

Recueils  
de textes

# Le droit au service de l'humanité

Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier

Édité par  
Frédéric Bernard  
Maya Hertig Randall  
Christian Bovet  
Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §  
ÉDITIONS ROMANDES

GG  
Collection  
Genevoise

# Le droit au service de l'humanité

## Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier

Édité par :

Frédéric Bernard, Maya Hertig Randall,  
Christian Bovet et Alexandre Flückiger



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



2023

Citation suggérée de l'ouvrage : BERNARD / HERTIG RANDALL / BOVET / FLÜCKIGER (éds), *Le droit au service de l'humanité – Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, « Collection Genevoise », Genève/Zurich 2023, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8924-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2023  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France : LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ;  
courriel : [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

## Sommaire

La qualité pour recourir des requérants d'autorisation de construire.....	1
FRANÇOIS BELLANGER <i>Professeur à l'Université de Genève, avocat</i>	
La vie des droits fondamentaux .....	19
FRÉDÉRIC BERNARD <i>Professeur à l'Université de Genève</i>	
Grundrechtsinnovation im Bundesstaat – ein Streifzug durch 175 Jahre Verfassungsgeschichte .....	33
GIOVANNI BIAGGINI <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Dialogue critique autour d'un enseignement d'introduction aux droits humains dans le camp de réfugiés de Kakuma .....	51
GLOIRE LUKAMBO LUUNDO <i>Ancien étudiant du programme de droits humains de l'Université de Genève à Kakuma</i>	
DJEMILA CARRON <i>Professeure au Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal</i>	
Compliance with International Human Rights Law – An Interdisciplinary Sketch.....	71
GREGOR T. CHATTON <i>Dr.iur. (Geneva), LL.M. (Saarbrücken)</i>	
Intelligence artificielle & droit à la transparence algorithmique : convergence entre les droits fondamentaux numériques et le droit de la propriété intellectuelle ?.....	83
JACQUES DE WERRA <i>Professeur &amp; Directeur du Digital Law Center, Faculté de droit de l'Université de Genève</i>	
Réflexions de constitutionnaliste engagé sur l'évolution possible de la Constitution de la Ve République .....	95
JEAN-PHILIPPE DEROSIER <i>Professeur agrégé des facultés de droit, Membre de l'Institut Universitaire de France</i>	
Konfliktselektion in der internationalen Strafjustiz aus rechtsstaatlicher Sicht.....	111
OLIVER DIGGELMANN <i>Prof. Dr. iur., Universität Zürich</i>	

L'intervention d'Humanité : miroir aux alouettes..... 135

GIOVANNI DISTEFANO

*Professeur (Faculté de droit, Université de Neuchâtel ; Académie de droit international humanitaire et de droits humains, Genève)*

La « pantomime des gueux » : de la cour des miracles à la Cour des assurances sociales..... 147

ANNE-SYLVE DUPONT

*Professeure aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel*

Le permis S : un permis en miroir des droits de l'Homme, d'une actualité préoccupante ..... 157

LUC GONIN

*Dr. iur., Anc. chef suppl. de l'Etat-major de Direction du SEM (a.i.), chef de domaine à l'AFC*

Brèves réflexions sur le titre d'une initiative populaire..... 169

STÉPHANE GRODECKI

*Chargé de cours à l'Université de Genève, avocat, Docteur en droit*

La naturalisation accélérée des étrangers en droit genevois : état des lieux et perspectives..... 175

CÉLINE GUTZWILLER

*Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocate*

Entre liberté d'expression et dignité humaine : un état des lieux de la jurisprudence suisse sur les symboles racistes..... 187

MAYA HERTIG RANDALL

*Professeure à l'Université de Genève, avocate, LL.M. (Cambridge)*

La clause du besoin pour les médecins : toujours aussi inconstitutionnelle 20 ans après..... 211

DAVID HOFMANN

*Avocat, Docteur en droit*

Vous avez le droit de vous taire, mais l'obligation de parler..... 223

YVAN JEANNERET

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat*

Die Grundrechte der Polizeiangehörigen ..... 231

REGINA KIENER

*Prof. Dr. iur, Fürsprecherin / avocate*

Die virtuelle Anwesenheit der Nationalräte in der Coronakrise. Ein Beitrag zum «Notrecht».....	241
ANDREAS KLEY <i>Prof. Dr. rer. publ., Dr. iur. h.c. (HSG)</i>	
La Cour de Strasbourg à la recherche d'un « juste équilibre » pour l'exercice de la religion en prison .....	257
LARRALDE JEAN-MANUEL <i>Professeur de droit public à l'Université de Caen Normandie, Institut caennais de recherche juridique (ICREJ), UR 967)</i>	
L'accès des syndicats au personnel via Internet .....	269
KARINE LEMPEN <i>Professeure à l'Université de Genève</i>	
Coopérer ou ne pas coopérer ? Le dilemme des États parties à la CEDH.....	279
MARIA LUDWICZAK GLASSEY <i>Professeure à l'Université de Genève, Professeure invitée à l'Université de Neuchâtel, Chargée de cours HES à la Haute école de gestion ARC (Neuchâtel)</i>	
Les tribunaux d'opinion : l'exemple du « Turkey Tribunal » .....	289
GIORGIO MALINVERNI <i>Professeur honoraire de l'Université de Genève Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme</i>	
L'article 2 CEDH dans la jurisprudence du Tribunal fédéral .....	301
JULIEN MARQUIS <i>Avocat, docteur en droit</i>	
Les quotas de genre sur les listes aux élections législatives cantonales au regard de la Constitution fédérale .....	315
VINCENT MARTENET <i>Professeur à l'Université de Lausanne</i>	
Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation.....	329
JÖRG PAUL MÜLLER <i>Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c.</i>	
ATF 147 II 287 : une confusion de notions et de rôles au préjudice de l'intérêt général .....	347
GIULIA NERI-CASTRACANE <i>Professeure associée, Département de droit commercial, affiliée au Centre en philanthropie, Université de Genève</i>	

L'imposition des transactions réalisées dans le métavers : Un défi à l'application des principes constitutionnels en matière de fiscalité..... 361

XAVIER OBERSON

*Professeur à l'Université de Genève, avocat*

La justice transitionnelle après la transition : la Commission Zondo de lutte contre la capture et la corruption d'État en Afrique du Sud..... 377

XAVIER PHILIPPE

*Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École de droit de la Sorbonne*

Le contrôle des constitutions cantonales : quelques bleus au cœur de l'état de droit ..... 399

ADRIANO PREVITALI

*Professeur à l'Université de Fribourg*

Des prisons au service de l'humanité ? ..... 411

JEAN-PIERRE RESTELLINI

*Médecin et juriste, ancien médecin-chef des prisons genevoises, ancien membre pour la Suisse du CPT (Conseil de l'Europe), ancien président de la Commission Nationale de Prévention contre la Torture*

L'arbitrage au service de l'humanité ? Penser la place sociale de la justice privée ..... 419

THOMAS SCHULTZ

*Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

*Professeur à la Dickson Poon School of Law de King's College London*

AMINA HASSANI

*Chercheuse postdoc à la Faculté de droit de l'Université de Genève, chargée de cours à Sciences Po Paris*

Cour européenne des droits de l'Homme face aux situations de grande pauvreté ..... 437

DAVID SZYMCZAK

*Professeur de droit public, Sciences Po Bordeaux*

La responsabilité politique du Conseil fédéral et de ses membres ..... 451

THIERRY TANQUEREL

*Professeur honoraire de l'Université de Genève*

Le droit individuel à l'égalité sous le prisme du fédéralisme..... 467

MARC VERDUSSEN

*Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Louvain (UCLouvain), Directeur du Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution*

Politische Werbung auf privatem Grund..... 481

BERNHARD WALDMANN

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt*

L'enfant, sujet de droits, un pas de géant vers plus d'humanité..... 495

ZERMATTEN JEAN

*Président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU*



# Les quotas de genre sur les listes aux élections législatives cantonales au regard de la Constitution fédérale

VINCENT MARTENET

*Professeur à l'Université de Lausanne*

## Introduction

La composition des organes politiques de la Confédération, des cantons et des communes demeure un défi majeur d'une démocratie qui prône notamment le respect de la diversité, la cohésion interne et l'égalité des chances<sup>1</sup>. La place des femmes en politique constitue un sujet récurrent de préoccupation, même si des avancées significatives se produisent çà et là. Beaucoup reste à faire. Dans ce contexte, la question des quotas est régulièrement posée. La présente contribution porte sur un type particulier de quotas, à savoir les quotas de genre sur les listes électorales, aussi appelés quotas de liste. Elle met l'accent sur les élections législatives cantonales. Elle rend hommage au Professeur Michel Hottelier qui s'est montré précurseur sur les enjeux constitutionnels relatifs aux droits politiques des femmes notamment<sup>2</sup>.

Les quotas de genre sur les listes électorales consistent en l'obligation de faire figurer, sur celles-ci, un certain pourcentage de personnes appartenant à un genre défini dans la norme pertinente – en principe le genre féminin, compte tenu de la sous-représentation des femmes en politique. Il est aussi envisageable d'instituer des quotas paritaires impliquant que les femmes et les hommes soient représentés paritairement sur chaque liste électorale. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir, les personnes intersexes ou même les personnes non binaires soient, d'une manière ou d'une autre, visées par des quotas sur les listes électorales.

---

<sup>1</sup> Voir le Préambule et l'art. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

<sup>2</sup> Voir HOTTELIER.

Ces quotas tendent à assurer l'égalité des chances, et non pas une égalité de résultat. Ils se distinguent en outre de mesures imposant la création de listes distinctes pour les femmes et pour les hommes – problématique qui ne sera pas examinée dans les pages qui suivent, compte tenu de l'espace imparti.

La présente contribution examine les quotas de genre sur les listes aux élections législatives cantonales au regard de la Constitution fédérale. Les principales limites fédérales en la matière découlent de l'égalité politique (I), de l'interdiction de la discrimination (II) et de la liberté de vote, voire de la liberté d'association (III). Si elles restreignent la marge de manœuvre des cantons, elles ne la suppriment pas pour autant.

## I. L'égalité politique

### A. Les exigences générales

L'égalité politique est une notion protéiforme qui ne se limite pas à une acception formelle. Le droit de voter, d'élire et d'être élu ne garantit en effet pas à lui seul à toutes les citoyennes et tous les citoyens les mêmes chances d'influer sur le résultat du vote ou d'accéder aux fonctions électives. L'égalité politique se déduit d'une lecture systématique de plusieurs articles de la Constitution fédérale. Selon le Tribunal fédéral, la garantie des droits politiques prévue à l'article 34 Cst. entretient un lien étroit avec la garantie de l'égalité prévue à l'article 8 Cst.<sup>3</sup>. La combinaison des articles 8 et 34 Cst. fonde notamment l'égalité de traitement en matière de droit de vote, qui donne à chaque électeur le droit que son vote soit décompté de la même manière et exerce, relativement aux autres votes exprimés, le même impact sur le résultat du scrutin.

Les différentes mesures envisageables pour réaliser une égalité matérielle des chances connaissent des sorts divers. Les mesures visant à imposer des quotas liés au genre au sein des organes politiques sont tolérées à de strictes conditions. Elles visent généralement l'égalité des chances, étant précisé que celles qui visent une égalité de résultat ne sont pas nécessairement exclues, spécialement pour des autorités non directement élues par le peuple<sup>4</sup>. Le principe de proportionnalité doit en outre être respecté et faire l'objet d'un

---

<sup>3</sup> ATF 129 I 185, c. 3.1, JdT 2004 I 691.

<sup>4</sup> Voir notamment Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 8 N 20, note 75 ; MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, N 1245-1247 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 112 s. ; BIAGGINI, Art. 8 N 32 ; CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 107.

examen approfondi<sup>5</sup>. Il s'agit en particulier de préserver la liberté de choix des électeurs<sup>6</sup>.

Par ailleurs, les mesures positives qui tendent activement à réaliser l'égalité dans les faits sont compatibles avec l'article 8 al. 2 Cst. si elles reposent sur une base légale, voire conventionnelle<sup>7</sup>, sont justifiées par un intérêt public ou la protection des droits fondamentaux d'autrui et sont proportionnées au but visé<sup>8</sup>.

Les mesures positives très incisives doivent être fondées sur une base légale formelle<sup>9</sup>. Les quotas dits rigides attribuant, par exemple, un nombre fixe ou minimum de places ou de sièges au sein d'un organe politique élu par le peuple aux membres de chacun des « sexes » ou à ceux qui sont traditionnellement sous-représentés ne sont en principe pas admissibles, à moins d'être ancrés dans la Constitution fédérale ou, pour les enjeux politico-historiques spécifiques, dans une constitution cantonale<sup>10</sup>.

Enfin, le principe de la proportionnalité implique, outre une pesée fine de tous les intérêts en présence, de prévoir une limite temporelle<sup>11</sup>, celle-ci pouvant être implicite pour les mesures peu incisives. Lorsque toutes les conditions de l'article 36 Cst. – appliquées à tout le moins par analogie – sont remplies, les mesures positives sont compatibles avec l'article 8 al. 2 Cst. et ne constituent pas des discriminations<sup>12</sup>. Aussi est-il malencontreux de parler de « discrimination positive »<sup>13</sup>.

---

<sup>5</sup> ATF 125 I 21, JdT 2000 I 343 (rés.) ; ATF 123 I 152, JdT 1999 I 282 ; Message du 17 mars 1997 concernant l'initiative populaire « Pour une représentation équitable des femmes dans les autorités fédérales (Initiative du 3 mars) », FF 1997 III 489, 505 s.

<sup>6</sup> Voir notamment AUER, N 1142 et les références jurisprudentielles.

<sup>7</sup> Sur ce point, voir SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8 N 115 ; SATTIVA SPRING, 299 s.

<sup>8</sup> Voir ATF 131 II 361, c. 5-7. Voir notamment PETERS, N 84 s. ; MÜLLER / SCHEFER, 704-706 ; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 60 ; RHINOW / SCHEFER / UEBERSAX, N 1912 ; KIENER / KÄLIN / WYTTENBACH, 455-457 N 70-81 ; CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 106-108. S'agissant du principe de la proportionnalité, voir notamment Petit Comm. Cst.-MAHON, art. 8 N 20 ; MALINVERNI / HOTTELIER / HERTIG RANDALL / FLÜCKIGER, N 1244 et 1249 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 112 ; BIAGGINI, Art. 8 N 32 ; DUBEY, N 3271-3277 et 3314-3318.

<sup>9</sup> ATF 131 II 361, c. 7.4-7.6 et les références. En doctrine, voir notamment SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8 N 115.

<sup>10</sup> Voir art. 84 al. 2 Cst. BE (garantie d'un siège au Conseil-exécutif en faveur du Jura bernois).

<sup>11</sup> Voir notamment SATTIVA SPRING, 294.

<sup>12</sup> Voir notamment CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 108 et les références.

<sup>13</sup> Voir notamment SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8 N 115. Pour une approche en partie différente, voir DUBEY, N 3269 s.

## B. L'autonomie des cantons

Ces exigences générales ménagent un espace non négligeable aux cantons. L'autonomie de ces derniers englobe notamment la possibilité d'instaurer des quotas destinés à réaliser l'égalité des chances. Les quotas de genre sur les listes électorales s'inscrivent dans cette perspective. Selon la jurisprudence, ils ne restreignent l'éligibilité que de manière limitée, voire marginale<sup>14</sup>. Le Tribunal fédéral se montre plutôt souple à leur rencontre et n'exige pas, par exemple, une limite temporelle expresse<sup>15</sup>.

Pour autant, l'autonomie des cantons n'est pas illimitée en la matière. Aussi les quotas de genre sur les listes électorales font-ils tout de même face à diverses limites résultant de la Constitution fédérale. Deux d'entre elles méritent une mention particulière et seront analysées dans la présente contribution, à savoir l'interdiction de la discrimination (II) et la liberté de vote, la liberté d'association étant aussi évoquée brièvement (III).

## II. L'interdiction de la discrimination

### A. L'égalité des chances entre les genres

Les discriminations fondées sur le sexe ou sur le genre sont interdites par l'article 8 al. 2 et, à notre avis, 3 Cst.<sup>16</sup>. Ces deux alinéas n'empêchent pas la création de quotas destinés à réaliser l'égalité des chances entre les genres, et l'alinéa 3 dans son ensemble, couplé à l'article 2 al. 3 Cst., impose aux autorités de prendre des mesures notamment destinées à réaliser cette égalité<sup>17</sup>. La doctrine relative à l'article 8 al. 2 et 3 Cst.<sup>18</sup> et à l'article 3 al. 3 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes<sup>19</sup> ne fournit aucune précision décisive quant à la durée maximale admissible des mesures destinées à réaliser l'égalité des chances et aux critères pertinents à cet égard. Certes, cette dernière disposition concerne les rapports de travail, mais il est possible de s'y

---

<sup>14</sup> ATF 125 I 21, c. 5c/bb, JdT 2000 I 343 (rés.).

<sup>15</sup> ATF 125 I 21, c. 4b et 6b, JdT 2000 I 343 (rés.). En doctrine, voir notamment SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8 N 114.

<sup>16</sup> CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 77-78, 111 et 113 ; LEMPEN, Discrimination, 234-235 et les références.

<sup>17</sup> Comp. FREI, 194-195.

<sup>18</sup> SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8 N 114 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 112 s. ; BIAGGINI, Art. 8 N 32.

<sup>19</sup> KAUFMANN, N 222 ; LEMPEN, Art. 3 LEg, N 40 (« Le caractère *temporaire* des mesures positives ne signifie pas qu'elles doivent être de courte durée. Au contraire, suivant le problème qu'elles cherchent à résoudre, ces mesures pourront s'avérer nécessaires sur une très longue durée. »).

référer par analogie. Ainsi, les quotas de genre sur les listes électorales cantonales pourraient, à notre sens, figurer dans une norme adoptée pour une durée indéterminée. Du reste, la jurisprudence du Tribunal fédéral semble tolérer une limite implicite, étant signalé que l'arrêt de principe à ce sujet se rapportait à des quotas visant les femmes et les hommes<sup>20</sup>.

L'article 4 § 1 de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>21</sup> permet expressément, quant à lui, l'adoption de « mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes », lesdites mesures devant « être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité des chances et de traitement ont été atteints »<sup>22</sup>. Dans cette optique, un quota de liste pour les seules femmes peut se justifier<sup>23</sup>. La doctrine relative à l'article 4 § 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ne permet pas non plus de fixer d'emblée la durée maximale applicable à de telles mesures positives<sup>24</sup>, lesquelles peuvent en définitive être maintenues tant que l'objectif qu'elles visent – l'égalité dans les faits – n'est pas atteint<sup>25</sup>. Dans cette optique, la norme pertinente ne doit pas nécessairement contenir une limite temporelle chiffrée.

Une règle de rang constitutionnel ou légal imposant que les listes pour les élections législatives cantonales comptent au moins 50 % de femmes est compatible avec la Constitution fédérale, même dans un canton ayant atteint ou dépassé la parité lors de la dernière élection, comme c'est le cas pour celui de Neuchâtel<sup>26</sup>. La sous-représentation historique des femmes permet de justifier une telle mesure<sup>27</sup>. Le Tribunal fédéral a admis des quotas de liste atteignant cette limite dans le passé, en soulignant le fait que les femmes étaient, à l'époque, nettement sous-représentées au Parlement du canton d'Uri<sup>28</sup>. Une réévaluation périodique se justifie et même s'impose afin de s'assurer qu'un quota demeure

<sup>20</sup> ATF 125 I 21, c. 4b et 6b, JdT 2000 I 343 (rés.).

<sup>21</sup> RS 0.108.

<sup>22</sup> Parmi les mesures entrant en ligne de compte figurent les quotas de liste (voir HERTIG RANDALL, N 57 s. et les références ; comp. néanmoins BELSER, 95).

<sup>23</sup> Voir, dans une perspective plus large, BUSER, 226, ch. 6.

<sup>24</sup> Voir RADAY, 129 et 133 s. ; KÄGI-DIENER, N 17 ; HERTIG RANDALL, N 32-37.

<sup>25</sup> RADAY, 133 ; KÄGI-DIENER, N 17 ; HERTIG RANDALL, N 32.

<sup>26</sup> 33 % de femmes en 1997, 34 % en 2001, 34 % en 2005, 30 % en 2009, 26 % en 2013, 39 % en 2017 et 58 % en 2021.

<sup>27</sup> Voir notamment BUSER, 192.

<sup>28</sup> ATF 125 I 21, c. 5c/cc, JdT 2000 I 343 (rés.). En doctrine, voir notamment PETERS, N 87 et 89, qui approuve globalement la jurisprudence du Tribunal fédéral.

compatible avec les droits fondamentaux, mais la règle peut être adoptée pour une durée indéterminée<sup>29</sup>. Il est bien évidemment aussi admissible au regard de la Constitution fédérale de prévoir des pourcentages inférieurs ou applicables aux femmes et aux hommes, pour autant qu'ils laissent la place à la diversité. Ainsi, une règle imposant que les listes pour les élections législatives cantonales comptent, par exemple, au moins 40 % de femmes et 40 % d'hommes ne viole pas la Constitution fédérale selon nous.

Les quotas doivent toutefois préserver l'identité de genre, laquelle est protégée par l'article 8 al. 2 et 3 Cst., et plus largement tenir compte de la diversité sexuelle ou de genre existant au sein de notre société. Il convient, en passant, de signaler que le Conseil d'État genevois s'est montré pionnier en la matière en se dotant, le 13 septembre 2017, d'un règlement pour l'égalité et la prévention des discriminations en raison du sexe, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre<sup>30</sup>.

## **B. Les personnes intersexes et les personnes non binaires**

L'identité de genre ne se résume pas à l'approche binaire – femmes-hommes – que l'on trouve notamment à l'article 8 al. 3 Cst. Ainsi, les personnes intersexes sont nées avec des caractéristiques sexuelles ne correspondant pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins<sup>31</sup>. Les personnes non binaires ne s'identifient ni exclusivement femmes ni exclusivement hommes, mais entre les deux, un mélange des deux ou aucun des deux.

Les quotas de genre doivent être définis de façon à préserver l'identité de genre et la diversité dont se compose la société. Cela implique notamment de ne pas contraindre une personne à vivre avec une identité avec laquelle elle ne se sent pas à l'aise. L'article 8 al. 2 Cst. ne permet pas à une collectivité publique d'inciter une personne à renoncer à son identité, par exemple, pour figurer sur une liste électorale. Cet article protège en effet fondamentalement l'identité de chaque individu<sup>32</sup>. Aussi certains quotas de genre sont-ils incompatibles avec cette diversité.

---

<sup>29</sup> Voir ATF 125 I 21, c. 6b, JdT 2000 I 343 (rés.). En doctrine, voir notamment KAUFMANN, N 223.

<sup>30</sup> RS/GE B 5 05.11.

<sup>31</sup> Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2-3.

<sup>32</sup> ATF 145 I 73, c. 5.1 et la jurisprudence citée : « La discrimination [...] se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer ». En doctrine, voir notamment BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 65 ; BIAGGINI, Art. 8 N 23 ; CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 68.

Ainsi, les quotas paritaires imposant que les listes électorales soient composées de 50 % de femmes et de 50 % d'hommes ne tiennent pas suffisamment compte de la diversité sexuelle ou de genre<sup>33</sup>. Une personne intersexe risque en effet de se voir privée de la possibilité non seulement d'être élue, mais aussi d'élire une personne dont elle s'estime proche d'un point de vue identitaire. Dans la même optique, une personne intersexe ou même non binaire ne saurait être tenue de choisir d'être considérée comme une femme ou comme un homme pour être habilitée à se présenter à une élection. Un tel choix ne peut lui être imposé sans violer l'article 8 al. 2 et 3 Cst. Une personne transgenre a, quant à elle, droit à ce que son identité civile soit également pertinente sur le plan politique. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2022, une déclaration à l'officier d'état civil suffit pour modifier les indications concernant le « sexe » et le prénom dans le registre d'état civil<sup>34</sup>.

Compte tenu de la diversité de la société, les autorités cantonales qui souhaitent introduire des quotas de genre pour les élections législatives doivent surtout avoir en tête les groupes traditionnellement sous-représentés et prévoir une certaine flexibilité ou fluidité en la matière. Les quotas paritaires risquent en effet de rigidifier la situation et de brider la diversité sexuelle ou de genre. Concrètement, un quota de liste peut également viser les personnes intersexes qui s'identifient - et souhaitent se présenter à une élection - comme telles. Une règle imposant, par exemple, que les listes comptent au moins 50 % de femmes ou de personnes intersexes est, à notre sens, admissible au regard de la Constitution fédérale. Au demeurant, elle laisserait une flexibilité supplémentaire aux partis politiques, leur permettant notamment de faire figurer une majorité de femmes sur une liste<sup>35</sup>. Un pourcentage légèrement plus élevé, reflétant la proportion cumulée des unes et des autres au sein de la population, est même envisageable. De tels quotas ne reviennent pas à assimiler les personnes intersexes aux femmes, mais à regrouper deux catégories distinctes de personnes pour lesquelles de telles mesures peuvent se justifier dans une optique tant sociale et sociétale que politique et historique. Ce point doit être clairement communiqué par les autorités politiques, afin d'éviter toute ambiguïté à cet égard et de pleinement préserver et protéger l'identité de genre.

---

<sup>33</sup> Voir l'avis de droit que nous avons rédigé, le 16 janvier 2020, pour le Grand Conseil du canton de Neuchâtel (avis de droit annexé au rapport de la commission législative au Grand Conseil, du 19 mai 2020, à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi sur les droits politiques, 17-18, [https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2019/19149\\_com.pdf](https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2019/19149_com.pdf) [Consulté le 20.10.2022], qui a servi de base à une partie de la présente contribution).

<sup>34</sup> Art. 30b CC.

<sup>35</sup> Sur cet argument, voir POLEDNA, N 39.

Un quota peut-il s'étendre aux personnes non binaires ? Cette question est délicate, car elle concerne aussi des personnes biologiquement masculines. Néanmoins, la non-binarité est une identité de genre. Faut-il irrémédiablement empêcher un canton d'adopter une règle imposant, par exemple, que les listes pour les élections législatives comptent au moins 50 % de femmes, de personnes intersexes ou de personnes non binaires ? Certes, la non-binarité comporte de multiples facettes, et la délimitation exacte du champ d'application personnel d'une telle règle s'avérerait sans doute difficile et, éventuellement, source de litiges. De surcroît, un risque d'abus existe en la matière si, par exemple, quelques hommes se déclarent subitement non binaires pour que le quota soit atteint. L'abus de droit devrait par conséquent être réservé. Un canton est toutefois aussi un laboratoire constitutionnel, et ses expériences présentent un intérêt pour les autres cantons et la Confédération, voire pour d'autres États. Dans cette perspective, il convient de plutôt privilégier une réponse négative à la question qui précède et donc de ne pas fermer d'emblée la porte à de tels quotas, à tout le moins lorsque le canton en question parvient à élaborer une règle suffisamment précise ainsi que prévisible dans son application et qu'il rend vraisemblable que, dans le passé, les personnes considérées aujourd'hui comme non binaires étaient discriminées et ne parvenaient que difficilement à figurer sur des listes électorales et être élues.

### **III. La liberté de vote et la liberté d'association**

#### **A. La liberté des électrices et électeurs**

Dans les cantons, la liberté des électrices et électeurs pour les élections législatives cantonales à la proportionnelle est généralement étendue. Dans la plupart d'entre eux, chaque électrice ou électeur utilise, à son choix, un bulletin imprimé sans le modifier, un bulletin imprimé qu'elle ou il a modifié de sa main en biffant le nom de candidats (latoisage) ou en inscrivant le nom de candidats d'autres listes (panachage), ou encore un bulletin manuscrit sur lequel elle ou il a inscrit le nom de candidats et, le cas échéant, attribué les suffrages restants à la liste de son choix. De surcroît, la constitution d'une liste est aisée dans bon nombre de cantons, puisque la signature manuscrite de quelques électrices et électeurs suffit. Aussi une personne éligible souhaitant à tout prix se présenter à une élection législative peut-elle créer une liste avec quelques autres individus également éligibles.



Lorsqu'elles ou ils disposent d'une liberté étendue, les électrices et électeurs conservent la possibilité de choisir individuellement chaque candidate ou candidat. Un quota de liste dans un système ouvert permettant le latoisage, le panachage et les listes manuscrites est flexible et laisse subsister une grande marge de manœuvre pour les électrices et électeurs<sup>36</sup>. Aussi est-il *a priori* compatible avec l'article 34 Cst.<sup>37</sup>. Il est néanmoins toujours nécessaire d'examiner le système dans son ensemble afin de mesurer l'impact de celui-ci sur la liberté des électrices et électeurs.

Certes, la liberté des partis est restreinte par un quota de liste, ce qui peut atteindre par ricochet celle des électrices et électeurs. Une analyse de l'ensemble du système électoral d'un canton se justifie spécialement dans ce contexte afin de déterminer dans quelle mesure un quota risque d'entraver le dépôt de listes électorales, ce qui pourrait être considéré comme une atteinte à la liberté d'association par le Tribunal fédéral – le parti politique en tant qu'association étant touché dans sa raison d'être et la substance de son activité. À cet égard, les sanctions frappant la violation des obligations relatives à la composition des listes électorales offrent des pistes intéressantes pour tenir compte, de façon circonstanciée, du principe de proportionnalité. Concrètement, une certaine modulation des sanctions est vraisemblablement recommandable. Supposons qu'un parti politique espère raisonnablement obtenir vingt sièges dans un arrondissement, eu égard aux précédentes élections et aux sondages, mais que vingt-cinq hommes et cinq femmes seulement soient disposés à figurer sur sa liste. Ce parti démontrerait – preuves à l'appui – avoir agi selon les règles de la bonne foi<sup>38</sup> et cherché en vain des candidates supplémentaires, notamment en organisant de nombreuses réunions de recrutement, en mandatant un « chasseur de têtes » ou encore en diffusant des annonces. Le biffage de vingt noms d'hommes par la chancellerie cantonale lors de l'examen préalable des listes pourrait engendrer une violation du principe de la proportionnalité<sup>39</sup> dans une telle hypothèse. Il serait, par exemple, envisageable que seuls dix ou quinze noms d'hommes soient biffés. La liste et toutes les formes de publicités y relatives – affiches, publicités sur Internet, etc. – devraient alors porter une

---

<sup>36</sup> Dans ce sens, voir ATF 125 I 21, c. 5c/aa, JdT 2000 I 343 (rés.).

<sup>37</sup> HOTTELLIER, MICHEL et TANQUEREL, THIERRY se sont exprimés dans ce sens lors de leur audition, le 4 mars 2020, par la Commission des droits politiques et du règlement du Grand Conseil chargée d'étudier les PL 12581-A, PL 12582-A et PL 12583-A (voir Secrétariat du Grand Conseil, Rapport déposé le 9 février 2021, 17, <https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL12583A.pdf> [consulté le 20.10.2022]).

<sup>38</sup> Art. 5 al. 3 Cst.

<sup>39</sup> Art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.

mention selon laquelle les exigences légales ne sont pas respectées. Par ailleurs, l'éventuelle indemnité annuelle due au parti concerné selon le droit cantonal pourrait être réduite, voire supprimée.

## **B. Les listes bloquées**

Parmi les multiples questions que soulèvent les quotas de liste, seule celle portant sur le couplage de ceux-ci avec un système de listes bloquées sera encore examinée dans la présente contribution, compte tenu de l'espace imparti. Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a jugé qu'un système de listes bloquées peut être compatible avec la Constitution fédérale<sup>40</sup>. Dans un État fédéral, les collectivités fédérées sont aussi des laboratoires, notamment institutionnels, et l'interprétation du droit fédéral ne saurait fermer la porte à des innovations de leur part correspondant, qui plus est, à des solutions retenues dans d'autres États<sup>41</sup>. Un système de listes bloquées, dans lequel l'électrice ou l'électeur choisit une liste sans pouvoir la modifier, est largement répandu dans les démocraties occidentales. Un canton peut opter pour un tel système pour l'élection de son parlement à la proportionnelle.

Une règle imposant que les listes pour les élections législatives cantonales soient, par exemple, composées d'au moins 50 % de femmes ou de personnes intersexes et ne permettent pas de faire figurer deux candidats masculins à la suite l'un de l'autre pourrait être couplée à un système de listes bloquées. La liberté des électeurs et électrices serait ainsi réduite, mais elle l'est de toute façon dans un système de listes bloquées. La liberté – vraisemblablement d'association, encore que ce point soit discutable – des partis et autres mouvements présentant des listes électorales serait certes restreinte, mais elle le serait en vue de contribuer à la diversité et à l'égalité des chances entre les genres. Dans cette perspective, un tel système pourrait s'avérer compatible avec la Constitution fédérale envisagée dans son ensemble, dans une appréciation englobant en particulier les articles 2, 8, 23 et 34 Cst. Une réponse définitive dépendrait de l'analyse approfondie de chaque système électoral afin d'évaluer l'atteinte à la liberté tant des électrices et électeurs que des partis, puis de mettre celle-ci en balance avec les buts poursuivis. Sur cette question également, la Constitution fédérale ne doit être interprétée ni de façon à d'emblée entraver les innovations institutionnelles cantonales ni de manière à trop canaliser la marge

---

<sup>40</sup> ATF 118 Ia 415, c. 6c *in fine*, JdT 1994 I 20.

<sup>41</sup> Voir spécialement MARTENET, 358 ; AUER / MARTENET, N 46-57.

de manœuvre des cantons pour définir des mesures destinées à réaliser l'égalité des chances entre les genres<sup>42</sup>. Certes, le système peut tendre à une égalité de résultat, mais il diffère de celui ayant donné lieu au premier arrêt de principe du Tribunal fédéral, rendu il y a plus de vingt-cinq ans<sup>43</sup>, lequel pourrait en profiter, s'il était saisi, pour faire évoluer sa jurisprudence.

## Conclusion

La Constitution fédérale n'empêche pas les cantons d'instaurer des quotas de genre sur les listes aux élections législatives cantonales. Si des limites découlent en particulier des articles 8 et 34 Cst., elles laissent subsister une importante autonomie cantonale conformément à l'article 47 Cst. Les cantons sont libres de l'utiliser ou non et d'innover afin de mieux prendre en compte la diversité sexuelle et de genre existant au sein de la société. Des avancées significatives pourraient venir de certains d'entre eux, notamment romands.

Les cantons remplissent en définitive aussi une fonction de laboratoires constitutionnels. Leurs expériences et même expérimentations présentent un intérêt pour l'ensemble de la Confédération, voire au-delà, et créent une dynamique institutionnelle contribuant à la vitalité du fédéralisme et à l'évolution de la société. Instrument vivant, la Constitution fédérale est aussi un instrument de diversité.

---

<sup>42</sup> Voir notamment FREI, 183-195 ; TOBLER, 323-324.

<sup>43</sup> Voir spécialement ATF 123 I 152, JdT 1999 I 282.

## Bibliographie

- ARIOLI, KATHRIN (édit.), *Frauenförderung durch Quoten*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997 (*Quoten*)
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS / MAHON, PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (*Petit Comm. Cst.*)
- AUER, ANDREAS, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016
- AUER, ANDREAS / MARTENET, VINCENT, *Les quotas, la démocratie et le fédéralisme*, SJ 1997 629-656
- BELSER, EVA MARIA, *Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie*, RDS 2021 II 5-117
- BIAGGINI, GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017
- BUSER, DENISE, *Verfassungskonforme Quoten für Volkswahl-Mandate*, in Arioli (édit.), *Quoten*, 187-230
- DUBEY, JACQUES, *Droits fondamentaux*, 2 vol., Bâle 2018
- EHRENZELLER, BERNHARD / SCHINDLER, BENJAMIN / SCHWEIZER, RAINER J. / VALLENDER, KLAUS A. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., St-Gall/Zurich 2014 (*SGK BV*)
- FREI, NULA, *Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um «Frauenquoten»*, RDS 2020 I 173-195
- HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L’HOMME, *Background Note on Human Rights Violations against Intersex People*, Genève 2019
- HERTIG RANDALL, MAYA, *Commentaire de l’article 4 CEDEF*, in HERTIG RANDALL, MAYA / HOTTELIER, MICHEL / LEMPEN, KARINE (édit.), *CEDEF – La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes*, Genève/Zurich 2019, 91-129
- HOTTELIER, MICHEL, *Égalité des sexes, fédéralisme et droits politiques au plan cantonal*, ZBl 1983, 113-120

- KÄGI-DIENER, REGULA, Commentaire de l'article 4 CEDEF, *in* SCHLÄPPI, ERIKA / ULRICH, SILVIA / WYTENBACH, JUDITH (édit.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne et Vienne 2015
- KAUFMANN, CLAUDIA, Commentaire de l'article 3 LEg, *in* KAUFMANN, CLAUDIA / STEIGER-SACKMANN, SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2022
- KIENER, REGINA / KÄLIN, WALTER / WYTENBACH, JUDITH, Grundrechte, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018
- LEMPEN, KARINE, Interdiction de discriminer : Art. 3 LEg, *in* AUBERT, GABRIEL / LEMPEN, KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (*Art. 3 LEg*)
- LEMPEN, KARINE, Repenser la discrimination « à raison du sexe » au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF, RDS 2021 II 191-275 (*Discrimination*)
- MALINVERNI, GIORGIO / HOTTELIER, MICHEL / HERTIG RANDALL, MAYA / FLÜCKIGER, ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021
- MARTENET, VINCENT, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle/Genève/Munich 1999
- MARTENET, VINCENT / DUBEY, JACQUES (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, 2 vol., Bâle 2021 (*CR Cst.*)
- MÜLLER, JÖRG PAUL / SCHEFER, MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2008
- PETERS, ANNE, Diskriminierungsverbote, *in* MERTEN, DETLEF / PAPIER, HANS-JÜRGEN (fond.) et MÜLLER, JÖRG PAUL / THÜRER, DANIEL (coord.), Handbuch der Grundrechte – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg et Zurich/St-Gall 2007, 255-299
- POLEDNA, TOMAS, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, *in* Arioli (édit.), Quoten, 135-185
- RADAY, FRANCES, Commentaire de l'article 4 CEDEF, *in* FREEMAN, MARSHA A. / CHINKIN, CHRISTINE / RUDOLF, BEATE (édit.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – A Commentary, Oxford/New York 2012

RHINOW, RENÉ / SCHEFER, MARKUS / UEBERSAX, PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2016

SATTIVA SPRING, CHRISTINE, Égalité des sexes et mesures positives : la voie difficile de l'égalité effective, *in* DUNAND, JEAN-PHILIPPE / LEMPEN, KARINE / MAHON, PASCAL (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail - 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg*, Genève/Zurich 2016, 277-303

TOBLER, CHRISTA, Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie, RDS 2021 II 277-375

VOGGENSPERGER, RUTH, Frauenpartizipation, Wahlaspekte und Quotenregelungen für Kantonsparlamente: eine Annäherung von zwei Seiten, *in* ARIOLI (édit.), *Quoten*, 231-278

WALDMANN, BERNHARD / BELSER, EVA MARIA / EPINEY, ASTRID (édit.), *Bundesverfassung - Basler Kommentar*, Bâle 2015 (*BSK BV*)