le principe démocratique érode aussi parfois le fédéralisme. Il en va ainsi des initiatives constitutionnelles créant des compétences fédérales nouvelles sans respecter le principe de subsidiarité, qui devrait guider l'attribution

---

une comparaison, voir <<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/can-people-convicted-felony-vote-felony-voting-laws-state>> [14.05.2023].

126 KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, N 9-14.

127 KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, N 9-14.

128 KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, 15-31; BESSON, *Forme politique*, p. 229.

129 KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, N 16-17. L'exigence de la double majorité a fait l'objet de propositions de modification, auxquelles le parlement a toutefois refusé de donner suite (voir notamment Initiative parlementaire 20.484 *Glättli* ainsi qu'une proposition similaire par Leni Robert en 1993). Refusant d'y donner suite, le Conseil national souligne notamment que la majorité du peuple et des cantons sont en accord dans la grande majorité des cas (BO 2022 N 917).

130 BESSON, *Forme politique*, p. 233; KNAPP, p. 311.

131 WALDMANN, *Zusammenarbeit*, N 16, 19. Le recours au droit d'urgence – par exemple pendant la pandémie de Covid-19 – crée également un glissement de pouvoir vers l'exécutif fédéral, soulevant des questions aussi bien sous l'angle du fédéralisme que de la démocratie et de l'État de droit.

132 Voir par ex. BRÜHL-MOSER, N 18; pour une discussion de ces critiques, voir WALDMANN, *Zusammenarbeit*, N 16, 19.

de toute compétence à la Confédération<sup>133</sup>. Plus généralement, des considérations démocratiques sont sous-jacentes à l'immunité des lois fédérales évoquée précédemment: ce principe est en effet fondé sur la conception que les décisions prises par le parlement ou par le peuple, bénéficiant de la légitimité démocratique, ne devraient pas être remises en cause par la voie de la juridiction constitutionnelle<sup>134</sup>. Or, cet état de fait pose des limites – à notre sens injustifiées – aussi bien au fédéralisme qu'à l'État de droit<sup>135</sup>.

## 2. *Le fédéralisme et l'État de droit*

Alors que la démocratie a pour fonction de légitimer les lois en s'assurant que celles-ci répondent à la volonté de la majorité, l'État de droit a pour rôle de protéger les individus contre des décisions certes démocratiques mais qui seraient injustifiées<sup>136</sup>. Ainsi, l'État de droit peut être brièvement décrit comme un principe visant à «limiter le pouvoir étatique par le droit pour garantir les libertés individuelles»<sup>137</sup>. Il se caractérise par le respect de la hiérarchie des normes, la séparation des pouvoirs, la soumission de l'État au droit et l'égalité des sujets de droit devant la loi<sup>138</sup>. La protection des droits fondamentaux fait partie intégrante des exigences de l'État de droit<sup>139</sup>. Partant, l'État de droit – à travers les droits individuels en particulier – concrétise l'idée que le peuple n'a pas «toujours raison» et que son pouvoir n'est pas illimité. Au contraire, le peuple constitue un organe de l'État et est, à ce titre, lié par les principes de l'État de droit<sup>140</sup>. Dans cette perspective, une décision démocratique ne peut être légitime que si elle respecte les droits fondamentaux des minorités<sup>141</sup>. L'État de droit, comme le fédéralisme<sup>142</sup>, pose donc des garde-fous au principe majoritaire et vise, en ce sens, à limiter le risque d'une «tyrannie de la majorité»<sup>143</sup>. Les deux principes se rencontrent ainsi dans leur fonction d'encadrer le pouvoir de l'État fédéral<sup>144</sup>.

---

133 Voir aussi BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 71. Il est vrai que toute modification constitutionnelle doit obtenir la double majorité du peuple et des cantons; en revanche, tout contrôle juridictionnel du respect de la répartition des compétences est exclue.

134 HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 238–240, 253.

135 Voir aussi BRÜHL-MOSER, N 48. À propos des tensions entre démocratie et État de droit, et notamment entre démocratie et droits fondamentaux, voir par ex. REICH, N 15–22, 31–32.

136 KELLER, *Rechtsstaatlichkeit*, N 5; TSCHANNEN, *Perspektiven*, N 11.

137 MARTI, N 5 (nous traduisons).

138 MARTI, N 1; REICH, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, N 1–2.

139 MARTI, N 1; REICH, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, N 1–2; BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 44. À l'inverse, l'État de droit ne se résume pas à la protection des droits individuels (ZÜND, *Rechtsstaat*, p. 497–498).

140 KELLER, *Rechtsstaatlichkeit*, N 5; TSCHANNEN, *Perspektiven*, N 11.

141 MÜLLER, *Demokratische Verfassung*, p. 46; voir aussi BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 47.

142 KNAPP, p. 311.

143 BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 47–49; REICH, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, N 11–14.

144 MARTI, N 2.

L'État de droit remplit en premier lieu une fonction défensive, consistant à concilier la gouvernance démocratique avec l'autonomie et la dignité de l'individu<sup>145</sup>. Il comporte ensuite une dimension positive, souvent négligée, mais cruciale notamment dans le domaine des droits humains<sup>146</sup>. En effet, ceux-ci ne se limitent pas à des obligations d'abstention – la fonction défensive – mais comportent également des obligations positives<sup>147</sup>. Aujourd'hui, ce volet positif, composé d'obligations de protection et de mise en œuvre, a pris une ampleur considérable, ce qui oblige les différents échelons et organes de l'État à agir de manière proactive<sup>148</sup>. Sous l'angle du fédéralisme, ces obligations soulèvent notamment la question de l'interaction entre les différents niveaux – fédéral, cantonal ou encore communal – de l'État, les responsabilités respectives de chacun d'eux et les moyens d'action en cas de manquement de l'une ou l'autre des collectivités concernées, par exemple en cas d'inaction du législateur cantonal ou fédéral<sup>149</sup>.

Les différents principes concrétisant l'État de droit contribuent également à assurer le bon fonctionnement de la structure fédéraliste. En effet, l'État de droit implique des procédures assurant le respect de l'ordre établi par le droit, dont font partie la hiérarchie de normes et la répartition des compétences entre cantons et Confédération. Le rôle de l'État de droit en lien avec le fédéralisme est donc double: assurer que les cantons respectent le droit supérieur et protéger la répartition des compétences. Le premier objectif est mis en œuvre par les mécanismes de la juridiction constitutionnelle ainsi que les mesures relevant de la surveillance fédérale<sup>150</sup>. S'agissant du second, nous avons déjà précisé que le système suisse est asymétrique: si la Confédération – et les particuliers – disposent de moyens d'action judiciaires à l'égard des cantons qui ne respectent pas la répartition des compétences, l'inverse n'est pas vrai. En effet, si toute législation fédérale doit respecter la répartition des compétences, une éventuelle violation de cette obligation reste largement sans conséquences, en raison de l'exclusion des voies de droit pour les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ainsi que de l'immunité des lois fédérales<sup>151</sup>.

À ce propos, il a été indiqué, à juste titre selon nous, qu'un canton devrait, dans ce cas, être habilité à déposer une action pour conflit de compétences; or, en raison de l'immunité des lois fédérales, une telle action ne pourrait aboutir qu'à un jugement déclaratoire, qui constaterait la violation de la répartition des compétences<sup>152</sup>. Cet état de fait renvoie plus généralement aux limites de la ju-

145 REICH, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, N 11; BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 48–49.

146 REICH, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, N 14; voir aussi ZÜND, *Rechtsstaat*, p. 499.

147 Voir aussi BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 49.

148 BELSER, *Gleichheit und Vielfalt*, p. 49.

149 À ce propos, voir aussi *infra*, chapitre D.IV.

150 Art. 46 Cst. féd. À propos de la surveillance fédérale, voir *infra*, chapitre D.IV.

151 Art. 189 al. 4 et 190 Cst. féd.; voir par ex. KLEY, *Föderalismus und Demokratie*, N 24.

152 LUKS, N 175–177 (art. 120 al. 1 let. a LTF).

ridiction constitutionnelle vis-à-vis des actes fédéraux, une faille de l'État de droit suisse qui fait l'objet de vives critiques en doctrine<sup>153</sup>. La situation actuelle est insatisfaisante, et l'adoption de mécanismes juridictionnels permettant aux cantons de défendre leur autonomie – à l'instar des communes<sup>154</sup> – serait souhaitable aussi bien du point de vue de l'État de droit que du fédéralisme<sup>155</sup>.

Malgré certains objectifs communs, il existe également des tensions entre les principes de l'État de droit et du fédéralisme. Ceci est notamment dû au fait qu'en pratique, le renforcement de l'État de droit passe souvent par une harmonisation de l'ordre juridique, ce qui restreint par conséquent la marge cantonale<sup>156</sup>. À titre d'exemple, on peut citer la consécration des garanties de procédure, qui constitue une avancée indéniable pour l'État de droit, mais a considérablement réduit l'autonomie cantonale<sup>157</sup>. Similairement, l'uniformisation de la procédure civile et pénale contribue à assurer le respect des principes de l'État de droit et des garanties de procédure, mais a entraîné une perte importante de compétences cantonales<sup>158</sup>. Plus généralement, il existe une tension irréductible entre le principe de l'égalité au centre de l'État de droit et le respect de la diversité – et donc des solutions différentes d'un canton à l'autre – au cœur du fédéralisme<sup>159</sup>.

### 3. *Le fédéralisme et l'État social*

La relation entre *fédéralisme et État social* appelle en premier lieu quelques clarifications à propos de ce quatrième principe structurel identifié par le Conseil fédéral<sup>160</sup>. Sur le plan constitutionnel, ce qualificatif trouve son ancrage aux articles 2 et 41 de la Constitution fédérale, dans les dispositions éparées relatives aux droits sociaux<sup>161</sup> ainsi que dans diverses dispositions attributives de

153 LUKS, N 159; HALLER, Art. 189 N 53; HANGARTNER, p. 1217; WALDMANN, Symbolik, p. 1336.

154 Art. 89 al. 2 let. c LTF cum art. 50 al. 1 Cst. féd.

155 Dans le cadre de la réforme du fédéralisme du début du 21<sup>e</sup> siècle, le Conseil fédéral avait proposé d'introduire une possibilité, pour les cantons, de faire recours au Tribunal fédéral en cas de violation des compétences cantonales par une loi fédérale (CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons [RPT] du 14 novembre 2001, FF 2001 I 2155, 2202); cette proposition a toutefois été refusée par les Chambres (LUKS, N 167–169).

156 MARTI, N 5. Précisons également que la petite taille de la Suisse, et de ses entités fédérées, pose en elle-même certaines difficultés sous l'angle de l'État de droit, notamment quant à l'impartialité des juges (SCHINDLER, Kleinräumige Verhältnisse, p. 113–114).

157 MARTI, N 7.

158 SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit, p. 167–209.

159 Voir aussi *infra*, chapitre D.III.3.

160 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 15.

161 Ainsi, les droits sociaux reconnus sur le plan fédéral se limitent à l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst. féd.), à l'enseignement de base (art. 19 Cst. féd.), le droit à l'assistance judiciaire (art. 29 al. 3 Cst. féd.), le droit à une sépulture décente (art. 7 Cst. féd.); voir aussi MAHON, Vol. II, N 195–203.

compétences<sup>162</sup>. Néanmoins, la question de savoir si la Suisse peut être qualifiée d'État social est controversée en doctrine. Si la majorité de la doctrine utilise ce qualificatif sans hésitation<sup>163</sup>, plusieurs voix romandes le remettent en question<sup>164</sup>, de sorte que l'on soupçonne une forme de *Röstigraben* à ce propos<sup>165</sup>. Ainsi, en 1991, JEAN-FRANÇOIS AUBERT écrit que la Suisse, État fédéral et démocratique, «n'a pas de titre particulier à ce qu'on la qualifie d'État social»<sup>166</sup>; et d'ajouter que si son droit social a «dans l'ensemble, assez bien fonctionné depuis une quarantaine d'années», la Suisse le doit «moins à la hardiesse de [ses] institutions qu'à la prospérité de [son] économie»<sup>167</sup>. Trente ans plus tard, ANNE-SYLVIE DUPONT parvient à la même conclusion, à l'issue d'une analyse détaillée de la notion d'État social<sup>168</sup>. Ses explications, que nous estimons entièrement convaincantes, ont notamment trait au faible nombre de droits sociaux dans la Constitution fédérale, au refus du Tribunal fédéral de reconnaître la justiciabilité de la quasi-totalité des droits humains économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'à une approche morcelée et souvent minimaliste en matière d'aide et d'assurances sociales<sup>169</sup>. L'auteure en conclut que la solidarité reste un terme abstrait dans un «État marqué avant tout par le libéralisme social et l'individualisme économique»<sup>170</sup>. L'État social n'est donc que très partiellement réalisé en Suisse et ce principe n'a qu'une portée matérielle restreinte.

Malgré ce qui précède, le fait que le Conseil fédéral qualifie l'État social de principe structurant au même titre que la démocratie, l'État de droit et le fédéralisme n'est pas anodin. À l'instar des buts sociaux garantis à l'article 41 Cst. féd., cette désignation rappelle l'engagement, sur le principe, pour un État social, même si dans les faits, celui-ci n'est qu'insuffisamment concrétisé. Si le principe structurant n'a pas de portée normative en soi<sup>171</sup>, il devrait néanmoins sous-tendre l'interprétation du droit positif. Le fait même que la réalisation de l'État social constitue l'un des buts affirmés de la Confédération suisse – ce qui se reflète également dans certaines constitutions cantonales – doit conduire

162 Voir not. les art. 108–120 Cst. féd.; voir aussi DUPONT, N 14–24.

163 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 185–186; MEYER-BLASER/GÄCHTER, N 1–12; SCHWEIZER, Sozialverfassung, p. 878; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 234–241.

164 Voir en particulier AUBERT, Droit social, p. 158; DUPONT, N 66–78.

165 Si nous n'excluons pas que la différence entre les auteur-e-s qualifiant la Suisse d'État social et celles et ceux qui rejettent ce qualificatif s'explique par une différence de sensibilités, elle est peut-être aussi due à une différence d'approche: *law in books* ou texte de la Constitution pour les un-e-s, *law in practice* ou portée réelle des dispositions constitutionnelles pour les autres (voir aussi DUPONT, N 69).

166 AUBERT, Droit social, p. 158.

167 AUBERT, Droit social, p. 158.

168 DUPONT, N 66–77.

169 DUPONT, N 37, 66–78.

170 DUPONT, N 78.

171 TSCHANNEN, Staatsrecht, N 207–208.

à se demander dans quelle mesure la législation sociale permet ou non d'atteindre ce but et devrait guider la prise de décision dans ce domaine.

Outre l'expression d'État social, la doctrine se réfère également à la notion de *Constitution sociale*<sup>172</sup>. Celle-ci réunit toutes les dispositions de la Constitution qui ordonnent et structurent le domaine social<sup>173</sup>. Sur le plan fédéral, la Constitution sociale comprend les articles constitutionnels relatifs au but social, aux quelques droits fondamentaux sociaux reconnus, ainsi que les dispositions relatives aux compétences en matière sociale<sup>174</sup>. Les cantons, quant à eux, prévoient parfois des droits sociaux additionnels<sup>175</sup>. Ces dispositions sont complétées par des sources relevant du droit international des droits humains<sup>176</sup>.

La relation entre les principes de l'État social et du fédéralisme soulève diverses questions, cela d'autant plus que bon nombre de domaines ayant trait à l'État social continuent à relever de la compétence (principale) des cantons, comme l'enseignement, la santé, le logement ou l'aide sociale<sup>177</sup>. Deux questions se posent principalement: tout d'abord, quelle est la marge de manœuvre des cantons pour aller plus loin que la Confédération dans la réalisation de l'État social et ensuite, font-ils véritablement usage de cette marge de manœuvre? Les deux questions renvoient au rôle des cantons en tant que laboratoires et s'intéressent au potentiel d'innovation sociale du système fédéral suisse.

S'agissant tout d'abord de la marge de manœuvre laissée aux cantons, celle-ci est circonscrite par le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1<sup>er</sup> Cst. féd.) et intercantonal. Le droit fédéral permet aux cantons d'adopter des réglementations relevant du droit social au sens large, pour autant que celles-ci n'empiètent pas sur le droit fédéral et ne contreviennent pas à des dispositions du droit fédéral<sup>178</sup>. À ce propos, il est incontesté que les cantons conservent la

172 SCHWEIZER, Sozialverfassung, p. 873–874; DUPONT, N 5–6.

173 SCHWEIZER, Sozialverfassung, p. 873. À propos du concept de constitution partielle (*Teilverfassung* ou *Bereichsverfassung*) et de ses risques, voir par ex. BIAGGINI, Einleitung, N 10.

174 SCHWEIZER, Sozialverfassung, p. 873–875; DUPONT, N 5–6.

175 Voir *infra*, chapitre C.II.2.

176 La Suisse a notamment ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1 (PIDESC, Pacte ONU I) ainsi que plusieurs traités de protection des droits humains qui contiennent aussi bien des droits civils et politiques que des droits économiques, sociaux et culturels, avant tout la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) du 20 novembre 1989 (RS 0.107) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) du 13 décembre 2006 (RS 0.109). En revanche, la Suisse n'a ratifié ni la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (STE n° 35) ni la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (STE n° 163). Elle n'a pas non plus ratifié le Protocole additionnel à la CEDH du 20 mars 1952 (STE n° 9) qui garantit la propriété et le droit à l'instruction. L'interprétation dynamique de la CEDH, et notamment l'évolution des obligations positives, a conduit à une certaine «socialisation» des droits civils et politiques qu'elle contient (voir par ex. Cour EDH, *Beeler c. Suisse*, requête n° 78630/12, 11 octobre 2022, à propos de la rente AVS; sur le phénomène de «socialisation» et ses limites, voir ZIMMERMANN, N 220–221, 467, 488–497).

177 DUPONT, N 45–65; SCHWEIZER, Sozialverfassung, p. 875; voir aussi AUBERT, Droit social, p. 160.

178 MARTENET, Art. 49, N 31–34; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 819–876. Voir par ex. ATF 143 I 403, c. 7.1.



compétence d'édicter des dispositions de droit public même dans des domaines régis exhaustivement par le droit fédéral pour ce qui relève du droit privé<sup>179</sup>. Enfin, la portée du droit intercantonal en matière sociale ne devrait pas être sous-estimée: des harmonisations plus ou moins poussées découlent soit de concordats intercantonaux – par exemple dans le domaine scolaire – soit de la coopération intergouvernementale – par exemple au sein de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS)<sup>180</sup>.

Pour illustrer la marge de manœuvre cantonale et ses limites, citons l'exemple de la gratuité des transports publics<sup>181</sup>. Il s'agit d'un domaine dans lequel des initiatives cantonales faisant œuvre de laboratoire du droit social se sont heurtées à la répartition des compétences. Dans plusieurs villes et cantons, des initiatives visant à instaurer la gratuité des transports publics ont vu le jour<sup>182</sup>. Si plusieurs cantons, dont Fribourg, ont jugé que ces initiatives violaient le droit fédéral, ou plus précisément l'article 81a al. 2 Cst. féd., le canton de Vaud pour sa part avait validé une initiative similaire, avant de révoquer sa décision à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral<sup>183</sup>. En mars 2023, le Tribunal fédéral confirme l'invalidation de l'initiative fribourgeoise<sup>184</sup>, rejoignant ainsi les avis similaires exprimés par la doctrine<sup>185</sup>. En revanche, l'arrêt semble indiquer que les cantons sont libres d'instaurer des tarifs solidaires ou réduits, voire encore de prévoir une gratuité temporaire dans certaines circonstances exceptionnelles<sup>186</sup>. Si cette décision réduit considérablement la marge de manœuvre des cantons dans le domaine du prix des transports, elle est néanmoins difficilement contestable au vu de la formulation claire de l'article 81a al. 2 Cst. féd. Cet exemple met en lumière les tensions entre fédéralisme, État social et démocratie directe. En effet, la disposition fédérale est issue d'un compromis politique: faisant suite à une initiative populaire visant à rendre les transports publics plus abordables, elle est le fruit du

179 Art. 6 al. 1 CC; MARTENET, Art. 49, N 31–34; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 870–874; WALDMANN, Art. 49, N 20. Pour deux exemples de jurisprudence, voir ATF 143 I 403, c. 7.1 et ATF 138 III 49, c. 4.4.2.

180 Pour un approfondissement du jeu fédéraliste dans le domaine de l'enseignement, voir HÄNNI/ZIMMERMANN.

181 Un autre exemple, en lien avec un domaine dans lequel les cantons ont, pour l'instant, une marge de manœuvre certaine, est le droit à un salaire minimum. À ce sujet, voir *infra*, chapitre C.II.2.

182 Voir not. canton de Neuchâtel (février 2018), ville de Bâle (septembre 2019), canton de Fribourg (septembre 2020), ville de Zurich (février 2021), ville de Berne (mai 2021), canton de Vaud (août 2021). Pour un aperçu de ces propositions, voir UHLMANN/BUKOVAC, N 1–8; COLLETTE, p. 3. Précisons que la ville du Locle a voté, le 8 février 2004 (et donc avant l'adoption de l'article 81a Cst. féd.), sur une proposition du législatif communal visant à rendre les transports publics gratuits. La proposition a été rejetée à 74 % (<www.ne.ch> > Autorités > Chancellerie d'État > Service de la Chancellerie > Élections et votations > Statistiques > Scrutins communaux avant mars 2019 [14.05.2023]).

183 Voir <www.vd.ch> > Toutes les actualités > Décisions du Conseil d'État [29.06.2023].

184 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_393/2022 du 31 mars 2023.

185 UHLMANN/BUKOVAC, N 42–69; COLLETTE, p. 3–12; DIEBOLD/LUDIN/BEYELER, N 26.

186 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_393/2022 du 31 mars 2023, c. 4.



contre-projet direct, qui poursuit, lui, deux objectifs contradictoires: les transports publics doivent être ni trop chers ni trop bon marché<sup>187</sup>. Or, la codification de ce compromis a eu pour effet accessoire de limiter la marge de manœuvre cantonale et communale difficilement conciliable avec le principe de subsidiarité.

L'exemple des transports publics ne devrait cependant pas occulter le fait que les cantons ont une réelle marge de manœuvre en matière de politiques sociales, et que certains cantons ont fait usage de cette faculté. Nous examinerons la question du salaire minimum en lien avec les droits sociaux garantis par les Constitutions cantonales<sup>188</sup>; les lois visant la protection des locataires et la préservation de logements abordables, parfois issues d'initiatives populaires consacrant un droit au logement, constituent un autre exemple<sup>189</sup>. Certains cantons prévoient également des prestations sociales spécifiques, comme les prestations complémentaires cantonales pour familles ou les rente-pont dans le canton de Vaud<sup>190</sup>.

Il convient toutefois de ne pas se leurrer: les cantons constituent certes un terrain fertile pour l'innovation sociale, mais l'on y rencontre également des résistances politiques considérables: citons l'exemple de l'assurance dentaire, refusée tour à tour par le corps électoral des cantons de Vaud, de Genève et de Neuchâtel<sup>191</sup>. Ainsi, des initiatives à vocation sociale échouent régulièrement devant les urnes, que ce soit sur le plan cantonal ou fédéral<sup>192</sup>. Que ce soit sur le plan fédéral ou cantonal, l'on peut donc rejoindre AUBERT en affirmant que «les législateurs suisses résistent en général très bien aux entraînements des revendications sociales»<sup>193</sup>.

---

187 COLLETTE, p. 3–4.

188 Voir *infra*, chapitre C.II.2.

189 Voir, parmi d'autres, l'exemple du canton de Bâle-Ville, où pas moins de quatre propositions visant à garantir des logements abordables ont été acceptées en votation populaire le 10 juin 2018, dont deux projets législatifs et un droit fondamental à un logement (<www.abstimmungen.bs.ch> Wahl- und Abstimmungsergebnisse [Archiv] > 10. Juni 2018). Voir aussi l'arrêt du TF 1C\_759/2021 du 19 novembre 2022 invalidant partiellement l'initiative «OUI à une VRAIE protection du logement» acceptée en votation populaire le 28 novembre 2021.

190 Loi vaudoise sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont (LPCFam) du 23 novembre 2010 (RS-VD 850.053).

191 La proposition a été refusée par 57,57 % des votant-e-s lors du scrutin populaire du 4 mars 2018 dans le canton de Vaud (<www.vd.ch> État, Droit, Finances > Votations et élections), par 54,75 % des votant-e-s lors du scrutin populaire du 10 février 2019 dans le canton de Genève (<www.ge.ch> Votations), et par 63,24 % des votant-e-s lors du scrutin populaire dans le canton de Neuchâtel (<www.ne.ch> Autorités > Chancellerie d'État > Service de la Chancellerie > Élections et votations) [14.05.2023]. Indiquons qu'une nouvelle initiative populaire a déjà vu le jour à Genève (voir Conseil d'État [GE], arrêté constatant l'aboutissement de l'initiative populaire cantonale «Pour des soins dentaires accessibles à toute la population», 17 mai 2023).

192 Sur le plan fédéral, voir, parmi de nombreux autres exemples, la votation à propos de l'initiative «Davantage de logements abordables», refusée le 9 février 2020 par 57,1 % des votant-e-s, 16 cantons et 5 demi-cantons ou encore l'initiative «Pour un revenu de base inconditionnel», refusée le 5 juin 2016 par 76,9 % des votant-e-s et l'ensemble des cantons. Sur les interactions entre État social, démocratie et fédéralisme voir aussi AUBERT, Droit social, p. 168; OBINGER, p. 253–262. Pour un contre-exemple, voir le salaire minimum, qui été accepté en votation populaire à Bâle-Ville et dans le canton du Jura en juin 2021 et mars 2013 respectivement.

193 AUBERT, Droit social, p. 168.

## C. Les droits fondamentaux et le jeu du fédéralisme

Dans le chapitre précédent, nous avons traité du fédéralisme, principe cardinal – bien que régulièrement mis à mal – de l’État suisse, et de sa relation avec les trois autres principes structurants, la démocratie, l’État de droit et l’État social. Sans constituer un principe structurant à part entière, les droits fondamentaux se retrouvent en filigrane dans chacune de ces relations. Partie intégrante de l’État de droit, les droits fondamentaux sont également un élément-clé de l’État social; enfin, les droits politiques sont au cœur de la démocratie semi-directe, même si celle-ci crée aussi des tensions indéniables avec la protection des droits fondamentaux.

Dans ce qui suit, nous examinerons de plus près l’évolution et la garantie de ces droits fondamentaux dans l’État fédéral suisse. En effet, depuis leurs débuts, les droits fondamentaux suisses ont été façonnés par le jeu du fédéralisme, soit l’interaction entre les niveaux fédéral et cantonal. À ce propos, nous retracerons dans un premier temps cette évolution (I), pour ensuite nous consacrer aux constitutions cantonales et à leur rôle pour la garantie contemporaine des droits fondamentaux (II).

### I. L’évolution des droits fondamentaux

L’évolution des droits fondamentaux dans l’État fédéral suisse a été marquée par deux phénomènes que nous approfondirons par la suite: la codification des droits fondamentaux, sur les plans aussi bien cantonal que fédéral (1) et l’œuvre créatrice du Tribunal fédéral (2).

#### 1. La codification

##### a. Les cantons aux origines des droits fondamentaux

Historiquement, les constitutions cantonales constituaient la première source de droits fondamentaux<sup>194</sup>. La consécration de droits et libertés apparaît d’ailleurs comme l’un des éléments centraux des constitutions cantonales adoptées au cours des années 1830<sup>195</sup>; auparavant, l’on ne trouve que quelques références éparées à des droits fondamentaux dans les textes fondateurs précédant la création de l’État fédéral suisse<sup>196</sup>. Ainsi, en 1798, la première constitution de la République helvétique garantit la liberté de la presse et abolit les privilèges de naissance sans pour autant garantir un véritable principe d’égalité et contient quelques autres dispositions faisant vaguement écho à la Déclaration française

194 EDENHARTER, p. 428–433, 434; KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 325–342.

195 EDENHARTER, p. 428–433, 434; KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 325–342.

196 PIRKER, p. 87–88; KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 105–109, 148–149, 384–385; SCHEFER/ZIEGLER, p. 61–62.

des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>197</sup>. Adopté en 1803, l'Acte de médiation rétablit l'autonomie cantonale supprimée lors de l'instauration de la République en 1798, garantissant en même temps aux citoyens suisses le droit de s'établir librement dans un autre canton, d'y acquérir les droits politiques et d'y exercer leur industrie; il maintient par ailleurs l'interdiction des privilèges de naissance<sup>198</sup>. Le Pacte fédéral de 1815, quant à lui, vise essentiellement à protéger l'autonomie cantonale face aux pouvoirs centralisés, ne faisant que peu de cas des individus<sup>199</sup>. Le projet de révision de 1832, pour sa part, se limite à garantir la liberté d'établissement<sup>200</sup>.

Ainsi, c'est au niveau des futurs états fédérés que les droits fondamentaux prennent forme<sup>201</sup>. En effet, la période de la Régénération, de 1830 à 1848, se caractérise par d'importantes réformes libérales, «à la fois causes et effets de la modernisation économique»<sup>202</sup>. La notion même de Régénération fait référence à «la force du peuple [...] à établir ou rétablir [...] un régime fondé sur la liberté et l'égalité, tel qu'il aurait existé aux origines»<sup>203</sup>. Au début des années 1830, pas moins de dix-sept cantons adoptent de nouvelles constitutions, souvent à la suite de soulèvements populaires<sup>204</sup>. Les circonstances de leur adoption se reflètent régulièrement dans des clauses de rigidité, interdisant toute modification constitutionnelle durant une certaine période<sup>205</sup>. S'agissant de leur contenu, ces constitutions se caractérisent par la place centrale qu'elles accordent à la souveraineté populaire<sup>206</sup>. Un autre élément commun à la quasi-totalité des constitutions issues de la Régénération est la garantie d'au moins quelques droits fondamentaux<sup>207</sup>. S'inspirant notamment de la Charte constitutionnelle française de 1830<sup>208</sup>, ces cantons adoptent alors des dispositions protégeant – à des degrés variables – la liberté personnelle, l'inviolabi-

---

197 Art. 8 et 9, *Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798*, accessible sous: <www.verfassungen.ch> Verfassungen der Schweiz [11.04.2023]; voir aussi KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 105–109; PIRKER, p. 87. La seconde constitution de la République helvétique, adoptée en 1801, ne fait pas référence aux droits individuels.

198 Art. 3 et 4 de l'Acte de médiation; voir aussi KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 148–149; HAFNER, p. 18–19; SCHEFER/ZIEGLER, p. 61.

199 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 184; PIRKER, p. 88; SCHEFER/ZIEGLER, p. 62.

200 Art. 36 Entwurf zu einer Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft entworfen von der am 17. Juli 1832 durch die Tagsatzung ernannten Revisionscommission [sic], accessible sous: <www.verfassungen.ch> Verfassungen der Schweiz [11.04.2023]; voir aussi HAFNER, p. 22–23; KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 384–385; PIRKER, p. 88.

201 EDENHARTER, p. 405–410; PIRKER, p. 88–90.

202 DHS, Régénération <<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009800/2010-08-23/>> [14.05.2023].

203 DHS, Régénération <<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009800/2010-08-23/>> [14.05.2023].

204 AUER, *Staatsrecht*, N 536–540.

205 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 307–309.

206 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 303 ss.

207 Soleure constitue une exception: voir KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 325–342.

208 Charte constitutionnelle du 14 août 1830, accessible sous: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr>> La Constitution > Les Constitutions dans l'Histoire [11.04.2023].

lité du domicile, la propriété privée, la liberté d'établissement ainsi que le droit à un tribunal établi par la loi<sup>209</sup>.

Cette période est toutefois aussi marquée par de fortes oppositions entre libéraux et radicaux d'une part et conservateurs d'autre part au sein des cantons<sup>210</sup>. Le jeu entre ces deux forces opposées, et les majorités changeantes, se traduit par le fait que certains cantons à majorité conservatrice sont restés à l'écart de ce dynamisme constitutionnel<sup>211</sup>, par la séparation des deux Bâle après l'adoption d'une constitution libérale fortement contestée ou encore par de «vives luttes constitutionnelles»<sup>212</sup> à l'issue des durées des clauses de rigidité constitutionnelles, comme dans les cantons de Zurich, Soleure et Lucerne<sup>213</sup>. Si l'acquis des constitutions issues de la Régénération continue donc à être remis en question, l'impact de cette période – et des constitutions cantonales – sur l'émergence des droits fondamentaux ne saurait en revanche être nié.

Qualifiées de «biotopes pour des expériences constitutionnelles libérales»<sup>214</sup>, les constitutions cantonales issues de la Régénération ont sensiblement influencé la Constitution fédérale du 12 septembre 1848<sup>215</sup>. La garantie de certains droits et libertés fait partie des éléments de réception du droit cantonal<sup>216</sup>, même si la Constitution fédérale de 1848 reste extrêmement modeste sur ce point: elle se cantonne à garantir quelques droits épars<sup>217</sup>. À l'époque, l'idée est notamment d'étendre la protection de droits déjà garantis par une majorité de cantons et jugés primordiaux pour l'ensemble des cantons et de consacrer les droits considérés comme nécessaires pour l'État fédéral nouvellement créé<sup>218</sup>, tout en laissant une large autonomie aux cantons<sup>219</sup>. La liberté d'établis-

209 AUER, Staatsrecht, N 539; PIRKER, p. 88; BUSER, N 531; KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, p. 325–342.

210 DHS, Régénération <<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009800/2010-08-23/>> [14.05.2023]. Précisons toutefois que la période a aussi vu des oppositions entre libéraux et radicaux (notamment dans le canton de Vaud).

211 AI, AR, GR, NE, NW, OW, UR, VS, ZG; voir AUER, Staatsrecht, N 541. Les causes sont naturellement multiples.

212 AUER, Staatsrecht, N 542 (nous traduisons).

213 KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, p. 409–415, 431–442; voir aussi AUER, Staatsrecht, N 542.

214 HAFNER, p. 20; voir aussi EDENHARTER, p. 399.

215 AUER, Staatsrecht, N 542.

216 AUER, Staatsrecht, N 547; HAFNER, p. 20–21; KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, p. 583–589.

217 Liberté de la presse (art. 46 Cst. féd.-1848), liberté d'association pour les citoyens (art. 46 Cst. féd.-1848), droit de pétition (art. 47 Cst. féd.) ainsi que la liberté de culte pour les confessions chrétiennes reconnues (art. 44 Cst. féd.-1848). La Constitution garantissait par ailleurs la liberté d'établissement (art. 41 Cst. féd.-1848) pour les citoyens de confession chrétienne et stipulait l'égalité des Suisses devant la loi (art. 48 Cst. féd.-1848); voir aussi EDENHARTER, p. 405–407; HAFNER, p. 25–26.

218 KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, p. 583–589; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 71; CHATTON, Constitutions cantonales, N 24; KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz, N 6; BUSER, N 532–533.

219 EDENHARTER, p. 405–406.

sement permet d'illustrer ce point: elle constitue un élément-clé dans le passage d'une Confédération d'États à un État fédéral, dans la mesure où elle facilite la libre circulation à l'intérieur de l'État. À l'époque, cette liberté est toutefois fortement contestée, ce qui rend d'autant plus nécessaire sa consécration sur le plan fédéral<sup>220</sup>. Les opposants craignent notamment la concurrence économique, l'augmentation des charges sociales et la migration intercantonale plus généralement<sup>221</sup>. Divers représentants cantonaux s'opposent également à l'extension de la liberté d'établissement aux personnes juives<sup>222</sup>. Après maints débats, la liberté d'établissement est érigée en garantie constitutionnelle, mais n'est garantie qu'aux citoyen·ne·s suisses de confession chrétienne, et avec de nombreuses restrictions<sup>223</sup>.

Dans le sillage de la Constitution de 1848, plusieurs cantons adaptent leurs constitutions cantonales<sup>224</sup>. Ces modifications visent en partie à adapter le droit cantonal à la nouvelle Constitution fédérale. Dans cette perspective, quelques cantons biffent des droits fondamentaux qui sont désormais ancrés sur le plan fédéral, comme la liberté d'association pour les citoyens suisses ou la liberté du culte<sup>225</sup>. Néanmoins, la plupart des cantons font l'inverse, en adoptant, dans leurs constitutions cantonales, des dispositions similaires à celles existant désormais sur le plan fédéral<sup>226</sup>. Ainsi, tout en étant le résultat d'une «innovation par le bas», inspirée par les constitutions de la Régénération, la Constitution de 1848 est également source d'innovations «par le haut», et ceci malgré le faible nombre de droits qu'elle garantit<sup>227</sup>. En parallèle, toutefois, les cantons continuent d'innover en consacrant des droits qui ne trouvent pas de pendant sur le plan fédéral: on pense ainsi à l'inviolabilité du domicile (*Hausrecht*)<sup>228</sup>, à la liberté d'expression<sup>229</sup> ou encore à la liberté du commerce et de l'industrie<sup>230</sup>. Par ailleurs, la garantie de la propriété, élément-clé des constitutions issues de la Régénération, trouve son ancrage dans une majorité des cantons de l'ancien *Sonderbund*<sup>231</sup>.

220 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 584.

221 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 584; voir aussi KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 551–553.

222 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 584–586.

223 Art. 41 Cst. féd.-1848. Seuls les cantons d'Argovie, Genève, Neuchâtel et Vaud s'opposent à la clause discriminatoire et le canton de Berne s'abstient (KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*, p. 584–586).

224 EDENHARTER, p. 411–416; pour une analyse détaillée des évolutions constitutionnelles cantonales, voir KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 43–474.

225 EDENHARTER, p. 411; voir not. Cst.-GR 1853 et Cst.-BS 1858.

226 EDENHARTER, p. 411–413 et les réf. cit.

227 EDENHARTER, p. 434 (nous traduisons).

228 Art. 5 Cst.-VD 1861.

229 § 10 Cst.-UR 1850.

230 Art. 5 Cst.-VD 1861 (inviolabilité du domicile); § 10 Cst.-UR 1850 (liberté d'expression); Art. 11 Cst.-FR 1848, Art. 16 Cst.-VD 1861, Art. 7 Cst.-VS 1852.

231 Art. 13 Cst.-FR 1848; § 10 Cst.-LU 1848; § 13 Cst.-NW; § 21 Cst.-OW 1850; § 22 Cst.-UR 1850; § 20 Cst.-SZ 1848; voir aussi EDENHARTER, p. 412.

Au jeu fédéraliste entre les échelons cantonal et fédéral s'ajoute rapidement le plan international. En effet, s'il faut attendre la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle pour assister à une véritable internationalisation des droits fondamentaux<sup>232</sup>, on assiste à de premières influences venant du droit international – ou plutôt, à ce stade, des relations diplomatiques internationales, dès les années 1850. À partir de ce moment, des tensions se cristallisent autour de l'exclusion des citoyens juifs de la liberté d'établissement. La pression internationale commence à se faire ressentir après la conclusion d'un traité de commerce avec les États-Unis garantissant la liberté d'établissement aux seuls citoyens chrétiens. À la suite de l'indignation que ce traité suscite outre-Atlantique, quelques cantons modifient leurs constitutions<sup>233</sup>. Peu après, les Pays-Bas, puis la France, refusent de signer un traité de commerce contenant une telle clause discriminatoire avec la Suisse<sup>234</sup>. Après de vives discussions aux Chambres fédérales concernant aussi bien la situation des juifs que celle de la souveraineté cantonale<sup>235</sup>, la Suisse cède aux pressions et signe un traité garantissant la liberté d'établissement aux citoyens français indépendamment de leur religion, les plaçant de ce fait dans une meilleure position que les juifs de nationalité suisse<sup>236</sup>. En 1866, une révision constitutionnelle est votée pour garantir la liberté d'établissement à l'ensemble des citoyens suisses<sup>237</sup>. Cette première révision constitutionnelle déclenche de vifs débats, menant *in fine* à la révision totale de 1874<sup>238</sup>.

#### *b. La Constitution fédérale de 1874*

Le jeu fédéraliste que nous venons de décrire se poursuit dans les années précédant et suivant la révision totale de la Constitution fédérale de 1874. D'un côté, on assiste, à la fin des années 1860 et au début des années 1870, à plusieurs révisions totales de constitutions cantonales, qui servent de modèles à la Constitution de 1874<sup>239</sup>. De l'autre côté, toutefois, la Constitution fédérale de 1874 déclenche elle-même des révisions cantonales dans les années suivant son adoption, même si celles-ci sont moins nombreuses que dans la période suivant 1848<sup>240</sup>. Les cantons continuent par ailleurs à consacrer ponctuellement des garanties qui ne figurent pas dans la Constitution fédérale, ou à étendre des droits au-delà de ce qui est prévu par la Constitution fédérale<sup>241</sup>.

232 Voir *infra*, chapitre D.I.

233 Pour un récit de cette affaire, voir SÜESS.

234 BELSER, Gleichheit und Vielfalt, p. 14, 22.

235 SÜESS.

236 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, p. 497–498; HAFNER, p. 27.

237 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, p. 498–499; HAFNER, p. 27.

238 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, p. 498–512, 513–598 (à propos du projet de révision totale de 1872), 599–626 (pour la révision totale de 1874).

239 EDENHARTER, p. 445–446.

240 EDENHARTER, p. 446.

241 EDENHARTER, p. 486.

Les constitutions cantonales conservent un rôle important, notamment parce que la Constitution de 1874 ne représente qu'une avancée modeste en matière de droits fondamentaux<sup>242</sup>. En effet, cette dernière maintient pour l'essentiel les droits consacrés en 1848, à savoir l'égalité des citoyens suisses, l'inviolabilité de la correspondance, la liberté de conscience et de croyance et des cultes, la liberté de la presse et liberté d'association pour les citoyens suisses, ainsi que la liberté d'établissement pour les citoyen-ne-s suisses telle que modifiée en 1866<sup>243</sup>. Elle y ajoute un certain nombre de droits nouveaux, comme la liberté du commerce et de l'industrie ou encore le droit au mariage<sup>244</sup>. Elle oblige également les cantons à garantir une instruction suffisante, laïque, obligatoire et gratuite (art. 27 al. 2 aCst. féd.), sans que cette disposition ne soit toutefois conçue comme un droit individuel<sup>245</sup>. Enfin, elle abolit la peine de mort, qui sera toutefois réintroduite en 1879 sur le plan fédéral, restant interdite dans plusieurs cantons<sup>246</sup>. Malgré ces avancées, la Constitution de 1874, comme sa prédecesseuse, ne garantit que des droits ponctuels, éparpillés dans son texte; on reste donc très loin d'un catalogue des droits fondamentaux à proprement parler<sup>247</sup>.

Les cantons, quant à eux, continuent à pallier ces lacunes en garantissant des droits fondamentaux dans leurs constitutions, à des degrés variables cependant<sup>248</sup>. Outre la garantie de la propriété et l'inviolabilité du domicile déjà évoquées, le droit à un enseignement de base ou encore la liberté d'expression et de réunion sont des droits récurrents dans les constitutions cantonales<sup>249</sup>. L'émergence du droit social, qui commence à se développer dans la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle, se reflète également dans certaines constitutions cantonales, mais généralement sans donner lieu à de véritables droits subjectifs<sup>250</sup>, à quelques exceptions près<sup>251</sup>. Outre les droits constitutionnels cantonaux non prévus sur le

---

242 BUSER, N 533–534; PIRKER, p. 90.

243 Art. 4 aCst. féd., 36 al. 4 aCst. féd., 45 aCst. féd., 40 et 50 aCst. féd., 54 al. 1 aCst. féd., 55 aCst. féd., 56 aCst. féd.

244 Art. 31 aCst. féd., 54 aCst. féd.; KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 553–554, 804. Le droit au mariage avait fait l'objet d'une législation fédérale auparavant: pour plus de détails, voir EDENHARTER, p. 404.

245 Art. 27 al. 2 aCst. féd.; EDENHARTER, p. 453–454; voir aussi KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 622–623.

246 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 634–635; Sur le plan fédéral, la peine de mort est abolie en pratique par l'adoption du Code pénal suisse en 1942. Cette abolition a été enterinée constitutionnellement par l'adhésion au protocole additionnel n° 6 à la CEDH, puis l'adoption de l'art. 10 al. 1 Cst. féd. Sur le plan cantonal, voir par ex. art. 5 Cst.-ZH 1869 ou art. 11 Cst.-VD 1885.

247 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 575.

248 EDENHARTER, p. 45–456.

249 PIRKER, p. 90. EDENHARTER, p. 454 et les réf. cit.

250 EDENHARTER, p. 455; voir par ex. § 11 Cst.-BS 1889.

251 Voir en particulier la Constitution st.-galloise, qui garantissait notamment un droit à obtenir des bourses d'études (art. 10 Cst.-SG 1890); voir aussi EDENHARTER, p. 455.



plan fédéral (*Aliud-Garantien*)<sup>252</sup>, il arrive également que les cantons étendent le champ d'application personnel ou matériel des droits au-delà de ce qui est prévu par la Constitution fédérale. Le canton de Zurich, par exemple, garantit la liberté d'association à l'ensemble de ses habitant-e-s et non seulement aux citoyen-ne-s suisses, contrairement à ce qui prévaut à cette époque sur le plan fédéral<sup>253</sup>.

*c. Les révisions constitutionnelles au cours du 20<sup>e</sup> siècle*

Au cours du 20<sup>e</sup> siècle, le texte de la Constitution fédérale ne connaît que peu de modifications relatives aux droits fondamentaux. Les exceptions notables sont la codification de la garantie de la propriété – auparavant reconnue comme droit constitutionnel non écrit – en 1969<sup>254</sup>, l'accession des femmes aux droits politiques en 1971 après une tentative infructueuse en 1959<sup>255</sup>, ainsi que la consécration de l'égalité entre femmes et hommes en 1981<sup>256</sup>. D'autres propositions seront rejetées en votation populaire, comme le droit à la formation qui se heurte à l'obstacle de la double majorité<sup>257</sup>.

Sur le plan des constitutions cantonales, la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle connaît surtout des révisions partielles, qui concernent plus souvent l'organisation étatique que les droits fondamentaux<sup>258</sup>. Par la suite, des révisions partielles consacrent ponctuellement des droits, comme la liberté de la langue dans le canton de Berne<sup>259</sup>. L'évolution la plus notable est l'introduction du droit de vote des femmes dans divers cantons, romands d'abord<sup>260</sup>. Elle constitue un exemple type du dynamisme constitutionnel cantonal et du rôle des cantons comme laboratoires, aussi bien de la démocratie directe que des droits fondamentaux<sup>261</sup>. Soulevons à cet égard le rôle pionnier joué par certaines communes, qui, à défaut d'être compétentes pour accorder le droit de vote aux femmes, avaient permis la participation symbolique de ces dernières<sup>262</sup>. L'exemple du

252 Cette terminologie est courante dans la doctrine germanophone, voir par ex. PIRKER, p. 115–166; EDENHARTER, p. 460.

253 Art. 21 Cst.-ZH 1869; voir aussi EDENHARTER, p. 471–472.

254 CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'insertion d'articles 22ter et 22quater dans la constitution du 15 août 1967, FF 1967 II 137.

255 Art. 74 aCst. féd., accepté en votation populaire le 7 février 1971 (FF 1971 I 502); à propos de la votation de 1959, voir Assemblée fédérale, Arrêté fédéral du 20 mars 1959 (FF 1959 I 564).

256 Art. 4 al. 2 aCst. féd., accepté en votation populaire le 14 juin 1981 (FF 1981 II 1216).

257 Arrêté fédéral du 6.10.1972 modifiant les articles de la constitution sur l'enseignement, rejeté en votation populaire le 4 mars 1973 (FF 1973 I 1155). Ayant obtenu 52,8 % du vote populaire, le projet a cependant été refusé par 10 cantons et 3 demi-cantons.

258 EDENHARTER, p. 507.

259 Art. 17 Cst.-BE 1893, adopté le 29 octobre 1950, et art. 17<sup>bis</sup> et art. 17<sup>ter</sup> Cst.-BE 1893, adopté le 26 février 1978.

260 VD et NE (1959), GE (1960), BS (1966), BL (1966–1970), TI (1968–1969) et ZH (1970); voir TOBLER, p. 290–293.

261 Voir aussi BELSER, *Kantonale Grundrechte*, p. 74–78; TOBLER, p. 290–293.

262 Ainsi notamment les communes de Niederdorf (BL) et d'Unterbäch (VS), voir TOBLER, p. 291.



droit de vote des femmes montre toutefois aussi que ce rôle n'est pas dénué d'ambiguïté. En effet, s'il arrive certes que des cantons inspirent, par leurs innovations, des développements similaires aux niveaux cantonal et fédéral, l'argument du laboratoire a également été avancé pour freiner l'évolution: ainsi, il a été suggéré que l'on ne saurait contempler l'introduction du droit de vote des femmes sur le plan fédéral avant qu'il ne soit garanti dans une majorité de cantons<sup>263</sup>. Le Conseil fédéral a expliqué en 1970 qu'il n'avait pas souhaité soumettre la question une nouvelle fois au vote «avant que quelques cantons n'aient réussi, à côté de Vaud, Neuchâtel et Genève» à introduire cette avancée dans leur juridiction<sup>264</sup>. Selon les propres termes du Conseil fédéral, cette retenue s'expliquait par l'exigence de la double majorité pour les révisions constitutionnelles<sup>265</sup>. Enfin, l'exemple du droit de vote des femmes montre aussi le rôle de l'État fédéral face à des résistances cantonales, en l'occurrence celles des deux Appenzell et en particulier d'Appenzell Rhodes-Intérieures, qui a été forcé en 1990 par le Tribunal fédéral d'accorder les droits politiques aux femmes<sup>266</sup>.

Malgré la relative pauvreté du catalogue des droits figurant dans la Constitution fédérale, un glissement vers le plan fédéral s'opère en matière de droits fondamentaux tout au long du 20<sup>e</sup> siècle. Cette évolution s'explique notamment par le fait que tant le Tribunal fédéral que les autorités judiciaires cantonales tendent dans leur pratique à se référer principalement à la Constitution fédérale, y compris en proposant une interprétation large du texte de celle-ci, et d'interpréter au contraire de manière étroite les garanties cantonales, voire à ne pas en tenir compte<sup>267</sup>. Ainsi, les droits constitutionnels cantonaux sont perçus comme redondants et ne jouent plus qu'un rôle limité<sup>268</sup>. Leur perte d'influence et de prestige se poursuit jusque dans les années 1970<sup>269</sup>.

Par la suite, toutefois, a lieu un certain regain d'intérêt pour les constitutions cantonales. Ce renouveau cantonal – d'aucuns parlent d'un «repli»<sup>270</sup> – s'exprime notamment par la révision totale de la quasi-totalité des constitutions cantonales. Les cantons de Nidwald et d'Obwald ouvrent la voie dans les années 1960<sup>271</sup>, inaugurant ainsi le début d'une nouvelle ère de révisions totales qui se poursuivra tout au long de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle et au 21<sup>e</sup> siècle<sup>272</sup>. En matière de

---

263 TOBLER, p. 290.

264 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur l'institution du suffrage féminin en matière fédérale du 23 décembre 1969, FF 1970 I 61, 63.

265 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur l'institution du suffrage féminin en matière fédérale du 23 décembre 1969, FF 1970 I 61, 63–64.

266 ATF 116 Ia 359. Pour plus de détails, voir TOBLER, p. 293–302.

267 EDENHARTER, p. 527–540. Cette tendance s'exprime aussi par la reconnaissance de droits constitutionnels non écrits: à ce propos, voir *infra*, chapitre C.I.2.

268 PIRKER, p. 91–93.

269 PIRKER, p. 91–93.

270 BESSON, Droits de l'homme, p. 31.

271 Cst.-NW (RS 131.216.2) et Cst.-OW (RS 131.216.1).

272 AUER, Staatsrecht, N 559; EDENHARTER, p. 507.

droits fondamentaux, ces deux constitutions sont plutôt laconiques. En effet, un nombre variable de libertés sont condensées au sein d'un seul article et seuls quelques droits sont formulés de manière séparée et plus précise<sup>273</sup>; l'introduction d'une juridiction constitutionnelle à Nidwald représente cependant une évolution institutionnelle notable<sup>274</sup>. L'année 1977 voit la création du canton du Jura, qui se dote d'une constitution «comparable à celle d'un État»<sup>275</sup>, contenant notamment un catalogue détaillé des droits fondamentaux et instaurant une cour constitutionnelle<sup>276</sup>. Le préambule est également remarquable, en raison de sa référence à divers instruments internationaux de protection des droits humains, soulignant encore davantage la *Staatlichkeit* jurassienne. Entre 1980 et 1999, neuf cantons procèdent à des révisions totales de leurs constitutions<sup>277</sup>. Alors que certaines contiennent de véritables catalogues de droits fondamentaux, d'autres s'expriment de manière plus succincte, à l'instar des textes adoptés dans les cantons d'Obwald et de Nidwald<sup>278</sup>. Cependant, malgré la diversité des constitutions cantonales, et la concision de certaines d'entre elles, ces révisions se rejoignent en ce qu'elles codifient des droits fondamentaux reconnus par la jurisprudence et apportent également des innovations en matière de droits fondamentaux<sup>279</sup>. On retrouve ici l'idée des laboratoires, puisque ces évolutions ne s'inspirent pas seulement mutuellement, mais inspireront également la Constitution fédérale de 1999.

#### d. La Constitution fédérale de 1999

Après plusieurs tentatives infructueuses<sup>280</sup>, la nouvelle Constitution fédérale est adoptée en 1999<sup>281</sup>. Qualifiée de «mise à jour» (*Nachführung*)<sup>282</sup>, elle codifie notamment la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels non écrits, les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ainsi que la jurisprudence y relative de la Cour EDH<sup>283</sup>.

273 Voir les articles 1 Cst.-NW (RS 131.216.2) et 13 Cst.-OW (RS 131.216.1) pour l'énumération, ainsi que les articles 10 Cst.-NW et 21 Cst.-OW (droit de pétition), 20 Cst.-NW et 28 Cst.-OW (enseignement privé), 14 Cst.-OW (garantie de la propriété).

274 Art. 69 Cst.-NW; voir aussi EDENHARTER, p. 509; BOLKENSTEYN, p. 165–167.

275 EDENHARTER, p. 508.

276 Voir les articles 6 à 16 et 104 Cst.-JU (RS 131.235).

277 Cst.-AG (1980, RS 131.227), Cst.-BL (1984, RS 131.222.2), Cst.-UR (1984, RS 131.214), Cst.-SO (1986, RS 131.221), Cst.-TG (1987, RS 131.228), Cst.-GL (1988, RS 131.217), Cst.-BE (1993, RS 131.212), Cst.-AR (1995, RS 131.224.1), Cst.-TI (1997, RS 131.229); voir aussi EDENHARTER, p. 507–508.

278 EHRENZELLER/NOBS, p. 11–14; EDENHARTER, p. 507–509.

279 Voir aussi *infra*, chapitre C.II.

280 Pour un aperçu, voir HAFNER, p. 31–41.

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

282 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 33, 45, 117. À propos de ce concept de «mise à jour», voir aussi KLEY, 1798 bis Gegenwart, N 54, 56–58.

283 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 44, 138, *passim*.

Elle s'inspire également d'évolutions cantonales: la Constitution bernoise de 1993, en particulier, a été qualifiée de «jalon important» pour le développement constitutionnel suisse, servant de modèle à d'autres constitutions cantonales comme à la Constitution fédérale de 1999<sup>284</sup>.

Contrairement aux textes de 1848 et de 1874, la Constitution de 1999 contient un véritable catalogue des droits fondamentaux<sup>285</sup>. Ce dernier, qualifié par le Conseil fédéral de complet, mais non exhaustif<sup>286</sup>, pose avec une nouvelle acuité la question de la place laissée aux innovations cantonales en matière de droits fondamentaux. Or, loin de mettre un terme aux évolutions cantonales en matière de droits fondamentaux, l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1999 semble au contraire avoir provoqué l'effet inverse. Ainsi, on ne dénombre pas moins de onze révisions totales entre 1999 et 2012<sup>287</sup>. En 2023, deux révisions totales sont en cours<sup>288</sup>. Lors de ces révisions, la question du rôle et de la place des droits constitutionnels cantonaux a régulièrement été débattue<sup>289</sup>. Pour finir, seule une petite minorité de cantons se sont contentés d'un renvoi à la Constitution fédérale, alors que la plupart des cantons ont opté soit pour l'adoption d'un véritable catalogue de droits fondamentaux, soit pour de brèves énumérations accompagnées de quelques dispositions plus détaillées visant à se démarquer de la Constitution fédérale<sup>290</sup>. Cette évolution soulève nécessairement la question de la portée – juridique et pratique – de ces droits aujourd'hui, un aspect que nous approfondirons par la suite<sup>291</sup>.

---

284 EHRENZELLER/NOBS, p. 3 (nous traduisons); voir aussi AUER, Staatsrecht, N 563; EDENHARTER, p. 507–508, 518–519. À propos des sources d'inspirations cantonales, voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 45, 62–64.

285 Art. 7 à 36 Cst. féd.; voir aussi art. 41 Cst. féd. pour les buts sociaux.

286 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1, 34, 138.

287 Cst.-NE (2000, RS 131.233), Cst.-SG (2001, RS 131.255), Cst.-SH (2002, RS 131.223), Cst.-VD (2003, RS 131.231), Cst.-GR (2003, RS 131.226), Cst.-FR (2004, RS 131.219), Cst.-ZH (2005, RS 131.211), Cst.-BS (2005, RS 131.222.1), Cst.-LU (2007, RS 131.213), Cst.-SZ (2010, RS 131.215), Cst.-GE (2012, RS 131.234).

288 En Valais, la révision totale de la Constitution cantonale a été décidée le 4 mars 2018 et les travaux ont été confiés à une Constituante, qui a adopté son projet final le 25 avril 2023. La votation populaire est attendue pour 2024. L'ensemble des documents peuvent être consultés sous <<https://www.vs.ch/web/constituante>> [14.05.2023]. Le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures a similairement décidé d'une révision totale lors du scrutin populaire du 4 mars 2018; une commission constitutionnelle a élaboré un projet, qui a été adopté le 3 janvier 2023 par le Conseil d'État et a été transmis au parlement cantonal. Pour plus d'informations, voir <<https://ar.ch/regierungsrat/totalrevision-kantonsverfassung/>> [14.05.2023].

289 SCHEFER/ZIEGLER, p. 79–80.

290 EDENHARTER, p. 514–524, 563–564, 571–580; AUER, Staatsrecht, N 1441–1444.

291 Voir *infra*, chapitre C.II.

## 2. *L'œuvre créatrice du Tribunal fédéral*

### a. *Généralités*

Le faible nombre de droits reconnus dans la Constitution fédérale avant 1999 ne saurait éclipser le véritable essor que les droits fondamentaux ont connu pendant la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle. Ce développement peut être attribué d'une part à l'adhésion de la Suisse à des traités internationaux de protection des droits humains – une évolution que nous examinerons plus loin<sup>292</sup> – et d'autre part, à la jurisprudence du Tribunal fédéral, dont l'œuvre créatrice a élargi des droits existants et reconnu des droits nouveaux. Dans ce qui suit, nous approfondirons deux aspects de cette évolution: la tendance vers l'uniformisation et la consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux.

### b. *La juridiction constitutionnelle fédérale: une tendance vers l'uniformisation des droits fondamentaux*

Dans un État fédéral comme la Suisse, la juridiction constitutionnelle remplit, entre autres, une fonction fédérative<sup>293</sup>. En d'autres termes, il lui incombe d'assurer cet équilibre fragile entre diversité et uniformité (ou à tout le moins harmonisation). Son rôle devrait être, d'une part, de garantir l'autonomie des cantons et d'autre part, d'assurer une certaine uniformité et la cohésion nécessaire au sein de l'État fédéral<sup>294</sup>. La tension entre ces deux fonctions imprègne notamment la jurisprudence relative aux droits fondamentaux, avec une nette tendance vers l'uniformisation<sup>295</sup>. En effet, et comme cela a déjà été évoqué au chapitre précédent, la jurisprudence a rapidement préféré se référer à la Constitution fédérale plutôt qu'aux constitutions cantonales, lesquelles ont en conséquence considérablement perdu en influence<sup>296</sup>.

La fonction fédérative et centralisatrice des droits fondamentaux devient apparente dans les premières années suivant la création de l'État fédéral. Ainsi, dès 1848, le non-respect de la liberté d'établissement par les autorités cantonales donne lieu à de nombreux recours au Conseil fédéral, puis à l'Assemblée fédérale<sup>297</sup>, principaux organes de la juridiction constitutionnelle jusqu'en 1874<sup>298</sup>. Si cette jurisprudence n'a rien de surprenant – la consécration de la liberté d'établissement dans la Constitution fédérale visait justement à garantir

292 Voir *infra*, chapitre D.

293 HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 231.

294 Sur les limites dans ce domaine, voir *supra*, chapitres B.I.1.c et B.II.2.

295 MARTI, N 21; EDENHARTER, p. 402–404, 436–437, 476, 558–559, 591; HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 324–327.

296 EDENHARTER, p. 436–437, 476, 558–559; PIRKER, p. 92, 171–173. La reconnaissance des droits constitutionnels non écrits analysée ci-après fait également partie de cette tendance uniformisatrice (voir aussi HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 326).

297 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 802; EDENHARTER, p. 424.

298 HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 231.

cette uniformisation –, on observe plus généralement une tendance de «fédéralisation» des droits fondamentaux à partir de 1874, tendance qui s'accroît encore davantage au cours du 20<sup>e</sup> siècle<sup>299</sup>.

En 1874, le Tribunal fédéral est érigé en organe principal de la juridiction constitutionnelle sur le plan fédéral<sup>300</sup>. Cette compétence connaît toutefois des restrictions importantes: ainsi, si le Tribunal fédéral est compétent pour juger des violations des droits constitutionnels cantonaux, il ne veille au respect que d'une partie des droits garantis par la Constitution fédérale<sup>301</sup>. En effet, dans les premières années, les autorités politiques fédérales conservent la juridiction pour les droits fondamentaux jugés primordiaux pour «l'intégration politique et économique de l'État fédéral»<sup>302</sup>. En 1893, le Tribunal acquiert la compétence de trancher les questions relatives à la liberté d'établissement et la liberté religieuse et en 1911, celle de statuer en matière de liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de droits politiques<sup>303</sup>.

Au cours des années et décennies qui suivent, le Tribunal fédéral développe une riche jurisprudence en matière de droits fondamentaux. S'agissant des droits constitutionnels cantonaux, leur portée est limitée en pratique, ce qui s'explique notamment par une certaine retenue du Tribunal fédéral d'une part, et une pratique cantonale de juridiction constitutionnelle souvent peu développée d'autre part<sup>304</sup>. Par ailleurs, et pour des raisons à la fois nombreuses et complexes, force est de constater que le Tribunal fédéral se base plus souvent sur le droit fédéral, malgré le caractère lacunaire de celui-ci, que sur les droits constitutionnels cantonaux, même dans des cas qui s'y seraient prêtés<sup>305</sup>; après la ratification de la CEDH en 1974, on constate par ailleurs une internationalisation certaine<sup>306</sup>. L'une des raisons pouvant expliquer la préférence du droit fédéral, puis international, est un certain souci d'harmoniser les droits fondamentaux applicables dans les diverses régions et aux différents échelons de l'État fédéral<sup>307</sup>. Au fil des années, le Tribunal fédéral développe ainsi considérablement la protection fédérale en matière des droits fondamentaux<sup>308</sup>. Cette évolution passe notamment par une interprétation extensive et créatrice de l'article 4 aCst. féd. garantissant l'égalité de traitement, et duquel le Tribunal fédéral a non seulement déduit l'interdiction de l'arbitraire, mais aussi toute

---

299 EDENHARTER, p. 405–407, 463–480. Pour le terme de «fédéralisation», voir par ex. BESSON, *Droits de l'homme*, p. 17, 21.

300 HOTTELIER, N 41.

301 HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 231–232; HOTTELIER, N 41.

302 HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 231.

303 KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*, p. 804.

304 Pour une analyse plus détaillée de ces interactions complexes, et de la jurisprudence du Tribunal fédéral parfois fluctuante, voir EDENHARTER, p. 485–500, 555–558.

305 Nous renvoyons sur ce point à l'analyse minutieuse d'EDENHARTER, not. p. 470–480, 532–540.

306 Voir *infra*, chapitre D.I.

307 Voir aussi HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 326.

308 EDENHARTER, p. 527–540.

une panoplie de garanties de procédure<sup>309</sup>. Le phénomène a atteint une ampleur telle qu'AUBERT est allé jusqu'à affirmer que le Tribunal fédéral «a inauguré une juridiction de recours dont le texte constitutionnel ne contient pas le moindre indice»<sup>310</sup>. Durant cette période d'effervescence créatrice, une évolution particulièrement remarquable est la reconnaissance, dans la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle, de plusieurs droits constitutionnels non écrits. Ce phénomène mérite que l'on s'y attarde quelque peu.

*c. Les droits constitutionnels non écrits*

Au cours de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle, le Tribunal fédéral a allongé de manière considérable la liste des droits constitutionnels garantis sur le plan fédéral, en reconnaissant divers droits qui ne figuraient pourtant pas expressément dans le texte de la Constitution. Il s'agit des «droits constitutionnels non écrits». Le premier à être reconnu est la garantie de la propriété entre 1959 et 1960<sup>311</sup>. Qualifiée de «courageuse»<sup>312</sup>, cette jurisprudence est cependant moins novatrice qu'il n'y paraît au premier abord. Elle s'inscrit au contraire dans la continuité de la jurisprudence de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle. En effet, le Tribunal fédéral a commencé très tôt à harmoniser les droits garantis par les constitutions cantonales, puisant dans ces dernières des principes généraux applicables à l'ensemble des cantons<sup>313</sup>. Ce processus de «coordination» prétoirienne – et un certain nivellement allant de pair – s'observe notamment en matière de garantie de la propriété ou encore de liberté personnelle, deux droits largement reconnus par les constitutions cantonales<sup>314</sup>.

Entre 1961 et 1970, le Tribunal fédéral consacre plusieurs libertés de communication, à savoir la liberté d'expression en 1961<sup>315</sup>, la liberté personnelle en 1963<sup>316</sup>, la liberté de la langue en 1965<sup>317</sup> et la liberté de réunion en 1970<sup>318</sup>. Par la suite, l'évolution ralentit, le Tribunal fédéral refusant à plusieurs reprises de reconnaître de nouveaux droits. Ainsi, il estime que la Constitution

309 AUBERT, Droit constitutionnel, N 1798–1849. Cette évolution trouve cependant ses limites dans l'article 190 Cst. féd. garantissant l'immunité des lois fédérales (pour un exemple d'application, fondé toutefois sur l'article 8 Cst. féd. ayant remplacé l'art. 4 aCst. féd., voir ATF 129 II 249, c. 5.4, arrêt du Tribunal fédéral 2C\_135/2009 du 22 janvier 2010, c. 3.2).

310 AUBERT, Droit constitutionnel, N 310; voir aussi *idem*, N 1798–1849.

311 Tribunal fédéral, arrêt *Keller et Meier* du 11 mai 1960, ZBl 1961, p. 69 ss; voir déjà les arrêts non publiés *Oberhänsli*, du 24 juin 1959 et *Heinrich*, du 21 octobre 1959 (EDENHARTER, p. 512).

312 MÜLLER, Staatsleitende Grundsätze, p. 280 ss.

313 Voir not. pour la garantie de la propriété, ATF 35 I 559, c. 4 et ATF 74 I 466, c. 3 e/bb; voir aussi KIESER, p. 18–19.

314 KIESER, p. 18–19.

315 ATF 87 I 114, c. 2, puis – plus explicitement – ATF 91 I 480, c. 1; voir aussi ATF 100 Ia 392, c. 4a; ATF 107 Ia 277, c. 2.

316 ATF 89 I 92, c. 3; voir déjà ATF 82 I 234, c. 3.

317 ATF 91 I 480, c. 1.

318 ATF 96 I 219, c. 4; voir aussi ATF 100 Ia 392, c. 4a.

fédérale ne garantit pas de droit à la libre conception d'un monument funéraire<sup>319</sup>, pas de liberté de manifestation en tant que telle<sup>320</sup>, pas de droit à la formation post-obligatoire<sup>321</sup>, ni de droit à l'information<sup>322</sup>. Il faudra attendre 1995 pour que le Tribunal fédéral consacre un nouveau droit, la garantie des conditions minimales d'existence<sup>323</sup>.

La limite entre reconnaissance d'un nouveau droit et interprétation d'un droit existant n'est pas toujours nette. Par exemple, lorsqu'il était confronté à la question de savoir si la liberté de la recherche et de la science pouvait être reconnue comme droit constitutionnel fédéral non écrit, le Tribunal fédéral a préféré considérer que ces aspects étaient couverts par la liberté personnelle, déjà reconnue auparavant<sup>324</sup>. Par ailleurs, les divers droits que le Tribunal fédéral a déduit de l'article 4 aCst. féd. par le biais d'une interprétation téléologique extensive du droit à l'égalité (art. 4 aCst. féd.), s'apparentent également à des droits constitutionnels non écrits<sup>325</sup>.

Au fil des années, le Tribunal fédéral a dégagé plusieurs critères guidant la décision de reconnaître un droit constitutionnel non écrit et qui sont désormais au nombre de trois<sup>326</sup>. Premièrement, il doit s'agir d'un droit qui apparaît en quelque sorte comme une condition nécessaire à l'exercice d'une liberté explicitement garantie par la Constitution fédérale ou comme un «élément essentiel d'un ordre démocratique fondé sur le droit»<sup>327</sup>. Deuxièmement, le droit fondamental en question doit faire l'objet d'un «certain consensus au sein de l'ordre juridique suisse»<sup>328</sup>. À ce propos, la Haute cour a notamment indiqué que le droit en question doit être reconnu en doctrine et correspondre à une «réalité

319 ATF 96 I 104, c. 1.

320 ATF 100 Ia 392, c. 4.

321 ATF 103 Ia 369, c. 4a.

322 ATF 104 Ia 88, c. 5c. Critiquée par la doctrine, cette jurisprudence fut toutefois confirmée trois ans plus tard (ATF 107 Ia 304, c. 4).

323 ATF 121 I 367, c. 2; confirmé dans ATF 122 II 193, c. 2b. Le TF cite deux arrêts antérieurs dans lesquels il avait qualifié l'obligation d'assistance envers les personnes indigentes de nationalité étrangère de «devoir d'humanité» aussi bien que de «devoir inhérent aux fonctions de l'État» (ATF 51 I 325, c. 2; voir aussi ATF 40 I 409, c. 2).

324 ATF 115 Ia 234, c. 10.

325 Voir aussi AUBERT, Droit constitutionnel, N 310. Le Conseil fédéral les a d'ailleurs explicitement qualifiés de cette manière, voir CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la mise en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale et les adaptations législatives consécutives du 11 août 1999, FF 1999 I 7145, 7160.

326 Pour l'ensemble des critères, voir not. ATF 121 I 367, c. 2; voir aussi DUBEY, Vol. I, N 37 ss; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 75–77; PIRKER, p. 91–92; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 276–277. À propos de l'évolution des deux premiers critères, voir KIESER, p. 17–24.

327 Pour l'origine de ce critère, voir ATF 96 I 104, c. 1; voir aussi ATF 107 Ia 277, c. 2; ATF 115 Ia 234, c. 10a.

328 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 75–77. Ce critère se trouve explicité pour la première fois dans l'ATF 100 Ia 392, où le Tribunal fédéral affirme toutefois que ce critère a toujours guidé l'interprétation jurisprudentielle, excepté dans le cas particulier de la liberté de la langue (c. 4c). Si on en trouve des traces dans la jurisprudence antérieure (voir par



constitutionnelle largement répandue dans les cantons» («*weitverbreitet[e] Verfassungswirklichkeit in den Kantonen*») <sup>329</sup>. Troisièmement, selon une jurisprudence inaugurée en 1995, tout droit constitutionnel non écrit doit présenter un caractère justiciable <sup>330</sup>. Ce critère fait son apparition dans l'arrêt reconnaissant le droit à des conditions minimales d'existence, à savoir le premier – et l'unique <sup>331</sup> – droit social à avoir été reconnu comme droit constitutionnel non écrit <sup>332</sup>.

Du point de vue du fédéralisme, le deuxième critère – celui du consensus ou de la *réalité constitutionnelle cantonale* – mérite un examen plus approfondi. Ce critère démontre la place importante des constitutions cantonales dans le processus de reconnaissance de tout droit constitutionnel non écrit <sup>333</sup>. Il souligne ainsi le rôle des cantons comme laboratoires ou «champs d'expérimentation» des droits fondamentaux, ainsi que leur fonction d'inspiration ou de modèle <sup>334</sup>. L'approche selon laquelle un droit constitutionnel non écrit doit être reconnu largement sur le plan cantonal avant d'être garanti sur le plan fédéral peut également être comprise comme une concrétisation du principe de subsidiarité.

En application de ce critère, le Tribunal fédéral a par exemple souligné que la liberté personnelle était «pleinement garantie dans pratiquement tous les cantons» avant de la reconnaître comme droit constitutionnel non écrit <sup>335</sup>. À l'inverse, le Tribunal s'est également référé à la réalité constitutionnelle cantonale afin de refuser de reconnaître l'existence de nouveaux droits <sup>336</sup>. Ainsi, c'est l'absence de garanties constitutionnelles qui a fait échouer la reconnaissance d'une liberté de manifestation à part entière, au motif qu'elle était «inconnue des constitutions cantonales comme de la CEDH» <sup>337</sup>. De même, le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître l'existence d'un droit constitutionnel non écrit à

---

ex. ATF 89 I 92, c. 3), la doctrine de l'époque considérait toutefois ce critère comme nouveau (voir KIESER, p. 17 et les réf. cit.).

329 ATF 104 Ia 88, c. 5c; ATF 121 I 367, c. 2a (nous traduisons). Occasionnellement, le Tribunal fédéral tient compte d'autres éléments: ainsi, l'existence de débats politiques et doctrinaux à propos d'une éventuelle liberté de radio et de télévision (ATF 98 Ia 73, c. 3b) ou encore le rejet, en votation populaire d'une disposition constitutionnelle similaire sur le plan fédéral (ATF 103 Ia 377, c. 4a).

330 ATF 121 I 367, c. 2c.

331 Voir aussi BELSER/BÄCHLER, p. 472. Précisons toutefois que le Tribunal fédéral a déduit de l'article 4 Cst. féd.-1874 un droit à l'assistance judiciaire gratuite (ATF 57 I 337, c. 2), qui peut être considéré comme un droit social (MAHON, *Droit constitutionnel*, Vol. II, p. 336), soit comme un «prolongement d'ordre économique ou social» d'un droit civil et politique (cf. Cour EDH, *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26).

332 À propos de la réticence du Tribunal fédéral de reconnaître la justiciabilité des droits sociaux, voir CHATTON, *Pleine reconnaissance*, p. 6–7, 417–418.

333 Voir aussi WEERTS, 190–193; EDENHARTER, p. 511–513.

334 KÄGI-DIENER, *Grundrechtsschutz*, N 20; voir aussi EDENHARTER, p. 513.

335 ATF 82 I 234, c. 3; ATF 89 I 92, c. 3 (nous traduisons).

336 Voir not. ATF 100 Ia 392, c. 4c; ATF 104 Ia 88, c. 5c.

337 ATF 100 Ia 392, c. 4c (nous traduisons).



l'information, ne trouvant alors trace d'un tel droit que dans le seul canton de Soleure, et soulignant par ailleurs que peu de cantons avaient réglementé la question de l'accès aux informations officielles<sup>338</sup>. Il est au demeurant intéressant de constater que dans les deux affaires, le Tribunal fédéral se fonde sur l'absence du droit invoqué dans le catalogue des droits garantis par la CEDH pour étayer son raisonnement<sup>339</sup>.

Peut-être en raison de son effet de frein, le critère de la réalité constitutionnelle cantonale n'est pas resté sans critiques. Ainsi, écrivant en 1991, un auteur estime qu'il est déraisonnable d'exiger qu'une faculté soit à la fois indispensable à l'exercice d'un autre droit ou à un ordre démocratique fondé sur le droit – le premier critère – *et* reconnu par les constitutions cantonales – le second critère –, suggérant que ces conditions devraient être lues comme alternatives<sup>340</sup>. Par la suite, mais sans toutefois faire sienne cette suggestion, le Tribunal fédéral a appliqué le critère de la réalité constitutionnelle avec une certaine souplesse, comme l'illustre l'arrêt portant sur le droit à des conditions minimales d'existence. Lorsque le Tribunal fédéral rend son arrêt, seules trois dispositions constitutionnelles cantonales – dont une seule était déjà en vigueur – garantissaient un droit individuel à des conditions minimales d'existence<sup>341</sup>. Or, cela n'a pas empêché le Tribunal fédéral de conclure à l'existence d'une réalité constitutionnelle cantonale. Pour ce faire, il a notamment tenu compte de dispositions prévoyant l'aide sociale en tant que but social ou comme mandat au législateur<sup>342</sup>. Il estime par ailleurs que le refus exprès de plusieurs cantons de consacrer un tel droit individuel dans leurs constitutions était sans conséquence, puisque ce rejet portait sur la forme – consécration d'un droit constitutionnel individuel – plutôt que sur le principe même de l'obligation étatique de venir en aide aux personnes indigentes<sup>343</sup>. Le Tribunal fédéral en conclut donc que ce second critère est rempli, s'appuyant par ailleurs sur la doctrine en faveur de la reconnaissance d'un tel droit. L'arrêt montre que le critère de la réalité constitutionnelle cantonale n'est pas aisé à saisir, et que son application semble à tout le moins malléable. Il indique aussi que la doctrine a joué un rôle non négligeable dans la reconnaissance du droit à des conditions minimales d'existence<sup>344</sup>.

Si les droits constitutionnels cantonaux ont joué un rôle dans la reconnaissance des droits constitutionnels non écrits, cette même reconnaissance a opéré un glissement vers le plan fédéral<sup>345</sup>. L'entrée en vigueur de la Convention eu-

338 ATF 104 Ia 88, c. 5c.

339 ATF 100 Ia 392, c. 4c; ATF 104 Ia 88, c. 5c.

340 KIESER, p. 23–24.

341 § 16 Cst.-BL ainsi que les art. 24 al. 1 Cst.-AR et 29 Abs. 1 Cst.-BE; BELSER/BÄCHLER, p. 473.

342 ATF 121 I 367, consid. 2b.

343 ATF 121 I 367, c. 2b; voir aussi BELSER/BÄCHLER, p. 473–474.

344 ATF 121 I 367, c. 2b; voir aussi BELSER/BÄCHLER, p. 473–474.

345 EDENHARTER, p. 555; PIRKER, p. 92.

ropéenne des droits de l'homme en 1974 et l'application directe de ses garanties par le Tribunal fédéral, puis – surtout – la codification de la jurisprudence dans la Constitution de 1999 ont rétréci les possibilités pour de futures reconnaissances de droits constitutionnels non écrits. Néanmoins, il serait erroné de considérer cette jurisprudence comme désuète. S'inspirant des évolutions dans les constitutions cantonales intervenues depuis 1999, on pourrait par exemple songer à la reconnaissance d'un droit de pétition assorti d'un droit de réponse ou encore d'un droit d'accès aux informations<sup>346</sup>. Dans le domaine des droits sociaux, BELSER et BÄCHLER argumentent de façon convaincante en faveur de la reconnaissance d'un droit constitutionnel non écrit à l'aide sociale allant au-delà du simple droit à des conditions minimales d'existence garanti par l'article 12 Cst. féd.<sup>347</sup>. Ces propositions indiquent que les constitutions cantonales conservent toute leur pertinence en tant que laboratoires ou sources d'innovation, malgré l'internationalisation des droits fondamentaux intervenue tout au long de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle et qui se poursuit aujourd'hui. Dans ce qui suit, nous allons examiner ce rôle dans une perspective contemporaine.

## II. Le rôle contemporain des droits constitutionnels cantonaux

Comme nous l'avons évoqué, les cantons conservent la compétence d'adopter des droits fondamentaux et font régulièrement usage de cet attribut essentiel de leur autonomie. Ainsi, la totalité des constitutions cantonales contiennent aujourd'hui au moins certaines dispositions dédiées aux droits fondamentaux, même si le degré de détail varie fortement d'une constitution à l'autre<sup>348</sup>. Les cantons font donc, aujourd'hui encore, office de «laboratoires» des droits fondamentaux. Dans ce qui suit, il s'agit d'examiner de plus près cette thématique, en clarifiant la portée juridique de ces droits de manière générale (1) avant d'analyser de plus près les droits potentiellement innovants et leur portée concrète (2).

### 1. La portée juridique des droits constitutionnels cantonaux

S'agissant de la portée juridique des droits constitutionnels cantonaux, il faut distinguer trois cas de figure en fonction du contenu de chaque disposition. Il s'agit de déterminer si un droit cantonal reste en-deçà du droit fédéral et international, a la même portée ou va au-delà des garanties fédérales et internationales.

Le premier cas de figure se rencontre lorsque la portée d'un droit constitutionnel cantonal est plus étroite que celle du droit garanti au niveau fédéral et

346 Voir *infra*, chapitre C.II.2.b.

347 BELSER/BÄCHLER, p. 463–488; MÜLLER, Entstehung, N 16.

348 EDENHARTER, p. 571–580.

international. Il arrive en effet qu'un droit constitutionnel cantonal soit formulé de manière plus restrictive que son pendant fédéral. La doctrine cite à cet égard l'article 22 de la Constitution fribourgeoise qui, après avoir garanti la liberté scientifique, prévoit que «les scientifiques assument leur responsabilité envers les êtres humains, les animaux, les plantes et leurs bases vitales»<sup>349</sup>. S'il est vrai que la Constitution fédérale pose également des limites à la liberté de la science, la formulation fribourgeoise laisse penser que la disposition cantonale aurait une portée moindre<sup>350</sup>.

En principe, un tel cas de figure reste sans effet concret, puisque c'est alors la Constitution fédérale, applicable dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qui prend le relai<sup>351</sup>. Dans le même ordre d'idées, les constitutions cantonales formulées de manière restrictive ne dérogent pas au droit international, qui fait partie intégrante du droit fédéral<sup>352</sup>. Une question qui se pose néanmoins est de savoir si une constitution cantonale qui formule des droits de manière clairement plus restrictive que le droit fédéral peut obtenir la garantie fédérale ou pas. À notre sens, plusieurs principes de l'État de droit s'y opposent: outre la primauté du droit fédéral, l'on pense notamment à la sécurité du droit<sup>353</sup>. En pratique, l'on peut cependant s'attendre à ce que l'Assemblée fédérale privilégie l'autonomie cantonale, en considérant simplement qu'une telle disposition resterait lettre morte<sup>354</sup>.

Une question légèrement différente se pose dans le cas de dispositions constitutionnelles visant non pas à garantir, mais à restreindre des droits fondamentaux, comme l'interdiction de dissimuler le visage, qui a d'abord été codifiée dans la Constitution tessinoise avant de l'être sur le plan fédéral<sup>355</sup>. Dans ce cas, le Conseil fédéral a proposé une analyse approfondie de la disposition avant de conclure – de manière certes décevante, mais peu étonnante – que celle-ci était conforme aux garanties fédérales et à la CEDH<sup>356</sup>. La question

349 Art. 22 al. 2 Cst.-FR; voir not. PIRKER, p. 116.

350 PIRKER, p. 116; MARTI, N 19.

351 Art. 35 Cst. féd.; AUER, Staatsrecht, N 1449; MARTI, N 19; PIRKER, p. 174. Voir toutefois PIRKER, p. 116, à propos d'éventuelles restrictions fondées sur des dispositions constitutionnelles cantonales formulées de manière restrictive.

352 BESSON, Droit international public, p. 403–404; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1386.

353 En ce sens, voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la garantie de la Constitution du canton de Fribourg du 22 décembre 2004 du 22 décembre 2004, FF 2005 I 359, 366. *Contra*: AUER, Staatsrecht, N 1445 note 29.

354 Il est en effet rare qu'une disposition constitutionnelle n'obtienne pas la garantie fédérale (JAAG, N 11).

355 Art. 9a Cst.-TI adopté le 22 septembre 2013, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016; art. 10a Cst. féd. adopté le 7 mars 2021 avec entrée en vigueur immédiate.

356 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, d'Uri, de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du Tessin, de Vaud et du Jura du 12 novembre 2014, FF 2014 8899, 8916–8919.

consiste plus généralement à se demander si l'Assemblée fédérale – sur proposition du Conseil fédéral – constitue l'organe adéquat pour ce type d'analyse, ou si de telles questions ne devraient pas faire l'objet d'une analyse judiciaire<sup>357</sup>.

Le second cas de figure se produit lorsqu'une constitution cantonale consacre des droits formulés de manière similaire à la Constitution fédérale. En effet, il n'est pas rare que des constitutions cantonales énumèrent des droits d'ores et déjà garantis par le droit fédéral<sup>358</sup>. Cette situation pose la question de la portée de ces dispositions cantonales. Une partie de la doctrine estime que ces droits cantonaux sont «suspendus» tant et aussi longtemps que les mêmes droits sont garantis sur le plan fédéral et ne reprennent vie qu'en cas d'abrogation ou de restriction du droit supérieur correspondant<sup>359</sup>. Cette conception s'explique par des raisons historiques. En effet, entre 1874 et 1911, la compétence du Tribunal fédéral était explicitement exclue pour certains des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale<sup>360</sup>; appliquer les droits cantonaux correspondants aurait alors eu pour résultat de contourner cette exclusion<sup>361</sup>. Or, la théorie de la suspension ne se reflète pas dans la pratique judiciaire actuelle, qui cite régulièrement les dispositions constitutionnelles cantonales équivalentes à leur pendant fédéral, tout en renonçant à un examen plus détaillé<sup>362</sup>. Désormais, l'on tend donc simplement à considérer que ces droits conservent leur valeur juridique, mais n'ont pas de portée propre tant qu'ils ne dépassent pas le cadre du droit supérieur<sup>363</sup>. Cette position implique toutefois de déterminer si un droit cantonal ne va réellement pas au-delà de la Constitution fédérale, une question d'interprétation qui est loin d'être toujours aisée en pratique. Cette portée concrète est, en dernière instance, déterminée par le Tribunal fédéral<sup>364</sup>, un état de fait qui a cependant fait l'objet de critiques<sup>365</sup>.

Le troisième cas de figure concerne les droits constitutionnels cantonaux qui vont au-delà de la Constitution fédérale. L'admissibilité d'une telle situation est confirmée par la doctrine et la pratique unanimes, lesquelles considèrent que les constitutions cantonales peuvent aller au-delà des droits et libertés garantis par le droit fédéral<sup>366</sup>. On parle aussi du principe de faveur (*Günstigkeitsprinzip*)<sup>367</sup>.

357 Voir aussi JAAG, N 11.

358 Voir par ex. les art. 14–41 Cst.-GE, art. 7–32 Cst.-NE; voir aussi BUSER, N 68.

359 MAHON, Droit constitutionnel, Vol. II, p. 24; pour une critique, voir AUER, Staatsrecht, N 1450.

360 HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, p. 231.

361 EDENHARTER, p. 458–459.

362 AUER, Staatsrecht, N 1450.

363 AUER, Staatsrecht, N 1450; BUSER, N 541; KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz, N 19; MARTENET, Art. 49, N 30; SCHEFER/ZIEGLER, p. 78.

364 ATF 137 I 77, c. 1.3.1; BIAGGINI, Art. 116, N 28.

365 AUER, Staatsrecht, N 1439.

366 AUER, Staatsrecht, N 1445–1453 et les réf. cit.; MARTENET, Art. 49, N 30; SCHEFER/ZIEGLER, p. 78.

367 CHATTON, Constitutions cantonales, N 21–23; KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz, N 19.

Les cantons peuvent ainsi soit prévoir des droits avec une portée personnelle ou matérielle plus large que leur pendant fédéral, soit garantir des droits qui ne figurent pas dans la Constitution fédérale (*Aliud-Garantien*)<sup>368</sup>. Le cas échéant, ces droits ne lient, par définition, que les autorités cantonales; en revanche, ils les lient non seulement lorsqu'elles appliquent leur propre droit, mais également lors de l'application du droit fédéral, pour autant que ce dernier laisse une marge de manœuvre aux cantons<sup>369</sup>. Si un droit cantonal entre en conflit avec un droit fondamental fédéral, il faudrait trouver, dans la mesure du possible, une interprétation qui concilie les deux droits (*praktische Konkordanz*); en cas d'impossibilité, le droit fédéral prime en vertu de l'article 49 Cst. féd.<sup>370</sup>.

## 2. Les droits garantis par les constitutions cantonales

### a. Généralités

Il existe des différences considérables d'une constitution cantonale à une autre en matière de droits fondamentaux. AUER<sup>371</sup> distingue entre les constitutions cantonales qui contiennent un catalogue de droits relativement exhaustif<sup>372</sup>; les constitutions cantonales qui contiennent un catalogue plus bref, proposant quelques «accents» qui sont souvent complétés par une disposition énumérant les libertés fondamentales<sup>373</sup>; les constitutions cantonales qui mentionnent surtout les droits censés aller au-delà du droit fédéral ou international<sup>374</sup> et les constitutions cantonales se contentant d'un simple renvoi au droit fédéral ou international<sup>375</sup>. D'autres auteur·e·s proposent des classifications légèrement différentes, mais qui aboutissent au même constat<sup>376</sup>, à savoir que d'une part, de nombreuses constitutions cantonales réitèrent des droits qui sont déjà garantis ailleurs et n'ont, par conséquent, qu'une portée déclaratoire et que d'autre part, diverses constitutions cantonales continuent d'innover en consacrant des droits dont la portée pourrait, à première vue, dépasser la portée de la Constitution fédérale, même si cette compréhension n'est pas nécessairement confirmée par la jurisprudence<sup>377</sup>. Dans ce qui suit, nous proposons un panorama de ces droits, re-

---

368 PIRKER, p. 115–166; EDENHARTER, p. 460. Un droit constitutionnel cantonal peut également renforcer la portée d'un droit reconnu sur le plan international, notamment lorsque celui-ci est considéré comme n'étant pas justiciable.

369 EDENHARTER, p. 580–584, 607–609.

370 SCHEFER/ZIEGLER, p. 79; voir aussi PIRKER, p. 163–175.

371 AUER, Staatsrecht, N 1440–1444.

372 AG, AR, BE, GE, GL, FR, NE, SO, VD. Contrairement à la pratique répandue, nous avons choisi d'énumérer les cantons par ordre alphabétique pour refléter l'égalité de leur statut.

373 AI, BL, BS, JU, NW, OW, SH, TG, TI, UR, VS, ZG.

374 SG, ZH.

375 GR, LU, SZ.

376 Voir par ex. BUSER, N 67–72; CHATTON, Constitutions cantonales, N 1–51.

377 Voir *infra*, chapitres C.II.2.b et C.II.2.c.

groupés de façon thématique pour une meilleure vue d'ensemble, en précisant qu'il s'agit naturellement d'une énumération appelée à évoluer.

*b. Les libertés fondamentales et garanties de l'État de droit*

Dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination, plusieurs constitutions cantonales énumèrent les critères suspects de manière plus détaillée que la Constitution fédérale, disposant par exemple que nul ne doit être discriminé sur la base de son orientation sexuelle, situation sociale ou état civil<sup>378</sup>. Ces précisions ont une valeur symbolique indéniable, soulignant davantage l'accent mis sur l'égalité et la non-discrimination que l'on retrouve dans plusieurs constitutions cantonales<sup>379</sup>. Leur importance pratique est cependant restreinte: d'une part, la plupart de ces situations sont aussi couvertes par les articles 8 Cst. féd. et 14 CEDH<sup>380</sup> et d'autre part, leur portée trouve ses limites dans le droit civil fédéral, comme le rappelle le Tribunal fédéral<sup>381</sup>. En revanche, une protection plus étendue peut découler de dispositions spécifiques – comme la protection particulière des personnes en situation de handicap<sup>382</sup>. À cet égard, la Constitution bâloise confère par exemple une prétention subjective à l'accessibilité des bâtiments et installations plus étendue que celle prévue sur le plan fédéral et qui peut également être invoquée envers des personnes privées<sup>383</sup>. À Genève, une disposition analogue est entrée en vigueur en 2013. Peu avant, le Tribunal fédéral avait estimé que le fait de refuser l'accès à une salle de cinéma à une personne en chaise roulante ne violait pas les garanties fédérales et internationales<sup>384</sup>. En 2019, la Cour EDH a confirmé cette interprétation, soulignant une fois de plus la portée limitée de la CEDH s'agissant des droits des personnes en situation de handicap<sup>385</sup>. Ce raisonnement, qui fait preuve d'une approche minimaliste des droits garantis par la Convention et d'une compréhension formaliste du principe d'égalité et de non-discrimination, était déjà critiquable à l'époque; aujourd'hui, l'adoption de l'article 16 Cst.-GE et la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>386</sup> constituent deux arguments additionnels en faveur d'une interprétation différente.

Précisons cependant que la jurisprudence du Tribunal fédéral se distingue régulièrement par son approche restrictive lorsqu'il s'agit de déterminer la portée

378 § 9 al. 2 Cst.-BS, art. 9 al. 2 Cst.-FR, art. 8 al. 2 Cst.-NE, art. 10 al. 2 Cst.-VD, art. 11 al. 2 Cst.-ZH.

379 Voir par ex., à propos de la Cst.-BS, SCHEFER/ZIEGLER, p. 93-113.

380 Voir par ex. arrêt du Tribunal fédéral 2P.201/2005 du 13 janvier 2006, c. 3.5; arrêt du Tribunal fédéral 2C.421/2013 du 21 mars 2014, c. 6.4.2.

381 Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_374/2010 du 9 juillet 2010, c. 4.

382 § 8 al. 3 Cst.-BS, art. 36 Cst.-NE, art. 16 Cst.-GE; voir SCHEFER/ZIEGLER, p. 100-107.

383 voir SCHEFER/ZIEGLER, p. 100-107.

384 ATF 138 I 475.

385 Cour EDH, *Glaisen c. Suisse* (déc.), requête n° 40477/13, 25 juin 2019.

386 Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) du 13 décembre 2006 (RS 0.109).

des droits constitutionnels cantonaux. L'*interdiction de l'arbitraire*<sup>387</sup> constitue un exemple devenu célèbre. Dans une jurisprudence très controversée, le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître que l'interdiction de l'arbitraire consacrée par la Constitution bernoise constituait un droit constitutionnel<sup>388</sup>. Par la suite, il a appliqué le même raisonnement à l'article 9 Cst. féd.<sup>389</sup>.

Dans le domaine de la *vie privée et familiale*, de nombreuses constitutions cantonales consacrent un droit au libre choix des modes de vie<sup>390</sup>. Toutefois, le Tribunal fédéral a estimé que ces mêmes éléments étaient couverts par l'article 10 al. 3 Cst. féd. garantissant la liberté personnelle<sup>391</sup>. Dans tous les cas, cette protection se limite au droit cantonal, et ne pourrait donc déployer des effets que dans les domaines régis par le droit cantonal, par exemple en matière fiscale.

Toujours en lien avec le droit à la vie privée, cette fois-ci à propos de la protection de la *sphère privée*, diverses constitutions garantissent un droit à la protection des *données personnelles*<sup>392</sup>. Dans plusieurs cantons, des propositions visant à introduire un droit à l'*intégrité numérique* sont en cours de discussion<sup>393</sup>. Dans ce domaine, on observe un véritable fonctionnement de laboratoire, puisque des propositions similaires ont simultanément lieu dans plusieurs cantons et sur le plan fédéral<sup>394</sup>.

Depuis la révision totale de 1999, la Constitution fédérale contient un catalogue très détaillé de *libertés de communication* au sens large. Celui-ci est entre autres inspiré des constitutions cantonales, dont certaines garantissaient par exemple la liberté de la langue ou la liberté de l'art<sup>395</sup>. Aujourd'hui encore, les constitutions cantonales vont au-delà de la Constitution fédérale à certains égards. Citons par exemple la Constitution fribourgeoise, qui garantit le droit de s'adresser aux autorités dans la langue officielle de son choix<sup>396</sup>, un droit

387 § 10 Cst.-BS, art. 8 al. 1 Cst.-AR, art. 11 al. 1 Cst.-BE.

388 ATF 121 I 267, c. 8c; ATF 126 I 81, c. 4b.; pour une critique, voir SCHEFER/ZIEGLER, p. 75 («ein geradezu stossendes Beispiel»).

389 À propos de la jurisprudence au sujet de l'arbitraire, de ses critiques et de son évolution, voir MAHON, Vol. II, N 162.

390 Art. 10 al. 2 Cst.-AR, art. 13 al. 2 Cst.-BE, § 11 al. 1 let. i Cst.-BS, art. 14 Cst.-FR, art. 22 Cst.-GE, art. 12 al. 2 Cst.-NE, art. 12 al. 1 let. c Cst.-SH, art. 14 al. 2 Cst.-VD, art. 13 Cst.-ZH.

391 ATF 138 III 322; ATF 134 I 209.

392 Art. 15 Cst.-AG, art. 11 Cst.-NE, art. 11 al. 2 Cst.-SO, art. 15 Cst.-VD, art. 17 Cst.-ZH.

393 Voir, parmi d'autres, Loi constitutionnelle n° 12945 modifiant la Constitution de la République et canton de Genève «Pour une protection forte de l'individu dans l'espace numérique» du 22 septembre 2022 visant à introduire un article 21a Intégrité numérique (accepté en votation populaire le 18 juin 2023 à 94,2 %); Groupe socialiste, Projet de décret modifiant la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel «Pour un droit à l'intégrité numérique et la protection d'un droit à une vie hors ligne» déposé le 12 janvier 2023; art. 15 al. 5 et 30 du Projet-Cst.-VS.

394 Sur le plan fédéral, voir notamment Motion Bendahan 22.479 du 22 septembre 2022; voir aussi <<https://www.srf.ch/news/schweiz/initiative-fuer-neue-verfassung-die-zeit-ist-reif-fuer-ein-up-date-der-schweiz>> [14.05.2023] (proposant une révision totale de la Constitution fédérale).

395 Voir par ex. art. 15 Cst.-BE, § 14 Cst.-AG (liberté de l'art).

396 Art. 17 al. 2 Cst.-FR.



qui est également applicable en procédure civile et dont la portée extensive a été reconnue par le Tribunal fédéral<sup>397</sup>. Les cantons de Genève et de Zurich reconnaissent en outre explicitement la langue des signes<sup>398</sup>, dont un exemple d'application pratique est la diffusion en direct des débats du Grand Conseil avec interprétation et sous-titres<sup>399</sup>.

La *liberté de manifester* est garantie dans de nombreux cantons<sup>400</sup>, alors qu'elle a rencontré des résistances considérables sur le plan fédéral: non reconnue en tant que liberté non écrite par le Tribunal fédéral, elle est également absente de la Constitution fédérale de 1999. Précisons toutefois que la jurisprudence fédérale déduit un quasi-droit à un usage accru de l'espace public de la liberté de réunion qui est, elle, garantie par la Constitution fédérale<sup>401</sup>. Les cantons prévoyant un tel droit conditionnel ne confèrent ainsi pas, pour cette seule raison, un droit supplémentaire. Partant, la jurisprudence aussi bien cantonale que fédérale se contente souvent de constater que les garanties cantonales ont la même portée que le droit fédéral et international<sup>402</sup>.

En revanche, le droit de pétition et le droit d'accès aux données sont deux domaines où de nombreux cantons vont au-delà des exigences du droit fédéral. Ainsi, les deux-tiers des cantons garantissent un *droit de pétition* assorti – contrairement à ce qui prévaut sur le plan fédéral – d'un droit de réponse<sup>403</sup>, soit dans un délai déterminé – par exemple six mois ou un an – soit dans un délai qualifié de raisonnable<sup>404</sup>. La majorité des cantons prévoient également un principe de transparence, souvent – mais pas toujours – complété par un *droit de consulter les documents officiels*<sup>405</sup>. Selon les cas, ce droit fait partie des droits fondamentaux ou est conçu comme un droit subjectif figurant dans

397 ATF 136 I 149, ATF 145 I 297; voir aussi art. 129 CPC.

398 Art. 16 Cst.-GE, art. 12 Cst.-ZH; voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport initial relatif à la CDPH, CRPD/C/CHE/I, 10 décembre 2018, N 199.

399 CONSEIL FÉDÉRAL, Possibilités de reconnaissance juridique des langues des signes suisses. Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats 19.3668 Rytz, 19.3670 Lohr, 19.3672 Romano et 19.3684 Reynard, 24 septembre 2021.

400 Art. 17 al. 2 Cst.-AR, art. 19 al. 2 Cst.-BE, § 6 al. 2 let. d Cst.-BL, § 11 al. 1 let. m Cst.-BS, art. 24 Cst.-FR, art. 32 Cst.-GE, art. 8 let. g Cst.-JU, art. 20 Cst.-NE, art. 8 al. 2 Cst.-TI, art. 21 Cst.-VD.

401 Art. 22 Cst. féd.; voir aussi MAHON, Vol. II, N 108.

402 Voir par ex. arrêt du Tribunal cantonal (FR) 603 2014 222 du 25 novembre 2014, c. 3a), arrêt du Tribunal administratif (BE) 100.2013.151U du 17 février 2015, c. 5; ATF 132 I 49, c. 5.3, ATF 147 I 161, c. 4.2.

403 Voir not. § 19 Cst.-AG, art. 16 Cst.-AR, art. 20 Cst.-BE, § 11 al. 2 let. b Cst.-BS, § 10 al. 1 Cst.-BL, art. 25 Cst.-FR, art. 33 Cst.-GE, art. 60 Cst.-GL, art. 80 Cst.-JU, art. 21 Cst.-NE, art. 2 let. w Cst.-SG, art. 19 Cst.-SH, art. 26 Cst.-SO, § 12 Cst.-TG, art. 8 al. 2 let. l Cst.-TI, art. 31 Cst.-VD, art. 16 Cst.-ZH; voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_155/2020 du 14 mars 2020, c. 2.2. à propos de l'article 31 Cst.-VD.

404 Art. 16 Cst.-ZH (six mois), art. 20 al. 3 Cst.-BE (1 an), § 11 al. 2 let. b Cst.-BS (délai raisonnable).

405 BUSER, N 73–75 et les réf. cit.



les dispositions organisationnelles de la Constitution<sup>406</sup>; il est généralement concrétisé dans la législation cantonale, ou encore dans une convention inter-cantonale pour ce qui concerne les cantons du Jura et de Neuchâtel<sup>407</sup>. L'étendue de ces droits varie fortement d'un canton à l'autre, ce qui ressort notamment de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Celui-ci a par exemple précisé que l'article 17 Cst.-ZH n'excluait pas d'emblée l'accès aux données fiscales, contrairement à son pendant de Bâle-Ville<sup>408</sup>. Il faut toutefois signaler que l'activité législative cantonale soutenue dans ce domaine s'explique avant tout par les pressions européennes: ainsi, l'accord d'association de la Suisse à Schengen prévoit des obligations législatives précises concernant le traitement de données, dont une partie relève en droit interne de la compétence des cantons<sup>409</sup>.

En matière de garanties de procédure, citons le droit à la *célérité de la procédure* garanti par la Constitution zurichoise. Celui-ci comprend en réalité deux volets: la rapidité de la procédure et son coût raisonnable. La question du positionnement de ce droit par rapport aux droits constitutionnels fédéraux n'est toutefois pas dénuée d'ambiguïté: si certains arrêts lui confèrent une portée allant au-delà des garanties découlant des articles 29 Cst. féd. et 6 CEDH ainsi que du principe d'équivalence<sup>410</sup>, d'autres affirment plutôt le contraire<sup>411</sup>.

### c. Les droits sociaux

Nous avons déjà évoqué l'approche restrictive de la Constitution fédérale au sujet des *droits sociaux*<sup>412</sup>, qui laisse ainsi en la matière – du moins en théorie – une place plus importante aux constitutions cantonales que s'agissant des libertés individuelles. L'adoption de droits sociaux serait aussi une façon – certes parmi d'autres – de renforcer l'État social sur le plan cantonal. En pratique, les cantons font effectivement usage de cette faculté en consacrant divers droits sociaux, mais à des degrés très variables et sans que ceux-ci aient nécessairement

406 Voir par ex. art. 18 Cst.-NE, art. 17 al. 2 let. c Cst.-VD ou encore art. 17 Cst.-ZH, (droit fondamental) vs § 75 Cst.-BS (disposition organisationnelle conférant également un droit subjectif).

407 Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et Neuchâtel (CPDT-JUNE) du 8 et 9 mai 2012 (RS-NE 150.30). Les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne avaient également envisagé une solution commune, abandonnée pour des questions de temporalité.

408 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_304/2017 du 8 septembre 2017 à propos des art. 17 et 49 Cst.-ZH, arrêt du Tribunal fédéral 1C\_598/2014, c. 4.3 à propos du § 75 Cst.-BS ou encore ATF 147 I 54, c. 3.4. au sujet de l'art. 18 Cst.-NE.

409 À ce sujet, y compris à propos de propositions d'harmonisation sur le plan fédéral, voir en particulier KAEMPFER, Mécanismes, p. 121–144.

410 Voir par ex. arrêt du Tribunal administratif (ZH) VB.2012.00483 du 17 octobre 2012, c. 3.4.1; Tribunal administratif (ZH) VB.2018.00760 du 8 juillet 2020, c. 6.6.

411 Voir Tribunal administratif (ZH) VB.2012.00379 du 7 novembre 2012, c. 7.2. Tel est aussi l'avis du Tribunal fédéral, voir aussi arrêt 2C\_513/2012 du 11 décembre 2012, c. 2012 et arrêt du Tribunal fédéral 1C\_505/2020 du 8 avril 2021; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_220/2022 du 8 août 2022, c. 3.1.

412 Voir *supra*, B.II.3.

une grande portée concrète<sup>413</sup>. Divers cantons prévoient par ailleurs des *buts sociaux* assez détaillés<sup>414</sup>.

Dans le domaine de la *formation*, les deux-tiers des cantons garantissent la liberté de l'enseignement<sup>415</sup> ou encore le droit de fonder et gérer des établissements privés d'enseignement<sup>416</sup>. S'agissant du droit à la formation, plusieurs constitutions cantonales vont à première vue au-delà de la Constitution fédérale qui garantit le droit à un enseignement de base gratuit<sup>417</sup>. Le canton de Genève, par exemple, consacre un droit et une obligation de formation jusqu'à 18 ans, qui peut s'effectuer en milieu professionnel au-delà de la scolarité obligatoire<sup>418</sup>. La disposition est novatrice en ce sens qu'elle indique clairement que la formation doit se poursuivre jusqu'à la majorité, et qu'il appartient au canton de prendre les mesures nécessaires à la réalisation de cet objectif<sup>419</sup>. Il n'existe toutefois à ce jour aucun arrêt confirmant la protection additionnelle figurant à l'article 24 Cst.-GE. Pour le moment, les arrêts portant sur cette disposition ont au contraire conclu que sa portée était, dans les affaires en question, analogue à l'article 19 Cst. féd., notamment en ce qui concernait la question de la gratuité de l'école<sup>420</sup>. Une situation similaire peut être observée dans le canton de Zurich, dont la constitution consacre, elle aussi, un droit général à la formation allant au-delà de la formation de base et une obligation de garantir l'accès égal à la formation<sup>421</sup>. La situation diffère toutefois en ce que le Tribunal cantonal a reconnu, sur le principe, que la volonté du constituant était d'aller au-delà des exigences de la Constitution fédérale; il reste cependant à déterminer ce que cela pourrait signifier dans un cas concret<sup>422</sup>. La juridiction cantonale a en tout cas considéré qu'on ne pouvait en déduire une prétention financière pour des mesures de pédagogie spécialisée en école privée allant au-delà du droit fédéral<sup>423</sup>. Des prétentions financières spécifiques découlent en revanche des constitutions des cantons de Saint-Gall et de Vaud, qui garantis-

413 Voir aussi WEERTS, p. 198–203.

414 BUSER, N 554–555.

415 AUER, Staatsrecht, N 1466 et les réf. cit.; voir par ex. art. 21 Cst.-BE, art. 12 al. 1 let. f Cst.-SH, art. 13 let. i Cst.-OW, art. 19 Cst.-VD.

416 AUER, Staatsrecht, N 1467 et les réf. cit.; voir par ex. art. 28 Cst.-OW, art. 36 al. 3 Cst.-VD, art. 15 Cst.-ZH.

417 Art. 19 Cst. féd.; à propos de la gratuité, voir not. ATF 144 I 1.

418 Art. 24 Cst.-GE cum art. 194 Cst.-GE.

419 Commission thématique 1 de la Constituante genevoise, Rapport sectoriel du 30 avril 2010, in: Bulletin officiel de l'Assemblée constituante, tome IV, p. 1455 ss, 1495.

420 Cour de justice (GE), arrêt ATA 490 2022 du 10 mai 2022, c. 2–3; Cour de justice (GE), arrêt ATA 524 2020 du 26 mai 2020, c. 3–4.

421 Art. 24 Cst.-GE, art. 14 Cst.-ZH.

422 Tribunal administratif (ZH) VBN.2012.00340 du 22 août 2012, c. 2; voir aussi BIAGGINI, Art. 19, N 17–22.

423 Tribunal administratif (ZH) VBN.2012.00340 du 22 août 2012, c. 2.

sent un droit à l'obtention de bourses ou autres aides à certaines conditions<sup>424</sup>.

On trouve également quelques droits sociaux ponctuels dans le domaine de la *famille*. Le canton de Bâle-Ville, par exemple, prévoit un droit à des solutions de garde abordables<sup>425</sup>. Il s'agit là d'un droit individuel justiciable, qui peut directement être invoqué par tout parent, par exemple lorsqu'une personne ne trouve pas de solution de garde pour son enfant<sup>426</sup>. La concrétisation du caractère abordable incombe toutefois au législateur<sup>427</sup>. Le canton de Vaud, quant à lui, a opté pour une solution différente pour la même problématique sociale, en consacrant non pas un droit fondamental, mais une obligation constitutionnelle d'organiser un accueil parascolaire surveillé<sup>428</sup>. Toujours dans le domaine familial, certains cantons prévoient une protection particulière de la maternité qui donne, dans certains cas, droit à des indemnités additionnelles<sup>429</sup>.

Depuis les années 1990, diverses constitutions cantonales garantissent un droit à obtenir de *l'aide dans des situations de détresse*. Comme nous l'avons déjà indiqué, la consécration de ce droit sur le plan cantonal a également joué un rôle dans sa reconnaissance en tant que droit non écrit au niveau fédéral<sup>430</sup>. Si le texte de diverses constitutions cantonales semble indiquer que celles-ci pourraient donner lieu à des prétentions allant au-delà des garanties minimales de l'article 12 Cst. féd., la pratique cantonale et fédérale désavoue cette position et considère de manière générale que les garanties cantonales et fédérales confèrent une protection équivalente<sup>431</sup>. On peut supposer qu'il en va de même en ce qui concerne le droit à des soins essentiels garanti par la Constitution vaudoise; relevons tout de même que cet article dispose également d'un droit de «mourir dans la dignité»<sup>432</sup>, un droit qui n'est pas formellement reconnu sur le plan fédéral.

Certaines constitutions garantissent par ailleurs des droits sociaux spécifiques, comme un droit de *victimes d'infractions* à obtenir de l'aide<sup>433</sup>, un droit au *logement*<sup>434</sup>, un *droit de grève* et plus généralement un *droit à la liberté syndicale* dans des termes plus généreux que sur le plan fédéral<sup>435</sup>, une protection

424 Art. 3 let. b et c Cst.-SG, art. 37 Cst.-VD; à ce propos, voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C\_121/2007 du 17 août 2007, c. 3.1–3.2.

425 § 11 al. 2 let. a Cst.-BS.

426 SCHEFER/ZIEGLER, p. 119–122.

427 SCHEFER/ZIEGLER, p. 119–122.

428 Art. 63a Cst.-VD.

429 Art. 33 Cst.-FR, art. 35 Cst.-VD, art. 205 al. 3 Cst.-GE.

430 Voir *supra*, chapitre C.I.2.

431 Voir par ex. ATF 146 I 1, c. 8.1; ATF 139 I 218, c. 3.1; Tribunal administratif (BE) JAB 2001 30 du mai 2001, c. 3b.

432 Art. 34 al. 2 Cst.-VD.

433 Art. 24a al. 3 Cst.-AR, art. 29 al. 3 Cst.-BE, art. 16 Cst.-SH.

434 § 17 Cst.-BL, § 11 al. 2 let. c Cst.-BS, art. 38 Cst.-GE, art. 22 al. 1 Cst.-JU.

435 Art. 36 et 37 Cst.-GE, art. 27 Cst.-NE, art. 20 let. g Cst.-JU, art. 23 Cst.-VD.

explicite des lanceurs d'alerte<sup>436</sup>, un droit à *la sécurité sociale*<sup>437</sup> ou encore un *droit au travail et à un salaire qui assure un niveau de vie décent*<sup>438</sup> ou à un *salaire minimum*<sup>439</sup>. Ces droits occupent une position à part dans les catalogues constitutionnels cantonaux car la question de leur justiciabilité divise. Il s'agit souvent d'une question d'interprétation qui est parfois sujette à controverses, comme le montre le droit au logement: depuis 1989, la Constitution genevoise garantit un droit au logement<sup>440</sup>, toutefois considéré comme non justiciable par la jurisprudence cantonale constante<sup>441</sup>. Lors de la révision totale, la question de la justiciabilité des droits sociaux a longuement occupé la Constituante genevoise<sup>442</sup>. Si la proposition tendant à inscrire le caractère justiciable des droits a finalement été abandonnée au profit d'une précision de l'obligation de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits fondamentaux<sup>443</sup>, la Constituante genevoise a fourni des efforts considérables pour garantir la justiciabilité des droits. Dans cette perspective, elle a notamment renoncé à consacrer certains droits fondamentaux, considérés comme non justiciables, qui ont à la place donné lieu à des buts sociaux<sup>444</sup>. Concernant le droit au logement, ses aspects plus programmatiques ont été déplacés dans la partie dédiée aux tâches de l'État afin de garantir, à l'article 38 Cst.-GE, un droit justiciable<sup>445</sup>. Or, ceci ne se reflète pas dans la jurisprudence genevoise, qui n'a pour l'instant pas reconnu le caractère justiciable de ce droit. Précisons tout de même que tant les juridictions genevoises que le Tribunal fédéral n'ont pas non plus nié la justiciabilité de l'article 38 Cst.-GE: si certains arrêts laissent la question explicitement ouverte<sup>446</sup>, d'autres constatent que le droit au logement ne confère pas le droit à se voir attribuer un appartement dans un immeuble déterminé, sans examiner la question de la justiciabilité<sup>447</sup>. Ce raisonnement semble laisser au moins une ouverture pour reconnaître, à l'avenir, un noyau justiciable à ce droit.

436 Art. 26 al. 3 Cst.-GE; voir aussi projet Cst.-AR.

437 Art. 18 Cst.-JU.

438 Art. 19 Cst.-JU.

439 Art. 34a Cst.-NE, art. 13 Cst.-TI.

440 Art. 10A Cst.-GE 1847.

441 Voir par ex. Cour de justice (GE) ATA/21/2006 du 17 janvier 2006, c. 9; Cour de justice (GE) ATA 594 2011 du 20 septembre 2011.

442 Voir à ce propos les procès-verbaux de la Commission thématique 1 de la Constituante genevoise, séances du 1<sup>er</sup> octobre 2009 (séance n° 16), 9 décembre 2009 (séance n° 25), 24 mars 2010 (séance n° 39), 25 mars 2010 (séance n° 40), 18 novembre 2010 (Séance n° 48), 2 décembre 2010 (séance n° 49).

443 Art. 41 al. 1 Cst.-GE. Voir à ce propos le procès-verbal de la séance du 1<sup>er</sup> juin 2011 (séance n° 63).

444 Art. 8 Cst.-GE; Commission thématique 1 de la Constituante genevoise, Rapport intermédiaire du 22 septembre 2009, in: Bulletin officiel de l'Assemblée constituante, tome II, p. 613 ss, 620; Commission thématique 1 de la Constituante genevoise, Rapport sectoriel du 28 avril 2010, in: Bulletin officiel de l'Assemblée constituante, tome IV, p. 1411 ss, 1423.

445 Art. 178 Cst.-GE.

446 ATF 141 I 1, c. 5.4.

447 Arrêt du Tribunal fédéral 8C\_605/2013 du 17 juin 2014, c. 2.3.

Ces éléments démontrent que, souvent, la portée concrète des droits sociaux dépendra de leur mise en œuvre par la législation ordinaire<sup>448</sup>. À ce propos, l'exemple du salaire minimum se révèle édifiant, en particulier dans une perspective fédéraliste. En effet, divers cantons prévoient désormais un droit constitutionnel à un salaire minimum. Dans certains cas, ce droit est rédigé comme un droit individuel. Il arrive toutefois également qu'il soit explicitement formulé comme un mandat à l'attention du législateur<sup>449</sup>. En l'espace de quelques années, plusieurs cantons ont adopté des législations instaurant un salaire minimum – Neuchâtel, Genève, le Jura, le Tessin et Bâle-Ville – illustrant ainsi l'effet «laboratoire» du fédéralisme<sup>450</sup>. L'évolution est d'autant plus remarquable qu'une proposition similaire a été refusée sur le plan fédéral par la majorité du peuple et l'ensemble des cantons en 2014<sup>451</sup>.

Cependant, cette évolution a également rencontré, et rencontre toujours, des résistances. Celles-ci se sont d'abord manifestées sous la forme d'un recours judiciaire dirigé contre la réglementation neuchâteloise. Dans l'arrêt qui s'en est suivi, le Tribunal fédéral a jugé l'introduction cantonale d'un salaire minimum conforme au droit fédéral<sup>452</sup>. Il a certes confirmé que la Loi fédérale sur la protection des travailleurs (LTr)<sup>453</sup> réglait de manière exhaustive la protection des travailleurs et faisait ainsi perdre aux cantons toute compétence d'adopter des dispositions complémentaires dans ce même but. Il a toutefois estimé que la réglementation litigieuse visait en premier lieu à lutter contre le phénomène des *working poors* et qu'elle constituait donc une mesure de politique sociale, et non pas de politique économique. Il en découlait d'une part que la mesure était compatible avec la liberté économique et d'autre part qu'elle n'empiétait pas sur les compétences fédérales<sup>454</sup>. Cet arrêt n'a toutefois pas mis un terme aux discussions à propos du salaire minimum: au contraire, la résistance s'est ensuite réorientée sur le plan politique, avec une motion adoptée tour à tour par le Conseil des États et le Conseil national en

448 MARTENET, Réalisation, p. 244; voir aussi l'exemple du droit au logement abordé *supra*, chapitre B.II.3.

449 Voir par ex. Art. 34a Cst.-NE.

450 Art. 34a Cst.-NE et art. 32a de la Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage du 25 mai 2004 (RS-NE 813.10); art. 39 I à N de la Loi sur l'inspection et les relations de travail du 12 mars 2004 (RS-GE J 1 05); art. 19 al. 3 Cst.-JU, Loi sur le salaire minimum cantonal du 22 novembre 2017 (RS-JU 822.41); art. 13 al. 3 Cst.-TI et Legge sul salario minimo (LSM) du 11 décembre 2019 (RS-TI 843.600); Gesetz über den kantonalen Mindestlohn (Mindestlohngesetz, MiLoG) du 13 janvier 2021 (RS-BS 812.200). Le 18 juin 2023, les villes de Zurich et de Winterthur ont également adopté un salaire minimum en votation populaire.

451 Initiative populaire fédérale «Pour la protection de salaires équitables», refusée en votation le 18 mai 2014 par 76,3 % des votant-e-s et l'ensemble des cantons (<<https://www.bk.admin.ch/c/h/d/pore/va/20140518/index.html>> [25.05.2023]).

452 ATF 143 I 403, c. 5–7.7.

453 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) du 13 mars 1964 (RS 822.11).

454 ATF 143 I 403, c. 5.5 (liberté économique) et c. 7 (primauté du droit fédéral).

décembre 2022<sup>455</sup>. Celle-ci vise à inscrire dans la législation fédérale la primauté des conventions collectives de travail (CCT) étendues sur le droit cantonal pour le salaire minimum, le treizième salaire et le droit aux vacances. Concrètement, une telle loi aurait pour effet de supprimer toute possibilité d'action cantonale dans ce domaine, et ce quand bien même elle empièterait sur les compétences cantonales en matière sociale.

Enfin, citons quelques évolutions tendant à reconnaître des droits fondamentaux moins classiques. À ce propos, l'on songe par exemple à la consécration, dans la Constitution genevoise de 2012, d'un droit à un environnement sain<sup>456</sup>. Avec ce droit de «troisième génération», le canton de Genève s'inscrit dans une évolution certes récente, mais qui a touché un grand nombre de pays: en effet, en 2023, plus de 140 constitutions nationales garantissent un droit à un environnement sain<sup>457</sup>. D'autres propositions ont vu le jour: citons par exemple une initiative dans le canton de Bâle-Ville visant à reconnaître des droits aux primates, déclarée valide tant par les institutions cantonales que par le Tribunal fédéral, mais rejetée en votation populaire<sup>458</sup>. Enfin, le canton de Genève vient d'accepter l'introduction d'un *droit à l'alimentation*<sup>459</sup>.

#### d. Les droits politiques

Les *droits politiques* constituent un domaine à part; en effet, il s'agit d'un élément essentiel sur lequel aucune constitution cantonale ne saurait faire l'impasse<sup>460</sup>. Si la Constitution fédérale oblige les cantons à se doter d'une constitution démocratique, cette obligation implique notamment de prévoir un droit d'initiative et de référendum en matière de modifications constitutionnelles<sup>461</sup>. En pratique, les cantons prévoient de nombreux droits de participation politique plus étendus<sup>462</sup>. Une énumération dépasserait dès lors le cadre du présent rapport<sup>463</sup>; partant, nous nous contentons de souligner un aspect spécifique, à savoir celui de la titularité des droits politiques. Nous avons déjà abordé le rôle à la fois de «terreaux d'innovation» et de «poches de résistances» des cantons en

455 Motion *Ettlin* 20.4738 «Protéger le partenariat social contre des ingérences discutables» adoptée par le Conseil des Etats et le Conseil national en décembre 2022.

456 Art. 19 Cst.-GE; voir aussi les art. 6 let. e et k, 52b et 162 al. 1<sup>bis</sup> Cst.-VD acceptés en votation populaire le 18 juin 2023 à 62,7 %.

457 Pour un aperçu des dispositions environnementales figurant dans des constitutions de plus de deux-tiers des États dans le monde, voir BOYD, p. 6–39. À propos des générations de droits, voir *infra*, chapitre D.II.1.

458 ATF 147 I 183; proposition rejetée en votation populaire le 13 février 2022 (<<https://www.staatskanzlei.bs.ch/politische-rechte/wahlen-abstimmungen/resultate-archiv.html>> [14.05.2023]).

459 Loi constitutionnelle n° 12811 modifiant la Constitution de la République et canton de Genève «Droit à l'alimentation» du 23 septembre 2022 visant à introduire un article 38a Droit à l'alimentation (acceptée en votation populaire le 18 juin 2023 à 67,6 %).

460 Voir aussi AUER, *Staatsrecht*, N 627; CHATTON, *Constitutions cantonales*, N 6.

461 Art. 51 al. 1 Cst. féd.; MARTENET, Art. 51, N 33; JAAG, N 1.

462 Voir AUER, *Staatsrecht*, N 627; JAAG, N 39–47.

463 Pour plus de détails, voir not. AUER, *Staatsrecht*, N 875–1116.

lien avec le droit de vote des femmes; aujourd'hui, des phénomènes similaires peuvent être observés en lien avec l'abaissement du droit de vote à 16 ans, le droit de vote des personnes en situation de handicap mental et le droit de vote des personnes de nationalité étrangère.

Des propositions tendant à élargir les droits de participation politique sont régulièrement débattues. L'exemple du droit de vote à 16 ans le montre: dans la foulée du canton de Glaris, premier – et pour l'instant seul – canton à abaisser le droit de vote à 16 ans, des propositions similaires ont vu le jour dans de nombreux cantons. Or, celles-ci ont sans exception été rejetées<sup>464</sup>. Ainsi, l'effet de laboratoire du fédéralisme – et l'influence de l'exemple de Glaris – se cantonne, pour l'instant, à inspirer de nouvelles initiatives, sans aboutir à des concrétisations constitutionnelles dans d'autres cantons. La résistance cantonale s'est également exprimée lors d'une procédure de consultation à propos de l'abaissement du droit de vote sur le plan fédéral: quinze cantons s'y sont opposés et seulement sept cantons se sont prononcés en faveur d'une telle mesure<sup>465</sup>. Une certaine réticence peut également être observée sur le plan international: si le Conseil de l'Europe recommande l'abaissement du droit de vote à seize ans, tout en soulignant la latitude dont disposent États – citant explicitement l'exemple de Glaris<sup>466</sup> –, le Comité des droits de l'enfant se montre plus vague, recommandant à tout le moins la prise de mesures favorisant la participation des jeunes à la vie publique<sup>467</sup>.

Dans le domaine du droit de vote des personnes en situation de handicap, le canton de Genève est devenu, en 2020, le premier canton de Suisse à abolir toute restriction du droit de vote en lien avec une situation de handicap mental<sup>468</sup>. Il ne s'agit pas d'une *Genferei*, terme employé en Suisse pour désigner des spécificités genevoises destinées à rester une exception sur le plan fédéral<sup>469</sup>, mais d'un exemple qui est susceptible d'inspirer des évolutions dans

464 Ainsi à Berne le 25 septembre 2022, Uri le 26 septembre 2021, Neuchâtel le 9 février 2020, Bâle-Campagne le 4 mars 2018.

465 Voir COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 11 mai 2023 à propos de l'initiative parlementaire *Arslan* 19.415, p. 3.

466 Voir par ex. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Résolution n° 1826 du 23 juin 2011; COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation générale CM/REC(2012)2 du 28 mars 2012.

467 Comité CDE, Observation générale n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence du 6 décembre 2016, CRC/C/GC/20, § 24, 45, 47; voir aussi TOBLER, p. 349–350.

468 Votation cantonale du 29 novembre 2020 (<<https://www.ge.ch/votations/20201129/>> [26.05.2023]). Auparavant, plusieurs cantons avaient diminué les restrictions au droit de vote des personnes en situation de handicap, par exemple dans les cantons de Neuchâtel (art. 7 du Règlement d'exécution de la loi sur les droits politiques [RELDP] du 17 février 2003 [RS-NE 141.01]) et de Vaud (art. 4 al. 3 de la Loi sur l'exercice des droits politiques [LEDP] du 5 octobre 2021 [RS-VD 160.01]); d'autres cantons, comme Fribourg, ont décidé de maintenir l'exclusion (art. 2b de la Loi sur l'exercice des droits politiques [LEDP] du 6 avril 2001 [RS-FR 115.1]).

469 À l'origine, le terme ferait référence à des scandales ou disputes politiques (<<https://www.lebendige-traditionen.ch/tradition/de/home/kantone/genf.html>> [26.05.2023]).



d'autres cantons comme sur le plan fédéral<sup>470</sup>, ce d'autant plus que la mesure répond à une exigence de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>471</sup>.

Le droit de vote des personnes étrangères présente un tableau contrasté: si plusieurs cantons permettent désormais à certaines conditions aux personnes de nationalité étrangère de voter sur le plan communal<sup>472</sup> et – plus rarement – cantonal<sup>473</sup>, d'autres cantons ont refusé de donner suite<sup>474</sup>. Certains cantons laissent la liberté aux communes d'accorder ou non le droit de vote communal aux personnes de nationalité étrangère<sup>475</sup>; dans d'autres cantons, des propositions en ce sens ont été rejetées<sup>476</sup>. Du point de vue fédéraliste, il s'agit d'une occasion manquée de reconnaître le potentiel du troisième niveau étatique, à savoir l'échelon communal, et d'ainsi mieux tenir compte des sensibilités et situations différentes à l'intérieur d'un même canton. Face à cette situation, il est intéressant de voir que diverses communes ont introduit des possibilités de participation politique au sens large – par le biais de motions populaires, par exemple – offertes aux personnes exclues des droits politiques<sup>477</sup>. Pour ce qui concerne les jeunes, ces mesures répondent également à des recommandations internationales émanant par exemple du Comité relatif aux droits de l'enfant<sup>478</sup>.

## D. Le droit international des droits humains et le jeu du fédéralisme

Malgré le renouveau des constitutions cantonales, il est indéniable que les droits humains représentent aujourd'hui une source primordiale de la protection des droits fondamentaux en Suisse. Ainsi, nous aborderons à tour de rôle la

470 Interpellation 21.3295 *Baume-Schneider*, qui se réfère explicitement à l'exemple genevois; voir aussi Postulat 21.3296 *Carobbio*; voir aussi TOBLER, p. 327–349.

471 Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) du 13 décembre 2006 (RS 0.109); voir notamment Comité CDPH, Observations finales concernant le rapport initial de la Suisse du 13 avril 2022, CRPD/C/CHE/CO/1, § 55–56.

472 Art. 48 al. 1b Cst.-FR, art. 142 al. 1b Cst.-VD, art. 48 al. 3 Cst.-GE; AUER, Staatsrecht, N 979. Il s'agit du droit de vote actif et passif pour les cantons de Fribourg et de Vaud et uniquement du droit de vote actif pour le canton de Genève; pour ce dernier, voir toutefois Conseil d'Etat (GE), arrêté constatant l'aboutissement de l'initiative constitutionnelle cantonale «Une Vie ici, une Voix ici ... Renforçons notre démocratie!», 28 septembre 2022.

473 Art. 73 Cst.-JU, art. 37 al. 1c Cst.-NE; AUER, Staatsrecht, N 977–978. Les deux cantons garantissent le droit de vote et d'éligibilité au niveau communal, mais uniquement le droit de vote actif sur le plan cantonal.

474 Ainsi à Bâle-Campagne le 4 mars 2018, Neuchâtel le 25 septembre 2016 (refus du droit d'éligibilité au niveau cantonal), Schaffhouse le 28 septembre 2014, Vaud le 4 septembre 2012 (refus du droit de vote cantonal); voir aussi AUER, Staatsrecht, N 976.

475 Art. 105 al. 2 Cst.-AR, § 40 al. 2 Cst.-BS, art. 9 al. 4 Cst.-GR; AUER, Staatsrecht, N 979.

476 Ainsi à Soleure le 26 septembre 2021 ou encore à Zurich le 22 septembre 2013.

477 BISAZ, p. 1356–1367.

478 Comité CDE, Observation générale n° 20 sur la mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence du 6 décembre 2016, CRC/C/GC/20, § 24, 45, 47.



question de l'internationalisation des droits fondamentaux (I), des obligations découlant du droit international des droits humains (II), des destinataires de ces obligations (III) et des mécanismes de mise en œuvre (IV).

## I. L'internationalisation des droits fondamentaux

Au cours de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle, les droits fondamentaux subissent une transformation significative, en passant du statut de droits essentiellement nationaux à celui de droits garantis aussi bien sur le plan national qu'international<sup>479</sup>. Au fil des années, le niveau international de protection prend de plus en plus d'ampleur, avec d'abord l'émergence des droits humains sur le plan international, puis une imbrication croissante entre droits humains – internationaux ou régionaux – et droits fondamentaux, nationaux et infranationaux. Dans ce qui suit, nous revenons brièvement sur cette évolution (1), avant de nous consacrer aux facteurs favorisant cet enchevêtrement (2) ainsi qu'à ceux qui le ralentissent (3).

### 1. L'émergence du droit international des droits humains

Les instruments de protection des droits humains adoptés après la Seconde Guerre mondiale, à commencer par la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>480</sup>, résultent du constat que les États sont capables de commettre «des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité»<sup>481</sup>, y compris contre leur propre population<sup>482</sup>. Deux idées fondatrices sont à l'origine des droits humains tels qu'ils ont émergé après 1945: *primo*, chaque être humain possède une dignité inhérente et est sujet de droits universels, indivisibles et inaliénables du fait de sa seule existence; *secundo*, ces droits doivent être garantis sur le plan international afin de protéger les individus face à l'omnipotence de l'État<sup>483</sup>.

La garantie internationale des droits humains passe d'abord par l'adoption d'instruments internationaux de protection, que ce soit sur le plan universel ou régional<sup>484</sup>. Elle se concrétise ensuite par la création d'organes chargés de veiller à leur respect et de l'introduction de mécanismes internationaux de suivi ou de contrôle<sup>485</sup>. Cette évolution peut être qualifiée de *constitutionnalisation du*

479 BELSER/MAZIDI, p. 245; KÄGI-DIENER, Herausforderung, p. 162–164; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 52–66.

480 Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (relevant de la soft law, mais ensuite codifiée par les deux Pactes des Nations Unies); Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

481 Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, Préambule.

482 GREAR, Redirecting, p. 140–141; HERTIG RANDALL, Histoire, p. 5; O'BOYLE/LAFFERTY, p. 203.

483 ANDORNO, p. 265; BESSON, Structure, p. 26; voir aussi ZIMMERMANN, N 37 et les réf. cit.

484 Pour une présentation des divers instruments de protection des droits humains, voir KÄLIN/KÜNZLI, p. 43–82.

485 À cet égard, la portée juridique des opinions, avis et recommandations des organes chargés de la surveillance d'un traité de protection des droits de l'homme, que ce soit sur le plan international

*droit international*<sup>486</sup>. En effet, les instruments de droits humains se distinguent des traités multilatéraux «classiques» par le fait que leurs principaux bénéficiaires – les individus – ne sont pas parties aux traités. Ainsi, ces instruments «ne sont pas basés sur la réciprocité, mais établissent un ordre *quasi-constitutionnel*, avec, notamment, des organes chargés de leur interprétation et de leur développement»<sup>487</sup>. À ces organes incombe la tâche «quasi-constitutionnelle» de concrétiser, mais aussi de faire évoluer les droits humains<sup>488</sup>. En effet, l'interprétation dynamique est un trait caractéristique des systèmes de protection des droits humains<sup>489</sup>. Elle vise non seulement à assurer que les droits gardent leur pertinence face à l'évolution des contextes socio-politiques et des conditions de vie, mais tend également vers l'accroissement de la protection des droits humains au fil du temps<sup>490</sup>.

La constitutionnalisation du droit international des droits humains a pour corollaire une certaine *internationalisation du droit constitutionnel*, ou plutôt des droits fondamentaux<sup>491</sup>. Cette formule ne saurait toutefois occulter les spécificités du droit national, y compris en matière de droits fondamentaux<sup>492</sup>; telle que nous la comprenons, elle sert surtout à souligner l'imbrication croissante entre droit international et national – et les nombreuses interactions, et parfois tensions, qui en découlent.

## 2. *Les facteurs favorisant l'intégration du droit international*

En Suisse, divers facteurs structurels favorisent l'imbrication entre droits humains et droits fondamentaux, et tout spécialement l'intégration de la CEDH dans l'ordre juridique interne<sup>493</sup>. Premièrement, la Suisse souscrit à un système

---

(par ex. le Comité CEDEF, le Comité CDE ou encore le Comité CDPH) ou européen (par ex. le GREVIO) doit être distinguée de celle des jugements de la Cour EDH. En effet, la doctrine s'accorde sur le fait que les premiers ne sont pas juridiquement contraignants, même s'ils contribuent de manière significative à l'interprétation des traités (pour plus de détails, voir MAHON/GRAF/ZIMMERMANN, p. 10–11). Les arrêts de la Cour EDH, au contraire, ont force obligatoire pour les parties en cause (art. 46 CEDH; voir aussi STONE SWEET/KELLER, p. 5–11).

486 Pour une analyse de cette évolution et la signification de ce terme, voir PETERS, p. 1011–1032 et les réf. cit.

487 MAHON/GRAF/ZIMMERMANN, p. 8 (nous soulignons).

488 Voir aussi LUZIUS WILDHABER, qui a qualifié la Cour européenne des droits de l'homme de «quasi-Cour constitutionnelle sui generis» (nous traduisons) (WILDHABER, *Zukunft*, p. 569; WILDHABER, *Zustand*, p. 552).

489 BENAVIDES CASALS, p. 84–123; FERRERO, N 218–261, p. 147–180.

490 La Cour EDH parle d'un «niveau d'exigence croissant» et «inéluclablement, [d']une plus grande fermeté» (Cour EDH, *Selmouni c. France* [GC], requête n° 25803/94, 28 juillet 1999, § 101).

491 HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 242 et les réf. cit.; BELSER/MAZIDI, p. 245; KÄGI-DIENER, *Herausforderung*, p. 162–164; PETERS, p. 1016.

492 Dans le domaine des droits fondamentaux, on peut par exemple citer la liberté économique comme «spécificité Suisse». À propos de la question des points communs et spécificités des constitutions modernes, voir DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/SCHINDLER, N 1-18.

493 Voir aussi EDENHARTER, p. 506–507, 778–800.

moniste, ce qui signifie que le droit international valablement ratifié bénéficie d'une validité immédiate: il fait partie intégrante du droit suisse<sup>494</sup>. Deuxièmement, le caractère lacunaire de la Constitution fédérale de 1874 en matière de droits fondamentaux a amené le Tribunal fédéral à se fonder directement sur la CEDH à partir des années 1980, par exemple dans le domaine des garanties de procédure<sup>495</sup>. La CEDH occupe à ce titre une place particulière dans le raisonnement judiciaire, ce qui s'explique par l'effet d'épée de Damoclès de la Cour EDH<sup>496</sup>.

Troisièmement, l'immunité des lois fédérales a conduit aussi bien à marginaliser la Constitution fédérale qu'à renforcer le rôle de la CEDH. À ce propos, rappelons que la Constitution pose des restrictions importantes à la juridiction constitutionnelle fédérale, enjoignant notamment les tribunaux à appliquer les lois fédérales, même dans l'éventualité où elles seraient contraires à la Constitution<sup>497</sup>. Si le Tribunal fédéral a certes développé, à partir des années 1960, une pratique d'interprétation conforme des lois à la Constitution<sup>498</sup>, il n'en reste pas moins que le législateur fédéral peut enfreindre la Constitution – y compris les droits fondamentaux qu'elle garantit – sans risquer l'invalidation de la loi par les tribunaux<sup>499</sup>. Cette règle influe également sur la relation entre Constitution fédérale d'une part, et droit international de l'autre. En effet, l'article 190 Cst. féd. commande l'application aussi bien des lois fédérales que du droit international, sans cependant fournir d'indication quant au moyen de résoudre d'éventuels conflits. Si le Tribunal fédéral a fait prévaloir les lois fédérales postérieures sur les traités jusque dans les années 1990<sup>500</sup>, la jurisprudence a évolué depuis lors: aujourd'hui, le Tribunal fédéral estime que les dispositions internationales directement applicables priment en principe sur les lois fédérales qui

494 BESSON, Droit international public, p. 403–404; CRAWFORD, p. 53; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1386. Précisons toutefois que la distinction classique entre monisme et dualisme est régulièrement critiquée comme étant trop simpliste, diverses combinaisons et nuances existant en pratique (voir par ex. SHELTON, p. 3; KAEMPFER, Mécanismes, p. 42–43 et les réf. cit.; voir aussi WATERS, p. 628–705).

495 Voir par ex. ATF 128 I 288, c. 2.5, ATF 133 I 100, c. 4.4; voir aussi EDENHARTER, p. 782–790. Si la CEDH est entrée en vigueur en 1974 pour la Suisse, au cours des premières années, le Tribunal fédéral considérait généralement que la CEDH n'offrait pas une protection plus étendue que la Cst. féd. (HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 38–42).

496 Par rapport aux autres traités de protection des droits humains, la CEDH se distingue par le statut particulier de la Cour EDH, dont les jugements sont obligatoires pour les États parties (art. 46 CEDH; voir aussi STONE SWEET/KELLER, p. 5–11). De plus, en Suisse, les jugements peuvent donner lieu à une demande de révision de l'arrêt du Tribunal fédéral (art. 122 let. a LTF).

497 Art. 190 Cst. féd. Pour une analyse critique approfondie, voir HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, p. 237–242.

498 HOTTELIER, N 55; voir aussi la distinction entre *Prüfungsverbot* et *Anwendungsgebot*, selon laquelle les tribunaux sont certes obligés d'appliquer les lois fédérales, mais sont également habilités à les contrôler et, cas échéant, constater leur inconstitutionnalité (HOTTELIER, N 57; voir par ex. ATF 137 I 128, c. 4).

499 HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, p. 237–238; HOTTELIER, N 48–54.

500 HOTTELIER, N 59; voir notamment la «jurisprudence Schubert» (ATF 99 Ib 39).

leur sont contraires, en particulier lorsqu'elles relèvent des droits humains<sup>501</sup>. La conséquence de cette jurisprudence est une visibilité accrue de la CEDH, laquelle a en quelque sorte «supplanté» la Constitution, ceci même lorsque le droit en cause est garanti par les deux textes<sup>502</sup>; de façon peu surprenante, cette situation n'est pas sans créer des tensions politiques<sup>503</sup>.

### 3. *Les facteurs ralentissant l'internationalisation*

Il existe également des facteurs, structurels ou non, qui tendent à limiter le phénomène de l'internationalisation des droits fondamentaux. L'on songe d'abord à la réticence des autorités suisses, en particulier du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral, à reconnaître la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>504</sup>. Pour rester dans le thème des innovations et résistances, il s'agit là d'un élément qui peut être qualifié de résistance fédérale à la pleine mise en œuvre des droits humains, et qui se trouve encore accrue par la faible attention portée aux normes programmatiques dans la pratique suisse<sup>505</sup>.

La structure fédérale, pour sa part, influe également sur le rapport entre droit interne et droit international, que ce soit lors de la ratification de traités ou dans le contexte de leur mise en œuvre. Ainsi, elle fait parfois obstacle à la ratification d'un traité. La situation juridique dans les cantons a par exemple fait échouer la première tentative de ratification de la CEDH et s'oppose encore aujourd'hui à la ratification du premier Protocole additionnel<sup>506</sup>. Plus généralement, le fédéralisme requiert des mécanismes visant à garantir l'autonomie cantonale, ce qui contribue parfois à ralentir la ratification d'instruments internationaux. Il en va ainsi de l'association formelle des cantons à la ratification des traités prévue par la Constitution fédérale<sup>507</sup> ou encore des efforts visant à

501 ATF 148 II 169, c. 5; ATF 144 I 126, c. 3; ATF 136 II 241, c. 16.1; voir aussi ATF 139 I 16, c. 5.1 (primauté sur une disposition constitutionnelle); voir toutefois ATF 136 III 168, c. 3.3.4, ATF 145 IV 55 c. 3.3, 4.1. Cette jurisprudence trouve son origine dans l'ATF 125 II 417 (arrêt *PKK*), qui modifie la jurisprudence *Schubert* (ATF 99 Ib 39). Pour plus de détails, voir HOTTELIER, N 58–61; EDENHARTER, p. 780–782.

502 Voir aussi HERTIG RANDALL, *Juridiction constitutionnelle*, p. 242–262; EDENHARTER, p. 506.

503 Voir not. initiative populaire du 12.08.2016 «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)», rejetée en votation le 25 novembre 2018 par 66,3 % des votant-e-s et par l'ensemble des cantons (FF 2019 5651).

504 KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, p. 5–8; voir not. CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la politique extérieure de la Suisse en matière de droits de l'homme (2003–2007)* du 31 mai 2006, FF 2006 5799, 5823; ATF 135 I 161, c. 2.2; ATF 130 I 113, c. 3.3; ATF 126 I 240, c. 2c; CONSEIL FÉDÉRAL, *Deuxième et troisième rapport de la Suisse concernant la mise en œuvre du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I)*, avril 2008, N 37–41.

505 Cf. le contraste entre l'approche des autorités suisses et celle du Comité DESC (KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, p. 5–12 et les réf. cit.).

506 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 273, 439; THURNHERR, p. 316–317.

507 Art. 55 Cst. féd.; voir aussi art. 54 Cst. féd.; pour une appréciation critique, voir WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 274–282.

mettre le droit interne – y compris cantonal – en conformité avec le droit international avant la ratification de tout traité<sup>508</sup>.

Par ailleurs, la structure fédérale constitue également un défi pour la mise en œuvre de traités internationaux; la question des résistances cantonales face à l'innovation venant du droit international représente en conséquence un thème récurrent du point de vue des droits humains<sup>509</sup>. Cela est d'autant plus vrai en l'absence de mécanismes institutionnels internes suffisants visant à s'assurer de la coordination et du contrôle de la mise en œuvre des droits humains<sup>510</sup>.

La question de la mise en œuvre – souvent difficile et semée d'embûches – du droit international des droits humains est un thème qui a pris de l'ampleur dans la littérature et la pratique depuis le début du 21<sup>e</sup> siècle<sup>511</sup>. Aujourd'hui, c'est un thème d'une grande actualité qui occupe aussi bien la doctrine que les organes de protection des droits humains et les autorités internes. Et pour cause: la mise en œuvre est le véritable talon d'Achilles du droit international. S'il existe certes des organes internationaux chargés de contrôler le respect du droit international – des droits humains, pour ce qui nous concerne – leur pouvoir est souvent faible, et la véritable mise en œuvre dépend dans tous les cas du droit et de la pratique interne des autorités nationales et infranationales<sup>512</sup>. Dans le domaine des droits humains, en particulier, on constate une discrédence entre d'un côté, une multiplication des instruments et des organes – avec le risque inhérent de fragmentation allant de pair<sup>513</sup> – et de l'autre côté, une résistance croissante au respect et de la mise en œuvre du droit international des droits humains (*backlash*)<sup>514</sup>. En anglais, cette situation est qualifiée de *implementation gap*<sup>515</sup>. La prise de conscience de cette situation a généré une attention croissante sur les mécanismes permettant de créer un dialogue entre autorités nationales et internationales, et sur les institutions internes veillant au respect et à la mise en œuvre du droit international (*institutional turn*<sup>516</sup>)<sup>517</sup>. Dans ce qui suit, nous approfondirons quelques-unes des questions qui se posent dans ce domaine, en abordant successivement les obligations découlant du droit inter-

---

508 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 273. La pratique montre toutefois que les efforts préalables à la ratification n'empêchent en rien des critiques, parfois sévères, de la part des organes internationaux chargés du suivi des traités, ce qui soulève la question de la mise en œuvre des obligations internationales et recommandations dans l'Etat fédéral (voir *infra*, chapitre D.IV).

509 Voir *infra*, chapitre D.IV.

510 Voir *infra*, chapitre D.IV.

511 Voir par ex. MURRAY/LONG, p. 1–15 et les réf. cit.; en Suisse, voir, entre autres, BIAGGINI, *Theorie und Praxis*; MARTENET, *Architecture*; WYTTEBACH, *Umsetzung*; KAEMPFER, *Mécanismes*.

512 Voir aussi KUNZ, p. 86.

513 PAYANDEH, p. 237–319; voir aussi, en lien avec le droit international plus généralement, PETERS, p. 1011–1032.

514 Voir par ex. VOETEN, p. 407–422; KUNZ, p. 81–87.

515 JENSEN/LAGOUTTE/LORION, p. 165–175.

516 LORION, p. 23–27; JENSEN/LAGOUTTE/LORION, p. 174.

517 Voir par ex. MURRAY/LONG, p. 1–15; JENSEN/LAGOUTTE/LORION, p. 165–175.

national des droits humains, les destinataires de ces obligations et les mécanismes de mise en œuvre.

## II. Les obligations découlant du droit international des droits humains

Afin de dresser un panorama des obligations découlant du droit international des droits humains, la présente section traite d'abord de la question des divers types d'obligations découlant du droit international (1), avant d'approfondir la question de l'applicabilité directe des obligations (2).

### 1. *Les types d'obligations découlant du droit international*

La doctrine a longtemps différencié trois générations de droits humains: les droits politiques et civils (droits dits de «première génération»), les droits économiques, sociaux et culturels (droits dits de «deuxième génération») et les droits «de solidarité», avec une composante collective (droits dits de «troisième génération»)<sup>518</sup>. La division entre droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part s'explique par le fossé idéologique creusé durant la Guerre froide<sup>519</sup>; elle explique notamment l'absence des droits socio-économiques de la CEDH ou encore l'adoption, en 1966, de deux pactes séparés<sup>520</sup>. Elle repose sur la conception selon laquelle la nature des obligations varierait en fonction de la génération des droits: les droits civils donneraient ainsi surtout lieu à des obligations négatives ou d'abstention, alors que les droits économiques, sociaux et culturels – et à plus forte raison les droits de solidarité – feraient naître des obligations positives de protection et de mise en œuvre<sup>521</sup>. Dans le même ordre d'idées, les droits civils et politiques sont vus comme moins onéreux, ne nécessitant pas de mise en œuvre et étant dès lors aussi directement applicables<sup>522</sup>. Plus généralement, ils sont perçus comme prioritaires sur les droits économiques, sociaux et culturels, une vision qui s'explique notamment par le devoir de réalisation progressive auxquels les seconds sont soumis<sup>523</sup>.

518 Le modèle des générations de droits humains a d'abord été articulé par VAŠÁK (VAŠÁK, p. 29–32); voir aussi HERTIG RANDALL, Typologie, p. 40–47; TOMUSCHAT, p. 137–152.

519 CHATTON, Pleine reconnaissance, p. 51, 130–148 (niveau international) et 148–156 (Conseil de l'Europe). Les droits de troisième génération, quant à eux, ont été revendiqués plus tard; aujourd'hui encore, la majorité d'entre eux ne sont garantis que par des instruments de soft law (HERTIG RANDALL, Typologie, p. 46–47; TOMUSCHAT, p. 137–152).

520 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1 (PIDESC, Pacte ONU I) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2 (PIDCP, Pacte ONU II).

521 HERTIG RANDALL, Typologie, p. 44–46; PÉTERMANN, p. 69–70; SUDRE, Droit européen et international, N 15–16.

522 HERTIG RANDALL, Typologie, p. 51–54; CHATTON, Pleine reconnaissance, p. 295–315.

523 Art. 2 al. 1 Pacte ONU I.

Malgré de vives critiques<sup>524</sup>, la distinction entre droits de première et de deuxième génération conserve une certaine importance pratique. Elle explique non seulement l'existence d'instruments séparés sur le plan international, mais aussi l'absence relative de droits socio-économiques dans diverses constitutions du Nord global, dont celle de la Suisse<sup>525</sup>, ou encore la réticence des autorités suisses à reconnaître la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels<sup>526</sup>. Néanmoins, la distinction nette entre générations de droits a été largement désavouée aussi bien par la doctrine que par les organes de protection des droits humains<sup>527</sup>. Nous estimons qu'elle est aujourd'hui dépassée. En effet, la compréhension des droits civils et politiques comme étant des seuls droits d'abstention s'est révélée réductrice et inadaptée en pratique<sup>528</sup>. La Cour EDH, par exemple, rejette depuis 1979 toute «cloison étanche» entre les droits de la Convention, essentiellement des droits civils et politiques, d'une part, et les droits socio-économiques d'autre part<sup>529</sup>. Selon sa jurisprudence constante, des droits civils et politiques ont souvent des «prolongements d'ordre économique ou social», qui prennent notamment la forme d'obligations positives<sup>530</sup>. Depuis lors, la Cour EDH a développé une riche jurisprudence au sujet des obligations positives étatiques<sup>531</sup>.

La pratique des Nations Unies, pour sa part, n'a cessé de souligner le caractère indivisible et interdépendant des droits humains<sup>532</sup>. Celui-ci se trouve aussi reflété dans des instruments de protection plus récents, comme la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) de 1989 ou encore la CDPH de 2006, qui garantissent aussi bien des droits civils et politiques que des droits économiques, sociaux et culturels<sup>533</sup>.

524 HERTIG RANDALL, Typologie, p. 47–53 et les réf. cit.; VENTURA, N 1-63 et les réf. cit.

525 CHATTON, Pleine reconnaissance, p. 141.

526 KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, p. 5–8.

527 CHATTON, Pleine reconnaissance, p. 91–93, 120–130; FREDMAN, p. 67–70; KÄLIN/KÜNZLI, p. 108; SUDRE, Droit européen et international, N 128.

528 HERTIG RANDALL, Typologie, p. 48.

529 Cour EDH, *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

530 Cour EDH, *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

531 Pour une analyse détaillée des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour EDH, voir par ex. PÉTERMANN. La notion des *obligations positives législatives* telle qu'elle a été concrétisée dans la jurisprudence de la Cour EDH doit être distinguée de celle des obligations programmatiques. En effet, la Cour EDH a déduit de la CEDH un certain nombre d'obligations quant au cadre légal – par exemple, l'obligation de criminaliser certaines atteintes à la vie ou à l'intégrité physique –, mais ces obligations donnent, en cas de non-respect, lieu à des prétentions justiciables. Pour plus de détails, voir PÉTERMANN, p. 41–42, 64–67, 116–122.

532 Voir par ex. *Déclaration et Programme d'Action de Vienne*, adoptés lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 1993; voir aussi HERTIG RANDALL, Typologie, p. 51–53.

533 Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) du 20 novembre 1989 (RS 0.107) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) du 13 décembre 2006 (RS 0.109). À ce propos, voir aussi Comité CDE, *V.A. c. Suisse*, Communication de vues du 28 septembre 2020, c. 6.5.



Ainsi, la doctrine et la pratique internationale admettent aujourd'hui que chaque droit humain, peu importe sa génération, donne lieu à trois types d'obligations, à savoir *respecter, protéger et mettre en œuvre* (*respect, protect, fulfil*)<sup>534</sup>. Si la première commande à l'État de s'abstenir (obligation négative) les deux autres lui imposent un devoir d'action (obligations positives). Les obligations de *protection* consistent à prévenir, réprimer ou remédier à des atteintes aux droits humains provenant de tiers, alors que les obligations de *mise en œuvre* englobent tous les aspects visant à donner plein effet aux droits humains, en facilitant, promouvant et assurant leur exercice<sup>535</sup>. Ces obligations ne s'adressent pas toutes aux mêmes autorités: certaines d'entre elles sont principalement destinées aux autorités d'application du droit, alors que d'autres s'adressent avant tout au pouvoir législatif interne<sup>536</sup>. Dans cette perspective, chaque droit, qu'il soit d'ordre civil et politique ou d'ordre socio-économique, comporte une dimension qui est directement applicable devant les tribunaux (*justiziablen Normschicht*), et une dimension qui est programmatique (*programmatische Normschicht*), à savoir qu'elle présuppose une concrétisation par le pouvoir législatif, fédéral ou cantonal<sup>537</sup>. À cela s'ajoute une dimension complémentaire (*flankierende Normschicht*), qui exige notamment que la législation soit interprétée de manière conforme avec les droits fondamentaux<sup>538</sup>. La pratique suisse reconnaît ces dimensions aux droits sociaux de la Constitution fédérale; en revanche, comme nous l'avons déjà vu, elle considère régulièrement que des droits sociaux cantonaux ne sont pas directement applicables. La pratique est encore plus restrictive à propos des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le droit international, dans la mesure où les autorités suisses persistent dans leur approche restrictive de leur applicabilité directe malgré maintes critiques<sup>539</sup>. Cette question sera approfondie dans la section suivante.

## 2. La question de l'applicabilité directe des droits

La validité immédiate d'une norme ratifiée dans l'ordre juridique suisse n'implique pas encore son applicabilité directe<sup>540</sup>. La notion de l'applicabilité directe a trait à la question de savoir si un particulier peut invoquer un droit dans le cadre d'un recours. À cet égard, la doctrine et la pratique utilisent aussi les expressions de norme *self-executing* ou de norme à effet direct, qui sont largement similaires<sup>541</sup>.

534 CHATTON, Pleine reconnaissance, p. 277–291; FREDMAN, p. 69–70; KÄLIN/KÜNZLI, p. 108–109; KOCH, p. 14–25; SHUE, p. 51, 180; E/CN.4/Sub.2/1987/23, § 66–69.

535 FREDMAN, p. 69–70; KÄLIN/KÜNZLI, p. 108–109; E/CN.4/Sub.2/1987/23, § 66–69.

536 KAEMPFER, Mécanismes, p. 50–59, 66–71.

537 MÜLLER, Elemente, p. 46 ss; WYTENBACH, Umsetzung, p. 313.

538 MÜLLER, Elemente, p. 46 ss; WYTENBACH, Umsetzung, p. 313.

539 KÜNZLI/EUGSTER/SPRING, p. 9–12 et les réf. cit.; KÄLIN/KÜNZLI, p. 133.

540 BESSON, Droit international public, p. 409–412.

541 Voir aussi BESSON, Droit international public, p. 409; CHATTON, Pleine reconnaissance, p. 352; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1383.



Une norme est considérée comme étant d'applicabilité directe si elle «conf[ère] par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits et des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités de l'État où cette règle est en vigueur»<sup>542</sup>. Divers critères sont utilisés pour déterminer si une norme contenue dans un traité international est directement applicable; il faut en particulier qu'elle vise à «régler[r] la situation juridique des particuliers», en d'autres termes, à leur conférer des droits ou obligations, qu'elle s'adresse aux autorités d'application du droit – administratives ou judiciaires – et non pas aux autorités législatives – et qu'elle soit suffisamment précise et déterminée pour servir de «majeure du syllogisme juridique» dans un cas concret<sup>543</sup>.

La pratique suisse consiste à reconnaître l'applicabilité directe de la plupart des droits civils et politiques, mais pas des droits économiques, sociaux et culturels. Ces droits de «deuxième génération» sont généralement vus, aussi bien par le Conseil fédéral que par le Tribunal fédéral, comme étant programmatiques, soit destinés au seul législateur – fédéral ou cantonal – et non aux autorités d'application du droit<sup>544</sup>. À ce propos, on peut considérer avec JUDITH WYTTEBACH que la pratique des autorités fédérales constitue un raisonnement circulaire, puisque chaque organe justifie sa propre position par rapport à celle de l'autre<sup>545</sup>. Or, le fait que le Conseil fédéral qualifie certaines normes de non directement applicables dans son message ne lie pas le Tribunal fédéral, mais constitue uniquement un élément parmi d'autres à prendre en compte lors de l'interprétation desdites normes<sup>546</sup>.

Dans la pratique et doctrine suisses, la notion de justiciabilité, qui constitue «la possibilité, pour les individus, de faire valoir leurs prétentions en justice»<sup>547</sup>, est souvent employée comme synonyme de l'applicabilité directe<sup>548</sup>. Dans certains cas, le caractère justiciable d'une norme est plutôt présenté comme l'un des aspects conditionnant son applicabilité directe<sup>549</sup>. Certain-e-s auteur-e-s estiment alors que la notion de justiciabilité fait référence au caractère clair et déterminé d'une norme<sup>550</sup>, tandis que pour d'autres encore, elle exprime le fait

542 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1383.

543 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1383–1386; voir aussi BESSON, *Droit international public*, p. 411.

544 KÄLIN/EUGSTER/SPRING, p. 5–8 et les réf. cit.

545 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 291 («ein geradezu ironischer Zirkelschluss»).

546 Au sujet des méthodes d'interprétation du droit international, voir MAHON/GRAF/ZIMMERMANN, p. 3–13 et les réf. cit.

547 KÄLIN/KÜNZLI, N 3.77 p. 110 (nous traduisons).

548 Voir par ex. CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la relation entre droit international et droit interne* du 5 mars 2010, FF 2010 2067, 2089; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 1666; NIVARD, p. 21; BESSON, *Droit international public*, p. 442.

549 Voir par ex. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 2050; ATF 140 II 185, c. 4.2; ATF 124 III 90, c. 3a; ATF 118 Ia 112, c. 2b. Pour une critique, voir MARLÉTAZ, p. 300–302.

550 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 290; WÜGER, p. 14, 531 ss.

que les tribunaux sont destinataires de la norme<sup>551</sup>. Cette absence de définition claire s'explique probablement par le fait que la pratique suisse et la doctrine majoritaire semblent considérer applicabilité directe et justiciabilité comme «deux faces d'une même pièce», à savoir deux aspects se conditionnant mutuellement<sup>552</sup>. Dans cette vision, seul un droit justiciable peut-être directement applicable et vice-versa<sup>553</sup>.

Or, un nombre croissant d'auteur·e·s adhèrent à une interprétation alternative, qui sépare l'applicabilité directe d'une norme de sa justiciabilité<sup>554</sup>. Cette approche consiste d'abord à revenir à la signification première de la justiciabilité, qui désigne avant tout «la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges»<sup>555</sup>. Contrairement à ce qui prévaut dans la pratique suisse, on peut imaginer qu'une norme programmatrice soit considérée comme justiciable dans la mesure où elle pourrait former la base d'une action en justice à visée constatatoire. Ce raisonnement se base sur quelques arrêts du Tribunal fédéral qui proposent une interprétation novatrice et, par ce biais, nuancent quelque peu la pratique restrictive dans le domaine de l'applicabilité directe<sup>556</sup>.

Enfin, dans une approche que l'on peut qualifier de justiciabilité indirecte, le Tribunal fédéral a également nuancé son approche restrictive de l'applicabilité directe par le biais de l'interprétation conforme<sup>557</sup>. Ce faisant, il a donné du corps à la dimension complémentaire (*flankierende Normschicht*) évoquée précédemment<sup>558</sup>. À ce propos, tout en confirmant le caractère largement programmatrice – et donc non directement applicable – de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Tribunal fédéral précise que «le fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique pourtant nullement que le juge puisse simplement ignorer son existence»; au contraire, il convient d'en tenir compte et d'interpréter la législation conformément à ces obligations<sup>559</sup>. Cette approche est particulièrement bienvenue en ce qu'elle contribue à limiter le risque de fragmentation des droits humains généré par la diversité des sources et organes de protection<sup>560</sup>. Sur le plan international, la Cour EDH poursuit une approche similaire, interprétant la CEDH à la lumière des autres traités de protection des droits humains<sup>561</sup>. Ce type de raisonnement a été qualifié de

551 BESSON, Droit international public, p. 409.

552 KAEMPFER, Mécanismes, p. 49.

553 KAEMPFER, Mécanismes, p. 49.

554 SCHMID, Gesetzgebungsaufträge, p. 19–20; KAEMPFER, Mécanismes, p. 49–50, p. 251; MARLÉ-TAZ, p. 320–322.

555 NIVARD, p. 21.

556 ATF 137 I 305, arrêt du Tribunal fédéral 1C\_504/016 du 19 octobre 2017; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_43/2020 du 1<sup>er</sup> avril 2021.

557 VENTURA, N 37–39; voir aussi KUNZ, p. 9 («mittelbare Anwendbarkeit»).

558 Voir *supra*, chapitre D.II.1.

559 ATF 144 II 56, c. 5.2.

560 À propos du risque de fragmentation, voir PAYANDEH, p. 237–319; PETERS, p. 1011–1032.

561 ZÜND, Begründungselemente, p. 17–19.

«principe de l'harmonisation»<sup>562</sup> ou d'«approche intégrée» (*integrated approach*)<sup>563</sup>.

### III. Les destinataires: le paradoxe de l'État fédéral

Les différentes obligations que nous venons de présenter soulèvent la question de la responsabilité de leur mise en œuvre. À ce propos, la structure fédérale avec sa pluralité de niveaux étatiques crée certaines tensions. Celles-ci trouvent leur source dans un paradoxe au cœur de l'État fédéral: si l'État fédéral répond vis-à-vis de l'extérieur des obligations internationales, qu'il lui appartient de contracter (1), cette responsabilité internationale ne reflète toutefois pas la répartition des compétences – et donc les débiteurs de l'obligation – selon le droit interne (2). Cette asymétrie – et, partant, la structure fédérale elle-même – donne parfois lieu à des tensions avec l'approche d'organes internationaux de protection des droits humains (3).

#### 1. La responsabilité internationale de l'État fédéral

En sa qualité de sujet de droit international public, l'État central est responsable vis-à-vis de l'extérieur du respect de ses engagements internationaux<sup>564</sup>. Lorsque ces obligations prennent leur source dans un traité, la responsabilité internationale de l'État découle du principe *pacta sunt servanda*, codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)<sup>565</sup>. La CVDT précise également qu'«une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité»<sup>566</sup> et que, sauf stipulation contraire, un traité lie chaque État partie «à l'égard de l'ensemble de son territoire»<sup>567</sup>. Sur le plan international, l'État fédéral répond donc de l'action de l'ensemble de ses organes et parties constitutives, tels les états fédérés, et ceci indépendamment des moyens dont il dispose ou non selon le droit interne pour contraindre les états fédérés à respecter le droit international<sup>568</sup>. Pour ce qui est plus particulièrement des droits humains, c'est donc toujours l'État fédéral qui est mis en cause à l'occasion des diverses procédures internationales de suivi et de contrôle, notamment les procédures de rapport étatique,

---

562 ZÜND, *Begründungselemente*, p. 17–19.

563 BREMS, p. 1–14.

564 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 9–11; BELSER, *Affection*, p. 66; BELSER/MAZIDI, p. 246; WEBER, p. 222.

565 Art. 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111 (CVDT). En matière de faits illicites, la responsabilité incombe également à l'État central (voir not. art. 4 du Projet d'articles sur la responsabilité d'État pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, 28 janvier 2002).

566 Art. 27 CVDT.

567 Art. 29 CVDT.

568 WYTTEBACH, *Factors*, p. 45.

les communications individuelles lors de procédures quasi-juridictionnelles ou encore l'examen périodique universel, ainsi que dans le cadre des requêtes individuelles devant la Cour EDH<sup>569</sup>.

Ainsi, le droit international est, en principe, indifférent à l'architecture – unitaire ou fédérale – d'un État<sup>570</sup>. Font cependant exception les clauses fédérales qui limitent la responsabilité de l'État central, voire prévoient une responsabilité directe des États fédérés<sup>571</sup>. Celles-ci sont toutefois rares en pratique; aucun instrument de droits humains liant la Suisse n'en contient<sup>572</sup>. Au contraire, plusieurs instruments rappellent explicitement que la responsabilité de l'État porte sur l'ensemble de son territoire; c'est le cas des deux pactes onusiens<sup>573</sup>. On rencontre en revanche bien plus fréquemment des réserves et déclarations interprétatives motivées par des considérations fédéralistes, qu'il s'agisse de visibiliser le partage des compétences en droit interne ou encore de protéger l'autonomie des états fédérés<sup>574</sup>. La validité de telles clauses doit être interprétée de manière restrictive<sup>575</sup>. En particulier, elles ne sauraient exclure un ou plusieurs états fédérés du champ d'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions<sup>576</sup>.

Le pendant de la responsabilité internationale de l'État est sa compétence de conclure des traités, les deux étant des attributs de son statut de sujet de droit international<sup>577</sup>. Du point de vue du droit interne, la compétence relative à la conclusion de traités peut être réglée de différentes manières. En général, l'État fédéral dispose de la compétence de conclure des traités même lorsque ceux-ci portent sur des domaines pour lesquels il ne dispose pas de compétences légis-

569 À propos des différents mécanismes de suivi sur le plan international, voir KÄLIN/KÜNZLI, p. 213–310.

570 KELLER, *Rezeption*, p. 701; WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 9, qui précise aussi que cette question fut l'objet de débats qui n'ont aujourd'hui plus qu'une portée historique.

571 Dans le domaine des droits humains, c'est surtout la CADH qui contient une clause fédérale (art. 28). Adoptée sur proposition des États-Unis, cette clause est cependant interprétée de façon restrictive par la Cour IADH (Cour IADH, *Garrido et Baigorria c. Argentine*, Réparations [Jugement], 27.08.1998, § 45; voir aussi BESSON, *Droits de l'homme*, p. 25).

572 Voir l'analyse de WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 18–27. Voir toutefois la clause fédérale contenue à l'article 41 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 (CR) et art. 6 du Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967, qui constituent des instruments pertinents pour les droits humains, sans faire partie des traités de droits humains *stricto sensu*. La CEDH, pour sa part, contient une clause «coloniale» à son article 56, parfois qualifiée d'ancêtre des clauses fédérales (voir WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 24–25).

573 Art. 28 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1 (PIDESC) et art. 50 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2 (PIDCP), qui constituent ainsi des clauses fédérales dites négatives (WYTTEBACH, *Factors*, p. 46–47).

574 WYTTEBACH, *Factors*, p. 48–51.

575 Voir à ce propos l'analyse détaillée de WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 29–56.

576 WYTTEBACH, *Factors*, p. 50.

577 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 272. Il s'agit en effet d'un attribut essentiel de la personnalité juridique internationale. À ce propos, voir aussi DISTEFANO, p. 52–68.

latives ou d'exécution selon le droit interne<sup>578</sup>. Cette division des compétences – conclusion de traités sur le plan fédéral, mise en œuvre en tout cas partiellement sur le plan des états fédérés – crée des tensions non négligeables entre la structure fédérale d'une part et le respect des obligations internationales de l'autre<sup>579</sup>. Précisons à cet égard que d'autres systèmes sont envisageables; il est notamment possible de faire correspondre les compétences internes aux compétences internationales. C'est notamment la voie choisie par la Belgique, laquelle prévoit un parallélisme parfait entre compétence de conclusion de traités d'une part, et compétences selon le droit interne d'autre part<sup>580</sup>. Ainsi, l'État belge ne peut conclure des traités seul que dans les domaines où il bénéficie de compétences en vertu du droit interne; dans les autres cas, l'accord formel des collectivités infraétatiques compétentes est nécessaire. Dès le moment qu'un traité est valablement ratifié, les organes centraux possèdent certains pouvoirs de contrainte à l'égard des collectivités infraétatiques qui ne mettraient pas en œuvre leurs obligations<sup>581</sup>.

La Suisse ne suit pas l'exception belge: la Confédération dispose d'une compétence générale en matière de conclusion de traités, indépendamment de savoir si elle aurait la compétence de légiférer dans le domaine considéré en vertu du droit interne<sup>582</sup>. Cependant, et comme nous l'avons déjà indiqué, la Constitution fédérale enjoint la Confédération à tenir compte des compétences des cantons, à sauvegarder leurs intérêts ainsi qu'à les consulter avant toute conclusion d'un traité important<sup>583</sup>. Précisons par ailleurs que l'article 56 de la Constitution fédérale habilite les cantons à conclure des traités avec l'étranger dans leur domaine de compétence, une faculté dont les cantons disposent depuis toujours et ont également fait usage, notamment – mais de loin pas exclusivement – dans le domaine de la coopération transfrontalière<sup>584</sup>.

L'on retiendra ainsi que la responsabilité internationale de l'État fédéral et sa compétence générale en matière de conclusion de traités ne va pas nécessairement de pair avec l'obligation de mise en œuvre correspondante sur le plan interne. En d'autres termes, il est nécessaire, pour chaque obligation internationale, de déterminer quelle est la collectivité qui en est débitrice selon le droit interne.

---

578 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 168–225, spéc. 224 (analyse successive et comparative de l'Allemagne, de l'Autriche, du Canada, des États-Unis, de l'Australie et de la Belgique).

579 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 10–11; BELSER, *Affection*, p. 66.

580 TULKENS/VAN DROOGHENBROECK, p. 279–280; WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 224–225.

581 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 224–225; TULKENS/VAN DROOGHENBROECK, p. 279–280.

582 Art. 54 al. 1, 184 al. 2 Cst. féd.; HÄFFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1123; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N 775.

583 Art. 54 al. 3, 147 Cst. féd.; art. 3 al. 1 let. c de la Loi sur la procédure de consultation du 18 mars 2005, RS 172.061 (LCo). L'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales est par ailleurs soumise au double référendum obligatoire du peuple et des cantons (art. 140 al. 1 let. b Cst. féd.).

584 FASSBENDER/GÜBELI, p. 117.

## 2. *La répartition interne des compétences*

Au sein de l'État fédéral, la responsabilité interne, soit la détermination de l'entité étatique débitrice des obligations découlant du droit international, dépend de la répartition des compétences selon le droit interne<sup>585</sup>. Rappelons à cet égard qu'en Suisse, les cantons conservent les compétences qui n'ont pas été attribuées à la Confédération et que l'attribution de telles compétences ne devrait se faire que lorsqu'une tâche dépasse la capacité des cantons ou lorsqu'une uniformisation s'impose pour d'autres raisons<sup>586</sup>. La ratification d'un traité de protection de droits humains ne justifie donc pas, à elle seule, l'adoption d'une nouvelle norme attributive de compétences ou une interprétation extensive des compétences fédérales en place<sup>587</sup>.

Le régime suisse de répartition des compétences se caractérise par une certaine complexité ainsi que par un enchevêtrement important<sup>588</sup>. Cela est notamment dû aux nombreuses compétences qui incombent en partie à la Confédération et en partie aux cantons<sup>589</sup> ainsi qu'au fédéralisme d'exécution, en vertu duquel les cantons sont chargés de la mise en œuvre du droit fédéral<sup>590</sup>. Le droit cantonal peut par ailleurs déléguer certaines compétences aux communes<sup>591</sup>. Si l'étendue de leurs compétences varie fortement d'un canton à un autre<sup>592</sup>, les communes ont souvent des prérogatives dans les domaines de l'école, de la culture, du sport, de la santé, de l'aide sociale, de la police, de la fourniture de services à la population, dans la gestion de l'espace public ou encore dans les transports, qui les érige en acteurs importants s'agissant de la mise en œuvre concrète des droits humains<sup>593</sup>.

Si la répartition des compétences détermine le niveau étatique compétent, le type d'obligation définit l'autorité débitrice; différents cas de figure sont alors envisageables. Les obligations directement applicables s'adressent aux autorités d'application du droit, que celles-ci soient cantonales ou fédérales<sup>594</sup>. Elles doivent être respectées dans le cadre de l'ensemble des tâches étatiques<sup>595</sup>. En revanche, les obligations programmatiques doivent d'abord être concrétisées, en général par voie législative. Si elles tombent dans les compétences de la Confédération, celle-ci sera chargée d'adopter une législation fédérale corres-

585 KAEMPFER, *Mécanismes*, p. 64–66; WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 298–304.

586 Art. 43a al. 1 Cst. féd.

587 Voir aussi WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 271–274, 427.

588 KLEY, *Eigenheiten*, N 14–15; HÄNNI/ZIMMERMANN.

589 Le droit suisse connaît des compétences fédérales exclusives, des compétences fédérales concurrentes, des compétences fédérales limitées aux principes et des compétences parallèles (voir MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 1078).

590 Art. 46 al. 1 Cst. féd. et art. 49 Cst. féd.; voir aussi KAEMPFER, *Mécanismes*, p. 29.

591 Art. 50 al. 1 Cst. féd.; TSCHANNEN, N 640; BELLANGER, N 10–11.

592 BELLANGER, N 2.

593 FREI, p. 587; WYTTEBACH, *Stadt*, p. 87–89.

594 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 298.

595 Art. 5 al. 4, 35 Cst. féd.

pondante, qui sera généralement mise en œuvre sur le plan cantonal en raison du fédéralisme d'exécution. Les obligations programmatiques relevant de la compétence des cantons, quant à elles, doivent être transposés et concrétisés dans la législation cantonale. Dans ce cas, les cantons doivent en principe disposer d'une certaine marge pour concrétiser cette obligation. En pratique, il n'est pas rare qu'une obligation de légiférer touche à la fois des compétences fédérales et cantonales. En matière d'égalité entre femmes et hommes, par exemple, plusieurs instruments internationaux consacrent explicitement des obligations de légiférer pour assurer l'application effective de l'égalité<sup>596</sup>; celles-ci s'appliquent aussi bien aux autorités fédérales que cantonales, dans leurs domaines de compétences respectives.

### 3. *Le paradoxe fédéral vu par les organes de protection des droits humains*

#### a. *Généralités*

Si le droit international est en principe indifférent à la structure fédérale ou non d'un État, cette position n'est pas toujours reflétée dans la pratique des organes de traités de droits humains. On y trouve en effet régulièrement des critiques de l'organisation fédérale<sup>597</sup>. S'inspirant d'une classification établie par BELSER, on peut distinguer les recommandations ou avis neutres à propos du fédéralisme de ceux qui adoptent une approche plus critique<sup>598</sup>.

#### b. *Les avis ou recommandations neutres au regard du fédéralisme*

Les recommandations neutres au regard du fédéralisme sont celles qui se limitent à rappeler à l'État fédéral sa responsabilité sur l'ensemble de son territoire, y compris pour les actes et les omissions des états fédérés<sup>599</sup>. Elles sont ainsi parfaitement en accord avec les principes découlant du droit international, à savoir la responsabilité de l'État fédéral et l'impossibilité d'utiliser le droit interne comme une justification à d'éventuels manquements<sup>600</sup>.

La jurisprudence de la Cour EDH reflète ces principes. Ainsi, elle rappelle notamment qu'«au regard de la Convention, seule se trouve en cause la responsabilité internationale de l'État, quelle que soit l'autorité nationale à qui est imputable le manquement à la Convention dans le système interne»<sup>601</sup>. Elle

---

596 Art. 2 let. a de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) du 18 décembre 1979 (RS 0.108); art. 4 al. 1 et 2 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) du 11 mai 2011 (RS 0.311.35).

597 BELSER, Affection, p. 67–70 et les réf. cit.; WYTENBACH, Umsetzung, p. 67–83 et les réf. cit.

598 BELSER, Affection, p. 65–70, qui distingue entre recommandations «aveugles», «adverses» et «hostiles» au fédéralisme (nous traduisons).

599 BELSER, Affection, p. 65–67.

600 Voir aussi BELSER, Affection, p. 66–67; WYTENBACH, Factors, p. 45.

601 Cour EDH, *Assanidzé c. Géorgie* [GC], requête n° 71503/01, 8 avril 2004, § 146.



précise également que la structure de l'État – unitaire ou fédérale, avec des degrés variables d'autonomie régionale – entre dans la marge d'appréciation de l'État<sup>602</sup>. En revanche, l'obligation de respecter la CEDH n'est pas limitée aux autorités de l'échelon supérieur. En effet, les États ont également l'obligation d'«empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs», ce qui implique que les «autorités supérieures [...] ont le devoir d'imposer à leurs subordonnés le respect de la Convention et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter»<sup>603</sup>. Dans l'arrêt *Osmanoğlu et Kocaba c. Suisse*, la Cour EDH confirme sa retenue<sup>604</sup> en rappelant qu'elle «a toujours respecté les particularités du fédéralisme dans la mesure où elles étaient compatibles avec la Convention»<sup>605</sup>.

Dans la pratique des organes de traités – sur le plan des Nations Unies ou du Conseil de l'Europe –, on trouve des recommandations qui sont formellement adressées à l'État fédéral, mais qui concernent en réalité un canton ou une situation spécifique. Il en va ainsi des critiques, fort nombreuses, que la Suisse a reçues à propos de la surpopulation dans la prison de Champ-Dollon à Genève, alors que la détention relève de la compétence cantonale. À titre d'exemple, l'on peut citer les recommandations concrètes du Comité relatif à la prévention contre la torture du Conseil de l'Europe (CPT) et du Comité contre la torture des Nations Unies (CAT)<sup>606</sup>. Même si elles ont trait à une situation bien spécifique, ces recommandations peuvent néanmoins être considérées comme neutres à l'égard du fédéralisme, dans la mesure où elles ne s'immiscent pas dans l'organisation interne de l'État.

### c. Les avis ou recommandations critiques à l'égard du fédéralisme

Tous les organes de protection des droits humains ne font pas preuve de la même retenue. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant (Comité CDE) voit le fédéralisme d'un œil particulièrement suspect<sup>607</sup>. S'il rappelle, lui aussi, les prin-

602 Voir par ex. Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, requête n° 9267/81, § 57 ss; Cour EDH, *Magee c. Royaume-Uni*, requête n° 42184/05, 16 mars 2000, § 50–51; Cour EDH, *Siveri et Chiellini c. Italie* (déc.), requête n° 13148/04. Précisons néanmoins que la compréhension pour le système fédéral n'est pas partagée par l'ensemble des juges, voir not. Cour EDH, *Müller c. Suisse*, requête n° 10737/84, 1998, Op. diss. Spielmann.

603 Cour EDH, *Assanidzé c. Géorgie* [GC], requête n° 71503/01, 8 avril 2004, § 146.

604 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 62; BESSON, *Forme politique*, p. 218–219.

605 Cour EDH, *Osmanoğlu et Kocaba c. Suisse*, requête n° 29086/12, 10 janvier 2017, § 99; voir aussi Cour EDH, *Mouvement raëlien c. Suisse*, requête n° 16354/06, § 64. Voir déjà *Dudgeon c. Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, 22 octobre 1981, Op. diss. MATSCHER, qui s'exprimait ainsi: «La diversité des législations internes, propre à un État fédéral, ne peut jamais constituer, en soi, une discrimination, et il n'est pas nécessaire de la justifier. Prétendre le contraire serait méconnaître totalement l'essence même du fédéralisme».

606 Voir par ex. Comité contre la torture (CAT), *Observations finales à l'égard de la Suisse à l'issue du septième rapport périodique*, CAT/C/CHE/CO77, N 17 et 19; voir aussi BELSER, *Affection*, p. 65–67; WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 370–379.

607 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 137.



cipes généraux dans ses déclarations, le ton adopté à ces occasions marque d'ores et déjà une différence par rapport à la pratique neutre de la CEDH: ainsi, le Comité CDE exhorte les États fédéraux ou décentralisés à veiller à ce que les échelons inférieurs «assurent l'application effective»<sup>608</sup> de la Convention, précisant que la structure de l'État «ne décharge en rien le gouvernement de l'État partie de sa responsabilité directe»<sup>609</sup>. Le Comité CDE va cependant encore plus loin: il estime ainsi que les États parties doivent disposer de «moyens d'action pour faire pleinement appliquer la Convention par les administrations ou autorités locales concernées», au moyen de «mécanismes de surveillance permanents»<sup>610</sup>. Dans cette perspective, il propose régulièrement des mesures, y compris à la Suisse, qui tendent vers une forme d'harmonisation, voire d'uniformisation, du droit et de la pratique internes<sup>611</sup>, restreignant ainsi la marge de manœuvre des cantons et parfois des communes.

Enfin, l'aspect sans doute le plus problématique au regard du fédéralisme est que le Comité CDE considère que l'application de la Convention doit se faire «sans discrimination» sur l'ensemble du territoire de l'État<sup>612</sup>. Sur ce dernier point, il précise explicitement que la structure décentralisée ne devrait pas être une «source de discrimination pour les enfants, en ce qui concerne la jouissance de leurs droits dans les différentes régions»<sup>613</sup>. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité CEDEF) adopte des positions similaires: non content de recommander à la Suisse de «renforcer la coordination effective de ses structures à tous les niveaux», il estime que celle-ci devrait avoir pour résultat «une application uniforme de la Convention et une protection égale des droits des femmes sur l'ensemble du territoire»<sup>614</sup>. Le Comité relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), pour sa part, a recommandé l'adoption d'une législation générale mettant en œuvre le Pacte ONU I<sup>615</sup>.

608 CDE, Observation générale n° 5, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003, § 20; voir aussi *idem*, § 40–41.

609 CDE, Observation générale n° 5, § 40.

610 CDE, Observation générale n° 5, § 41.

611 CDE, Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports thématiques de la Suisse, CRC/C/CHE/CO2–4, 26 février 2015 (CDE, Observations finales Suisse [2015]), § 9, 11, 13; CDE, Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant cinquième et sixième rapports périodiques, CRC/C/CHE/CO/5–6, 22 octobre 2021 (CDE, Observations finales Suisse [2021]), § 19c), 39d), 40a).

612 CDE, Observation générale n° 5, § 41.

613 CDE, Observation générale n° 5, § 41.

614 Comité CEDEF, Observations finales sur le sixième rapport périodique de la Suisse, novembre 2022, CEDAW/C/CHE/CO/6, § 12.

615 Comité DESC, Observations finales à l'égard de la Suisse, 2010, ch. 5; Comité DESC, Observations finales à l'égard de la Suisse, 1998, ch. 26; voir aussi EGBUNA-JOSS/HILTBRUNNER/BELSER, N 19.

*d. Le nœud du problème: mise en œuvre effective versus mise en œuvre égale*

Les critiques que nous venons de présenter sous-entendent – voire affirment – qu’un État devrait non seulement mettre en œuvre ses obligations internationales, mais encore qu’il devrait les mettre en œuvre de manière comparable, voire uniforme, sur l’ensemble de son territoire. En d’autres termes, la critique soulève la question de savoir s’il existe une obligation de mise en œuvre non seulement effective, mais égale ou uniforme<sup>616</sup>.

La distinction entre mise en œuvre égale et effective est au centre des tensions entre fédéralisme et protection des droits humains; il s’agit d’une problématique récurrente dans la pratique des organes de protection des droits humains, accentuée par le scepticisme de la part de certains organes de protection d’entre eux vis-à-vis de la structure fédérale<sup>617</sup>. Or, l’autonomie cantonale inhérente au fédéralisme implique, par définition, des solutions différentes d’un canton à l’autre. Cette autonomie se manifeste non seulement dans le choix des mesures concrètes pour mettre en œuvre une obligation, mais implique également une certaine marge de manœuvre quant au niveau de protection des droits humains que le canton souhaite atteindre<sup>618</sup>. Ceci est d’autant plus vrai que, comme nous l’avons vu, les cantons peuvent eux-mêmes consacrer des droits fondamentaux qu’il s’agira également de mettre en œuvre. Ainsi, les législations cantonales à propos du salaire minimum ou des logements abordables contribuent certes à mettre en œuvre les droits garantis par le Pacte ONU I, mais visent en premier lieu à concrétiser des dispositions cantonales garantissant un salaire minimum ou un droit au logement<sup>619</sup>. Dans d’autres domaines, le droit international a représenté un moteur important pour le développement législatif cantonal: c’est par exemple le cas de la loi de Bâle-Ville relative aux droits des personnes en situation de handicap<sup>620</sup>, qualifiée de mise en œuvre de la CDPH<sup>621</sup>. Néanmoins, dans ce cas aussi, la loi permet simultanément de concrétiser des dispositions constitutionnelles cantonales<sup>622</sup>. Ce jeu dialogique entre droit international et cantonal fait aussi la force du fédéralisme, puisqu’il permet des solutions allant au-delà du minimum requis, qui serviront peut-être à leur tour d’inspiration<sup>623</sup>. Ainsi, du point de vue du fédéralisme, une mise en

616 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 134–157.

617 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 135–136; BELSER, *Affection*, p. 70, 94.

618 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 148–152.

619 Voir par ex. art. 32a de la Loi sur l’emploi et l’assurance-chômage du 25 mai 2004 (RS-NE 813.10) concrétisant l’article 34a Cst.-NE. Bien évidemment, ce type de législations peuvent aussi – et sont parfois – adoptés sans qu’un droit fondamental existe dans la constitution cantonal, à titre de législation visant à concrétiser l’État social.

620 Gesetz über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtsgesetz, BRG) du 18 septembre 2019 (RS-BS 140.500).

621 KAEMPFER, *Domestic Mechanisms*, p. 551–556. Voir aussi, à propos de la Convention d’Istanbul, NIEDERHAUSER, p. 140–160.

622 En l’occurrence, § 8 al. 2 et 3 Cst.-BS.

623 Voir aussi BELSER, *Affection*, p. 84–88.

œuvre uniforme ne saurait être un objectif en soi, faute de le vider de sa substance dans les domaines concernés par les droits humains<sup>624</sup>.

Pour résoudre ces tensions, certain·e·s auteur·e·s suggèrent de s'inspirer de la doctrine de la marge d'appréciation nationale développée par la jurisprudence de la Cour EDH<sup>625</sup>. En effet, similairement à ce qui vaut dans le contexte du Conseil de l'Europe, il s'agira, au sein de l'État fédéral, de déterminer un socle minimal devant être appliqué par tous les états fédérés, ceux-ci étant par ailleurs libres d'aller au-delà de cette protection minimale<sup>626</sup>. Cependant, et comme le montre la jurisprudence de la Cour EDH, trouver un équilibre entre un standard minimum commun et une marge d'appréciation pour chacune des entités constitutives n'est pas toujours aisé. Cela est d'autant plus vrai que dans un État fédéral, la question de la solidarité entre les états fédérés ainsi qu'entre État fédéral et états fédérés doit également être prise en compte<sup>627</sup>. À ce propos, relevons que le fonctionnement du fédéralisme suisse se distingue par son caractère compétitif plutôt que solidaire<sup>628</sup>. Le droit international pose néanmoins certaines limites à cette compétitivité. Par exemple, pour concrétiser les obligations sujettes à une obligation de réalisation progressive «au maximum [des] ressources disponibles» d'un État partie, à l'instar des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le Pacte ONU I<sup>629</sup>, l'appréciation des ressources disponibles se fait à l'aune des ressources de l'État dans son ensemble. Elle est donc la même pour chaque état fédéré, et il incombe à l'État fédéral d'égaleriser ou compléter au besoin les moyens des états fédérés<sup>630</sup>.

Enfin, précisons que la question de l'égalité dans la mise en œuvre du droit entre cantons ne se limite pas au jeu entre le niveau international et les niveaux (infra-)nationaux, mais se pose d'une manière plus générale. En effet, par sa nature même, le fédéralisme crée des entorses au principe égalitaire – important en démocratie, mais également au cœur des droits humains. Le dilemme peut être résumé comme suit: si un domaine relève de la compétence cantonale, des divergences entre les cantons sont inévitables. Ainsi, l'État fédéral est, par définition, en constante recherche de l'équilibre fragile entre protection de la diversité inhérente à la souveraineté cantonale et égalité des droits<sup>631</sup>.

---

624 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 148–152. Cette affirmation doit être nuancée pour des personnes qui, en raison de caractéristiques personnelles tel que le statut de séjour ou l'incapacité de discernement, ne bénéficient pas de la liberté d'établissement; dans ce cas, des différences de traitement soulèvent un problème sous l'angle de l'interdiction des discriminations (*idem*, p. 144–147, 152–155).

625 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 154–155; SCHINDLER, *Rechtsanwendungsgleichheit*, p. 168.

626 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 150–152.

627 En effet, la mise en œuvre des droits humains est coûteuse et les capacités financières sont très variables d'un canton à un autre.

628 SCHINDLER, *Rechtsanwendungsgleichheit*, p. 187–189.

629 Art. 2 al. 1 Pacte ONU I.

630 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 150.

631 Voir aussi l'analyse de SCHINDLER, *Rechtsanwendungsgleichheit*, p. 167–209.

#### IV. Les mécanismes internes de la mise en œuvre des droits humains

Les tensions résultant de l'asymétrie entre responsabilité internationale et compétences internes soulèvent plusieurs questions sous l'angle de la mise en œuvre des obligations internationales. Depuis quelques années, la doctrine prête une attention croissante à cette problématique, diverses études et projets de recherche y ont été consacrés<sup>632</sup>. Parmi les questions qui se posent dans ce domaine, deux sont particulièrement centrales, et seront brièvement abordées par la suite. Une première a trait à la coordination entre les cantons aussi bien qu'entre le niveau cantonal et fédéral (1); une seconde vise à déterminer les mécanismes dont dispose l'État fédéral pour inciter, voire obliger les états fédérés à mettre en œuvre les obligations de droits humains (2).

##### 1. Les mesures de coordination

Comme nous l'avons déjà évoqué, certaines des recommandations adressées à la Suisse font preuve d'un certain scepticisme à l'égard de sa structure fédéraliste. Outre une certaine tension fondamentale entre les valeurs universalistes des droits humains et les exigences du fédéralisme<sup>633</sup>, cette perception négative s'explique aussi – du moins en partie – par un manque de communication et de coordination internes.

En effet, pendant longtemps, les rapports étatiques de la Suisse ne contenaient que des informations ponctuelles, souvent peu systématiques, à propos de la situation dans les cantons<sup>634</sup>. Si ces lacunes se comprennent aisément au vu des difficultés que pose la collecte de données et d'informations dans un État composé de 26 états fédérés, elles n'ont certainement pas prédisposé favorablement les organes internationaux<sup>635</sup>. Ce caractère lacunaire des rapports de la Suisse a également été critiqué par des institutions internes, avant tout le Centre suisse de compétence de droits humains (CSDH), qui a mené plusieurs recherches à ce sujet. Publiées respectivement en 2012 et 2013, ces études mettent en lumière un manque de coordination structurel et font diverses recommandations à ce propos, comme l'uniformisation des diverses procédures de

632 Parmi d'autres, citons notamment les études menées par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) sous l'égide d'Eva Maria BELSER (voir par ex. EGBUNA-JOSS/HILTBRUNNER/BELSER, p. 1–82; BELSER/EGLI, p. 41–58, avec des propositions concrètes à l'attention des autorités) ou encore le projet de recherche mené par EVELYNE SCHMID et MARTINO MAGGETTI examinant le rôle des parlements cantonaux dans la mise en œuvre des obligations internationales («Bypassing the Nation State? How Swiss Cantonal Parliaments Deal with International Obligations. International Law and Subnational Parliaments (ILSP)», voir <https://lawandsociety.ch/directory/bypassing-the-nation-state-how-swiss-cantonal-parliaments-deal-with-international-obligations-international-law-and-subnational-parliaments-ilsp/> [14.05.2023]). Voir aussi WYTTEBACH, *Umsetzung*; FREI; MARTENET, *Architecture*.

633 Voir aussi BELSER, *Affection*, p. 70–77.

634 EGBUNA-JOSS/KÄLIN, p. 6; BELSER/EGLI, p. 41–42.

635 Voir aussi BELSER, *Affection*, p. 73–77.

rapport ainsi que la mise sur pied d'un organisme de coordination<sup>636</sup>. La situation a également fait l'objet d'interpellations parlementaires<sup>637</sup>.

Depuis lors, d'importants efforts de coordination ont eu lieu. Parmi d'autres, on peut notamment citer la création, en 2015, d'un Groupe interdépartemental «Politique internationale des droits de l'homme» regroupant des représentant·e·s de divers départements de l'administration fédérale, de plusieurs commissions extraparlémentaires et de la Conférence des gouvernements cantonaux<sup>638</sup>. Parmi les efforts menés dans ce contexte, l'on peut mentionner la coordination entre les différents rapports et les divers services, fédéraux et cantonaux, impliqués<sup>639</sup>.

Ces efforts ne sont pas restés sans résultat: on observe notamment des développements plus systématiques à propos des cantons dans plusieurs rapports étatiques élaborés depuis lors<sup>640</sup>. Il reste toutefois du travail à faire. En effet, les démarches entreprises jusqu'à maintenant ont été explicitement qualifiées de «coordination light», faute notamment de moyens; l'existence d'un potentiel d'amélioration ressort ainsi déjà du qualificatif «light» employé par l'administration et ne fait donc aucun doute<sup>641</sup>. À cet égard, il reste à voir quelle contribution pourra être attendue de l'*Institution nationale des droits de l'homme* (INDH), dont la création a été finalement approuvée en 2021 par le Parlement fédéral et qui est entrée en fonction en 2023<sup>642</sup>.

La procédure de rapport étatique proprement dite ne représente naturellement qu'une partie du suivi auquel les États sont soumis. Un autre aspect est la mise en œuvre proprement dite des recommandations faites à l'égard de la Suisse. À ce propos aussi, on dénote des efforts de coordination. Citons par exemple des plans d'action ou des feuilles de route listant les recommandations et les mesures concrètes décidées ainsi que les entités administratives – fédérales ou cantonales, voire communales – responsables<sup>643</sup> ou encore des stratégies communes de mise en œuvre<sup>644</sup>.

---

636 EGBUNA-JOSS/KÄLIN, p. 12–15; EGBUNA-JOSS/HILTBRUNNER/BELSER, N 40–48.

637 Interpellation 17.3596 *Mazzone* (16.05.2017).

638 BELSER/EGLI, p. 55–56; CONSEIL FÉDÉRAL, Quatrième rapport de la Suisse dans le cadre de l'examen périodique universel, A/HRC/WG.6/42/CHE/1 du 18 octobre 2022, p. 2–3.

639 CONSEIL FÉDÉRAL, Quatrième rapport de la Suisse dans le cadre de l'examen périodique universel, A/HRC/WG.6/42/CHE/1 du 18 octobre 2022, p. 2–3.

640 À titre d'illustration, cf. par ex. CONSEIL FÉDÉRAL, Quatrième rapport de la Suisse dans le cadre de l'examen périodique universel, A/HRC/WG.6/42/CHE/1 du 18 octobre 2022. En ce sens, voir déjà WYTTEBACH, p. 545–546.

641 Voir aussi BELSER/EGLI, p. 55–56.

642 Art. 10a, 10b et 10c de la Loi fédérale sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme du 19 décembre 2003, RS 193.9.

643 CONSEIL FÉDÉRAL, Sixième rapport périodique de la Suisse, CEDAW/C/CHE/6 du 22 mars 2022, N 2; CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie Égalité 2030; BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (BFEG), Plan d'action relatif à la Stratégie Égalité 2030 (<<https://www.egalite2030.ch/fr/>> [14.05.2023]); voir aussi BELSER/EGLI, p. 56.

644 BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (BFEG), Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Concept de

Ces exemples montrent aussi que la procédure du rapport et celle de la mise en œuvre proprement dite sont étroitement liées. D'ailleurs, ces mécanismes de suivi internationaux visent à créer un processus itératif continu, au sein duquel les rapports étatiques, les recommandations internationales et le suivi interne se succèdent sans discontinuer<sup>645</sup>. Plusieurs instruments de protection des droits humains récents mettent d'ailleurs en avant l'importance de la coordination, du suivi et de l'évaluation des mesures de mise en œuvre. Il en va ainsi de la Convention d'Istanbul, qui contient des obligations de mise en œuvre détaillées<sup>646</sup>. Elle enjoint également les États parties à désigner des organes chargés de la «coordination, la mise en œuvre, le suivi et l'évaluation des politiques et des mesures prises afin de prévenir et combattre toutes les formes de violence couvertes par la présente Convention»<sup>647</sup>. De manière intéressante, cet article mentionne explicitement que, «s'agissant d'une structure gouvernementale de type fédéral, il peut s'avérer nécessaire de disposer de plusieurs organes»<sup>648</sup>. La Suisse, quant à elle, a choisi de désigner un seul organe chargé de la coordination – le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes –, mais a développé une stratégie de mise en œuvre commune entre Confédération et cantons.

Les développements qui précèdent montrent que la coordination constitue un aspect important de la mise en œuvre. Entre autres effets bénéfiques, elle permet de clarifier les obligations respectives de chacune des collectivités impliquées. La coordination a toutefois aussi ses limites, ce qui soulève notamment la question des autres possibilités d'action dont bénéficie la Confédération face à une mise en œuvre insuffisante des obligations internationales par les cantons.

## 2. *Les (autres) possibilités d'action fédérale face à une mise en œuvre insuffisante par les cantons*

Le principe de la primauté du droit fédéral garantit non seulement l'application du droit adopté au niveau national, mais également celle du droit international liant la Suisse. Il confère à la Confédération à la fois le droit et l'obligation de veiller au respect de ces normes par les cantons<sup>649</sup>. Ainsi, l'article 49 al. 2 Cst. féd. charge la Confédération de la *surveillance fédérale*<sup>650</sup> portant aussi bien sur les compétences propres des cantons que les compétences déléguées par la Confédération<sup>651</sup>. Celle-ci s'opère vis-à-vis de la collectivité, à savoir du canton

---

mise en œuvre, Berne 2019; voir aussi BELSER/EGLI, p. 55–57; KAEMPFER, Mécanismes, p. 231–270.

645 Voir aussi BELSER/EGLI, p. 56.

646 Voir art. 7 Convention d'Istanbul.

647 Art. 10 al. 1 Convention d'Istanbul.

648 CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, N 70.

649 Art. 49 al. 2 Cst. féd.

650 À ce propos, voir not. BIAGGINI, Art. 49, N 15–27; MARTENET, Art. 49, N 36, N 60–73.

651 BIAGGINI, Art. 49, N 16; MARTENET, Art. 49, N 36.

en tant que tel (*Verbandsaufsicht*); dans les faits, elle s'adresse généralement au gouvernement cantonal, charge à lui de vérifier ensuite que les autorités cantonales ou communales compétentes selon le droit cantonal s'exécutent<sup>652</sup>. Ce fonctionnement s'explique par la nécessité de respecter tant l'autonomie cantonale que le principe de la subsidiarité de l'action fédérale<sup>653</sup>. En outre, la surveillance fédérale doit plus généralement s'exercer conformément au principe de proportionnalité<sup>654</sup>. Ces principes expliquent aussi la retenue de la Confédération s'agissant des domaines de compétences propres des cantons<sup>655</sup>.

L'obligation principale de surveillance incombe au Conseil fédéral, mais peut être déléguée à des unités de l'administration, éventuellement même à des entités de l'administration décentralisée au sens large<sup>656</sup>. La Constitution fédérale attribue néanmoins également certaines tâches de surveillance à l'Assemblée fédérale: il en va ainsi de la garantie des Constitutions cantonales<sup>657</sup> ou encore de l'approbation des conventions intercantionales ou entre cantons et l'étranger en cas de réclamation du Conseil fédéral<sup>658</sup>. En dehors de ces cas spécifiques, les mesures relevant de la surveillance fédérale ne sont pas définies, ni par la Constitution, ni par la législation ordinaire. Dans un rapport, le Conseil fédéral a décrit la surveillance fédérale comme comprenant toute «activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons accomplissent les devoirs que le droit fédéral leur impose»<sup>659</sup>. Il n'existe ainsi pas de «*numerus clausus*» des mesures de surveillance<sup>660</sup>. Il peut s'agir de circulaires, d'instructions générales, d'avertissements, d'aides techniques, de l'obligation faite aux cantons de rendre des comptes ou fournir un rapport périodique, ou encore de l'approbation fédérale d'actes cantonaux<sup>661</sup>. Cette dernière obligation, en raison de son caractère incisif, ne saurait se fonder sur les dispositions générales en la matière, et nécessite une base légale formelle<sup>662</sup>.

L'énumération des mesures ci-dessus montre que bon nombre d'entre elles sont en réalité peu contraignantes, et que la limite entre mesures de coordination évoquées à la section précédente et mesures de surveillance est ainsi floue. Ceci s'explique notamment par le fonctionnement du fédéralisme coopératif suisse, fortement basé sur la «diplomatie» entre Confédération et cantons et

---

652 BIAGGINI, Art. 49, N 19, 22; WALDMANN, Art. 49, N 38; MARTENET, Art. 49, N 66 (qui critique toutefois le terme «*Verbandsaufsicht*»).

653 BIAGGINI, Art. 49, N 22.

654 BIAGGINI, Art. 49, N 19, 20, 22, 26; MARTENET, Art. 49, N 66.

655 WALDMANN, Art. 49, N 44.

656 Art. 178 al. 3, 182 al. 2, 186 al. 4 Cst. féd.; WALDMANN, Art. 49, N 37–38.

657 Art. 172 al. 2 Cst. féd.; WALDMANN, Art. 49, N 37.

658 Art. 172 al. 2 Cst. féd.; WALDMANN, Art. 49, N 37.

659 CONSEIL FÉDÉRAL, Avis de droit de l'Office fédéral de la justice, 10.11.1998, JAAC 2000 n° 24, p. 307, 312; voir aussi KAEMPFER, *Mécanismes*, p. 244.

660 BIAGGINI, Art. 49, N 24.

661 KAEMPFER, *Mécanismes*, p. 244; WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 502–504.

662 MARTENET, Art. 49, N 69, 71.



peu enclin à recourir à des mesures «fortes» de surveillance<sup>663</sup>. Des exemples de surveillance fédérale pertinents sous l'angle des droits humains sont par exemple l'émission de circulaires rendant les autorités cantonales attentives à un arrêt important rendu par la Cour EDH, l'élaboration de la Stratégie pour l'égalité 2030, ou encore la soumission des plans directeurs cantonaux à l'approbation de l'Office fédéral du développement territorial, permettant à ce dernier de rappeler aux cantons leur obligation de prévoir des aires de stationnement et de transit pour les personnes nomades<sup>664</sup>.

Aux mesures énoncées ci-dessus s'ajoutent des possibilités d'action juridictionnelles. En effet, le droit de recours accordé de manière générale à certaines autorités fédérales constitue une mesure de surveillance au sens large<sup>665</sup>. Si un tel droit des autorités n'est reconnu que de manière limitée dans les domaines du droit civil et pénal, il est admis largement dans le domaine du droit public<sup>666</sup>. Dans les domaines où il existe une législation fédérale susceptible d'être violée, il peut constituer un outil pour s'assurer du respect des droits humains par les cantons<sup>667</sup>. Précisons toutefois que cet outil peut aussi être mobilisé dans des cas de résistances fédérales à une interprétation cantonale *a priori* souhaitable sous l'angle des droits humains, mais qui sont considérées – à tort ou à raison – comme étant contraires à la législation fédérale<sup>668</sup>.

Les droits de recours individuel et corporatif à but idéal ont également été décrits comme remplissant une fonction de surveillance fédérale<sup>669</sup>. Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de surveillance fédérale, puisque ces moyens sont exercés par des personnes ou associations privées, ces recours permettent aux particuliers d'exiger le contrôle du respect du droit fédéral, y compris du droit international lorsque celui-ci est considéré comme étant directement applicable.

Enfin, toujours au registre des options de surveillance judiciaire, l'une des questions qui se pose est de savoir dans quelle mesure une voie de recours devant les tribunaux est ouverte en cas de résistances cantonales empêchant la pleine mise en œuvre du droit international. Le cas de la Commission de

663 BIAGGINI, Art. 49, N 19. La mesure la plus incisive est la substitution: dans ce cas de figure, la Confédération exécute à la place du canton défaillant. Cette mesure ne saurait être considérée que dans les cas les plus extrêmes en tant qu'*ultima ratio*.

664 Voir aussi BELSER/EGLI, p. 46–50.

665 La question est contestée en doctrine. Certain-e-s auteur-e-s qualifient le recours formé par une autorité de mesure de surveillance fédérale (voir par ex. BIAGGINI, Art. 49, N 18, 25; BIAGGINI, *Theorie und Praxis*, p. 190 ss) ou de surveillance fédérale au sens large (MARTENET, Art. 49, N 61) alors que pour d'autres, il s'agit d'une mesure qui s'apparente à la surveillance fédérale sans en faire partie (WALDMANN, Art. 49, N 34).

666 Art. 76 al. 2, art. 81 al. 2 et 3 et 89 al. 2 let. a LTF.

667 WYTTEBACH, *Umsetzung*, p. 54; BELSER/EGLI, p. 50–51.

668 Voir à ce propos le recours de l'Office fédéral de la justice (OFJ) contre une décision argovienne en matière de reconnaissance d'une décision allemande consistant à supprimer la mention du «sexe» sur l'état civil (Tribunal cantonal [AG] 99/2019 du 29 mars 2021). Lors d'une délibération publique le 8 juin 2023, le Tribunal fédéral a admis le recours de l'OFJ (arrêt du TF 5A\_391/2021).

669 BIAGGINI, Art. 49, N 18.



l'égalité du canton de Zoug constitue à cet égard un exemple très intéressant, qui a suscité un vif intérêt doctrinal<sup>670</sup>. La situation qui a donné lieu à deux arrêts du Tribunal fédéral était la suivante: après avoir instauré une commission de l'égalité en 1998, le parlement cantonal zougais décide, en 2010, de ne pas renouveler le mandat de ladite commission<sup>671</sup>. Plusieurs partis politiques et personnes privées font recours contre cette décision. L'arrêt du Tribunal fédéral est remarquable s'agissant de la recevabilité: en effet, la Haute cour n'entre pas en matière sur la décision d'abrogation du parlement, mais sur l'absence de mesures législatives prises<sup>672</sup>. Ce faisant, elle précise qu'un retard ou refus de légiférer peut être considéré comme un déni de justice et faire l'objet d'un recours, à condition qu'il existe un mandat législatif suffisamment clair et concret<sup>673</sup>. Par ce raisonnement, le Tribunal fédéral nuance considérablement son approche restrictive en matière de justiciabilité. Sur le fond, l'arrêt précise également que le canton est tenu, en vertu des articles 8 al. 2 Cst. féd. et 2 let. a de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>674</sup>, d'adopter des mesures concrètes en faveur de l'égalité entre femmes et hommes<sup>675</sup>. S'il lui incombe de choisir les mesures concrètes à adopter, une suppression pure et simple de la commission de l'égalité, sans autre mesure alternative concrète, contrevient à ses obligations législatives<sup>676</sup>. En revanche, de manière quelque peu décevante, le Tribunal fédéral rejette le recours plutôt que de rendre une décision constatatoire. À la suite de cet arrêt, l'exécutif cantonal élabore un projet de loi supposé mettre en œuvre les éléments soulignés par le Tribunal, mais le parlement cantonal refuse l'entrée en matière. L'affaire monte donc une nouvelle fois au Tribunal fédéral, qui confirme sa jurisprudence, tout en considérant que le règlement adopté entretemps par l'exécutif pour pallier l'inaction du législateur cantonal constituait une mesure provisoire suffisante<sup>677</sup>.

De manière remarquable, le Tribunal fédéral a confirmé dans ces arrêts que les destinataires de l'acte à adopter avaient qualité pour agir contre l'inaction du législateur cantonal, pour autant que le mandat législatif soit suffisamment défini<sup>678</sup>. Ces deux arrêts montrent donc qu'il existe également des pistes judiciaires pour agir en cas de mise en œuvre insuffisante du droit international, même si des circonstances assez précises doivent être réunies. Pour l'instant, l'arrêt zougais de-

670 WYTENBACH, *Umsetzung*, p. 332–336; SCHMID, *Gesetzgebungsaufträge*, p. 6–25; SCHMID, *Legislative duties*, p. 578; KAEMPFER, *Mécanismes*, p. 221–228; MARLÉTAZ, p. 318–320, 369.

671 ATF 137 I 305, *Faits*.

672 ATF 137 I 305, c. 1 et 2; voir aussi WYTENBACH, p. 334.

673 ATF 137 I 305, c. 2.5; voir aussi MARLÉTAZ, p. 320; WYTENBACH, p. 334.

674 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CE-DEF) du 18 décembre 1979 (RS 0.108).

675 ATF 137 I 305, c. 5.5, 6.5; voir aussi KAEMPFER, *Mécanismes*, p. 223; MARLÉTAZ, p. 319, WYTENBACH, *Umsetzung*, p. 334.

676 ATF 137 I 305, c. 6.

677 Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_504/016 du 19 octobre 2017, c. 2.

678 Voir aussi MARLÉTAZ, p. 320; WYTENBACH, p. 334.

meure un cas largement isolé<sup>679</sup>. Précisons qu’une possibilité similaire est exclue en cas de passivité du législateur fédéral, en raison des limites à la juridiction constitutionnelle posée par les articles 189 al. 4 et 190 Cst. féd.

Au-delà des questions de justiciabilité, les arrêts relatifs à la Commission de l’égalité dans le canton de Zoug sont également intéressants pour une autre raison: ils mettent en lumière l’importance des aspects institutionnels dans la protection effective et la pleine mise en œuvre des droits humains. Dans le domaine de l’égalité entre hommes et femmes, la création de services ou d’offices spécialisés a déjà fait l’objet de recommandations internationales dans les années 1960<sup>680</sup>. En Suisse, si le canton du Jura était le premier à se doter d’un tel bureau en 1979, le phénomène a connu un véritable essor dans les années 1985 à 1995, avec la création de tels offices dans des cantons comme sur le plan fédéral; par la suite, toutefois, plusieurs d’entre eux ont disparus à la suite de coupes budgétaires<sup>681</sup>. Dans ce contexte, les arrêts zougais permettent alors de souligner que la création de mesures institutionnelles fait partie intégrante de la protection effective des droits humains. Aujourd’hui, plusieurs cantons et villes ont élargi le mandat de tels services pour inclure les droits des personnes LGBTIQ+<sup>682</sup>; d’autres mesures institutionnelles incluent des *Ombudspersonnes*<sup>683</sup> ou des organes qui ont pour mandat de surveiller la mise en œuvre des politiques publiques, y compris des droits fondamentaux<sup>684</sup>. Du point de vue institutionnel, l’article 42 Cst.-GE, qui prévoit une évaluation périodique indépendante de la réalisation des droits fondamentaux – qui devrait, logiquement, se faire à l’aune des obligations fédérales et internationales également – constitue une innovation particulièrement intéressante. Or, pour l’instant, cet article souffre lui-même d’une absence de mise en œuvre<sup>685</sup>.

## E. Conclusion et perspectives

Dans le présent rapport, nous avons exploré la relation entre fédéralisme et protection des droits fondamentaux. En examinant le jeu entre les niveaux canto-

679 À notre connaissance, le seul autre arrêt proposant un raisonnement similaire à ce jour est l’arrêt du Tribunal fédéral 1C\_43/2020 du 1<sup>er</sup> avril 2021.

680 KAEMPFER, p. 216.

681 KAEMPFER, p. 216.

682 C’est notamment le cas des villes de Berne, Zurich, Lausanne et Genève ou encore des cantons de Vaud et Valais; pour une évolution similaire sur le plan fédéral, voir <[www.ebg.admin.ch](http://www.ebg.admin.ch)> > LE BFEG > Communiqués de presse > 25.01.2023 [30.6.2023].

683 Voir par ex. <<https://ombudsstelle.zh.ch>> [14.05.2023].

684 Tel est par exemple le cas de la Cour des comptes à Genève (art. 128–131 Cst.-GE).

685 En 2019, un rapport a été présenté par vingt-sept organisations de la société civile, dont le but n’était pas de remplacer une évaluation institutionnelle, mais plutôt d’inciter les autorités à concrétiser l’article 42 Cst.-GE (<[https://docs.wixstatic.com/ugd/8dcc0b\\_45613dbcd3d545f3a00b4db675838480.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/8dcc0b_45613dbcd3d545f3a00b4db675838480.pdf)> [14.05.2023]).

nal, fédéral et international, nous nous sommes interrogées sur la question suivante: le fédéralisme, constitue-t-il un terreau fertile pour des solutions novatrices et innovantes ou est-il plutôt une source de résistances à l'évolution et à la pleine mise en œuvre des droits de la personne humaine? Comme nous espérons l'avoir démontré, la réponse est nuancée.

La perspective historique montre que les droits fondamentaux ont vu le jour dans des constitutions cantonales avant d'être consacrés sur le plan fédéral. Elle révèle aussi que tout au long du 20<sup>e</sup> siècle, l'évolution des droits fondamentaux a été marquée par le jeu dialogique entre le niveau cantonal et fédéral, puis par leurs interactions avec le plan international, qui a pris de l'ampleur à partir des années 1970. Dans ce processus, l'innovation fédérale, voire internationale, s'est parfois heurtée aux résistances cantonales – l'exemple du droit de vote des femmes étant certainement l'exemple le plus célèbre et le plus marquant dans l'histoire constitutionnelle suisse. À d'autres moments, toutefois, les cantons ont joué un rôle d'incubateurs ou de modèles, inspirant par exemple le développement des droits constitutionnels non écrits, mais influant également sur la codification des droits fondamentaux, que ce soit dans d'autres cantons ou sur le plan fédéral.

Cette fonction de laboratoire est loin d'être révolue: aujourd'hui, les cantons continuent à garantir des droits qui ne sont pas prévus sur le plan fédéral. Si on observe un certain foisonnement dans la consécration de nouveaux droits, ceux-ci n'ont souvent qu'une portée limitée dans la pratique judiciaire, un fait qui est d'ailleurs déploré par la doctrine depuis des décennies<sup>686</sup>. Or, ce constat ne devrait pas être exagéré: il ne s'agit nullement d'une fatalité, mais largement d'une question de culture judiciaire, qui peut donc évoluer. Pour les recourant·e·s, il s'agira d'invoquer plus régulièrement les droits constitutionnels cantonaux et de démontrer plus exactement en quoi leur portée dépasse celle des garanties fédérales et internationales, mais aussi d'argumenter de façon convaincante leur justiciabilité. La doctrine a également un rôle à jouer: lorsque des commentaires de constitutions cantonales existent, ils sont régulièrement cités par les tribunaux cantonaux. Enfin, la justiciabilité pourrait être définie de manière plus explicite par le constituant cantonal – avec le risque de ne pas recueillir les majorités nécessaires en faveur d'un nouveau droit ou d'inscrire une interprétation restrictive dans le texte même de la constitution. Mais surtout, la question du rôle juridictionnel n'est que la pointe de l'iceberg: la partie certes la plus visible, mais somme toute une partie relativement modeste s'agissant de la pleine réalisation des droits fondamentaux. Par exemple, le salaire minimum, droit consacré aussi bien par le Pacte ONU I que par certaines constitutions cantonales, certes jugé non justiciable, s'est vu concrétiser dans plusieurs cantons. Cet exemple permet également de mettre en exergue que l'innovation cantonale rencontre parfois des résistances fédérales et que les écueils de l'État de

---

686 Voir not. AUER, *Source négligée*, p. 14–25.

droit en Suisse, notamment les restrictions posées au contrôle juridictionnel des lois fédérales, sont également problématiques sous l'angle du fédéralisme puisqu'ils limitent indûment les possibilités d'action des cantons pour défendre leurs compétences et, *in fine*, leur autonomie.

Si le fédéralisme influe sur la protection des droits humains, l'inverse est aussi vrai: les droits humains forment – et parfois mettent au défi – le fédéralisme. Nous avons débuté notre analyse par un examen du fédéralisme en tant que principe structurant de la Constitution fédérale suisse. Celui-ci nous a permis de souligner le caractère dynamique du fédéralisme, qui, loin d'être figé, se caractérise par l'interaction ou le jeu entre les différents niveaux. Si certaines règles fondamentales de ce jeu sont définies depuis fort longtemps – songeons notamment aux principes d'autonomie, de superposition et de participation caractérisant le système fédéral – leur contenu concret est continuellement renégocié et réadapté. Les droits fondamentaux – et les droits humains en particulier – illustrent cette relation dynamique. En effet, leur concrétisation et mise en œuvre soulèvent des questions à propos de l'étendue de l'autonomie cantonale, de la coordination entre la Confédération et les cantons et des mécanismes pour améliorer ces interactions.

Les discussions autour de la mise en œuvre incomplète du droit international par les cantons font parfois oublier des résistances fédérales pourtant non moins réelles, comme le refus de reconnaître la justiciabilité des droits socio-économiques, le refus d'adopter une loi générale protégeant contre les discriminations malgré de nombreuses exhortations venant d'organes de protection des droits humains<sup>687</sup>, ou encore les faibles moyens alloués pour l'institutionnalisation des processus de suivi et de coordination<sup>688</sup>. Face à ces résistances fédérales, on dénote une certaine activité cantonale, notamment l'adoption de lois antidiscriminatoires parfois directement inspirées par le droit international<sup>689</sup>. Ces évolutions ne vont naturellement pas sans soulever, une fois de plus, la question de la diversité acceptable dans un État fédéral quand il s'agit de la mise en œuvre des droits humains et fondamentaux, et de la définition concrète du socle minimal devant être réalisé dans l'ensemble de l'État fédéral. Les importantes ressources financières, matérielles et personnelles nécessaires à la réalisation de ces droits et les capacités financières extrêmement différentes d'un

687 Voir par ex. Comité DESC, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, E/C.12/CHE/CO/4 du 18 octobre 2019, § 20; Arrêté fédéral du 27 février 2013, Réponse de la Suisse concernant les recommandations de l'Examen périodique universel, point 123.27; à propos de l'approche suisse, voir aussi CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination du 25 mai 2016. Pour une critique plus générale de l'approche fragmentée des institutions suisses, voir aussi KLEBER, p. 219–220.

688 Voir notamment le chemin long et semé d'embûches jusqu'à la création d'une Institution nationale de protection des droits humains, pourtant dotés de faibles moyens et pouvoirs.

689 Voir par ex., à Genève, la Loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations (LED) du 23 mars 2023 (RS-GE A 2 90) et la Loi sur l'égalité et la lutte contre les discriminations liées au sexe et au genre (LED-Genre) du 23 mars 2023 (RS-GE A 2 91).

canton à un autre, soulèvent également la question du soutien financier de la Confédération, ainsi que – de manière plus fondamentale – celle des limites du fédéralisme compétitif typique pour la Suisse. En effet, la double fonction du fédéralisme – garantir la diversité dans l'unité, certes, mais aussi l'unité dans la diversité – soulève inévitablement la question de la solidarité, y compris financière, entre les cantons. En fin de compte, s'intéresser à la protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral incite donc aussi à une réflexion profonde sur la conception même de ce fédéralisme.

### *Résumé*

Depuis les origines de l'État fédéral suisse, la protection des droits fondamentaux a été caractérisée par l'interaction entre les différents niveaux normatifs, cantonal, fédéral et international. La présente contribution analyse ce jeu fédéraliste, en traitant tout particulièrement du potentiel et des limites du droit constitutionnel cantonal, ainsi que des synergies et tensions entre obligations internationales et structure fédérale. Elle met en évidence le potentiel d'innovation du fédéralisme dans le domaine des droits fondamentaux, mais aussi les obstacles à la pleine réalisation des droits fondamentaux qui peuvent découler de la structure fédérale.

### *Zusammenfassung*

Seit den Anfängen des schweizerischen Bundesstaates war der Schutz der Grundrechte durch das Zusammenspiel der verschiedenen normativen Ebenen – der kantonalen, der bundesstaatlichen und der internationalen – gekennzeichnet. Der vorliegende Beitrag analysiert dieses föderalistische Zusammenspiel, wobei insbesondere das Potenzial und die Grenzen des kantonalen Verfassungsrechts sowie die Synergien und Spannungen zwischen internationalen Verpflichtungen und der föderalen Struktur behandelt werden. Er zeigt das Innovationspotenzial des Föderalismus im Bereich der Grundrechte auf, aber auch die Hindernisse für die volle Verwirklichung der Grundrechte, die sich aus der föderalen Struktur ergeben können.

### *Abstract*

Since the beginnings of the Swiss federal state, the protection of fundamental rights has been characterized by the interaction between the different levels of legislation at the cantonal, federal and international levels. This article analyses this interplay at the federal level, focusing in particular on the possibilities and limits of cantonal constitutional law and the synergies and tensions between international obligations and federal structures. It highlights the innovation potential of federal law in the area of fundamental rights, but also the obstacles that the federal structure may pose to the full realization of fundamental rights.

### **Bibliographie**

- ACKRÉN MARIA, Inselautonomie – konstitutionelle und politische Entwicklungen, in: Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther, Obwexer Walter (éd.), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden-Baden 2016, p. 431 ss.
- ANDORNO ROBERTO, Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?, in: Masferrer Aniceto/García-Sánchez Emilio (éd.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Cham 2016, p. 257 ss.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1993 (cité: AUBERT, *Droit constitutionnel*).
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Un droit social encadré, RDS 1991 I, p. 157 ss (cité: AUBERT, *Droit social*).
- AUER ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016 (cité: AUER, *Staatsrecht*).
- AUER ANDREAS, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1/1990, p. 14 ss (cité: AUER, *Source négligée*).
- BEAUD OLIVIER, *La puissance de l'État*, Paris 1994.
- BELLANGER FRANÇOIS, Communes et villes, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 753 ss.
- BELSER EVA MARIA, Föderalismus und Minderheitenschutz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 771 ss (cité: BELSER, *Minderheitenschutz*).
- BELSER EVA MARIA, Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit*

constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 667 ss (cité: BELSER, Föderalismus-konzeption).

BELSER EVA MARIA, Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat, in: Besson Samantha/Belser Eva Maria (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons*, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 67 ss (cité: BELSER, Kantonale Grundrechte).

BELSER EVA MARIA, Accommodating National Minorities in Federal Switzerland – Old Concepts Meet New Realities, in: Gagnon Alain-G./Burgess Michael (éd.), *Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries. Changing Concepts, Reform Proposals and New Institutional Realities*, Leiden 2018, p. 79 ss (cité: BELSER, National Minorities).

BELSER EVA MARIA, Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie, RDS 2021 II, p. 5 ss (cité: BELSER, Gleichheit und Vielfalt).

BELSER EVA MARIA, Why the Affection of Federalism for Human Rights Is Unrequited and How the Relationship Could Be Improved, in: Belser Eva Maria/Bächler Thea/Egli Sandra/Zünd Lawrence (éd.), *The Principle of Equality in Diverse States: Reconciling Equality with Equal Rights and Opportunities*, Leiden 2021, p. 62 ss (cité: BELSER, Affection).

BELSER EVA MARIA/BÄCHLER THEA, Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, das über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht, ZBl 121/2020, p. 463 ss.

BELSER EVA MARIA/EGLI SANDRA, Les atouts du fédéralisme pour les droits humains, in: Centre suisse de compétence des droits humains (CSDH) (éd.), *Renforcer les droits humains en Suisse: Nouvelles idées pour la politique et la pratique*, Berne 2022, p. 41 ss.

BELSER EVA MARIA/MAZIDI SIMON, Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen bei der Einhaltung völkerrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (éd.), *Jahrbuch des Föderalismus 2018*, Baden-Baden 2018, p. 243 ss.

BENAVIDES CASALS MARIA ANGÉLICA, *Die Auslegungsmethoden von Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden 2010.

BESSON SAMANTHA, *Droit international public: précis de droit et résumés de jurisprudence*, Berne 2019 (cité: BESSON, Droit international public).

- BESSON SAMANTHA, Droits de l'homme et fédéralisme: une introduction thématique, in: Besson Samantha/Belser Eva Maria (éd.), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 7 ss (cité: BESSON, Droits de l'homme).
- BESSON SAMANTHA, Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – *Je t'aime, moi non plus*, in: Besson Samantha/Belser Eva Maria (éd.), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 215 ss (cité: BESSON, Forme politique).
- BESSON SAMANTHA, Structure et nature des droits de l'homme, in: Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Genève/Berne/Zurich 2014, p. 19 ss (cité: BESSON, Structure).
- BIAGGINI GIOVANNI, art. 116 LTF, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (éd.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bâle 2018 (cité: BIAGGINI, Art. 116).
- BIAGGINI GIOVANNI, art. 49 Cst., Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017 (cité: BIAGGINI, Art. 49).
- BIAGGINI GIOVANNI, art. 5a Cst., Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017 (cité: BIAGGINI, Art. 5a).
- BIAGGINI GIOVANNI, Einleitung, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017 (cité: BIAGGINI, Einleitung).
- BIAGGINI GIOVANNI, Art. 14 Cst.-ZH, in: Häner Isabelle/Rüssler Markus/Schawrzenbach Evi (éd.), Zürcher Kantonsverfassung – Kommentar, Zürich 2007 (cité: BIAGGINI, Art. 19).
- BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Berne 1996 (cité: BIAGGINI, Theorie und Praxis).
- BISAZ CORSIN, Jugend- und Ausländermotionen: Politische Mitwirkungsrechte von Personen ohne Stimmrecht – ein neues Phänomen auf Gemeindeebene, AJP 2016, p. 1356 ss.
- BOLKENSTEYN ARUN, Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Berne 2014.
- BOYD DAVID R., The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations, David Suzuki Foundation, 2013.
- BREITENMOSER STEPHAN, Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 369 ss.



- BREMS EVA, Introduction: rewriting decisions from a perspective of human rights integration, in: Brems Eva/Desmets Ellen (éd.), *Integrated Human Rights in Practice*, Cheltenham 2017, p. 1 ss.
- BRÜHL-MOSER DENISE, Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 565 ss.
- BUSER DENISE, *Kantonales Staatsrecht: Eine Einführung für Studium und Praxis*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2011.
- CHATTON GREGOR T., Les droits fondamentaux dans les constitutions cantonales, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 1223 ss (cité: CHATTON, *Constitutions cantonales*).
- CHATTON GREGOR, *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Genève 2013 (cité: CHATTON, *Pleine reconnaissance*).
- COLLETTE MARLÈNE, La gratuité des transports publics: entre obstacles juridiques et enjeux de mobilité urbaine, *Newsletter IFF* 3/2021, p. 1 ss.
- CRAWFORD JAMES, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>e</sup> éd., Oxford 2019.
- DIEBOLD NICOLAS/LUDIN MARTIN/BEYELER MARTIN, art. 89a Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale (art. 81 – dispositions finales Cst.)*, Bâle 2021.
- DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN, *Verfassung*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 3 ss.
- DISTEFANO GIOVANNI, *Fundamentals of Public International Law. A sketch of the International Legal Order*, Leiden 2019.
- DUPONT ANNE-SYLVE, La constitution sociale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 2091 ss.
- EDENHARTER ANDREA, *Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen: Inspiration des EU-Grundrechtsschutzes durch die Grundrechtsentwicklung in Deutschland und der Schweiz sowie durch die EMRK*, Tübingen 2018.
- EGBUNA-JOSS ANDREA/KÄLIN WALTER, *Mise en oeuvre des recommandations internationales en matière de droits humains au sein d'un Etat fédéral, Perspectives concernant le suivi des «Observations finales» formulées par les organes de traités de l'ONU en Suisse*, Berne 2012.

- EGBUNA-JOSS ANDREA/HILTBRUNNER NATHALIE/BELSER EVA MARIA, *Mise en oeuvre des droits humains en Suisse. Un état des lieux dans le domaine des questions institutionnelles*, CSDH, Berne 2014.
- EHRENZELLER BERNHARD/NOBS ROGER, *Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen*, ZBl 110/2009, p. 1 ss.
- ELAZAR DANIEL, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa 1987.
- FASSBENDER BARDO/GÜBELI RAFFAEL, *Die gegenwärtig gültigen völkerrechtlichen Verträge der Kantone: Versuch einer systematischen Bestandsaufnahme*, ZBl 119/2018, p. 107 ss.
- FERRERO JULIE, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme: Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, Paris 2019.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, *La procédure législative dans les cantons et les communes*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 1969 ss.
- FREDMAN SANDRA, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford 2009.
- FREI NULA, *La mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant par les villes et les communes suisses*, RSDIE 2022/4, p. 585 ss.
- GLASER ANDREAS, *Sprachenverfassung*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 2351 ss.
- GREAR ANNA, *Redirecting human rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Basingstoke 2010.
- GRODECKI STÉPHANE, *Le corps électoral dans les cantons et les communes*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 1783 ss.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle 2020.
- HAFNER FELIX, *Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1789*, RDS 2011 I, p. 11 ss.
- HALBERSTAM DAVID, *Federalism. Theory, Policy, Law*, in: Rosenfeld Michel/Sajó András (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2016, p. 576 ss.
- HALLER WALTER, *Art. 189*, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), *Kommentar zur Bundesverfassung*, Zurich/St.-Gall 2014.

- HANGARTNER YVO, Zwischenhalt in der Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2012, p. 1213 ss.
- HÄNNI DOMINIQUE/ZIMMERMANN NESA, L'enseignement des langues en Suisse: entre concorde forcée et diversité coordonnée, Fédéralisme Régionalisme 2018, accessible en ligne à l'adresse <<https://popups.uliege.be/1374-3864/index.php?id=1795>> [15.05.2023].
- HERTIG RANDALL MAYA, Histoire des droits de l'homme, in: Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Zurich 2014, p. 4 ss (cité: HERTIG RANDALL, Histoire).
- HERTIG RANDALL MAYA, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, RDS 2010 II, p. 221 ss (cité: HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle).
- HERTIG RANDALL MAYA, Typologie des droits de l'homme in: Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (éd.), Introduction aux droits de l'homme, Zurich 2014, p. 39 ss (cité: HERTIG RANDALL, Typologie).
- HOOGHE, LIESBET/MARKS GARY/SCHAKEL ARJAN H., The Rise of Regional Authority: A Comparative Study of 42 Democracies, Londres/New York, 2010.
- HOTTELIER MICHEL, La juridiction constitutionnelle fédérale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 1095 ss.
- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2011.
- JAAAG TOBIAS, Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrechts, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 107 ss.
- JEANNERAT ELOI, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel: questions choisies de collaboration intercantonale et intercommunale, Bâle 2018.
- JENSEN STEVEN/LAGOUTTE STÉPHANIE/LORION SÉBASTIEN, The Domestic Institutionalisation of Human Rights: An Introduction, Nordic Journal of Human Rights, 2019 37:3, p. 165 ss.
- KAEMPFER CONSTANCE, Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses. Études de cas dans les domaines des droits humains et des accords bilatéraux Suisse-UE, *s. l.* 2023 (cité: KAEMPFER, Mécanismes).

- KAEMPFER CONSTANCE, Domestic mechanisms for the implementation of international obligations in the Swiss cantons, RSDIE 2021, p. 541 ss (cité: KAEMPFER, Domestic mechanisms).
- KÄGI-DIENER REGULA, Grundrechtsschutz durch die Kantone, in: Aubert Jean-François/Müller Jorg P./Thürer Daniel ( d.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, p. 837 ss (cité: KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz).
- KÄGI-DIENER, Herausforderung Gender: Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, St. Gall 2004 (cité: KÄGI-DIENER, Herausforderung).
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI J RG, Universeller Menschenrechtsschutz, 4   d., B le 2019.
- KELLER HELEN, Rezeption des Völkerrechts: Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, Berlin 2003 (cité: KELLER, Rezeption).
- KELLER HELEN, Schweizer Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin ( d.), Droit constitutionnel suisse, 2   d., Zurich 2020, p. 935 ss (cité: KELLER, Rechtsstaatlichkeit).
- KIESER UELI, Die Anerkennung von ungeschriebenen Freiheitsrechten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, RSJ 1991, p. 17 ss.
- KINCAID JOHN, Introduction to A Research Agenda for Federalism Studies, in: Kincaid John ( d.), A research agenda for Federalism Studies, Cheltenham 2019, p. 1 ss.
- KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple, Genève/Zurich/B le 2015.
- KLEY ANDREAS, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin ( d.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 85 ss (cité: KLEY, Eigenheiten).
- KLEY ANDREAS, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin ( d.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 57 ss (cité: KLEY, 1798 bis Gegenwart).
- KLEY ANDREAS, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin ( d.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 621 ss (cité: KLEY, Föderalismus und Demokratie).
- KNAPP BLAISE, Le fédéralisme, RDS II 1984, p. 276 ss.

- KOCH IDA ELISABETH, *Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-Economic Demands under the European Court of Human Rights*, Leiden 2009.
- KOLLER CHRISTIAN, *Régénération*, Dictionnaire historique de la Suisse DHS 2010, accessible en ligne à l'adresse <<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009800/2010-08-23/>> [16.05.2023].
- KÖLZ ALFRED, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen bis 1848*, Berne 1992 (cité: KÖLZ, *Verfassungsgeschichte bis 1848*).
- KÖLZ ALFRED, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Berne 2004 (cité: KÖLZ, *Verfassungsgeschichte seit 1848*).
- KUNZ RAFFAELA, *Richter über internationale Gerichte? Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen von EGMR und IAGMR*, Berlin 2020.
- KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SPRING ALEXANDER, *Die Anerkennung justizabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht. Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD*, Berne 2014.
- LORION SÉBASTIEN, *The institutional turn of international human rights law and its reception by state administrations in developing countries*, thèse, Copenhague 2020.
- LIVER RICARDA, *Rheto-romanche*, Dictionnaire historique de la Suisse DHS 2010, accessible en ligne à l'adresse <<https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/024594/2012-06-19/>> [16.05.2023].
- LUKS ZHENI, *Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen (Art. 120 BGG): Verfassungsrechtlicher Rahmen und Sachurteilsvoraussetzungen*, Berne 2022.
- MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, Volume I: Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2015 (cité: MAHON, Vol. I).
- MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, Volume II: Droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Neuchâtel 2014–2015 (cité: MAHON, Vol. II).
- MAHON PASCAL/GRAF ANNE-LAURENCE/ZIMMERMANN NESA, *Interdiction de discriminer et champ d'application de la Convention d'Istanbul*, Berne 2021.

- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'État*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I).
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II).
- MARLÉTAZ RAPHAËL, *L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale: Une analyse des obligations internationales des droits humains*, *s. l.*, 2021.
- MARTENET VINCENT, *La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse*, RDS 2011 I, p. 243 ss (cité: MARTENET, *Réalisation*).
- MARTENET VINCENT, *Architecture des pouvoirs: enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies*, Zurich 2016 (cité: MARTENET, *Architecture*).
- MARTENET VINCENT, art. 47 Cst. in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité: MARTENET, Art. 47).
- MARTENET VINCENT, art. 49 Cst. in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité: MARTENET, Art. 49).
- MARTENET VINCENT, art. 51 Cst. in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité: MARTENET, Art. 51).
- MARTENET VINCENT, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle/Genève 1999 (cité: MARTENET, *Autonomie*).
- MARTI ARNOLD, *Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 595 ss.
- MEYER-BLASER ULRICH/GÄCHTER THOMAS, *Der Sozialstaatsgedanke*, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 549 ss.
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 1167 ss (cité: MÜLLER, *Entstehung*).

- MÜLLER JÖRG PAUL, *Die demokratische Verfassung: von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2009 (cité: MÜLLER, *Demokratische Verfassung*).
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berne 1982 (cité: MÜLLER, *Elemente*).
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie*, RDS 1978 I, p. 265 ss (cité: MÜLLER, *Staatsleitende Grundsätze*).
- MURRAY RACHEL/LONG DEBRA, *Introduction*, in: Murray Rachel (éd.), *Research Handbook on Implementation of Human Rights in Practice*, Cheltenham 2022.
- NIEDERHAUSER MATTHIEU, *Governmental human rights focal points in federal contexts: The implementation of the Istanbul Convention in Switzerland as a case study*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021, p. 140 ss.
- NIVARD CAROLE, *La justiciabilité des droits sociaux: étude de droit conventionnel européen*, Larcier 2012.
- NUSPLIGER KURT, *Mitwirkung der Kantone im Bundesstaat: einfachere und gerechtere Lösungen*, in: Isler Ruth (éd.), *Demokratie im Wandel*, Zurich 2005, p. 39 ss.
- O'BOYLE MICHAEL/LAFFERTY MICHELLE, *General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law*, in: Dinah Shelton (éd.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford 2013, p. 194 ss.
- OBINGER HERBERT, *Föderalismus und wohlfahrtsstaatliche Entwicklung. Österreich und die Schweiz im Vergleich*, *Politische Vierteljahresschrift*, 2002/2, p. 235 ss.
- PAYANDEH MEHRDAD, *Fragmentation within international human rights law*, in: Mads Andenas/Eirik Bjorge (éd.), *A Farewell to Fragmentation. Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge 2015, p. 297 ss.
- PÉTERMANN NATHANAËL, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne 2014.
- PETERS ANNE, *Fragmentation and Constitutionalization*, in: Orford Anne/Hoffmann Florian (éd.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford 2016, p. 1011 ss.
- PIATTONI SIMONA, *The Theory of Multi-level Governance: Conceptual, Empirical, and Normative Challenges*, Oxford 2010.

- PIRKER BENEDIKT, Grundrechtsschutz im Unionsrecht zwischen Subsidiarität und Integration: Zur Anwendung der Unionsgrundrechte auf die Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2018.
- POIRIER JOHANNE/LEVRAT NICOLAS, Le fédéralisme coopératif comme terrain de jeu du droit, *Fédéralisme Régionalisme* 2018, accessible à l'adresse <<http://pupups.uliege.be/1374-3864/index.php>> [15.05.2023].
- REICH JOHANNES, Federalism and Mitigating Climate Change: The Merits of Flexibility, Experimentalism, and Dissonance, *Transnational Environmental Law*, 2021 10:2, p. 263 ss (cité: REICH, Climate Change).
- REICH JOHANNES, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 333 ss (cité: REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2016.
- SALADIN PETER, art. 3 aCst, in: Aubert Jean-François *et al.* (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Bâle/Zurich/Berne 1996.
- SCHEFER MARKUS/ZIEGLER ANDREA, Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt, in: Buser Denise (éd.) *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt: Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel*, Bâle 2008, p. 57 ss.
- SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, *VVDStRL* 2019, p. 167 ss.
- SCHINDLER BENJAMIN, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, *ZBl* 2016, p. 113 ss (cité: SCHINDLER, Kleinräumige Verhältnisse).
- SCHMID EVELYNE, The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to "Business and Human Rights"?, *RSDIE* 2015/1, p. 563 ss (cité: SCHMID, Legislative Duties).
- SCHMID EVELYNE, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, *RDS* 2016 I, p. 3 ss (cité: SCHMID, Gesetzgebungsaufträge).
- SCHWEIZER RAINER J., Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 531 ss (cité: SCHWEIZER, Entstehung).
- SCHWEIZER RAINER J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin



(éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 691 ss (cité: SCHWEIZER, Verteilung).

SCHWEIZER RAINER J., Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), *Kommentar zur Bundesverfassung*, St. Gall 2014 (cité: SCHWEIZER, Sozialverfassung).

SHELTON DINAH, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford 2011.

SHUE HENRY, *Basic Rights*, Princeton 1980.

STEINER RETO, Territoriale Gliederung der Kantone, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 737 ss.

STONE SWEET ALEC/KELLER HELEN, The Reception of the ECHR in National Legal Orders, in: Keller Helen/Stone Sweet Alec (éd.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2016, p. 3 ss.

SUDRE FRÉDÉRIC, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 16<sup>e</sup> éd., Paris 2023.

SÜESS PATRICK, Pas de liberté d'établissement pour les juifs, Musée national suisse 2019, accessible à l'adresse <<https://blog.nationalmuseum.ch/fr/2019/04/les-juifs-en-suisse/>> [14.05.2023].

THURNHERR DANIELA, The Reception Process in Austria and Switzerland, in: Keller Helen/Stone Sweet Alec (éd.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2016, p. 311 ss.

TIEFENTHAL JÜRG MARCEL, «Vielfalt in der Einheit» am Ende? Aktuelle Herausforderungen des schweizerischen Föderalismus, Zurich 2021.

TOBLER CHRISTA, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, RDS 2021 II, p. 277 ss.

TOMUSCHAT CHRISTIAN, *Human Rights: Between Realism and Individualism*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford 2014.

TSCHANNEN PIERRE, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 511 ss (cité: TSCHANNEN, Perspektiven).

TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité: TSCHANNEN, Staatsrecht).

TULKENS FRANÇOISE/VAN DROOGHENBROECK SÉBASTIEN, Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme?, in:

- Besson Samantha/Belser Eva Maria (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons*, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 275 ss.
- UHLMANN FELIX/BUKOVAC JASMINA, *Rechtsgutachten zur Verfassungsmässigkeit von unentgeltlichem öffentlichem Verkehr*, Office fédéral des transports, Berne 2022.
- VALLIER CAMILLE/ZIMMERMANN NESA, *Muslims' Rights in Switzerland between Federalism, Direct Democracy and Human Rights*, in: Saral Melek/Bahçecik erif Onur (éd.), *State, Religion and Muslims*, Leiden 2020, p. 500 ss.
- VASÁK KAREL, *A 30-Year-Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, *The UNESCO Courier*, novembre 1977, p. 29 ss.
- VATTER ADRIAN, *Das politische System der Schweiz*, 4<sup>e</sup> éd., Baden-Baden 2020 (cité: VATTER, *Politisches System*).
- VATTER ADRIAN, *Swiss Federalism: the transformation of a federal model*, Abingdon 2019 (cité: VATTER, *Swiss Federalism*).
- VENTURA MORGANE, *Les droits sociaux en Suisse – les «générations» en (r) évolution?*, Jusletter du 25 novembre 2019.
- VOETEN ERIK, *Populism and Backlashes Against International Courts, Perspectives on Politics* 2020/2, p. 1 ss.
- WALDMANN BERNHARD, *Art. 49 Cst.*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), *Kommentar zur Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité: Waldmann, *Art. 49*).
- WALDMANN BERNHARD, *Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik?*, *PJA* 2013, p. 1332 ss (cité: WALDMANN, *Symbolik*).
- WALDMANN BERNHARD, *Perspektiven des schweizerischen Föderalismus*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 797 ss (cité: WALDMANN, *Perspektiven*).
- WALDMANN BERNHARD, *Zusammenarbeit im Bundesstaat*, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 715 ss, (cité: WALDMANN, *Zusammenarbeit*).
- WATERS MELISSA A., *Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties*, *Columbia Law Review*, 107/2007, p. 628 ss.

- WEBER FLORIAN, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat, in: Waldmann Bernhard/Hänni Peter/Belser Eva Maria, *Fédéralisme 2.0 – réflexions et perspectives*, Berne 2011, p. 221 ss.
- WEERTS SOPHIE, Swiss Cantonal Constitutions as Sources of Law for the Protection of Fundamental Rights, *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 2016/2, p. 179 ss.
- WILDHABER LUZIUS, Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *EuGRZ* 2009, p. 541 ss (cité: WILDHABER, Zustand).
- WILDHABER LUZIUS, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?, *EuGRZ* 2002, p. 569 ss (cité: WILDHABER, Zukunft).
- WISEMAN HANNAH J./OWEN DAVE, Federal Laboratories of Democracy, *University of California Davis Law Review*, 52/2018, p. 1119 s.
- WÜGER DANIEL, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Berne 2005.
- WYTTEBACH JUDITH, Die Stadt: Ort der Verwirklichung der Menschenrechte, in: Kaufmann Claudia (éd.), *Ombudsarbeit mit Zukunft. Ausrichtung und Ansprüche*, Zurich 2011, p. 85 ss (cité: Wyttenbach, Stadt).
- WYTTEBACH JUDITH, Systemic and Structural Factors Relating to Quality and Equality of Human Rights Implementation in Federal States: A Critical Assessment of the Practice of Human Rights Treaty Bodies, *IHRLR*, 2018/1, p. 43 ss (cité: WYTTEBACH, Factors).
- WYTTEBACH JUDITH, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten: gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich/Saint-Gall/Baden-Baden 2017 (cité: WYTTEBACH, Umsetzung).
- ZIMMERMANN NESA, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: contours et utilité d'un concept en vogue, Genève/Zurich 2022.
- ZIMMERMANN NESA/DA RUGNA ANTOINE, Interdire la mendicité sans violer les droits humains? Analyse des évolutions récentes, *sui generis* 2023, p. 23 ss.
- ZÜND ANDREAS, Rechtsstaat und Menschenrechte, *RDS I* 2022, p. 479 ss (cité: ZÜND, Rechtsstaat).
- ZÜND ANDREAS, Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *RDS I* 2023, p. 3 ss (cité: ZÜND, Begründungselemente).

