

Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse: essai de synthèse», in: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie: Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zurich 1979, pp. 1-31

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse
Essai de synthèse

La jurisprudence que le Tribunal fédéral suisse consacre aux droits fondamentaux a pris tant d'ampleur, depuis une quinzaine d'années, qu'il vaut la peine d'en faire, de temps en temps, la synthèse. C'est ce que nous nous proposons d'entreprendre ici en l'honneur d'un juriste qui a lié son nom à l'étude du libéralisme.

Nous traiterons successivement des points suivants:

1. Les sources des droits fondamentaux;
2. Le contenu de ces droits;
3. Leur signification;
4. Leurs effets à l'égard de l'Etat;
5. Leurs effets à l'égard des tiers;
6. Les restrictions qui peuvent leur être opposées et les conditions auxquelles elles sont soumises, à savoir:
7. A. La base légale;
8. B. La justification;
9. C. Le respect de certaines grandes règles constitutionnelles;
10. D. Le respect de la substance des droits fondamentaux;
11. Les rapports qui existent entre les droits fondamentaux;
12. La protection judiciaire de ces droits.

1. Les sources des droits fondamentaux

Ce qui distingue les droits fondamentaux des autres droits de la personne, c'est une double différence, à la fois de fond et de forme. D'abord, il doit s'agir, naturellement, de droits importants, tenus pour essentiels par la société politique dans laquelle ils s'exercent. Mais il faut encore qu'ils soient garantis par une

législation du plus haut degré. Des droits qui n'auraient d'autre base qu'une loi ordinaire ne seraient pas, en ce sens, fondamentaux. Par exemple, les rentes de l'assurance vieillesse et survivants, même si on peut les considérer comme indispensables à une large partie de la population, ne seront pas rangées parmi les droits dont nous parlons ici.

a) C'est donc dans la *Constitution* que le Tribunal fédéral cherche la source principale des droits fondamentaux. Et premièrement dans la *Constitution fédérale*, parce qu'il est normal que ces droits soient opposables à toutes les autorités publiques de la Suisse et qu'ils bénéficient de la même protection sur tout le territoire du pays. De fait, la *Constitution fédérale* contient, chacun le sait, une dizaine d'articles qui garantissent expressément des droits fondamentaux.

b) Cependant, chacun sait aussi que ces articles ne forment pas un catalogue complet. Cela s'explique par l'histoire: les hommes politiques de 1848 et de 1874 ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de répéter, dans le document qu'ils écrivaient, ce qu'on trouvait déjà dans toutes les constitutions des cantons. Mais, à la longue, le système a paru boiteux. Des droits fondamentaux qui variaient d'un canton à l'autre et qui, de surcroît, ne liaient pas les autorités nationales ne pouvaient pas satisfaire aux exigences d'un Etat libéral moderne. Voilà pourquoi le Tribunal fédéral, dans une remarquable série d'arrêts, a, dès 1960, entrepris de combler les lacunes les plus évidentes. Il l'a fait de la manière la plus simple, en jugeant que la *Constitution fédérale*, à côté de ses dispositions expresses (ci-dessus, lettre a), garantissait *implicitement* plusieurs libertés qu'elle ne nommait pas. Il l'a dit de la propriété (qui fut d'ailleurs, quelques années plus tard, protégée en termes exprès), de la liberté d'opinion, de la liberté personnelle, de la liberté de réunion¹.

Mais il a également répété, en mainte occasion, qu'il n'était pas prêt à prodiguer cette reconnaissance; que, s'il lui paraissait juste de l'accorder à certaines libertés essentielles, il n'entendait pas en faire bénéficier n'importe quelle faculté humaine². Selon ses propres phrases, pour qu'une liberté pût être élevée au

¹ ZB, 1961, p. 69, 72, *Keller*, du 11 mai 1960; ATF 87 I 114, 117, *Sphinx-Film S.A.*, du 3 mai 1961; 89 I 92, 98, *Enfant X.*, du 20 mars 1963; 96 I 219, 224, *Nöthiger*, du 24 juin 1970. Cf. Walter *Haller*, Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmäßiges Recht, RDS 1976 I 113-148, en particulier 117-123.

² ATF 96 I 104, 107, *N.*, du 18 mars 1970; 219, 223/224, *Nöthiger*, précité; 99 Ia 689, 693, *Prax*, du 11 juillet 1973; 100 Ia 392, 400, *Kaufmann*, du 27 novembre 1974; 104 Ia 88, 96, *Bürgin*, du 8 mars 1978.

niveau constitutionnel, il fallait qu'elle fût soit une condition de l'exercice d'une autre liberté constitutionnelle³, soit un élément indispensable de l'ordre juridique et démocratique de la Confédération. Et c'est parce qu'elle n'était, véritablement, ni l'une ni l'autre que la liberté de manifester sur le domaine public n'a pas été consacrée. Le Tribunal, qui l'estimait assurément utile à la formation de la volonté politique, n'a pas pensé qu'elle fût nécessaire au fonctionnement normal de la démocratie⁴.

c) La Suisse a ratifié, le 28 novembre 1974, la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, conclue le 4 novembre 1950 à Rome. Depuis quelques années déjà, il arrivait que le Tribunal fédéral s'en inspirât dans l'interprétation de la *Constitution*⁵. Désormais, il l'applique pour elle-même. Sans se demander, en termes généraux, si toutes les clauses du traité ont un effet également immédiat sur l'ordre juridique suisse, il a reconnu le caractère exécutoire d'un bon nombre d'entre elles, notamment en ce qui concerne la liberté personnelle et la liberté de conscience, et s'est montré disposé à casser les actes législatifs, administratifs ou juridictionnels qui y seraient contraires⁶. Mais il faut ajouter que, jusqu'à maintenant, il a estimé que les garanties de la *Convention* n'allaient pas plus loin que celles – expresses ou implicites – de la *Constitution fédérale*⁷; il y a trouvé plutôt des précisions⁸, et il ne semble pas, à lire sa jurisprudence publiée, qu'il ait jugé aucun acte contraire à la *Convention* qui ne le fût, déjà, à notre *Constitution*.

d) Quand un droit fondamental n'est garanti ni en termes exprès dans la *Constitution fédérale*, ni implicitement par l'effet d'une déclaration jurisprudentielle, ni dans aucune clause de la *Convention européenne*, il faut encore voir s'il n'a pas reçu de protection particulière dans la *Constitution du canton* où l'acte

³ «Nommée dans la *Constitution*», précise l'arrêt *Kaufmann*. Cette restriction est discutable.

⁴ ATF 100 Ia 392, 400/401, *Kaufmann*, précité.

⁵ Voir, par exemple, ATF 97 I 45, 51, *Dubois*, du 17 février 1971; 98 Ia 226, 235, *R.*, du 2 février 1972; 100 Ia 407, 411, *Tbareau*, du 18 septembre 1974.

⁶ ATF 101 Ia 46, 58, *X.*, du 22 janvier 1975; 102 Ia 179, *Schießer*, du 14 juillet 1976; 279, 283, *Minelli*, du 30 juin 1976; 379, *Burger*, du 3 novembre 1976; 468, 480, *Buchdruckerei Elgg AG*, du 6 octobre 1976; 103 Ia 293, 306, *Bonzi*, du 23 février 1977; 455, 458, *Hasler*, du 5 octobre 1977. Les affaires *Schießer* et *Bonzi* ont été portées à la Commission européenne des droits de l'homme. Dans son rapport du 9 mars 1978, concernant la requête de M. Schießer, la Commission a exprimé l'avis que le Tribunal fédéral était fondé à dire que la législation zurichoise sur l'instruction pénale ne violait pas l'art. 5 III de la *Convention*; elle a néanmoins décidé de saisir la Cour européenne pour éclaircir ce point, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1978 (8 août), p. 309-311.

⁷ ATF 102 Ia 279, 283, *Minelli*, précité. Cf. encore ZB, 1977, p. 518, *X.*, du 9 février 1977.

⁸ ATF 102 Ia 379, 381, *Burger*; 104 Ia 88, 92, *Bürgin*, précités.

attaqué s'est produit. Evidemment, depuis que le Tribunal fédéral s'est mis à reconnaître des garanties tacites, il ne reste plus grand place pour le droit des cantons. Les arrêts sont innombrables, où le Tribunal, constatant que les termes de la Constitution cantonale n'ajoutent rien au droit fédéral, les tient pour dépourvus de valeur juridique⁹. On saura donc gré au constituant jurassien d'avoir spécialement garanti la liberté de manifestation, qui n'est protégée ni par la Constitution fédérale (ci-dessus, lettre b), ni par la Convention. Lorsque la Constitution du Jura pourra entrer en vigueur, il y aura au moins un canton suisse où une liberté bénéficiera d'une protection plus forte qu'en nul autre canton.

e) Si une faculté humaine ne jouit d'aucune garantie particulière, ni en droit fédéral interne, ni dans la Convention, ni dans la Constitution du canton, cela ne signifie pas encore qu'elle soit exposée, sans défense, aux atteintes de l'autorité. Il lui reste la protection minimale de l'art. 4 de la Constitution fédérale¹⁰. Le Tribunal fédéral s'assurera que la restriction dont elle est l'objet ne manque pas de toute base légale ni de toute justification. Mais l'examen auquel il procédera sera plus sommaire. L'acte attaqué ne sera annulé que s'il est vraiment insoutenable. C'est ainsi que, dans deux affaires où il avait jugé que la liberté personnelle, invoquée par le recourant, n'était pas en cause, le Tribunal fédéral a vérifié s'il n'y avait pas eu d'arbitraire¹¹; et, des deux mesures qui étaient soumises à son contrôle, il a tenu que l'une était entachée d'une évidente disproportion¹².

f) Seulement, la jurisprudence fédérale ne se laisse pas enfermer dans une alternative aussi simple: d'un côté, les droits fondamentaux, qui bénéficient d'une protection judiciaire complète; de l'autre, les facultés humaines, qui ne jouissent que d'une garantie minimale. En réalité, le Tribunal fédéral a une palette plus nuancée. Il lui arrive de rendre des arrêts où il use d'un pouvoir d'examen en quelque sorte moyen: ni complet, ni tout à fait limité. Il l'a dit dans l'affaire *Kaufmann*: après avoir nié que le droit de manifester fût une liberté constitutionnelle (ci-dessus, lettre b), il a bien précisé que l'autorité publique ne pouvait pas refuser l'usage d'une place aux organisateurs d'une manifestation, si elle n'avait pas de bonnes raisons de dire non; et qu'il se réservait de revoir avec

⁹ Exemples: ATF 103 Ia 169, 171, *Petitpierre*, du 9 février 1977; 293, 294, *Bonzi*, précité.

¹⁰ André *Grisel*, La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, Revue internationale de droit comparé, Paris, 1975, p. 549-570, spécialement p. 562.

¹¹ ATF 100 Ia 189, *Feuz*, du 13 février 1974; 102 Ia 321, 325, *X.*, du 21 septembre 1976.

¹² Arrêt *X.*, de 1976 (ajournement, pour une année, de l'immatriculation d'un étudiant, parce qu'il avait été puni - avec sursis - pour violation du code pénal militaire).

une certaine liberté la manière dont elle avait pesé l'intérêt de ces organisateurs à manifester et celui des utilisateurs ordinaires à n'être pas troublés dans leur usage habituel¹³. Il a tenu un langage comparable dans une affaire *Froidevaux*: l'instituteur n'a pas un droit constitutionnel à exercer son métier; il ne bénéficie pas, sur ce point, de la liberté d'industrie; mais, s'il est suspendu dans sa fonction, si donc sa carrière est interrompue, il peut attendre que la mesure qui le frappe ne soit pas contrôlée seulement sous l'angle étroit de l'arbitraire¹⁴.

2. Le contenu des droits fondamentaux

La Constitution fédérale garantit, non pas une liberté générale aux contours imprécis, mais plusieurs droits fondamentaux. S'il y en a plusieurs, c'est qu'ils sont distincts et définis; chacun a un contenu qui lui est propre. La jurisprudence du Tribunal fédéral, faute d'occasions suffisantes, n'a évidemment pas pu en donner un tableau complet, mais elle permet au lecteur de se faire une idée assez précise. Voici quelques éléments:

a) La *liberté personnelle* inclut la dignité humaine¹⁵, le droit à la vie¹⁶, l'intégrité physique¹⁷, l'intégrité psychique¹⁸, la liberté de mouvement, notamment la protection contre la détention¹⁹ et contre la mise au secret²⁰, la protection de la sphère privée^{20a}.

A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s'est penché sur le statut des détenus²¹. Il s'est demandé si les nombreuses restrictions qui étaient apportées à

¹³ ATF 100 Ia 392, 402/403: «L'autorité (municipale) n'est pas seulement liée à l'interdiction de l'arbitraire». Cf. encore ATF 102 Ia 50, 53, *Parti social-démocrate de la Ville de Zurich*, du 4 février 1976.

¹⁴ ATF 101 Ia 172, 177, *Froidevaux*, du 17 juin 1975. Tandis que, dans le cas de *G.*, qui s'est vu fermer l'accès à la profession d'instituteur, le Tribunal fédéral n'a jugé que sous l'angle de l'arbitraire, comme dans les affaires *Feuz* et *X.*, précitées (ZB, 1977, p. 372, du 2 février 1977).

¹⁵ ATF 97 I 45, 49, *Dubois*; 100 Ia 189, 194, *Feuz*; 102 Ia 279, 283, *Minelli*; 321, 324, *X.*, tous précités.

¹⁶ ATF 98 Ia 508, 514, *Groß*, du 28 juin 1972.

¹⁷ ATF 91 I 31, 34, *Gris*, du 31 mars 1965; 99 Ia 407, 412, *Tronolone*, du 24 mai 1973; 747, 749, *Etienne*, du 7 novembre 1973.

¹⁸ ATF 90 I 29, 36, *Castella*, du 25 mars 1964.

¹⁹ ATF 95 I 233, 237, *Castella*, du 25 août 1969; 98 Ia 98, 100, *Preisler*, du 29 mars 1972.

²⁰ ATF 98 Ia 418, *Danuser*, du 28 juin 1972; 101 Ia 46, 53, *X.*; 103 Ia 293, *Bonzi*, précités.

^{20a} ATF 102 Ia 516, 521, *X.*, du 5 mai 1976.

²¹ ATF 97 I 45, *Dubois*, précité; 839, *Müller-Gilliers*, du 22 septembre 1971; 99 Ia 262, *Minelli*, du 4 avril 1973; 100 Ia 454, *Duboux*, du 18 décembre 1974; 102 Ia 279, *Minelli*, précité; 299, *Rechenmacher*, du 15 juin 1976; 302, *Krause*, du 17 août 1976; 103 Ia 165, *Krause*, du 27 avril 1977.

leur mode de vie (extinction des feux, limitation des promenades, des visites, de la correspondance, etc.) étaient bien compatibles avec leur liberté personnelle. Mais on peut aussi penser que, pour quelques-unes de ces restrictions tout au moins, d'autres libertés étaient en cause. Le droit de se procurer des journaux et des livres relève plutôt de la liberté d'opinion; le droit d'accomplir des actes religieux, plutôt de la liberté de conscience. En tout cas, on notera qu'une affaire, touchant les lettres qu'un détenu envoyait à sa femme, a été jugée au regard, non de la liberté personnelle, mais de la liberté d'opinion²².

De certaines formules ambiguës, on a pu tirer naguère que la liberté personnelle, largement comprise, protégeait toute sorte d'activités de l'homme qui étaient propres à contribuer à son développement et, pour finir, tout comportement qui lui tenait à cœur et qu'aucune autre liberté, expresse ou implicite, ne garantissait²³. Mais des arrêts plus récents ont bien montré qu'il devait s'agir là de «manifestations élémentaires de la personnalité», et que la liberté personnelle n'était pas un principe subsidiaire dont pût se prévaloir quiconque n'avait rien d'autre à dire²⁴. La liberté personnelle ne paraît donc pas devoir reprendre, avec des perspectives meilleures en raison d'un plus large pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (ci-dessous, ch. 12), la fonction qui incombe aujourd'hui à l'art. 4 de la Constitution fédérale.

b) La *liberté d'opinion*, ou d'expression, est d'abord le droit d'émettre une opinion, c'est-à-dire un jugement sur une personne, un comportement, voire l'opinion d'autrui²⁵. Le jugement est le résultat d'un processus rationnel de pensée, une conviction rendue saisissable et transmissible par la raison²⁶. Mais la liberté d'opinion est aussi le droit de se faire un jugement, ce qui suppose le droit de prendre connaissance des jugements d'autrui et de recevoir des informations²⁷. On peut logiquement admettre qu'elle couvre encore le droit de diffuser des informations. En résumé, la liberté d'opinion est le droit d'émettre et de recevoir des opinions et des informations.

L'exercice de cette liberté doit poursuivre un but idéal, non pas commercial, faute de quoi il n'aurait que le bénéfice de la liberté du commerce et de l'indus-

²² ATF 101 Ia 148, *Schulte-Wermeling*, du 21 mai 1975.

²³ ATF 97 I 45, 50, *Dubois*, précité; 98 Ia 409, 414, *Züst*, du 17 mai 1972.

²⁴ ATF 99 Ia 504, 509, *X.*, du 13 juin 1973; 101 Ia 336, 346, *Verband der schweizerischen Automatenbranche*, du 24 septembre 1975; 102 Ia 321, 325, *X.*; 103 Ia 169, 171, *Petitpierre*, précités; 104 Ia 35, 40, *X.*, du 8 février 1978. Ou encore ZB, 1978, p. 34, du 5 octobre 1977: la liberté personnelle n'inclut pas le droit de détenir soixante chats dans sa maison.

²⁵ ATF 101 Ia 252, 255, *Ernst*, du 17 juin 1975.

²⁶ ATF 101 Ia 148, 150, *Schulte-Wermeling*, précité.

²⁷ ATF 99 Ia 262, 283, *Minelli*; 102 Ia 279, 296/297, *Minelli*, précités.

trie²⁸. Dans les deux affaires citées en note, la qualification n'était pas douteuse; mais elle pourrait bien l'être en d'autres circonstances.

Certaines manières de communiquer sont protégées par des libertés spéciales:

La conversation privée relève sans doute de la liberté personnelle.

La publication d'un texte ou d'une image imprimés (ou reproduits de toute autre façon, polycopiés, photographiés), destinés à un nombre relativement grand de lecteurs, bénéficie de la liberté de la presse, qui est expressément garantie par la Constitution fédérale, à l'art. 55²⁹.

Les films cinématographiques, lorsqu'ils transmettent une pensée précise ou qu'ils sont en eux-mêmes une œuvre d'art, et qu'ils ne sont pas projetés à des fins lucratives, ressortissent à la même liberté³⁰. En revanche, une raison technique, qui est le nombre limité de longueurs d'ondes, empêche de l'étendre à la radiodiffusion. La liberté individuelle est remplacée, ici, par des règles de conduite imposées aux concessionnaires.

Le droit de créer des associations, d'y entrer, d'y rester, d'en sortir ou de s'en tenir à l'écart, est garanti, lui aussi expressément, par la Constitution fédérale, à l'art. 56.

L'organisation de réunions est implicitement garantie pour les assemblées qui se tiennent sur un fonds privé³¹. Mais on a vu que celles qui devaient avoir lieu sur le domaine public ne jouissaient pas de la même protection, lors du moins qu'elles étaient destinées à influencer directement le public (ci-dessus, ch. 1, lettres b et f).

c) La *liberté du commerce et de l'industrie*, ou liberté économique, garantie à l'art. 31 de la Constitution fédérale, est le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative privée³². Le Tribunal fédéral ajoute: à titre professionnel.

²⁸ ATF 96 I 586, 589, *Aleinick*, du 24 juin 1970; 100 Ia 445, 453, *AWAG*, du 2 octobre 1974.

²⁹ ATF 96 I 586, 588/589, *Aleinick*, précité; ZB, 1977, p. 357, *Ballos*, du 15 décembre 1976.

³⁰ ATF 101 Ia 252, 255, *Ernst*, précité; cf. déjà ATF 87 I 275, 288, *Filmklub Luzern*, du 12 juillet 1961; ZB, 1963, p. 363, *Filmklub Luzern*, du 19 septembre 1962. Sur les «fins lucratives», voir ci-dessous, ch. 11.

³¹ ATF 96 I 219, 224, *Nöthiger*, précité; 97 I 911, 914, *Arnei*, du 17 novembre 1971; 99 Ia 689, 693, *Praz*, précité.

³² ATF 100 Ia 169, 174/175, *Stump*, du 27 mars 1974; 103 Ia 259, 261/262, *Perren*, du 8 juin 1977. Lorsqu'une activité économique est incluse dans un monopole d'Etat, elle cesse d'être privée pour devenir publique et perd, de ce fait, le bénéfice de l'art. 31. Mais l'inclusion dans le monopole doit, elle, être conforme à l'art. 31 (notamment, se fonder sur une base légale et un intérêt public suffisants, cf. ci-après, ch. 6 et ss): ATF 91 I 182, *Delarze*, du 28 avril 1965; 96 I 204, *X.*, du 8 juillet 1970; 100 Ia 445, *AWAG*, précité; 101 Ia 124, *Devand*, du 19 février 1975; ZB, 1977, p. 36, du 2 juin 1976. Le Tribunal fédéral, on doit le reconnaître, ne s'est pas montré très difficile sur la question de l'intérêt public, encore moins sur celle de la proportionnalité.

Mais on ne voit pas très bien pourquoi une activité occasionnelle ne bénéficierait pas d'une égale protection. Le Tribunal fédéral semble d'ailleurs l'avoir reconnu lui-même dans un autre arrêt³³. La liberté économique inclut la liberté de conclure des contrats³⁴.

L'art. 31 couvre les activités les plus diverses, la production et la distribution de biens et de services de tout genre, l'industrie et le commerce au sens ordinaire de ces termes, mais aussi les professions libérales, celle de l'avocat³⁵, du médecin³⁶, du pharmacien³⁷, de l'architecte³⁸, ou encore, pour prendre des exemples récents, le métier du professeur de ski³⁹, celui du guide de montagne⁴⁰, celui de l'esthéticienne⁴¹, la fabrication, la vente et l'exploitation d'appareils automatiques servant au jeu⁴², voire la prostitution⁴³.

La liberté économique protège la fourniture de biens et de services, non pas la consommation⁴⁴. L'intérêt des consommateurs est assurément pris en compte dans de nombreuses lois (sur les denrées alimentaires, les médicaments, les banques, les entreprises d'assurance, éventuellement la surveillance des prix, des loyers, ci-dessous, ch. 8, lettres a et d), mais il n'est pas sous-tendu par un droit fondamental, au sens que l'on donne habituellement à ce terme.

d) La *garantie de la propriété*, qui, depuis 1969, est inscrite à l'art. 22^{ter} de la Constitution fédérale, donne la liberté d'avoir des droits patrimoniaux, d'en user, d'en jouir, d'en disposer. Ces droits patrimoniaux peuvent être de nature très variée. C'est, d'abord et surtout, la propriété, foncière ou mobilière. La plupart des arrêts que le Tribunal fédéral rend en application de l'art. 22^{ter} ont pour objet la propriété foncière. Ceux qui portent sur la propriété mobilière sont rares⁴⁵. Mais la propriété, selon l'art. 22^{ter} de la Constitution, est une notion plus large que la propriété du code civil. Ce sont aussi les droits réels restreints, la propriété dite intellectuelle (ou droits immatériels), les créances per-

³³ ATF 99 Ia 604, 619, *Righi*, du 4 avril 1973.

³⁴ ATF 102 Ia 533, 542, *USIT*, du 17 mars 1976.

³⁵ ATF 98 Ia 56, 58, *X.*, du 2 février 1972.

³⁶ ATF 100 Ia 312, 318, *Buff*, du 11 décembre 1974.

³⁷ ATF 99 Ia 513, 516, *Sum Store S.A.*, du 21 novembre 1973.

³⁸ ATF 93 I 513, 518, *Union technique suisse*, du 20 septembre 1967.

³⁹ ATF 100 Ia 169, 176, *Stump*, précité.

⁴⁰ ZB, 1978, p. 253, du 13 décembre 1977.

⁴¹ ATF 103 Ia 259, *Perren*, précité.

⁴² ATF 343, 345, *Galeazzi*, du 30 avril 1969; 101 Ia 336, 340, *Verband...*, précité.

⁴³ ATF 99 Ia 504, 509/510, *X.*, précité; 101 Ia 473, 476, *R.*, du 8 octobre 1975; ZB, 1977, p. 346, *M.*, du 15 décembre 1976.

⁴⁴ ATF 102 Ia 104, 122, *Globus*, du 21 janvier 1976.

⁴⁵ ATF 93 I 708, 711, *Société suisse des maîtres imprimeurs*, du 14 novembre 1967.

sonnelles, et même certaines prétentions de droit public qui, jadis, ressortissaient au droit privé, tels que les droits quasi-contractuels des concessionnaires et des fonctionnaires. C'est ainsi que les fonctionnaires, dont le traitement peut être en tout temps modifié par la loi, peuvent être protégés contre des réductions futures par l'effet d'une promesse déterminée qui leur aurait été faite⁴⁶. En revanche, une assurance qui figurerait dans la loi elle-même ne lierait pas le législateur, si ce n'est dans la mesure où l'exige le principe général de la bonne foi (comp. ci-dessous, ch. 9, lettre d)⁴⁷.

3. La signification des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux ont une double signification, à la fois sociale et individuelle.

a) Leur rôle *social* est évident: ils servent à réaliser un type de société jugé souhaitable. Par exemple, la liberté personnelle cherche à assurer un certain humanisme; la liberté d'opinion, à favoriser le mouvement des idées et le progrès des sciences; la liberté du commerce et de l'industrie, la libre concurrence qui en découle, ainsi que la garantie de la propriété, à accélérer la circulation des richesses et accroître la prospérité commune. Toutes, d'ailleurs, à des degrés divers il est vrai, contribuent à fortifier la liberté politique et la démocratie.

On pourrait donc penser, quand on considère leur utilité sociale, qu'un organe de l'Etat sera chargé d'en surveiller l'observation et de recourir aux tribunaux ou d'agir lui-même, chaque fois qu'il constate qu'elles ont été violées. Mais les choses ne se passent pas ainsi. Sans doute le Gouvernement doit-il intervenir, d'office, pour empêcher ou réparer certaines atteintes particulièrement graves. Dans tous les autres cas, on laisse aux personnes privées le soin de se défendre elles-mêmes en suivant les voies judiciaires (ci-dessous, ch. 12). Le recours au Tribunal fédéral leur appartient en propre, à l'exclusion des autorités publiques. Le point est si bien établi, en droit suisse, qu'on s'étonne qu'il faille encore, parfois, le rappeler⁴⁸.

b) C'est qu'en effet le rôle primordial des droits fondamentaux est de protéger les particuliers dans leurs intérêts *individuels*. La liberté personnelle préserve

⁴⁶ ATF 101 Ia 443, 446, 450, *VPOD*, du 19 novembre 1975.

⁴⁷ ZB, 1977, p. 267, *Koch*, du 16 décembre 1976.

⁴⁸ ATF 99 Ia 110, *Etat de Neubâtel*, du 31 janvier 1973. Bien entendu, il en va différemment du recours de droit administratif pour violation de la législation fédérale de droit public.

leur corps et leur esprit; la liberté d'opinion leur permet de parler et d'entendre; la liberté économique et la garantie de la propriété stimulent leur industrie et leur procurent la sécurité matérielle. Et, même si l'inégalité des conditions humaines fait que le bénéfice de ces droits n'est pas toujours justement réparti, ce sont bien les personnes privées qui en sont les titulaires naturels. C'est à elles et c'est surtout pour elles qu'ils ont été garantis.

4. Les effets des droits fondamentaux à l'égard de l'Etat

Les droits fondamentaux sont des droits des particuliers contre l'Etat. Contre et envers l'Etat, devrions-nous dire peut-être; car, s'ils ont toujours un sens négatif, ils ont aussi, quelquefois, un sens positif.

a) Ce sont d'abord des droits qui tendent à une *abstention* de l'Etat. Tel est l'alpha, sinon l'oméga du système. La liberté personnelle protège celui qui s'en prévaut contre un emprisonnement, la liberté d'opinion contre une censure officielle, la liberté économique contre la fixation de prix par voie d'autorité, la garantie de la propriété contre l'expropriation. Cette manière traditionnelle de voir les choses n'embrasse évidemment pas tous les aspects de la liberté, mais elle est d'une utilité capitale et on aurait bien tort de la mépriser: les innombrables victimes des camps de concentration, les torturés, les spoliés sont là pour nous le rappeler. Les droits fondamentaux tendent d'abord à une abstention de l'Etat, il faut le répéter inlassablement, c'est leur première fonction, la plus importante de toutes, et il n'y aurait rien de plus dangereux que de l'affaiblir en voulant développer d'autres.

b) Mais on doit bien reconnaître qu'en mainte circonstance, un régime vraiment libéral suppose aussi une *activité positive* de l'Etat. Il peut être commode de distinguer ici les cas où cette activité positive est exercée à titre principal de ceux où elle apparaît plutôt comme un accessoire des droits fondamentaux.

1° Il y a toute sorte de services qui ne sont bien rendus que par l'Etat. S'ils étaient abandonnés à l'initiative privée, ils seraient trop coûteux, ou insuffisants, ou discriminatoires, ou simplement dangereux pour la paix publique. Nous pensons à la justice, à la police, à l'enseignement, à la lutte contre la maladie, à la sécurité sociale, à la défense de l'environnement. Dans ces domaines, l'activité privée n'est évidemment pas nulle, mais elle ne constitue guère qu'un appoint. La tâche essentielle incombe normalement à l'Etat. De là à dire que les particuliers ont un droit aux services de l'Etat, il n'y a qu'un pas, aisément fran-

chi dans le langage commun – ainsi qu'en témoigne la discussion sur les «droits sociaux». Mais cette sorte de droit diffère des droits fondamentaux en ce qu'elle suppose, pour être réalisée, une législation souvent complexe. Sans loi, c'est évident, pas de rente de l'AVS. Même le droit à la justice, qu'on peut être tenté de tirer directement de l'art. 4 de la Constitution fédérale et de la jurisprudence que le Tribunal fédéral a fondée sur cette disposition, appelle une loi d'organisation judiciaire. C'est pareil pour le droit à l'instruction primaire: l'art. 27 de la Constitution, tout seul, ne suffit pas; il faut une loi scolaire. Sans doute le législateur qui ne ferait pas les lois nécessaires violerait-il la Constitution; mais cette carence ne pourrait guère être suppléée par les juges.

2° Au contraire, le propre des droits fondamentaux est de pouvoir être portés immédiatement devant les juges. C'est tout à fait clair pour la liberté personnelle et la liberté d'opinion. Il n'y a pas besoin d'une loi pour se plaindre d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou de l'interdiction d'une réunion. C'est moins évident, il faut en convenir, pour la liberté économique, qui paraît appeler une législation sur les contrats; et pour la garantie de la propriété, qui se conçoit mal sans une loi réglant des droits patrimoniaux. Mais, même là, les juges pourraient remplacer le législateur, l'histoire anglaise le montre. Alors que les mêmes juges seraient bien incapables de créer un établissement d'enseignement ou une institution d'assurance. Pour finir, les droits fondamentaux n'ont besoin que d'une seule loi: celle qui érige le tribunal constitutionnel.

La question qui se pose, maintenant, c'est de savoir si le particulier qui invoque un droit fondamental peut en déduire, accessoirement, un droit à une prestation positive de l'Etat. Sans doute pourrait-on faire observer qu'il a un «droit» à ce que l'ordre juridique de l'Etat assure, le mieux qu'il est possible, la pleine réalisation de ces droits fondamentaux. Mais un tel droit n'aurait pas plus de vigueur que les droits aux services de l'Etat, dont nous parlions plus haut (1°): il dépendrait du législateur. Le point qui nous retient ici est plus précis. Est-ce qu'indépendamment de toute loi, le juge peut contraindre l'administration à fournir quelque chose au particulier qui se réclame d'un droit fondamental?

Malgré les appels de la doctrine, le Tribunal fédéral est resté très prudent. Il répond plutôt non. C'est ce qu'il a dit au sujet de la liberté économique⁴⁹: cette liberté ne donne, par exemple, aucun droit à obtenir l'adjudication de travaux publics, ni une place d'étude dans une faculté de médecine. C'est également ce

⁴⁹ 101 Ia 473, 480, *R.*, précité; 102 Ia 387, 396, *Bezirksspital Affoltern a. A.*, du 19 mai 1976; 533, 542, *USIT*, précité; 103 Ia 369, 378, *Waeffler*, du 25 mai 1977.

qu'il a dit au sujet de la liberté de réunion⁵⁰: les étudiants n'ont aucun droit constitutionnel à occuper une salle de l'université pour y tenir une assemblée politique – ce qui, dans les circonstances de l'espèce, se comprenait fort bien. Il a encore dit, récemment, qu'un journaliste ne pouvait pas invoquer la liberté de la presse pour exiger d'une autorité qu'elle le renseigne sur son activité: en d'autres termes, le droit à l'information, dérivé de la liberté d'opinion, c'est le droit de n'être pas empêché de recevoir une information (ci-dessus, ch. 2, lettre b), non pas celui d'en obtenir une^{50a}.

Mais la jurisprudence n'est pas entièrement négative. Il y a d'abord les applications de l'art. 4. Ce que le Tribunal fédéral refuse de tirer d'une liberté individuelle, il l'accordera peut-être au nom de l'égalité. Si l'autorité universitaire prête une salle aux étudiants de gauche, il faudra bien qu'à des conditions identiques elle en prête une aux étudiants de droite^{50b}. Ou encore: il a été admis, depuis longtemps, que les indigents pouvaient, dans certaines affaires difficiles où leur cause n'était pas dénuée de chances de succès, réclamer l'assistance d'un avocat d'office, même si la loi de procédure ne le prévoyait pas⁵¹. On trouve aussi des exemples au delà de l'art. 4. Le plus connu se rapporte à la garantie de la propriété. Si un particulier subit une atteinte à ses droits patrimoniaux, il essaiera, probablement, de la faire annuler. Mais, s'il échoue sur ce point, parce que l'atteinte est jugée régulière et justifiée, il peut encore, lorsqu'elle est d'une certaine gravité, exiger de l'Etat qui l'exproprie une indemnité compensatoire⁵². Ce droit est d'ailleurs devenu si évident qu'il a fini par être consacré, en toutes lettres, dans la Constitution (art. 22^{ter} III).

Pour être fameuses, ces illustrations ne sont pas les seules. Dans un récent arrêt, concernant la liberté religieuse (art. 49 et 50 de la Constitution fédérale), le Tribunal fédéral a constaté que l'Etat commettrait un déni de justice, s'il ne prenait pas les mesures qu'il faut pour protéger les particuliers contre le trouble que des tiers apportent à l'exercice de leurs droits fondamentaux⁵³. Il suffirait

⁵⁰ ATF 98 Ia 362, 367, *Studentenschaft der Universität Zürich*, du 12 juillet 1972.

^{50a} ATF 104 Ia 88, 97, *Bürgin*, précité.

^{50b} Voir un arrêt *Leserkampf*, du 4 octobre 1978, sur l'obtention d'informations officielles, NZZ du 16 novembre 1978, n° 267, p. 33.

⁵¹ ATF 98 Ia 340, 341/342, *X.*, du 27 septembre 1972.

⁵² Sur l'«expropriation matérielle», voir ATF 91 I 329, 338/339, *Barret*, du 13 octobre 1965; 96 I 123, 128/129, *Zwyszig*, du 28 janvier 1970; 97 I 632, *Mühlematier*, du 16 juin 1971; 98 Ia 381, *Sigg*, du 5 juillet 1972; 101 Ia 224, *Wirth*, du 24 septembre 1975; 467, *Roulet*, du 19 mars 1975; 102 Ia 122, *Monneron*, du 15 juin 1976; 243, *Neef-Schafer*, du 15 juin 1976. On trouvera un exposé détaillé de cette jurisprudence dans un rapport de M. Blaise *Knapp*, de 1978 (cf. *Le droit suisse en évolution*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1978).

⁵³ ATF 97 I 221, 230, *Neuapostolische Kirche*, du 2 juin 1971.

de pousser un peu cette idée pour reconnaître, dans la liberté de réunion, et en l'absence même de toute inégalité, l'obligation des autorités de fournir une salle aux personnes qui n'en trouvent aucune où s'assembler.

³⁰ Il faut encore ajouter que la différence entre le négatif et le positif n'est pas toujours nette et qu'on passe insensiblement de l'un à l'autre. Ceci vaut spécialement pour l'art. 4, qui, en interdisant à l'Etat le déni de justice et l'arbitraire, tout à la fois lui défend de rendre des jugements insoutenables et l'oblige à en prononcer qui répondent aux principes élémentaires du droit. Mais la remarque est plus générale. Le Tribunal fédéral ne vient-il pas d'admettre que les particuliers qui demandent à exercer certaines formes de l'usage accru du domaine public ne réclament pas, contrairement à ce qu'il pensait auparavant, une prestation positive des autorités municipales, mais une simple tolérance? Il en conclut que les requérants peuvent, à cette fin, se prévaloir de la liberté économique et améliorer, par conséquent, leur position dans les recours qu'ils lui adressent: il appréciera librement si un refus de l'autorité est fondé⁵⁴. On notera que l'arrêt *Kaufmann*, de l'année précédente, disait déjà quelque chose d'assez proche⁵⁵.

5. Les effets des droits fondamentaux à l'égard des tiers

L'ordre juridique d'un Etat doit être cohérent. Si la liberté des particuliers est protégée contre les atteintes que lui portent les autorités de l'Etat, elle doit aussi l'être contre celles qui lui viennent de particuliers. Et elle doit l'être dans le même esprit. C'est ce qu'on appelle l'effet des droits fondamentaux sur les rapports entre personnes privées ou, en raccourci, l'effet à l'égard des tiers (que les juristes aiment à désigner de son nom allemand, *Drittwirkung*)⁵⁶. Mais les rapports entre personnes privées sont régis par quelques grandes lois, le code pénal, le code civil, le code des obligations, qui, toutes, consacrent des dispositions très générales à la défense de la liberté (art. 111 et ss. du code pénal, pour la protection pénale de la vie et de l'intégrité corporelle; 173 et ss., pour celle de la personnalité et de l'intimité; 137 et ss., pour celle du patrimoine; 180 et ss., pour celle de la liberté en général; art. 28 du code civil, pour la protection civile de la personnalité; art. 41 et ss. du code des obligations, pour la

⁵⁴ ATF 101 Ia 473, 480/481, *R.*, précité.

⁵⁵ ATF 100 Ia 392, précité. Cf. ci-dessus, ch. 1, lettre f.

⁵⁶ Cf. Georg *Müller*, *Die Drittwirkung der Grundrechte. Überblick über den Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung*, ZB, 1978, p. 233–244; sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir p. 238–240.

protection contre les délits civils, etc.) Ce sont ces dispositions qui s'appliquent, les règles constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux ne servant qu'à les interpréter. Et encore la jurisprudence est-elle, sur ce point, des plus minces. Les auteurs parlent constamment de la «Drittwirkung», mais tout se passe comme si le Tribunal fédéral ne les entendait guère. C'est tout juste si, dans ces dernières années, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation pénale où des étudiants, qui avaient, par leurs cris, empêché une conférence, ont été jugés coupables du délit de contrainte (art. 181 du code pénal), parce qu'ils avaient porté une atteinte inadmissible à la liberté d'opinion⁵⁷.

Considérés dans leur sens positif (ci-dessus, ch. 4, lettre b, 2^o), les droits fondamentaux ont encore moins de chances d'influencer les rapports privés. A supposer qu'un jour la liberté de réunion soit comprise comme impliquant un droit à l'usage d'une salle communale, il se passera encore bien du temps avant que le Tribunal fédéral en déduise un droit à l'occupation d'un local privé⁵⁸.

6. Les restrictions opposables aux droits fondamentaux

La partie la plus importante de la jurisprudence fédérale a pour objet les restrictions dont l'Etat peut entourer les droits fondamentaux. C'est bien l'un des paradoxes de notre matière: au moins autant qu'aux libertés elles-mêmes, le juriste s'intéresse aux limites qui leur sont opposables. Non pas qu'il souhaite la liberté limitée, ce sont les limites qu'il entend contrôler. Il y a ainsi, dans tous les ordres juridiques libéraux, un ensemble de principes que ces limites doivent respecter pour être valables. En Suisse, la définition de ces principes est essentiellement l'œuvre du Tribunal fédéral.

Question préalable: y a-t-il des libertés absolues, qui ne souffrent aucune restriction? Le Tribunal fédéral l'a dit, un jour, du droit à la vie⁵⁹. C'était évidemment un lapsus. Le code pénal militaire prévoit, pour certains crimes commis en temps de service actif, la peine capitale et, quoi qu'on en puisse penser, il n'est pas dans l'usage des juges fédéraux de dénoncer une loi fédérale avec autant de légèreté. D'ailleurs, le service militaire lui-même, commandé par l'Etat, implique un risque pour la vie; il en va de même du service de lutte contre l'incendie, qui n'est pas toujours volontaire. Bref, la phrase est insoutenable. En revanche, on aurait pu l'appliquer à d'autres aspects des libertés. Par exemple,

⁵⁷ ATF 101 IV 167, 172, *Fink*, du 23 mai 1975.

⁵⁸ ATF 97 I 911, 914, *Arnet*, précité; cf. ATF 80 II 26, *Seelig*, du 2 février 1954.

⁵⁹ ATF 98 Ia 508, 514, *Groß*, précité.

à la dignité humaine: on peut décider que la torture est inadmissible, quelles que soient les circonstances. Ou encore, au côté en quelque sorte négatif de la liberté religieuse: on ne peut contraindre personne, pour aucune raison, à devenir membre d'une Eglise.

Sous ces réserves, il est permis d'affirmer, en termes généraux, que toutes les libertés sont sujettes à des restrictions⁶⁰. Mais ces restrictions ne sont valables que si elles remplissent les conditions suivantes:

- A. Il faut qu'elles aient une base légale.
- B. Il faut qu'elles soient justifiées.
- C. Il faut qu'elles obéissent à certaines règles fondamentales: la proportionnalité, l'égalité, la bonne foi, l'interdiction de la rétroactivité.
- D. Il faut enfin qu'elles n'atteignent pas la liberté dans sa substance.

7. Les conditions des restrictions. A. La base légale

Les restrictions doivent avoir une base légale. Il faut que les particuliers puissent les prévoir, c'est nécessaire à la sécurité du droit.

La base légale peut être une loi formelle, votée par un Parlement et sujette à referendum. C'est la solution la plus démocratique. Mais le Tribunal fédéral juge suffisante une loi matérielle, c'est-à-dire une ordonnance du Gouvernement (et naturellement aussi un décret du Parlement soustrait au referendum). Le droit public cantonal pourrait se montrer plus exigeant et n'admettre, lui, qu'une loi formelle⁶¹.

Si la base légale est une ordonnance du Gouvernement, il faut, bien entendu, que le Gouvernement ait eu la compétence de l'édicter. Soit qu'il tienne cette compétence directement de la Constitution (ce qui est plutôt rare, mais voir ci-dessous, 1^o). Soit qu'il la tienne d'une loi formelle et bénéficie ainsi d'une «délégation législative». Mais il faut alors que la délégation soit précise. Le Tribunal fédéral a établi, sur ce point, des règles assez strictes. Il les a dégagées d'abord pour les impôts, mais il les a transposées ensuite aux atteintes que l'Etat porte aux droits fondamentaux⁶², et il a fini par les déclarer applicables, avec des nuances, à toute l'activité publique⁶³.

⁶⁰ ATF 100 Ia 445, 449, *AWAG*, précité: «Comme toutes les autres libertés garanties par la constitution, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas absolue, mais peut être limitée dans l'intérêt public»; 101 Ia 252, 256, *Ernst*, précité: «La liberté d'opinion n'est pas absolue».

⁶¹ ATF 98 Ia 50, 52, *Ernst Kunz AG*, du 2 février 1972; 281, 285, *Veulliez*, du 3 mai 1972; 101 Ia 349, *Versari*, du 24 septembre 1975.

⁶² ATF 98 Ia 584, 592, *Schneiter*, du 31 octobre 1972.

⁶³ ATF 103 Ia 369, *Waeffler*, précité.

La délégation au Parlement (statuant sans referendum) est soumise à des règles moins sévères⁶⁴. Il en va de même de la délégation du législateur cantonal au législateur communal⁶⁵.

Notons, enfin, que la base légale pourrait consister en une coutume⁶⁶.

L'exigence de la base légale connaît quelques exceptions.

1^o Il arrive que l'exercice d'une liberté trouble si fortement l'ordre public ou le menace d'un danger si grave et si prochain que le Gouvernement – en général un Gouvernement cantonal – n'y peut remédier qu'en adoptant des mesures pour lesquelles il ne trouve pas de loi. On admet alors qu'il est au bénéfice d'une habilitation constitutionnelle implicite, qu'on appelle la « clause générale de police »⁶⁷. Cette règle non écrite autorise le Gouvernement à agir de son propre chef. Il peut édicter une ordonnance (voir plus haut). Il peut aussi prendre une décision d'espèce; par exemple, interdire une réunion.

Cette dispense de la base légale s'explique, d'habitude, par une raison de temps: il faut agir tout de suite; le législateur, s'il n'a pas fait de loi, n'a plus le temps d'en faire une⁶⁸. Mais l'explication est un peu courte. Il y a plus de dix ans, c'est notoire, que le Conseil exécutif bernois interdit des réunions dans le Jura. Depuis 1965, le Grand Conseil aurait eu le loisir de légiférer sur ce point. En réalité, il s'agit d'autre chose. Savoir si une réunion menace d'être explosive est une question d'espèce, à laquelle une loi, nécessairement libellée en termes généraux, ne donnerait pas de réponse utile. L'autorité municipale et le Gouvernement sont beaucoup mieux placés pour la trancher. L'essentiel, c'est que la justification de leurs ordonnances et de leurs décisions soit, dans chaque cas, soumise au contrôle du juge. Le Tribunal fédéral vérifie qu'il ne soit pas abusé de la « clause »⁶⁹.

2^o Si la réglementation de l'usage commun du domaine public, qui est un aménagement de la liberté personnelle, nécessite une base légale⁷⁰, il n'en va pas de même des conditions d'un usage accru. Ici, l'Etat (la commune) se con-

⁶⁴ ATF 99 Ia 535, *Wagner*, du 20 juin 1973; 102 Ia 457, 460, *Jäger*, du 3 novembre 1976.

⁶⁵ ATF 97 I 792, 805, *Reutemann*, du 20 octobre 1971; 102 Ia 7, 10, *Bregy*, du 4 février 1976.

⁶⁶ ATF 94 I 138, 141, *Zarotti*, du 24 janvier 1968; 101 Ia 473, 478, *R.*, précité; dans les deux espèces, l'existence d'une coutume a été niée.

⁶⁷ ATF 92 I 24, 30–32, *Rassemblement jurassien*, du 2 mars 1966; 96 I 219, 225, *Nöthiger*; 99 Ia 689, 694, *Praz*, précités; 103 Ia 310, 311/312, *Unité jurassienne*, du 21 septembre 1977.

⁶⁸ ATF 88 I 173, 177/178, *Chambre genevoise immobilière*, du 19 septembre 1962; 101 Ia 575, 578–580, *S.*, du 5 novembre 1975.

⁶⁹ ATF 95 I 343, 346/347, *Galeazzi*, précité; 100 Ia 144, 146, *Cantonze*, du 22 mai 1974.

⁷⁰ ATF 101 Ia 473, 477, *R.*, précité.

duit comme un propriétaire et la municipalité décide elle-même si un usage est soumis à autorisation ou à concession, et s'il doit en l'espèce être autorisé ou concédé. Elle n'a pas besoin de se fonder sur une loi⁷¹. Ce qui, naturellement, ne signifie pas qu'elle puisse opposer à la demande un refus injustifié⁷².

3^o Enfin, le Tribunal fédéral s'est montré peu exigeant pour le régime des personnes qui sont liées à l'Etat par un rapport spécial (détenus, usagers d'établissements publics, etc.). La naissance de ce rapport spécial, du moins lorsqu'elle n'est pas volontaire, suppose évidemment une base légale précise. Mais, le rapport une fois né, le statut qui en résulte peut fort bien être fixé par la simple voie de l'ordonnance: le tribunal n'est plus très regardant sur la qualité de la délégation législative. En d'autres termes, les cas de détention doivent être prévus dans une loi, et dans une loi formelle; mais le régime des détenus est prescrit par le Gouvernement, dont la compétence n'a souvent d'autre base qu'une vague disposition du code de procédure pénale⁷³. Bien entendu, comme on l'a vu pour la clause de police et pour l'usage accru du domaine public, le Gouvernement, dispensé de la base légale, n'est pas libre d'agir à sa guise. Il ne peut, notamment, limiter la liberté du détenu au delà de ce qu'exigent le but de la détention⁷⁴ et l'ordre de la prison. Mais c'est là une question de fond (cf. ci-dessous, ch. 8 à 10).

8. B. La justification

Les restrictions doivent être justifiées. C'est la condition principale. L'exigence de la base légale n'était qu'une règle de forme. S'il suffisait, pour limiter une liberté, de faire une loi, la liberté ne vaudrait que ce que la loi lui permettrait de valoir et sa garantie constitutionnelle ne servirait à rien. Mais, précisément, la Constitution empêche le législateur de faire ce qu'il lui plaît. Elle lui interdit d'apporter aux droits fondamentaux des restrictions qui ne soient pas justifiées. La nécessité d'une justification est une règle de fond. Les restrictions, que nous supposons légales, doivent être suffisamment justifiées au regard de la Consti-

⁷¹ ATF 95 I 243, 249, *Weder*, du 19 mars 1969; 96 I 586, 591, *Aleinick*, précité; 97 I 893, *Kupfer*, du 1^{er} décembre 1971; 100 Ia 392, 398, *Kaufmann*, précité.

⁷² ATF 100 Ia 392, 400, *Kaufmann*; 101 Ia 473, 481, *R.*, précités.

⁷³ ATF 99 Ia 262, 269, *Minelli*; 100 Ia 454, 460, *Duboux*; 101 Ia 46, 50, *X.*; 148, 150, *Schulte-Wermeling*; 103 Ia 293, 295, *Bonzi*, précités. Pour les étudiants d'une université, le Tribunal fédéral s'est exprimé différemment, mais a jugé de la même manière; cf. ATF 98 Ia 362, 366, *Studentenschaft der Universität Zürich*, précité.

⁷⁴ Prévention de la fuite et des manœuvres destinées à empêcher l'établissement de la vérité.

tution. A vrai dire, le texte même de la Constitution est plutôt pauvre; il faut lire entre les lignes. Les juges l'ont fait. Ils ont montré, dans leur jurisprudence, qu'il y avait des justifications valables pour toutes les libertés et d'autres qui n'étaient opposables qu'à certaines d'entre elles.

Mais, avant d'en donner un bref inventaire, il convient de faire une différence entre deux sortes de lois: des lois générales, qui s'appliquent à tout le monde, et auxquelles il n'est guère possible de se soustraire en invoquant un droit fondamental; des lois spéciales, qui contiennent des règles particulières sur l'exercice des libertés.

Parmi les lois *générales*, on rangera le code pénal, le code civil, le code des obligations, les lois d'impôts, les lois militaires, celles sur la circulation routière. Elles sont censées être suffisamment justifiées pour que les atteintes qu'elles apportent, occasionnellement, aux libertés individuelles soient considérées comme normales. Par exemple, l'éditeur d'un journal en difficulté financière ne peut pas se réclamer de la liberté de la presse pour ne pas payer ses impôts; la liberté économique n'autorise pas un commerçant à brûler un feu rouge pour arriver à temps à un rendez-vous d'affaires, etc. Tout cela est clair. Sans doute n'est-il pas exclu que, sur un point ou sur un autre, l'une de ces lois entre en conflit direct avec un droit fondamental: tel article du code pénal pourrait être contraire à la liberté d'opinion; tel autre, du code civil, pourrait violer l'art. 4 de la Constitution fédérale; tel barème d'impôt pourrait, en certaines de ses normes, être carrément spoliateur⁷⁵. Mais on observera 1^o qu'il est souvent possible de choisir, entre diverses interprétations d'une pareille règle, celle qui est compatible avec la Constitution et d'éviter ainsi le conflit; 2^o que plusieurs de ces lois sont des lois fédérales, qui, en cette qualité, échappent à la censure des juges. Quoi qu'il en soit, on conclura qu'il y a tout un bloc législatif qui enserme les droits fondamentaux sans que le Tribunal fédéral ait jamais eu l'occasion de le mettre en cause.

Viennent maintenant les lois *spéciales*, celles pour qui se pose vraiment le problème de leur justification particulière, celles qui, lorsqu'elles sont cantonales, alimentent régulièrement la jurisprudence.

a) Une première justification, qui est opposable à toutes les libertés, est la *défense de l'ordre public, ou police*⁷⁶. Traitant de la liberté économique, le Tribunal

⁷⁵ Comp. ATF 99 Ia 638, 648, *Weber*, du 20 juin 1973.

⁷⁶ Andreas *Jost*, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, thèse, Berne, 1975; Etienne *Grisel*, La définition de la police, Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle, 1975, p. 91-113; Blaise *Knapp*, Intérêt, utilité et ordre publics, *ibid.*, p. 137-176.

fédéral a considéré comme restrictions policières et, de ce fait, légitimes celles qui avaient pour but de protéger la sécurité, la santé, la tranquillité et la moralité publiques, ainsi que la bonne foi dans les affaires⁷⁷. A quoi on pourrait ajouter les restrictions qui servent à l'administration d'une meilleure justice⁷⁸. Mais il est évident qu'ainsi comprise, et sauf dans la mesure où elle touche spécialement les affaires, la police permet de limiter encore d'autres libertés.

C'est ainsi que la liberté personnelle peut être limitée par l'obligation de subir une prise de sang⁷⁹, ou une expertise anthropobiologique⁸⁰, ou une période de détention préventive⁸¹ dans l'intérêt de la justice; ou un vaccin⁸² au nom de la santé publique.

C'est ainsi également que la liberté d'opinion peut être limitée lorsque son exercice menace les mœurs⁸³; que la liberté de réunion peut l'être pour prévenir des désordres⁸⁴.

On en peut dire autant de la garantie de la propriété, comme en témoignent les prescriptions sur la distance à la forêt⁸⁵ ou sur l'ombre portée aux bâtiments voisins⁸⁶, qui s'expliquent par des soucis d'hygiène et – pour les premières – de police du feu.

Mais, naturellement, c'est bien la liberté économique qui fournit le plus grand nombre d'exemples: protection de la sécurité par l'institution d'un certificat de capacité pour les professeurs de ski⁸⁷ et les guides de montagne⁸⁸; de la santé par l'exigence d'un certificat semblable pour les esthéticiennes⁸⁹ et pour les opticiens⁹⁰ ou par l'interdiction de la vente, en commerce libre, d'un certain médicament⁹¹; de la tranquillité par l'obligation de fermer les restaurants pendant la nuit⁹² ou par l'interdiction faite à des prostituées d'exercer leur métier,

⁷⁷ ATF 94 I 597, 600, *Deslarges*, du 13 novembre 1968; 96 I 204, 207, *X.*, précité; 699, 701, *Kaufmann*, du 8 décembre 1970; 97 I 499, 504/505, *Griessen*, du 3 mars 1971.

⁷⁸ ATF 98 Ia 56, *X.*, précité; 596, *X.*, du 20 décembre 1972; 100 Ia 357, *X.*, du 30 octobre 1974; 103 Ia 426, *X.*, du 19 octobre 1977.

⁷⁹ ATF 91 I 31, *Gris*, précité.

⁸⁰ ATF 99 Ia 407, *Tronolone*, précité.

⁸¹ ATF 95 I 233, 241, *Castella*, précité.

⁸² ATF 99 Ia 747, *Etienne*, précité.

⁸³ ATF 101 Ia 148, 150, *Sebulte-Wermeling*; 252, 256, *Ernst*, précités.

⁸⁴ ATF 103 Ia 310, *Unité jurassienne*, précité.

⁸⁵ ATF 96 I 123, *Zwysig*, précité; 557, *Achermann*, du 25 novembre 1970.

⁸⁶ ATF 99 Ia 126, 140, *Bruchez*, du 11 juillet 1973; 100 Ia 334, 340, *Bouvard*, du 3 juillet 1974.

⁸⁷ ATF 100 Ia 169, *Stump*, précité.

⁸⁸ ZB, 1978, p. 253, précité.

⁸⁹ ATF 103 Ia 259, *Perren*, précité.

⁹⁰ ATF 103 Ia 272, *Barber*, du 5 octobre 1977.

⁹¹ ATF 99 Ia 370, *Migros*, du 23 mai 1973.

⁹² ATF 100 Ia 47, *Birreria Wädenswil*, du 13 février 1974.

pendant la nuit, près des hôpitaux et des maisons d'habitation⁹³; de la moralité par l'interdiction faite, également à des prostituées, de stationner, pendant le jour, près des écoles⁹⁴; de la bonne foi dans les affaires par l'obligation imposée à un établissement privé de ne pas se donner pour une institution d'Etat⁹⁵.

Ce sont donc, on le voit, les mêmes motifs qui justifient les atteintes aux libertés les plus diverses. Toutefois, cela ne signifie pas encore qu'ils aient le même poids à l'égard de chacune d'elles. Par exemple, la liberté d'opinion est moins sensible que la liberté économique aux objections de la moralité publique. On retrouvera ce thème tout à l'heure, quand il sera question du principe de la proportionnalité (ci-dessous, ch. 9, lettre a).

b) Ce qui a été dit de l'ordre public peut se dire aussi de l'*existence même de l'Etat*. Le souci de défendre l'Etat peut, avec un impact variable, être opposé à toutes les libertés: à la liberté personnelle (obligation du service militaire – mais là, il y a une règle constitutionnelle expresse); à la liberté d'opinion (interdiction de discours ou d'écrits subversifs); à la liberté économique (interdiction de l'exportation d'armes); à la propriété (interdiction des constructions civiles aux abords des ouvrages militaires), etc. S'il n'y a pas de jurisprudence en la matière, c'est que les règles applicables procèdent, presque toutes, de la législation fédérale.

c) Une troisième limite commune à l'ensemble des libertés pourrait être cherchée dans la *liberté, équivalente, de nos semblables*. La liberté, dit un texte célèbre, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Seulement l'axiome ne doit pas être pris au pied de la lettre. Une liberté égale pour tous incitant à la concurrence universelle, l'exercice de nos droits finit presque toujours par gêner quelqu'un. Ce qui est interdit, c'est d'offenser les tiers de manière illégitime, et nous retrouvons ici ces lois générales dont nous avons parlé plus haut. C'est à elles, et c'est aux tribunaux qui les appliquent, qu'il appartient de dire ce qui est illégitime. Par exemple, la polémique a des bornes et le Tribunal fédéral, interprétant l'art. 28 du code civil, a jugé que l'auteur d'une caricature ne pouvait pas couvrir de la liberté de la presse une insinuation malveillante⁹⁶.

d) D'autres limites sont propres à certaines libertés. C'est le cas, notamment, des restrictions fondées sur la *politique sociale*. Il y a bientôt vingt ans, par exem-

⁹³ ATF 99 Ia 504, X., précité.

⁹⁴ ATF 101 Ia 473, R., précité.

⁹⁵ ATF 97 I 116, 121/122, *Freie Evangelisch-Theologische Hochschule Basel*, du 3 mars 1971.

⁹⁶ ATF 95 II 481, 492-494, *Club Méditerranée (Bureau suisse) S.A.*, du 21 mars 1969.

ple, que le Tribunal fédéral reconnaît au législateur le droit d'exproprier des immeubles ou de limiter l'usage de la propriété de toute sorte de façons (par l'interdiction de démolir, par la surveillance des loyers) pour remédier à la pénurie de logements⁹⁷. Il y a encore plus longtemps que le même tribunal accepte que la liberté économique soit restreinte pour des motifs sociaux – même s'il lui a fallu attendre les années soixante-dix pour appeler les choses par leur nom⁹⁸.

Sont également propres à la garantie de la propriété et – accessoirement – à la liberté économique les restrictions résultant de l'*aménagement du territoire*, c'est-à-dire toutes les mesures qui sont prises pour assurer un usage rationnel du sol. Le développement de la construction n'est, en effet, plus l'affaire des seuls propriétaires⁹⁹. Ni, pouvons-nous ajouter, l'affaire des seuls entrepreneurs. L'Etat peut donc valablement s'opposer à une excessive dispersion des maisons d'habitation¹⁰⁰. Il peut aussi, à l'inverse, combattre une concentration excessive des magasins de denrées et objets usuels¹⁰¹.

Il en va de même des restrictions qui ont pour but de défendre des valeurs *esthétiques*. C'est la propriété qui y est exposée¹⁰², avec des conséquences possibles pour l'exercice d'une activité lucrative¹⁰³.

Enfin, en ce qui concerne précisément la liberté du commerce et de l'industrie, on sait qu'elle peut être considérablement réduite lorsque cela est nécessaire pour atteindre certaines fins de *politique économique* (art. 31^{bis} III, 31^{quinties}, etc., de la Constitution fédérale). Mais il s'agit là de mesures fédérales, qui échappent à l'examen des juges. Le législateur cantonal n'aurait pas le droit d'en prescrire de semblables¹⁰⁴.

e) C'est justement le lieu d'observer que le tableau que nous avons cherché à dresser ne peut pas être complet. La défense de l'intérêt public incombe, pour

⁹⁷ ATF 88 I 248, *Dafflon*, du 14 novembre 1962; 89 I 460, 461, *SI du Puits Saint-Pierre 2*, du 20 novembre 1963; voir encore ATF 98 Ia 194, 201, *SI Alopex S.A.*, du 16 février 1972; 99 Ia 35, *Hausbesitzer-Verein Basel*, du 20 janvier 1973; 604, 614, *Rigbi*; 100 Ia 334, 336, *Bouvard*, précités; 101 Ia 502, 510, *Chambre vaudoise immobilière*, du 5 février 1975; 102 Ia 372, 376, *Chambre genevoise immobilière*, du 18 février 1976; 103 Ia 417, 421, *Schweitzer*, du 5 octobre 1977.

⁹⁸ ATF 97 I 499, 506, *Griessen*, précité; 98 Ia 395, 400, *Voegele AG*, du 17 novembre 1972; 99 Ia 370, 373, *Migros*; 100 Ia 445, 449, *AWAG*, précités.

⁹⁹ ATF 101 Ia 467, 471, *Roulet*, précité.

¹⁰⁰ ATF 103 Ia 250, *Neubaus*, du 22 juin 1977.

¹⁰¹ ATF 102 Ia 104, 117, *Globus*, précité.

¹⁰² ATF 97 I 643, *Schumacher*, du 22 septembre 1971; 99 Ia 581, *Bernasconi*, du 27 juin 1973.

¹⁰³ ATF 99 Ia 42, *Hildebrand AG*, du 6 avril 1973.

¹⁰⁴ ATF 97 I 499, 504, *Griessen*; 98 Ia 395, 400, *Vögele AG*; 99 Ia 604, 618, *Rigbi*; 102 Ia 104, 116, *Globus*, précités.

une part toujours croissante, au législateur fédéral et les conséquences qui en résultent pour les libertés sont, de ce fait, soustraites au contrôle judiciaire. Tel est le cas, notamment, de la politique des transports, de celle de l'énergie¹⁰⁵, de celle de l'environnement. On doit cependant admettre qu'en attribuant ces tâches à la Confédération, le constituant a, par avance, accepté les effets restrictifs que leur accomplissement ne manquera pas de produire sur la liberté économique, la propriété, voire la liberté personnelle. Le referendum sur les lois est la seule barrière.

En résumé: les droits fondamentaux peuvent être soumis à des restrictions, lorsque celles-ci sont suffisamment justifiées. Il y a, d'une part, tout un ensemble de lois générales, code pénal, code civil, etc., pour lesquelles la question de la justification ne se pose guère, ou ne relève pas des tribunaux. Il y a, d'autre part, des lois spéciales. À leur sujet, le Tribunal fédéral a développé, pour celles qui venaient des cantons, un système de justifications. On peut réduire ce système à un terme: les restrictions sont justifiées, si elles peuvent se fonder sur l'intérêt public. Mais l'intérêt public est un terme qui demande à être analysé. Il comprend: l'ordre public, qui est le minimum indispensable à la coexistence des habitants du pays; l'intérêt de l'Etat lui-même à exister; enfin, et là le concept s'éparpille, toute sorte de préoccupations politiques destinées à améliorer la vie sociale, et qu'on peut considérer comme assez importantes pour les traduire en lois, même si ces lois doivent avoir pour effet de limiter les droits des particuliers.

9. C. Le respect de certaines grandes règles constitutionnelles

Les restrictions qui ont une base légale et une justification suffisante doivent encore, pour être valables, obéir aux grandes règles qui gouvernent l'activité de l'Etat.

a) De ces règles, la plus fameuse est, peut-être, celle de la *proportionnalité*¹⁰⁶. Cette règle signifie, principalement, deux choses¹⁰⁷. D'abord, la restriction ne

¹⁰⁵ Cf. toutefois ATF 98 Ia 584, *Schmeiser*, précité (obligation, faite par un arrêté du Conseil d'Etat du canton de Vaud, de munir les appartements locatifs d'une arrivée de gaz, pour favoriser la diversification des sources d'énergie).

¹⁰⁶ Ulrich *Zimmerli*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht*, RDS 1978 II 1-131; Pierre *Muller*, *Le principe de la proportionnalité*, RDS 1978 II 197-274; Werner F. *Hotz*, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, thèse, Zurich, 1977.

¹⁰⁷ ATF 91 I 329, 335, *Barret*, précité; 93 I 247, 250, *Fischer*, du 3 mai 1967; 94 I 52, 59, *Benninger*, du 24 janvier 1968; 127, 134, *Keller*, du 21 février 1968; 98 Ia 418, 424-426, *Danuser*; 99 Ia 370, 379/380, *Migros*, précités; ZB, 1978, p. 79, du 13 juillet 1977.

doit pas aller au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public qui est recherché. De deux mesures également propres à la réaliser, il faut choisir la moins dure. Par exemple, limiter le nombre d'étages qu'on peut construire, plutôt qu'interdire toute construction. Ensuite, la restriction, si elle est proportionnée selon le premier sens, doit encore être dans un rapport raisonnable avec le but recherché. Il faut que ce but soit assez désirable pour la justifier. Entre l'atteinte à la liberté et l'intérêt public qui en est la cause, le législateur, et en cas de procès le juge, doivent faire une pesée et, de cette pesée, il doit résulter que *l'intérêt public est prépondérant*. Par exemple, on n'interdira pas une construction pour protéger un paysage qui n'en vaut pas la peine.

L'examen de la proportionnalité, prise dans ses deux branches, se retrouve à tous les détours de la jurisprudence.

Ont été jugées disproportionnées, parmi les atteintes à la liberté personnelle, la mise au secret d'un journaliste pour en obtenir des informations peu utiles à l'enquête pénale¹⁰⁸; toute sorte de chicanes imposées à des prisonniers¹⁰⁹; notamment, l'obligation faite à une détenue qui voulait se procurer un livre en italien d'en produire d'abord une traduction, alors qu'il y avait, dans l'administration cantonale, suffisamment de fonctionnaires capables de le lire eux-mêmes¹¹⁰.

Pour la liberté d'opinion: l'interception de lettres d'un détenu à sa femme, quand même ces lettres contenaient des propos déplaisants pour le juge d'instruction¹¹¹.

Pour la liberté du commerce et de l'industrie: l'obligation de fermer un magasin un jour entier par semaine en plus du dimanche, parce qu'un demi-jour devait suffire¹¹²; l'impossibilité de choisir le demi-jour de fermeture¹¹³; la suspension définitive d'un avocat coupable d'une faute relativement légère¹¹⁴; l'interdiction totale de la prostitution diurne, parce qu'on pouvait fort bien la limiter à certains quartiers¹¹⁵.

Pour la propriété: l'interdiction d'agrandir une fabrique, pour réserver le terrain à un bâtiment d'utilité publique dont l'édification était très incertaine¹¹⁶.

¹⁰⁸ ATF 98 Ia 418, *Danuser*, précité.

¹⁰⁹ ATF 102 Ia 279, *Minelli*, précité.

¹¹⁰ ATF 103 Ia 165, *Krause*, précité.

¹¹¹ ATF 101 Ia 148, *Schulte-Wermeling*, précité.

¹¹² ATF 98 Ia 395, *Vögele AG*, précité.

¹¹³ ATF 96 I 364, *Bianchi*, du 14 octobre 1970; 101 Ia 484, *Coop*, du 5 novembre 1975; 102 Ia 452, *Marché Diga SA*, du 22 décembre 1976.

¹¹⁴ ATF 100 Ia 357, *X.*, précité.

¹¹⁵ ATF 101 Ia 473, *R.*, précité.

¹¹⁶ ATF 94 I 127, *Keller*, précité; 102 Ia 368, *Wasserfallen Transport AG*, du 3 novembre 1976.

N'ont, en revanche, pas été jugés disproportionnés: l'interdiction faite à la coopérative Migros de vendre des vitamines C en tablettes d'un poids supérieur à 225 milligrammes¹¹⁷; l'ordre de démolir un étage construit sciemment sans autorisation¹¹⁸; l'expropriation totale d'un fonds, préférée à l'établissement d'un simple droit de superficie¹¹⁹.

b) La règle de l'égalité paraît jouer un moindre rôle. Quoiqu'elle soit de portée générale, elle aussi, c'est surtout en matière de liberté économique que le Tribunal fédéral s'assure qu'elle a été respectée, de façon que les termes de la concurrence ne soient pas faussés¹²⁰. Mais il n'y avait justement pas de rapport de concurrence entre un magasin de commerce et le cabinet d'un avocat, de sorte qu'on pouvait imposer un demi-jour de fermeture pour l'un sans le prescrire pour l'autre. D'ailleurs, les relations avec la clientèle s'établissaient, de part et d'autre, d'une manière entièrement différente¹²¹. Il a aussi été jugé qu'on pouvait réserver la vente de médicaments aux seuls pharmaciens et droguistes et l'interdire à un grand magasin de commerce de détail, parce que, même s'il y avait concurrence, les situations n'étaient pas du tout semblables¹²². Le risque d'inégalité se rencontre, à vrai dire, plus souvent au niveau de l'application des lois, en particulier quand l'autorité qui statue dispose d'un certain pouvoir d'appréciation¹²³.

Les restrictions à la propriété sont, elles aussi, sujettes à la règle de l'égalité¹²⁴. Mais, si cela est vrai des lois et des décisions d'application, ce n'est beaucoup moins des plans. Les plans découpent le territoire en zones et prévoient donc des frontières, qu'il faut bien faire passer quelque part. Il en résulte souvent que, de deux fonds voisins tout à fait semblables, l'un est dans la zone à bâtir, l'autre dans une zone de verdure. Ces différences sont inévitables¹²⁵. Elles ne sont inconstitutionnelles que si elles sont arbitraires¹²⁶.

¹¹⁷ ATF 99 Ia 370, *Migros*, précité.

¹¹⁸ ATF 98 Ia 271, *Etieme*, du 7 juin 1972; 100 Ia 343, *Cimioti*, du 27 novembre 1974. Naturellement, si la construction est conforme au droit matériel, la démolition serait disproportionnée; l'autorité se bornera à prononcer une amende; cf. ZB, 1978, p. 60, du 11 mai 1977. Pour les infractions intentionnelles, mais légères, voir un arrêt nuancé du 15 mars 1978, ZB, 1978, p. 393.

¹¹⁹ ATF 99 Ia 473, *Alimend-Korporation Horgen*, du 7 mars 1973.

¹²⁰ ATF 87 I 446, *Mérinat*, du 29 novembre 1961.

¹²¹ ATF 97 I 499, 508, *Grießen*, précité.

¹²² ATF 99 Ia 370, 376, 381, *Migros*, précité.

¹²³ ATF 100 Ia 47, 52/53, *Birreria Wädenswil*, précité.

¹²⁴ ATF 101 Ia 502, 515, *Chambre vaudoise immobilière*; 103 Ia 417, 423, 425, *Schweizer*, précités.

¹²⁵ ATF 99 Ia 712, 715, *AG Grand Hotels Engadiner Kulm*, du 19 décembre 1973; ZB, 1977, p. 553, 559, du 23 mars 1977; ATF 103 Ia 250, 257, *Neubaus*, précité.

¹²⁶ ATF 95 I 546, *Schild Tsch AG*, du 12 novembre 1969.

c) Le législateur qui limite une liberté doit encore, s'il entend donner aux dispositions qu'il édicte un effet rétroactif, observer les conditions strictes que la jurisprudence a tirées de la règle de la *non rétroactivité*¹²⁷.

d) La règle de la *bonne foi*¹²⁸ intervient moins dans la confection des lois que dans leur application¹²⁹. Elle signifie notamment qu'une autorité peut se trouver dans l'étrange obligation de ne pas appliquer une loi d'ailleurs tout à fait régulière si, par son attitude, elle a donné au particulier de fortes raisons de croire qu'il en serait dispensé et s'il a, en conséquence, adapté sa conduite à ce sentiment erroné. On peut trouver des exemples dans le domaine de la police des constructions¹³⁰.

10. D. Le respect de la substance des droits fondamentaux

Le Tribunal fédéral a encore ajouté, à plusieurs reprises, qu'une restriction qui remplirait toutes les conditions que nous avons vues jusqu'ici serait, néanmoins, inconstitutionnelle, si elle vidait la liberté de sa substance ou, selon une autre expression, touchait à son «noyau essentiel». Il l'a dit pour la garantie de la propriété¹³¹, pour la liberté personnelle¹³², pour la liberté économique¹³³. Mais ce genre de formule, empruntée au droit allemand, ne conduit pas très loin. On n'a jamais bien su ce qu'était la «substance» qui bénéficiait ainsi d'une protection absolue et il ne semble pas qu'aucune loi cantonale ait été déclarée nulle pour avoir osé y toucher.

L'intangibilité de la «substance» est d'ailleurs une expression trompeuse. Il

¹²⁷ ATF 100 Ia 147, 155, *AG für Hypothekaranlagen*, du 22 mai 1974.

¹²⁸ François Picot, *La bonne foi en droit public*, RDS 1977 II 115-197; Katharina Sameli, *Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, RDS 1977 II 287-390.

¹²⁹ ATF 101 Ia 443, 450, *VPOD*, précité; 102 Ia 331, 336, *Surpont Immobilien AG*, du 21 septembre 1976. Cf., toutefois, ZB, 1977, p. 267, *Koch*, précité.

¹³⁰ ATF 101 Ia 317, 323, *Ruf*, du 1^{er} octobre 1975; comp. ATF 98 Ia 427, 432, *Commune de Cully*, du 15 novembre 1972. On ne confondra pas la règle de la bonne foi avec celle de la «sécurité», ou de la stabilité du droit, souvent invoquée par les propriétaires à l'encontre des modifications de plans d'aménagement, et qui n'est qu'un aspect de la règle de la proportionnalité: ATF 94 I 347, 351, *Risi AG*, du 10 juillet 1968; 98 Ia 374, 377, *Kobler*, du 28 juin 1972; 102 Ia 331, 333, *Surpont...*, précité; 104 Ia 120, 126, *Müßgens*, du 8 février 1978.

¹³¹ ATF 88 I 248, 255, *Dafflon*; 96 I 123, 126, *Zwysig*; 557, 558, *Achermann*; 99 Ia 35, 37, *Hausbesitzer-Verein Basel*; 101 Ia 502, 513, *Chambre vaudoise immobilière*; 103 Ia 417, 418, *Schweizer*, précités.

¹³² ATF 90 I 29, 37, *Castella*; 91 I 31, 34, *Gris*, précités; 96 I 356, 360, *Achermann*, du 17 septembre 1969; 97 I 45, 50, *Dubois*; 839, 842, *Müller-Gilliers*; 99 Ia 262, 267, *Minelli*; 102 Ia 279, 283, *Minelli*, précités.

¹³³ ATF 99 Ia 604, 618, 621, *Righi*; 102 Ia 104, 116, *Globus*, précités.

est clair qu'un assassin condamné à vingt ans de réclusion peut estimer que sa liberté personnelle a été touchée dans sa substance. Et pourtant la constitutionnalité d'une telle peine n'a jamais été discutée. Si l'on veut trouver des applications de la formule jurisprudentielle, il faut donc chercher autre part. Par exemple, dans la notion d'«institution», dont le Tribunal fédéral se sert, précisément, lorsqu'il parle de la propriété¹³⁴ ou de la liberté personnelle¹³⁵. Il y a une «institution» de la propriété, à laquelle une loi cantonale porterait atteinte, si elle transférait à l'Etat ou aux communes tout le sol du canton¹³⁶. Il y a, si l'on peut ainsi dire, une «institution» de la dignité humaine, qui s'oppose à tout acte de torture (comp. ci-dessus, ch. 6). Il y a une «institution» de la libre association, qui est réfractaire à tout système d'autorisation préalable; et, parallèlement, une «institution» de la presse libre, qui répugne à la censure¹³⁷. Il y a peut-être aussi une «institution» du libéralisme économique, qui ne tolère ni prix imposés, ni clause du besoin, ni aucune planification contraignante. Mais le dernier exemple montre bien que certains «noyaux» sont plus vulnérables que les autres.

On pourrait enfin, suivant une voie mieux connue, réduire toute cette histoire de «substance» à une application du principe de la proportionnalité. Le «noyau essentiel» serait alors cette partie de la liberté qui pèse d'un poids si lourd qu'aucun intérêt public ne justifiera jamais qu'on y porte atteinte.

11. Les rapports entre les droits fondamentaux

Toutes les libertés sont donc sujettes à des restrictions. Et ces restrictions, à leur tour, sont soumises à des règles, dont certaines sont communes à toutes les libertés, mais dont d'autres varient selon la liberté qu'il s'agit de restreindre. Exemples de variations: le souci d'esthétique est opposable à la garantie de la propriété, mais pas à la liberté personnelle, ni à la liberté d'opinion; l'exigence d'une autorisation préalable est compatible avec toute sorte de droits fondamentaux, la liberté de réunion, la liberté économique (certificat de capacité), la garantie de la propriété (permis de construire), voire certaines manifestations de la liberté personnelle (permis de conduire); mais pas à la liberté d'association, non plus qu'à la liberté de la presse, ainsi qu'on l'a vu plus haut (ch. 10). Par

¹³⁴ ATF 99 Ia 638, 648, *Weber*; 103 Ia 417, 418/419, *Schweizer*, précités.

¹³⁵ ATF 90 I 29, 37, *Castella*; 99 Ia 407, 412, *Tromolone*, précités.

¹³⁶ Comp. ZB, 1960, p. 281, *Parti libéral-socialiste de Bâle-Ville*, du 17 juin 1959.

¹³⁷ ATF 96 I 219, 229, *Nöbiger*; 586, 589, *Aleinick*, précités.

conséquent, s'il y a des différences entre les libertés, il faut savoir, dans chaque espèce litigieuse, laquelle de ces libertés est en cause¹³⁸.

Cela suppose, d'abord, qu'on ait une idée claire du contenu de chaque liberté. Qu'on sache faire, par exemple, le départ entre la liberté personnelle et la liberté économique. Les activités qui ne se rattachent à aucune garantie constitutionnelle ne font pas grand problème: elles ne bénéficient que d'une protection réduite (ch. 1, lettre e, mais aussi lettre f). Ce sont les conflits positifs qui créent des difficultés, les cas où un même comportement paraît ressortir à plusieurs libertés. La projection d'un film commercial relève de la liberté économique¹³⁹: la censure est permise. La projection gratuite d'un film de propagande politique relève de la liberté d'opinion¹⁴⁰: la censure est prohibée. Quant à la projection payante d'un film politique, projection qui poursuit à la fois un but didactique et un but lucratif, il faut en déterminer le caractère prépondérant: le film ressortirait probablement à la liberté économique, mais l'importance de son «message» permettrait au Tribunal fédéral d'annuler la mesure de censure qui le frappe; ce ne serait pas la censure qui serait déclarée inconstitutionnelle, mais l'usage qui en a été fait¹⁴¹.

Parfois, il faut savoir distinguer les divers aspects d'une même affaire. Quand un avocat, dans un journal, attaque la manière dont la justice est rendue, l'article échappe évidemment à la censure (art. 55 de la Constitution fédérale); mais son auteur encourt, pour l'avoir publié, une peine disciplinaire (art. 31): il a violé les règles de police qui limitent l'exercice du barreau¹⁴². Sa position est comparable à celle d'un fonctionnaire, qui a le bénéfice des droits fondamentaux, mais auquel son statut impose des restrictions particulières. Autre exemple, tout à fait élémentaire: l'éditeur a la liberté de la presse et n'en doit pas moins, pour le côté technique de son entreprise, respecter toute sorte de prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie.

De même, dès qu'une activité humaine entraîne un effet visible et durable sur la configuration du sol, elle doit, dans cette mesure, s'accommoder de toutes

¹³⁸ Fritz *Gygi*, Grundrechtskonkurrenz? Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne, 1977, p. 61-76.

¹³⁹ ATF 87 I 114, *Sphinx-Film SA*, précité.

¹⁴⁰ ATF 101 Ia 252, *Ernst*, précité.

¹⁴¹ Le cas où le billet d'entrée ne fait que couvrir les frais de projection devrait être assimilé au cas de la projection gratuite. Cf., dans un domaine comparable, ZB, 1977, p. 357, *Ballos*, précité (vente, sur la voie publique, d'un journal politique à un prix très bas): le Tribunal fédéral a jugé que l'affaire relevait non seulement de l'art. 55, mais aussi de l'art. 31 de la Constitution; il a fini par conclure que l'amende de 50.-, infligée à la recourante, était excessive. Il nous semble qu'il aurait mieux fait de traiter cette espèce comme l'affaire *Aleinick* (ATF 96 I 586, précité): la distribution du journal ne poursuivait pas un but lucratif.

¹⁴² ATF 98 Ia 56, 63, *X.*, précité, avec une argumentation raccourcie.

les restrictions qui limitent la propriété foncière. L'architecte ne peut invoquer la liberté d'opinion, plus précisément sa liberté d'artiste et de penseur, pour dresser un édifice bizarre au mépris du règlement d'urbanisme. Le peintre, qui a bien le droit de brosser les tableaux qu'il lui plaît (parce que personne n'est obligé d'aller les voir), ne peut pas, en revanche, couvrir de n'importe quelle fresque une façade extérieure. L'industriel ne peut pas fixer sur le toit de son usine une enseigne qui dépare la contrée¹⁴³. L'entrepreneur ne peut pas construire des appartements de luxe dans une zone affectée aux logements populaires¹⁴⁴, non plus qu'un centre commercial qui ne serait pas conforme aux exigences de l'aménagement du territoire¹⁴⁵. Il est naturellement sous-entendu que les règles sur l'utilisation du sol ne doivent pas poursuivre de but étranger à leur fonction normale: un aménagement du territoire qui se proposerait, à titre principal, de protéger le petit commerce contre le grand constituerait un détournement de pouvoir.

12. La protection judiciaire des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux seraient exposés au bon vouloir des autorités politiques et des fonctionnaires, s'ils ne bénéficiaient pas d'une protection juridictionnelle. Nous ne parlerons, ici, que de celle qu'offre le droit fédéral interne.

1° – Les lois fédérales, on le sait, sont soustraites au contrôle du juge. L'immunité, quand on en mesure la signification, paraît assez normale: on comprend qu'un tribunal s'abstienne de vérifier si l'Assemblée fédérale ou le peuple suisse se sont fait une juste idée de l'intérêt public.

– Les ordonnances du Conseil fédéral, elles, sont sujettes à un contrôle indirect, qui s'exerce au moment où elles sont appliquées. Mais le juge se borne, en général, à voir si elles sont conformes aux lois. Il est rare qu'il puisse inclure dans son examen la question de leur constitutionnalité; il le fera, par exemple, si l'ordonnance crée des inégalités que la loi ne prévoit pas¹⁴⁶.

– Les décisions des départements fédéraux peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral ou parfois d'un recours administratif au Conseil fédéral. Mais, là encore, l'examen portera principalement sur la légalité, rarement sur la constitutionnalité.

¹⁴³ ATF 99 Ia 42, *Hildebrand AG*, précité.

¹⁴⁴ ATF 99 Ia 604, *Righi*, précité.

¹⁴⁵ ATF 102 Ia 104, *Globus*, précité.

¹⁴⁶ ATF 92 I 427, *Tuor*, du 28 novembre 1966.

Jusqu'ici, la protection est assez incomplète. Elle l'est beaucoup moins à l'égard des cantons.

– Les lois cantonales peuvent être déférées au Tribunal fédéral, soit directement, soit à l'occasion d'un acte d'application, pour le motif qu'elles violent un droit fondamental. Le moyen est le recours de droit public. Le recours contre la loi, limité dans le temps, est ouvert à tous les particuliers qui peuvent, un jour, souffrir de l'une de ses dispositions; le cercle des recourants est très large¹⁴⁷. Le recours contre les actes d'application expose la loi à un réexamen constant¹⁴⁸, mais seules peuvent le déclencher les personnes qui sont effectivement lésées; le cercle des recourants est étroit. On ajoutera que le recours contre la loi n'est accueilli que s'il apparaît que celle-ci ne peut pas, sans arbitraire, recevoir une interprétation conforme à la Constitution¹⁴⁹. Tandis que le recours contre l'acte d'application est accueilli dès lors que la loi n'a pas reçu, dans le cas d'espèce, une telle interprétation.

– Les décisions cantonales peuvent aussi être attaquées pour elles-mêmes et non à cause d'un défaut de la loi qu'elles appliquent. Si cette loi est une loi fédérale, et qu'on leur reproche de la mal appliquer, elles feront l'objet du recours approprié (recours en réforme pour le droit civil, pourvoi en nullité pour le droit pénal, recours de droit administratif pour le droit public). Les règles constitutionnelles sur les droits fondamentaux ne servent guère, alors, qu'à l'interprétation de la loi (comp. ci-dessus, ch. 5). La violation des règles de proportionnalité, d'égalité, etc., constituera, en général, une violation de la loi elle-même, à moins qu'elle ne soit prescrite, justement, par la loi – auquel cas, sans doute rare, il n'y a pas de remède judiciaire.

Si les décisions cantonales sont prises sur la base d'une loi cantonale, elles peuvent faire l'objet d'un recours de droit public. Quand les droits fondamentaux ne sont pas en cause, non plus que des droits analogues (tels que les droits politiques), le recours n'est accueilli que dans le cas d'une application grossièrement erronée. Quand la décision restreint un droit fondamental, le Tribunal fédéral s'assure spécialement qu'elle respecte les règles constitutionnelles relatives à l'intérêt public, la proportionnalité, etc.

¹⁴⁷ ATF 99 Ia 262, 265/266, *Minelli*, précité. Il a toutefois des bornes: ATF 102 Ia 201, 205/206, *Minelli*, du 17 août 1976.

¹⁴⁸ Surtout s'il s'agit d'un droit fondamental «imprescriptible» au sens de la jurisprudence: le recours est encore recevable contre les actes d'«exécution» des actes d'«application»; cf. ATF 100 Ia 294, 296, *Hörler*, du 20 juin 1974. La liberté personnelle, par exemple, est un droit «imprescriptible», ATF 95 I 233, 237, *Castella*, précité; mais pas la liberté du commerce et de l'industrie, arrê *Hörler*, précité.

¹⁴⁹ ATF 102 Ia 104, 109, *Globus*; 104 Ia 88, 100, *Bürgin*, précités.

Enfin, au cas où la décision cantonale n'a pas de base légale, le Tribunal fédéral vérifiera d'abord si elle peut s'en passer; par exemple, si elle peut se fonder sur la clause générale de police.

2° Tout ce système, apparemment embrouillé, se comprend mieux si l'on considère le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. Dans les procédures ordinaires, recours en réforme, pourvoi en nullité, recours de droit administratif, ce pouvoir est entier, sans exceptions: le Tribunal fédéral revoit librement si les lois fédérales ont été bien comprises. C'est sa fonction normale: il a été créé pour veiller à l'interprétation uniforme du droit fédéral.

Il en va différemment du recours de droit public. Ici, deux principes s'affrontent, le principe libéral et le principe fédératif. Le principe libéral veut que les droits fondamentaux, garantis par la Constitution, soient respectés. Le principe fédératif entend laisser aux autorités des cantons le soin d'appliquer leur droit. Il résulte du premier principe que le Tribunal fédéral examine avec une entière liberté la manière dont la Constitution a été observée; du second, qu'il ne censure l'application des lois cantonales que lorsqu'il peut la qualifier d'arbitraire.

De la combinaison des deux principes, il a tiré les solutions suivantes:

Il revoit librement si l'autorité cantonale a bien compris les droits fondamentaux, si elle leur a donné leur juste contenu, si elle a fait correctement le départ entre chacun d'entre eux. Il revoit librement si les lois cantonales qui les restreignent se fondent sur un intérêt public suffisant¹⁵⁰. Même s'il s'impose une certaine retenue, dans la mesure où le jugement dépend de l'appréciation de circonstances locales¹⁵¹ ou des ressources dont dispose le canton¹⁵², on conviendra que le tribunal détient là un pouvoir politique considérable; on comprendra aussi que le constituant n'ait pas voulu le lui reconnaître à l'endroit des lois fédérales (voir ci-dessus, 1°).

Il revoit avec la même liberté si les lois cantonales qui restreignent les droits fondamentaux respectent les règles de proportionnalité, d'égalité, etc.

Lorsque le reproche d'inconstitutionnalité s'adresse à une décision, il se pose d'abord la question de sa base légale. Et là, le Tribunal fédéral fait une distinction. Quand l'atteinte aux droits fondamentaux n'est pas «particulièrement grave», il se contente de vérifier si elle peut, sans arbitraire, trouver un appui

¹⁵⁰ ATF 99 Ia 262, 271, *Minelli*, pour la liberté personnelle; 101 Ia 252, 256, *Ernst*, pour la liberté d'opinion; 99 Ia 370, 374, *Migros*, pour la liberté du commerce et de l'industrie; 99 Ia 35, 38, *Hausbesitzer-Verein*; 103 Ia 417, 419/420, *Schweizer*, pour la garantie de la propriété; tous précités.

¹⁵¹ ATF 99 Ia 35, 38, *Hausbesitzer-Verein*; 103 Ia 417, 419/420, *Schweizer*, précités.

¹⁵² ATF 99 Ia 262, 271, *Minelli*, précité.

dans une loi cantonale ou dans une ordonnance et, dans ce dernier cas, si l'on peut admettre, toujours sans arbitraire, que le Gouvernement avait la compétence de la prendre. C'est le principe fédératif qui l'emporte. Quand, en revanche, l'atteinte est «particulièrement grave», il examine avec un plein pouvoir si elle se fonde sur une loi ou sur une ordonnance suffisamment claire. Ici, le principe libéral prédomine¹⁵³. Exemples: l'interdiction totale de construire sur un terrain à bâtir est, d'ordinaire, une restriction grave¹⁵⁴; l'interdiction de dresser une enseigne lumineuse, une restriction qui n'est pas grave¹⁵⁵.

La même distinction vaut aussi, probablement, pour la question de savoir si les conditions d'application de la clause générale de police sont réunies. Comme, en général, cette clause sert de base à des restrictions graves (telles que l'interdiction d'une réunion), l'examen sera, le plus souvent, libre¹⁵⁶.

Quant aux conditions matérielles de la restriction: intérêt public, proportionnalité, égalité, etc., le Tribunal fédéral examine toujours librement si elles sont remplies¹⁵⁷. Il ne fait pas de différence selon la gravité de l'atteinte¹⁵⁸. C'est dans ce pouvoir étendu qu'il faut voir la garantie procédurale des droits fondamentaux. En d'autres termes, dès qu'un droit fondamental est en cause, et lors même que l'atteinte qui lui est portée serait légère, le Tribunal fédéral revoit librement si elle a une légitimité suffisante. Il n'est pas réduit à l'angle étroit de l'arbitraire, comme il arrive quand la mesure litigieuse limite une faculté de l'homme qui ne bénéficie pas d'une protection particulière (ch. 1, lettre e)¹⁵⁹.

¹⁵³ ATF 90 I 29, 39, *Castella*; 91 I 31, 35, *Gris*; 98 Ia 98, 100, *Preisler*; 101 Ia 46, 53, *X.*, pour la liberté personnelle; tous précités. ATF 95 I 12, 16, *Merz*, du 19 mars 1969; 99 Ia 370, 374, *Migros*, précité, pour la liberté du commerce et de l'industrie. ATF 91 I 329, 332, *Barret*, précité; 93 I 254, 261, *Toggenburger*, du 17 mai 1967; 98 Ia 584, 590, *Schneiter*, précité; 101 Ia 213, 219, *Cordey*, du 21 mai 1975, pour la garantie de la propriété. L'adverbe «particulièrement» est absent de certains arrêts; voir les affaires *X.* et *Migros*, par exemple. On ferait d'ailleurs mieux de dire: plus l'atteinte est grave, plus sa base légale doit être claire (i.e., s'exprimer en termes de «fonction» plutôt que de catégories tranchées); cf. ATF 99 Ia 407, 412, *Tromolone*, précité.

¹⁵⁴ ATF 91 I 329, 333, *Barret*, précité.

¹⁵⁵ ATF 99 Ia 42, 49, *Hildebrand AG*, précité.

¹⁵⁶ ATF 92 I 24, 33, *Rassemblement jurassien*, précité.

¹⁵⁷ ATF 94 I 127, 135, *Keller*; 99 Ia 370, 374, *Migros*; 581, 583, *Bernasconi*; 100 Ia 343, 347, *Cimiotti*; 101 Ia 148, 150, *Schulte-Wermeling*; 213, 219, *Cordey*, précités; ZB, 1977, p. 66, 67, du 21 septembre 1976. Naturellement, il s'impose la même retenue qu'à l'égard des lois (cf. ci-dessus), lorsqu'il s'agit d'apprécier des circonstances locales.

¹⁵⁸ ATF 99 Ia 247, 252, *Jost*, du 13 août 1973; 482, 485, *Werder*, du 7 mars 1973. Ambigu: ATF 103 Ia 293, 296, *Bonzi*, précité.

¹⁵⁹ On se rappellera toutefois la position intermédiaire de certains droits quasi-constitutionnels; ci-dessus, ch. 1, lettre f.