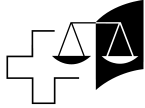


**Bundesgericht**

**Tribunal fédéral**

**Tribunale federale**

**Tribunal federal**



---

CH - 1000 Lausanne 14

Tél. 021 318 91 11

Fax 021 323 37 00

14.4.6

## **XIVe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes**

**Les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence  
constitutionnelle**

- - -

**The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence**

**Rapport du Tribunal fédéral suisse**

## INTRODUCTION

Le questionnaire à l'origine du présent rapport porte sur l'omission législative telle qu'elle a été déterminée par la Cour constitutionnelle de la République de Lituanie dans son arrêt du 8 août 2006. D'après cette jurisprudence, il y a omission législative lorsqu'une disposition légale inférieure viole le droit supérieur ou la Constitution. L'omission législative constitue une lacune de droit particulière.

Dans l'ordre juridique suisse, le concept de la lacune de droit est différent. En principe, il ne tient pas compte de l'éventuelle relation de la lacune du droit inférieur avec le droit supérieur ou avec la Constitution. Dans les situations où une disposition d'un droit inférieur est considérée comme contraire au droit supérieur, de par sa lettre ou de par son esprit, la doctrine ne cerne pas cette problématique en recourant à la notion de lacune; l'on parle de l'inconstitutionnalité de la norme inférieure lorsqu'elle viole les droits constitutionnels ou de l'illégalité de la norme inférieure lorsque cette dernière viole la loi sur laquelle elle se fonde. Ainsi en Suisse, le concept de l'omission législative tel qu'il a été défini par la Cour constitutionnelle de la République de Lituanie est inconnu. Pour éviter toute confusion, le présent rapport portera sur le contrôle de la constitutionnalité des normes inférieures et emploiera cette expression-ci.<sup>1</sup>

## 1. LA DOCTRINE SCIENTIFIQUE

### 1.1 Le concept de la lacune du droit

Parmi les classifications que propose la doctrine pour différencier les divers types de lacunes législatives<sup>2</sup>, c'est celle qui opère une distinction entre la *lacune proprement dite* et la *lacune improprement dite* qui est la plus souvent retenue. La première suppose que la loi ne contient pas de règles sur un point essentiel à son application, ni d'après sa lettre ni d'après son esprit. Elle est expliquée avant tout par un oubli de la part du législateur mais également par la multitude des situations de fait qui peuvent se présenter et qui sont impossibles à prévoir de manière exhaustive. La lacune improprement dite, pour sa part, existe lorsque la loi apporte au problème posé une solution insatisfaisante. Le législateur n'a pas prévu cette situation ou l'a réglée d'une manière incomplète<sup>3</sup>.

L'intérêt de la distinction entre lacune proprement dite et lacune improprement dite réside dans le fait que, en principe, seules les lacunes proprement dites peuvent - respectivement

---

1 Auteur: Barbara Scherer, lic. iur., titulaire du brevet d'avocat

Groupe de contrôle: Juliane Alberini, lic. iur. et Gerold Steinmann, Dr. iur.

2 Voir Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, Einleitung Artikel 1-10 ZGB*, Berne 1962, n. 262-287 ad art. 1 CC; Henri Deschenaux, *Traité de droit civil suisse, Tome II, Le titre préliminaire du Code Civil*, Fribourg 1969, p. 90-95; David Dürri, *Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB*, Zurich 1998, n. 298-357 ad art. 1 CC; Theo Mayer-Maly, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bâle 1996, n. 22-36 ad art. 1 CC; Ulrich Häfelin, *Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich 1981, p. 91 ss.

3 Pierre Moor, *Droit administratif, Volume I: Les fondements généraux*, 2ème éd., Berne 1994, p. 154-157.

doivent - être comblées par le juge en vertu du principe de l'interdiction du déni de justice. En droit civil, le juge est alors obligé de faire "acte de législateur" d'après l'article 1er du Code civil suisse (RS 210). Ceci est également admis en droit public. Les lacunes improprement dites ne peuvent pas être comblées par le juge en raison des principes de la légalité, de la séparation des pouvoirs et de la légitimité démocratique notamment<sup>4</sup>. En cas de violation du droit constitutionnel, il est exceptionnellement admis que le tribunal corrige ces lacunes<sup>5</sup>.

La doctrine suisse admet que le législateur emploie des *notions juridiques indéterminées*. Notamment dans le cas où il souhaite donner une certaine autonomie aux autorités d'application, il peut choisir de s'exprimer en des termes généraux et vagues, dont le sens précis doit être interprété et concrétisé. Cette technique législative atténue le principe de la légalité et l'exigence de la base légale<sup>6</sup>.

Enfin, il convient de relever le concept de *silence qualifié*. La loi contient un silence qualifié lorsque le législateur a renoncé volontairement à codifier la situation en cause. Dans ce cas, le juge n'a pas à intervenir<sup>7</sup>, contrairement aux cas où il est en présence d'une lacune de droit proprement dite.

## **1.2. Le concept de l'omission législative**

Le concept de la lacune de droit dans l'ordre juridique suisse, tel que décrit ci-dessus, ne tient en principe pas compte de l'éventuelle relation de la lacune du droit inférieur avec le droit supérieur ou avec la Constitution. L'on parle de l'inconstitutionnalité de la norme inférieure lorsqu'elle viole les droits constitutionnels ou de l'illégalité de la norme inférieure lorsque cette dernière viole la loi sur laquelle elle se fonde. En Suisse, le concept de l'omission législative tel qu'il a été défini par la Cour constitutionnelle de la République de Lituanie est inconnu (cf. introduction).

## **1.3 La mission du Tribunal fédéral<sup>8</sup> en tant que tribunal constitutionnel**

D'après la doctrine, la mission du Tribunal fédéral en tant que tribunal constitutionnel est de protéger les particuliers et de leur garantir le respect des droits fondamentaux et des libertés constitutionnelles. Vu que le contrôle abstrait d'une norme est limité aux actes cantonaux (cf. chiffre 2.2), cette mission comporte une dimension fédéraliste en instituant un

---

4 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ème édition, Zurich, 2006, p. 47 n. 237A; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Berne 2005, p. 258 ss.

5 Par exemple: ATF 124 V 346 considérant 3b aa.

6 Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat, 2ème édition, Berne 2006, p. 98 et 636 ss.

7 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, op. cit. , p. 46 s. n. 234.

8 La Suisse, au niveau fédéral, ne connaît pas de Cour constitutionnelle proprement dite. Le Tribunal fédéral n'exerce pas seulement des fonctions constitutionnelles mais il agit aussi comme tribunal suprême en matière civile, pénale et administrative. Au niveau cantonal, quelques cantons ont instauré une Cour constitutionnelle (cf. chiffre 2.2). Le présent travail traitera du Tribunal fédéral et des recours qui peuvent être portés devant lui.

moyen de surveillance de la Confédération sur les cantons<sup>9</sup>.

Le Tribunal fédéral peut être considéré comme « législateur négatif » dans le sens où il se borne à contrôler la conformité des normes cantonales aux droits fondamentaux. En effet, la doctrine reconnaît que le recours ayant pour objet le contrôle abstrait d'une norme cantonale est principalement cassatoire<sup>10</sup>. L'annulation par le Tribunal fédéral d'une disposition inconstitutionnelle est nécessaire et suffisante pour rétablir une situation conforme aux exigences du droit constitutionnel (cf. chiffre 4.8).

Toutefois, dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle, les juges agissent comme « législateurs positifs » en interprétant et concrétisant les droits constitutionnels. La doctrine reconnaît au Tribunal fédéral un rôle très important dans le développement non seulement des droits individuels, mais aussi des éléments essentiels de l'Etat de droit, de la démocratie et du fédéralisme suisse<sup>11</sup>. D'après la doctrine, le Tribunal fédéral peut créer du droit jurisprudentiel<sup>12</sup>.

Si l'on peut admettre de manière générale que la majorité de la doctrine approuve la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral relative au contrôle des actes normatifs, il est évident que cette constatation ne vaut pas pour de nombreuses questions spécifiques. Les avis des différents auteurs divergent sur de nombreux points. Les problèmes relatifs au principe de la séparation des pouvoirs et au fédéralisme sont souvent discutés. Lorsque le Tribunal fédéral annule pour inconstitutionnalité une loi cantonale votée par le peuple, l'on peut y voir une violation de la conception de la démocratie directe et un empiètement sur l'autonomie cantonale.

## **2. L'ETABLISSEMENT DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES NORMES INFÉRIEURES**

### **2.1 La Constitution fédérale dans le système juridique national**

La Constitution fédérale prime sur les lois fédérales et les ordonnances fédérales. Les lois fédérales - qui fixent les règles importantes du droit<sup>13</sup> - dominent les ordonnances fédérales. Enfin, le droit fédéral est supérieur aux divers droits cantonaux (Constitutions cantonales, lois et ordonnances cantonales)<sup>14</sup> et ces derniers l'emportent sur les droits communaux<sup>15</sup>.

---

9 Andreas Auer, Juge suprême et juge constitutionnel: la double casquette du Tribunal fédéral et la réforme de la justice, in: Plaidoyer 3/1996, p. 59.

10 Philippe Gerber, La nature cassatoire du recours de droit public, Mythe et réalité, Bâle 1997, p. 62.

11 Voir 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre 1. A. 1 (Juridiction constitutionnelle).

12 Giovanni Biaggini, Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bâle 1991, notamment V et 89 ss.

13 Article 164 alinéa 1 Cst.

14 Article 49 alinéa 1 Cst. L'on parle du principe constitutionnel de la force dérogatoire du droit fédéral.

15 Sur le système fédéral suisse voir 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre 1. A. 1 (Système de base).

La priorité de la Constitution est incontestée même si elle n'est pas stipulée telle quelle dans une de ses dispositions. Elle résulte du principe général de l'Etat de droit selon lequel la Constitution doit primer sur tous les autres actes juridiques<sup>16</sup>.

La suprématie de la Constitution est absolue; cependant, les tribunaux et les autorités qui mettent en oeuvre le droit sont obligés, selon l'article 190 Cst.<sup>17</sup>, d'appliquer une loi fédérale même si elle est jugée inconstitutionnelle<sup>18</sup>. La limitation du contrôle de la constitutionnalité de la loi fédérale est l'une des principales caractéristiques du système constitutionnel suisse. Il traduit la conception de la démocratie suisse selon laquelle les lois fédérales édictées par le Parlement et, en cas de référendum, soumises au vote du peuple<sup>19</sup>, doivent être respectées par les tribunaux et l'administration; le pouvoir judiciaire ne peut pas s'élever au-dessus du pouvoir législatif<sup>20</sup>.

Néanmoins, la rigueur de la règle de l'article 190 Cst. est tempérée par le principe de l'interprétation conforme à la Constitution. D'après ce principe, le juge doit conférer à une disposition légale qui se prête à plusieurs interprétations, celle qui est en harmonie avec la Constitution. L'on part de l'idée que le législateur ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi<sup>21</sup>.

En outre, l'article 190 Cst. n'interdit pas au Tribunal fédéral d'examiner la constitutionnalité d'une loi fédérale. Il est habilité à constater qu'une loi fédérale viole la Constitution. Cependant, il ne lui appartient pas de sanctionner cette constatation par une annulation ou par un refus d'application de la loi en question<sup>22</sup>.

La position hiérarchique du droit international est complexe. D'une part, la Confédération et les cantons ont l'obligation de respecter le droit international public<sup>23</sup> et ses règles impératives ne peuvent pas être violées lors d'une révision de la Constitution<sup>24</sup>. Ces dernières prient donc sur la Constitution. D'autre part, le droit international public, tout comme la loi fédérale, est soustrait au contrôle de la constitutionnalité d'après l'article 190 Cst. Enfin, selon la jurisprudence, le droit international public prime sur le droit fédéral et les tribunaux n'appliquent pas une loi fédérale contraire à une disposition du droit international<sup>25</sup>.

La Constitution fédérale n'est pas considérée comme étant exempte de lacunes. Dans le

---

16 Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6ème édition, Zurich 2005, p. 620 n. 2090.

17 En vigueur depuis le 1er janvier 2007 (l'article correspond à l'ancien article 191 Cst.).

18 Par exemple: ATF 131 II 697 (cf. chiffre 4.1).

19 Article 141 Cst.

20 Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'Etat, 2ème édition, Berne 2006, p. 654 n. 1858, 1859.

21 A titre d'exemple: ATF 131 II 562; 123 II 9 considérant 2 p. 11 = Bull. Com. Venise, Edition spéciale (Relations entre cours) p. 155; 117 Ib 367 = Bull. Com. Venise, Edition spéciale (Grands arrêts 1) p. 110 = Bull. Com. Venise, Edition spéciale (Relations entre cours) p. 150; voir aussi Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, op. cit., p. 660 ss.

22 A titre d'exemple : ATF 131 II 697 considérant 4 (cf. chiffre 4.1); Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, op. cit., p. 661 s. n. 1878.

23 Article 5 alinéa 4 Cst.

24 Article 139 alinéa 2, article 193 alinéa 4 et article 194 alinéa 2 Cst.

25 ATF 125 II 417 = Bull. Com. Venise 1999/2 p. 296 = Bull. Com. Venise, Edition spéciale (Relations entre cours) p. 158; voir aussi 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre I A 1 (Juridiction constitutionnelle).

cadre de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, le Tribunal fédéral a été amené à plusieurs reprises à combler des lacunes de la Constitution en déduisant de l'article 4 aCst. certains droits (par exemple: l'interdiction de l'arbitraire et l'interdiction du déni de justice formel) et certains principes (par exemple: le principe de la proportionnalité d'ingérences dans les droits individuels) et en reconnaissant divers droits fondamentaux non écrits (par exemple: la liberté personnelle et la liberté de vote). Ces droits fondamentaux créés par le droit jurisprudentiel figurent désormais dans la Constitution du 18 avril 1999<sup>26</sup>.

## **2.2 L'établissement du contrôle de la constitutionnalité des normes inférieures par la Constitution**

La Constitution fédérale ne règle pas expressis verbis le contrôle de la constitutionnalité des normes inférieures. Elle ne le prévoit que partiellement, mais ce contrôle a souvent été concrétisé par la jurisprudence du Tribunal fédéral. C'est la loi organique qui précise les modalités procédurales (cf. chiffres 2.4 et 3.2).

L'article 189 Cst.<sup>27</sup> sert de cadre au contrôle constitutionnel exercé par le Tribunal fédéral. Ce contrôle peut porter aussi bien sur une décision individuelle que sur une norme juridique. Le contrôle portant sur une norme est concret - on le nomme également préjudiciel ou incident - lorsqu'il intervient à l'occasion de l'examen d'un cas d'application. Il y a contrôle abstrait d'une norme lorsqu'il porte directement sur la norme litigieuse indépendamment d'un cas d'espèce.

Le contrôle de la constitutionnalité d'une norme est limité par l'article 190 Cst. (cf. chiffre 2.1). Il ressort indirectement de cette disposition que les actes juridiques autres que les lois fédérales et le droit international public sont soumis au contrôle de la constitutionnalité. Sa portée, lorsqu'une disposition légale fait défaut, a été précisée par la jurisprudence:

- *Les ordonnances fédérales*: l'article 189 alinéa 4 Cst. exclut que ces ordonnances puissent faire l'objet d'un contrôle abstrait. Le contrôle des ordonnances fédérales est donc concret et a posteriori.

Les ordonnances de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral qui se basent sur une délégation constitutionnelle sont en principe entièrement soumises au contrôle de la conformité à la Constitution. Par contre, d'après la jurisprudence, le contrôle est limité lorsque le contenu de l'ordonnance est couvert par une loi fédérale<sup>28</sup>. S'agissant des ordonnances du Conseil fédéral ou d'un Département fédéral qui se fondent sur une délégation législative, la jurisprudence a établi que le Tribunal doit examiner si l'ordonnance respecte le cadre de la délégation de compétence (contrôle de la légalité) et s'il respecte la Constitution et ses principes (contrôle de la constitutionnalité). En raison de l'art. 190 Cst., il ne peut, par contre, pas contrôler si la délégation elle-même est admissible. De plus, selon la jurisprudence, le juge ne

---

<sup>26</sup> Voir 2ème rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre 1 a.

<sup>27</sup> Le grief de la violation de la Constitution est compris dans la notion du "droit fédéral" expressément énumérée à l'article 189 alinéa 1 lettre a Cst.

<sup>28</sup> Ulrich Häfelin/Walter Haller, op. cit., p. 621 s.; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, op.cit., p. 678.

doit pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la norme contestée<sup>29</sup>.

- *Les Constitutions cantonales*: le contrôle des Constitutions cantonales est limité par le fait qu'elles ont été approuvées par l'Assemblée fédérale après vérification de leur constitutionnalité<sup>30</sup>. Ainsi, selon la jurisprudence, le contrôle abstrait des normes des Constitutions cantonales est exclu<sup>31</sup>. Le contrôle concret et a posteriori, quant à lui, est limité au contrôle de la conformité au droit constitutionnel fédéral entré en vigueur après l'octroi de la garantie fédérale<sup>32</sup>.
- *Les lois et ordonnances cantonales (les lois et ordonnances communales en font partie)*: elles peuvent, sans aucune limitation, être soumises à un contrôle abstrait et a posteriori de la norme qui aura lieu après leur adoption définitive<sup>33</sup>. Elles peuvent également faire l'objet d'un contrôle concret à l'occasion de chaque décision particulière les appliquant.

Le contrôle de la constitutionnalité n'appartient pas uniquement au Tribunal fédéral en tant qu'instance judiciaire suprême<sup>34</sup>, mais à toutes les autorités – judiciaires et administratives, fédérales et cantonales – qui sont tenues d'appliquer la loi<sup>35</sup>. Le Tribunal fédéral n'intervient qu'après épuisement des instances cantonales et fédérales<sup>36</sup>. Le contrôle abstrait qui ne touche que le droit cantonal est porté directement devant le Tribunal fédéral si le canton ne connaît pas ce type de contrôle<sup>37</sup>. Quelques cantons ont instauré une Cour constitutionnelle cantonale qui est, entre autres, compétente pour connaître le contrôle abstrait de (certaines) normes<sup>38</sup>. D'autres cantons encore prévoient le contrôle de (certaines) normes par une instance judiciaire ordinaire<sup>39</sup>.

### **2.3. L'établissement du contrôle de la constitutionnalité des normes inférieures par la jurisprudence**

Voir chiffre 2.2 ci-dessus et chiffre 2.4 ci-dessous.

---

29 A titre d'exemple: ATF 131 II 562 considérant 3.2, 131 V 256 considérant 5.3 et 5.4 (cf. chiffre 4.1); voir aussi Ulrich Häfelin/Walter Haller, op. cit., p. 621 s. et Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hotte-lier, op. cit., p. 677 ss.

30 Article 51 alinéa 2 et 172 alinéa 2 Cst.

31 ATF 118 Ia 124.

32 ATF 131 I 85 considérant 2.4, 121 I 138 considérant 5c.

33 Articles 82 lettre b et 101 LTF, articles 84 et 89 OJ.

34 Article 188 alinéa 1 Cst.

35 Cf. article 5 alinéa 1 et article 49 alinéa 2 Cst.

36 ATF 119 Ia 321 considérant 2a (cf. chiffre 4.6). L'organisation judiciaire est définie très différemment d'un canton à l'autre (voir 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre I A 1, Organisation judiciaire cantonale).

37 Par exemple les cantons de Genève (ATF 123 I 112 considérant 1a; cf. chiffres 4.1 et 4.5), du Valais (ATF 119 Ia 321 considérant 2a; cf. chiffre 4.6) et de Zurich (ATF 124 I 145 considérant 1a).

38 Les cantons de Bâle-ville (paragraphe 116 de la Constitution du canton de Bâle-ville), du Jura (article 104 de la Constitution jurassienne), de Nidwald (article 69 de la Constitution nidwaldienne), des Grisons (article 55 alinéa 2 de la Constitution grisonne) et de Vaud (article 136 de la Constitution vaudoise). Ces Cours constitutionnelles font partie du Tribunal cantonal ou du Tribunal cantonal administratif.

39 Par exemple le canton d'Argovie (paragraphe 68 de la loi sur la procédure administrative).

## 2.4. L'établissement du contrôle de la constitutionnalité des normes inférieures par la loi

La nouvelle LTF reprend l'article 189 Cst. selon lequel la violation des droits constitutionnels peut être invoquée devant le Tribunal fédéral (cf. chiffre 2.2)<sup>40</sup>. L'ancienne OJ contenait des dispositions analogues<sup>41</sup>.

Les différentes voies de recours auprès du Tribunal fédéral de l'OJ ont été présentées de manière approfondie dans le 1er rapport du Tribunal fédéral suisse<sup>42</sup>. Le recours de droit public<sup>43</sup> pouvait être considéré comme étant le recours constitutionnel<sup>44</sup> qui permettait aux recourants, entre autres, d'invoquer la violation des droits constitutionnels par une décision ou norme cantonale. Les particuliers et les collectivités privées avaient la possibilité de former un recours de droit public. Ils devaient être atteints dans leurs intérêts juridiquement protégés par l'acte attaqué. Les recourants devaient en outre avoir un intérêt actuel et pratique au recours<sup>45</sup>. Lors d'un contrôle abstrait d'une norme, une atteinte virtuelle suffisait<sup>46</sup>. Les collectivités publiques n'ont en principe pas eu qualité pour recourir car elles ne sont, en tant que telles, pas titulaires de droits constitutionnels des citoyens. Par contre, lorsque les communes se défendaient contre la violation de leur autonomie garantie par la Constitution<sup>47</sup> ou lorsqu'elles étaient lésées au même titre que les particuliers par un acte de souveraineté cantonale<sup>48</sup>, la jurisprudence leur reconnaissait la qualité pour recourir. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les recours de droit public étaient, en principe, de nature cassatoire. Lors d'un contrôle abstrait d'une norme, la décision d'inconstitutionnalité conduisait à l'annulation de la disposition légale<sup>49</sup>. A l'occasion d'un contrôle concret, c'est la décision individuelle qui était annulée et non pas la norme sur laquelle elle reposait<sup>50</sup>.

La nouvelle LTF prévoit trois recours unifiés (le recours en matière de droit civil<sup>51</sup>, le recours

---

40 Article 95 LTF.

41 Article 84 alinéa 1 lettre a et article 104 lettre a OJ.

42 Chiffre I A 1 (Système de voies de droit sur le plan fédéral, Voies de recours en matière civile et pénale, Voies de recours en droit administratif fédéral, Recours de droit public en tant que voie de recours de la procédure constitutionnelle).

43 Article 84 OJ.

44 Dans le cadre du recours de droit administratif contre une décision se fondant sur le droit public fédéral, la violation des droits constitutionnels pouvait également être invoquée (article 104 lettre a OJ). La portée du grief était cependant limitée en raison du rôle déterminant des lois fédérales et du droit international public selon l'article 190 Cst. Le contrôle de la constitutionnalité portait donc sur les ordonnances fédérales (1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre I A 1, Voies de recours en droit administratif).

45 Article 88 OJ.

46 Il fallait un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer la disposition attaquée; ATF 128 II 66 considérant 1b aa, 123 I 112 considérant 1b (cf. chiffres 4.1 et 4.5), 119 la 321 considérant 2b (cf. chiffre 4.6).

47 Article 50 Cst.

48 Voir 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, note de page 87.

49 ATF 123 I 112 considérant 2c (cf. chiffres 4.1 et 4.5).

50 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre I A 1 (Recours de droit public en tant que voie de recours de la procédure constitutionnelle); Andreas Auer, L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral, in: AJP/PJA 5/92, p. 560 n. 6-8.

51 Articles 72-77 LTF.



en matière pénale<sup>52</sup> et le recours en matière de droit public)<sup>53</sup> et un recours constitutionnel subsidiaire<sup>54</sup>. Dans le cadre d'un contrôle concret d'une norme, la violation de dispositions constitutionnelles par une norme inférieure peut désormais être invoquée dans tous les trois recours unifiés<sup>55</sup>. Lorsque le recours porte sur le contrôle abstrait d'une norme cantonale, le recours en matière de droit public est applicable<sup>56</sup>. Suivant le type de recours, le requérant doit avoir, entre autres, soit un intérêt juridique<sup>57</sup>, soit un intérêt digne de protection<sup>58</sup> à l'annulation ou à la modification de la décision ou norme attaquée. Les recours de la LTF sont en principe de nature réformatoire, sauf si une décision d'appréciation doit être rendue ou si les faits sont incomplets<sup>59</sup>. Lorsque le recours porte sur le contrôle abstrait d'une norme cantonale, la décision d'inconstitutionnalité est cassatoire, d'après le Message du Conseil fédéral<sup>60</sup>.

La LTF définit dans les grandes lignes comment le Tribunal fédéral doit entreprendre l'analyse d'une question juridique, comme le contrôle de la constitutionnalité d'une norme<sup>61</sup>, et comment il doit formuler son arrêt<sup>62</sup>. Cependant, elle n'impose pas de règles au législateur ou aux autres sujets de création du droit (cf. chiffres 5.1 et 5.2).

### **3. LA CONSTITUTIONNALITÉ DES NORMES INFÉRIEURES COMME OBJET D'EXAMEN**

#### **3.1 Les recourants**

La saisine du Tribunal fédéral est ouverte aux particuliers et collectivités privées - exceptionnellement aux collectivités publiques dans des cas particuliers - qui sont lésés dans leurs droits après l'épuisement des instances cantonales et fédérales. Elle n'est pas réservée aux autorités législatives ou judiciaires (cf. chiffres 2.2 et 2.4).

#### **3.2 Les conditions du recours**

La LTF règle les diverses conditions auxquelles les recours au Tribunal fédéral doivent répondre. La jurisprudence y apportera des précisions comme elle l'a fait pour l'ancienne OJ. L'obligation de motiver le recours revêt une importance particulière lorsque le Tribunal exa-

---

52 Articles 78-81 LTF.

53 Articles 82-89 LTF.

54 Article 113-119 LTF.

55 Voir Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, in: FF 2001 p. 4000 ss.

56 Article 82 lettre b LTF.

57 Article 76 alinéa 1 lettre b LTF (recours en matière civile), 81 alinéa 1 lettre b LTF (recours en matière pénale).

58 Article 89 alinéa 1 lettre c LTF (recours en matière de droit public).

59 Article 107 alinéa 2 LTF.

60 Message du Conseil fédéral, op. cit., p. 4142 s.

61 Par exemple le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral quant au droit et aux faits (article 42 alinéa 1 et 2, 105 et 106 LTF).

62 Article 107 alinéa 2, 108 alinéa 3, 109 alinéa 3 LTF.

mine la violation des droits fondamentaux<sup>63</sup>. D'après le principe d'allégation qui vaut dans ces cas, le recourant doit soulever et motiver le grief d'inconstitutionnalité d'une manière claire et détaillée, sinon le recours est déclaré irrecevable<sup>64</sup>. Le recours doit également contenir des conclusions. Lorsque le recours est de nature réformatoire (cf. chiffre 2.4), le recourant ne peut pas, en principe, se borner à demander l'annulation du jugement attaqué, mais il doit également prendre des conclusions sur le fond.

### **3.3 L'examen à la demande du recourant**

Selon le principe d'allégation, le Tribunal fédéral n'examine la constitutionnalité des normes inférieures que sur demande. Le principe général de iura novit curia selon lequel le juge applique le droit d'office<sup>65</sup> ne vaut pas en matière de violation des droits fondamentaux (cf. chiffre 3.2).

### **3.4 L'examen de normes diverses**

Le contrôle de la constitutionnalité touche différentes normes juridiques dont, entre autres, les ordonnances qui se basent sur une délégation constitutionnelle ou légale (cf. chiffre 2.2). Mais ce contrôle est limité par l'article 190 Cst. (cf. chiffres 2.1 et 2.2). Le Tribunal fédéral peut vérifier la conformité des lois fédérales au droit international public (cf. chiffre 2.1) et celles des ordonnances fédérales aux lois fédérales. Ce dernier contrôle, appelé "contrôle de la légalité" (cf. chiffre 2.2), est très fréquent.

### **3.5 Le refus du Tribunal fédéral d'examiner la constitutionnalité d'une norme inférieure**

Selon le principe d'allégation, le Tribunal fédéral n'examine pas d'office s'il y a eu violation des droits constitutionnels. Ce grief doit être invoqué et motivé par le requérant (cf. chiffres 3.2 et 3.3). Les droits fondamentaux étant principalement des droits subjectifs, il appartient en effet à la personne concernée d'en invoquer la violation<sup>66</sup>. Selon l'article 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international même s'ils les jugent inconstitutionnels. L'art. 190 Cst. trouve son fondement dans la conception de la démocratie suisse selon laquelle le législateur qui a adopté la loi ou le peuple qui l'a votée suite à un référendum sont souverains (cf. chiffre 2.1).

---

63 Les droits fondamentaux sont garantis par la Constitution fédérale, les traités internationaux comme la CEDH et le Pacte II (voir le Message du Conseil fédéral, op. cit., p. 4142).

64 Article 42 alinéa 2, 106 alinéa 2 LTF; le principe d'allégation était déjà valable pour le recours de droit public d'après l'article 90 alinéa 1 lettre b OJ (cf. 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre I A 1, Recours de droit public en tant que voie de recours de procédure constitutionnelle); A titre d'exemple: ATF 124 I 145 considérant 1f.

65 Article 106 alinéa 1 LTF.

66 Message du Conseil fédéral, op. cit., p. 4142.

### 3.6 L'initiation d'un examen de nature « apparentée »

Le Tribunal fédéral procède au contrôle concret et abstrait des normes dans les limites de la loi (cf. chiffres 2.1, 2.2, 2.4, 3.2 et 3.3). Il ne connaît pas de surcroît un examen de nature « apparentée ».

## 4. L'EXAMEN DE LA CONSTITUTIONNALITÉ D'UNE NORME INFÉRIEURE

### 4.1 Les particularités de l'examen

La Suisse ne connaît pas le contrôle a priori et la soumission préalable d'une norme au Tribunal fédéral ou à une autre instance judiciaire<sup>67</sup>. Le contrôle de la constitutionnalité d'une norme inférieure se fait donc a posteriori, la plupart du temps lors d'un contrôle concret de la norme à l'occasion de l'examen d'un cas d'application, mais aussi, en ce qui concerne le droit cantonal, à l'occasion d'un contrôle abstrait (cf. chiffre 2.2). Lors d'un examen abstrait d'une loi cantonale, le juge constitutionnel doit rechercher dans quelles circonstances pratiques les dispositions litigieuses seront appliquées, et ne pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite<sup>68</sup>. Le Tribunal n'annule pas une disposition lorsque celle-ci est susceptible d'une interprétation conforme à la Constitution (cf. chiffre 4.3). La constitutionnalité d'une loi peut être ultérieurement soumise au Tribunal fédéral à l'occasion d'un cas d'application où il n'a pas à faire preuve de retenue<sup>69</sup>. L'arrêt rendu au terme de la procédure de contrôle abstrait ne bénéficie, dans cette mesure, que de l'autorité relative de la chose jugée<sup>70</sup>.

L'examen de la constitutionnalité d'une norme inférieure ne présente pas de particularités selon les différents domaines du droit. La constitutionnalité est examinée librement par le Tribunal dans chaque cas d'espèce selon les règles d'interprétation ordinaires (cf. chiffre 4.3). A titre d'exemple nous citerons les cas suivants<sup>71</sup>:

*Liberté personnelle*: ATF 123 I 112 (arrêt du 16 avril 1997)<sup>72</sup>.

Le Tribunal fédéral a vérifié certaines dispositions d'une loi cantonale sur la transplantation d'organes qui a introduit le principe du consentement présumé du donneur décédé. Premièrement, le Tribunal a constaté que la loi touchait la garantie constitutionnelle et conventionnelle de la liberté personnelle<sup>73</sup> selon laquelle toute personne a le droit de déterminer le

67 1er rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre I B 1 §1 5, 2ème rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre 10.

68 ATF 133 I 77 considérant 2 = destiné à la publication in Bull. Com. Venise, 2007/1; 123 I 112 considérant 2c (cf. chiffres 4.1 et 4.5).

69 ATF 113 la 257 (cf. chiffres 4.5 et 4.6).

70 ATF 119 la 321 considérant 4 (cf. chiffre 4.6).

71 Une vaste sélection d'arrêts récents a été présentée par André Jomini, Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle, in: Cahiers de Conseil constitutionnel, 2005, no 18, p. 106-132. Elle peut également être consultée sur le site du Tribunal fédéral suisse: [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

72 = Bull. Com. Venise 1997/2 p. 297.

73 Cette garantie qui, à l'époque de l'arrêt, constituait une garantie constitutionnelle non écrite, figure aujourd'hui à l'article 10 Cst.

sort de sa dépouille après sa mort. Deuxièmement, il a rappelé que la liberté personnelle, à l'instar des autres droits individuels, pouvait être limitée par une mesure étatique si celle-ci reposait sur une base légale, répondait à un intérêt prépondérant et était conforme au principe de la proportionnalité<sup>74</sup>. Tout en se basant, entre autres, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal a estimé que la loi cantonale contestée était suffisamment claire et précise et respectait le principe de la légalité. Il a également reconnu que la loi reposait sur un intérêt public suffisant et qu'elle respectait le principe de la proportionnalité pour autant qu'une politique d'information définie dans les grandes lignes par le Tribunal soit mise en place.

*Liberté économique:* ATF 132 I 97 (arrêt du 18 avril 2006).

Le Tribunal fédéral a constaté que la disposition d'une nouvelle réglementation communale violait la liberté constitutionnelle économique (art. 27 Cst.) et la loi fédérale sur le marché intérieur. Cette réglementation qui portait sur la foire communale annuelle instaurait un mécanisme qui, privilégiant systématiquement les mêmes groupes, à savoir les commerçants villageois, écartait les intéressés « non locaux ».

*Droits politiques:* ATF 131 I 74 (arrêt du 27 octobre 2004).

Le Tribunal fédéral, statuant sur une loi sur l'élection du parlement cantonal, a constaté que l'égalité en matière de droit électoral, ainsi que les droits politiques (article 34 Cst.), avaient été violés. En effet, la loi litigieuse ne prévoyait pas de mesures tendant à empêcher des quorums naturels élevés. De ce fait, elle ne respectait pas les règles de la représentation proportionnelle.

Afin d'illustrer l'une des principales caractéristiques du système constitutionnel suisse, nous présentons deux cas liés à la limitation du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales selon l'art. 190 Cst. (cf. chiffre 2.1 et 2.2):

*Protection contre l'arbitraire, garantie de l'égalité de traitement, droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse:* ATF 131 V 256 (arrêt du 4 août 2005).

Lors d'un contrôle concret, le Tribunal fédéral a examiné la constitutionnalité de l'article 16b de l'ordonnance fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.301) qui fixe un forfait annuel de CHF 840.- pour les frais de chauffage. Le Tribunal a d'abord rappelé qu'il n'était pas habilité, en vertu de l'article 191 Cst. (aujourd'hui article 190 Cst.<sup>75</sup>), à vérifier la constitutionnalité de la loi fédérale sur laquelle l'ordonnance se fondait. Il pouvait par contre contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance. Le Tribunal a alors considéré que la disposition de l'ordonnance ne violait pas le principe constitutionnel de l'interdiction de l'arbitraire (article 9 Cst.) parce qu'elle se fondait sur des raisons valables, les frais accessoires d'un appartement loué s'élevant d'après les données statistiques à un tel montant. En raison des mêmes données, il a également été d'avis que le principe constitutionnel de l'égalité de traitement (article 8 Cst.) était sauvegardé, la disposition de l'ordonnance n'opérant pas une distinction injustifiée entre propriétaires fonciers et locataires. D'après le Tribunal, le fait d'établir des forfaits pour des frais de

---

74 Aujourd'hui, les conditions aux restrictions aux droits fondamentaux sont énumérées à l'article 36 Cst. Ces questions sont traitées d'une manière exhaustive dans le 2ème rapport du Tribunal fédéral suisse.  
75 Cf. note 16.

chauffage ne constituait pas non plus une violation du droit à mener une existence conforme à la dignité humaine selon l'article 12 Cst.

*Principes constitutionnels dans le domaine fiscal:* ATF 131 II 697 (arrêt du 26 octobre 2005).

A l'occasion d'un litige relatif à une décision d'imposition, le Tribunal fédéral a constaté l'inconstitutionnalité de l'article 11 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'harmonisation fiscale. En effet, cette disposition viole le principe constitutionnel de l'imposition selon la capacité contributive (article 127 alinéa 2 Cst.) en accordant aux familles monoparentales et aux contribuables en charge d'enfants la même réduction tarifaire qu'aux couples mariés avec enfants. De plus, elle empiète sur la compétence tarifaire que l'article 129 alinéa 2 Cst. accorde aux cantons. Le Tribunal n'a pas pu corriger cette inconstitutionnalité de la loi fédérale par la voie d'une interprétation conforme à la Constitution au vu du texte clair de la loi et de la volonté univoque du législateur. Ainsi, le Tribunal a établi que la loi cantonale selon laquelle les familles monoparentales et les familles avec deux parents sont soumises à des tarifs différents est contraire à la loi fédérale, mais doit être respectée, même si elle est inconstitutionnelle.

#### **4.2 La détermination de l'inconstitutionnalité d'une norme inférieure**

Le Tribunal fédéral n'a pas défini les critères sur la base desquels l'inconstitutionnalité d'une norme inférieure pouvait être reconnue. Cette question est examinée librement par le Tribunal, dans chaque cas d'espèce, en interprétant la disposition constitutionnelle ou conventionnelle invoquée et l'acte juridique contesté selon les règles d'interprétation ordinaires (cf. chiffre 4.3). Si nécessaire, le Tribunal fédéral analyse la disposition contestée dans son contexte général (interprétation systématique, cf. chiffre 4.3). Lors d'un examen abstrait, le juge constitutionnel recherche notamment dans quelles circonstances pratiques les dispositions litigieuses seront appliquées, et ne se borne pas à traiter le problème de manière purement abstraite (cf. chiffre 4.1).

Il est possible que le Tribunal fédéral applique une ancienne loi et examine la question de sa constitutionnalité. Cependant, il sied de rappeler que le Tribunal ne vérifie la constitutionnalité d'une norme que sur demande (cf. chiffres 3.2 et 3.3). De plus, le recourant doit avoir, entre autres, un intérêt actuel (cf. chiffre 2.4).

#### **4.3 Les méthodes d'analyse**

En interprétant la loi et en examinant la constitutionnalité d'une norme inférieure, le Tribunal fédéral applique plusieurs méthodes. En premier lieu, l'interprétation littérale est déterminante et la loi s'interprète selon sa lettre. Le juge recherche la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose et de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore en la mettant en relation avec d'autres dispositions légales et en la situant dans son contexte (in-

interprétation systématique)<sup>76</sup>. Selon la jurisprudence constante, le Tribunal fédéral, lorsqu'il est appelé à interpréter une loi - et à analyser une éventuelle inconstitutionnalité de celle-ci -, adopte une position pragmatique en suivant une pluralité de méthodes, sans soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité<sup>77</sup>.

A l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une norme inférieure, le Tribunal fédéral applique également le principe de l'interprétation conforme à la Constitution. Il recherche si l'on peut donner à la règle attaquée une portée qui la fasse apparaître comme conforme à celle-ci<sup>78</sup>. Ceci vaut d'autant plus lorsque le Tribunal vérifie la constitutionnalité lors d'un contrôle abstrait (cf. chiffre 4.1). Il n'annulera alors la disposition contestée que si elle ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution<sup>79</sup>.

Le Tribunal fédéral fait très fréquemment référence à la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>80</sup>. Il peut également consulter les concepts juridiques du droit international public (CEDH, Pacte ONU II, ainsi que d'autres actes d'organisations internationales). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ceux-ci constituent d'importants moyens d'interprétation pour le contrôle de la constitutionnalité dans la mesure où ils reflètent les traditions juridiques communes aux Etats membres des organisations sous les auspices desquelles ils ont été élaborés et dont la Suisse se réclame<sup>81</sup>. Enfin, d'après l'ALCP, le Tribunal fédéral est tenu de par la loi de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>82</sup>.

#### **4.4 Les mesures complémentaires**

Voir chiffre 4.8 ci-dessous.

#### **4.5 La motivation de l'arrêt**

Lorsqu'à la suite de l'examen de la constitutionnalité d'une norme inférieure, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le grief était fondé, l'existence de l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse est énoncée dans la motivation de l'arrêt. Les éventuelles directives adressées au législateur ou à l'exécutif (cf. chiffre 4.8) figurent également dans la motivation. A l'issue d'un contrôle concret, le Tribunal mentionne de surcroît que la disposition contestée ne peut pas être appliquée dans le cas concret, tout au moins comme elle l'a été par l'autorité intimée<sup>83</sup>. De plus, dans les cas où la disposition attaquée se prête à une in-

---

76 Par exemple: ATF 131 II 562 considérant 3.5, 128 II 66 considérant 4a.

77 Par exemple: ATF 131 II 702 considérant 4.1.

78 Par rapport à la loi fédérale cf. aussi chiffre II 1.

79 Comme exemples: ATF 131 II 697 considérant 4.4 (cf. chiffre 4.1), 124 I 145 considérant 1g, 123 I 112 considérant 2a (cf. chiffres 4.1 et 4.5), 119 la 321 considérant 4 (cf. chiffre 4.6).

80 Voir 2ème rapport du Tribunal fédéral suisse, chiffre 13; à titre d'exemple: ATF 123 I 112 (cf. chiffres 4.1 et 4.5), 119 la 321 (cf. chiffre 4.6).

81 Exemple: ATF 123 I 112 considérant 4d, 7a, 9d (cf. chiffre 4.1).

82 Article 16 alinéa 2 ALCP; à titre d'exemple: ATF 133 V 169 considérants 7.1 et 10.2-10.4 sur la notion de frontalier.

83 ATF 113 la 257 considérant 3b (cf. chiffres 4.5 et 4.6).

interprétation conforme à la Constitution (cf. chiffre 4.3), le Tribunal fédéral l'indique. Par exemple:

ATF 123 I 112 (cf. chiffre 4.1): le Tribunal a jugé que la disposition cantonale litigieuse, qui portait sur le prélèvement d'organes, se prêtait à une interprétation conforme à la Constitution pour répondre au principe de la proportionnalité. Dans ce sens, il a indiqué comment la disposition devait être précisée et concrétisée par le pouvoir exécutif dans le règlement d'application qui devait régler les modalités sur la diffusion de la nouvelle loi auprès de l'ensemble de la population et définir l'existence, la portée et les sanctions attachées au devoir d'information des proches (considérants 9e et 11).

ATF 132 I 97 (cf. chiffre 4.1): le Tribunal fédéral, en constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition communale, a indiqué dans la motivation qu'il convenait de mettre en place un système n'écartant pas systématiquement les commerçants « non locaux » de la participation à la foire annuelle. Il a cependant rappelé qu'il ne lui appartenait pas de prescrire à l'autorité cantonale compétente la manière de régler cette question (considérant 3).

Dans l'ATF 113 la 257 (arrêt du 3 juin 1987), le Tribunal fédéral a constaté dans ses motifs que l'article contesté de la loi cantonale interdisant de façon absolue à quiconque de prendre connaissance d'un dossier de police le concernant portait atteinte à la liberté personnelle et au droit au renseignement sur les données enregistrées à son sujet par une autorité publique<sup>84</sup>. La disposition litigieuse, d'après le Tribunal, ne se prêtait pas à une interprétation conforme à la Constitution (considérant 4f).

#### **4.6 Le dispositif de l'arrêt**

Il faut distinguer: dans le cadre d'un contrôle concret, le Tribunal fédéral ne censure que la décision individuelle – objet du recours - qui se fonde sur une disposition inconstitutionnelle; cette dernière n'est pas annulée (cf. chiffre 2.4). Le dispositif de l'arrêt concerne uniquement la décision attaquée.

Si le recours porte sur le contrôle abstrait d'une norme cantonale, la décision d'inconstitutionnalité est de nature cassatoire (d'après la LTF et déjà sous l'OJ; cf. chiffre 2.4). Dans le dispositif de l'arrêt figure donc l'annulation de la disposition inconstitutionnelle ou le constat de l'inconstitutionnalité de la norme<sup>85</sup>. Le Tribunal ne peut pas la modifier<sup>86</sup>. Dans les cas où la suppression des passages inconstitutionnels dénature la loi cantonale dans son ensemble, le Tribunal fédéral a la possibilité d'annuler le texte intégral.

En raison de l'effet cassatoire du recours de droit public de l'ancienne OJ, le Tribunal fédéral ne pouvait pas adresser d'injonction au législateur relative à l'élaboration d'un nouvel acte législatif conforme à la Constitution fédérale. Il semblerait que la LTF ne va pas modi-

---

<sup>84</sup> Au moment du jugement, la liberté personnelle était un droit constitutionnel non écrit reconnu par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Aujourd'hui, la protection contre l'emploi abusif des données personnelles est ancrée dans l'article 13 alinéa 2 Cst.

<sup>85</sup> ATF 129 I 185.

<sup>86</sup> ATF 124 I 145 considérant 5b, 123 I 112 considérant 2b (cf. chiffres 4.1 et 4.5).

fier cette pratique en raison de la structure fédérale de la Suisse notamment. Les décisions incitatives (cf. chiffre 4.8) n'impliquent pas d'obligations formelles pour le législateur et ne figurent pas dans le dispositif de l'arrêt (cf. chiffre 4.5).

A titre d'exemple:

Dans l'ATF 132 I 97 (cf. chiffres 4.1 et 4.5), le Tribunal fédéral a prononcé dans le dispositif l'annulation de la disposition contestée.

ATF 119 la 321 (arrêt du 30 juin 1993): la disposition litigieuse stipulait: « Le recours de droit administratif n'est pas recevable contre les décisions relatives à l'approbation d'actes législatifs et de plans d'affectation ». Or, le Tribunal avait constaté qu'en excluant le contrôle judiciaire pour tous les plans d'affectation, la disposition n'était pas compatible avec la garantie de l'accès au juge selon l'article 6 paragraphe 1 CEDH. Le Tribunal n'a alors enlevé que le membre de phrase « et de plans d'affectation » de la disposition contestée.

#### **4.7 L'examen de nature « apparentée » et la prise de décision**

L'ordre juridique suisse ne connaît pas d'examen de nature « apparentée » (cf. chiffre 3.6).

#### **4.8. Mesures complémentaires et moyens utilisés en vue d'éviter les lacunes du droit**

En principe, lors d'un contrôle concret, le Tribunal fédéral est tenu d'annuler la décision attaquée qui a été prise en application de la norme inconstitutionnelle. A l'issue d'un contrôle abstrait, le Tribunal fédéral annule la norme ou constate son inconstitutionnalité (cf. chiffre 2.4). L'annulation est souvent nécessaire et suffisante pour rétablir une situation conforme à la Constitution<sup>87</sup>.

Dans certains cas, le Tribunal fédéral peut aller au-delà de la cassation et prendre des mesures positives pour rétablir une situation conforme à la Constitution. Ainsi, il pourrait à l'issue d'un contrôle concret de la constitutionnalité d'une norme par exemple lever une détention préventive ou désigner lui-même le tribunal compétent<sup>88</sup>.

Enfin, dans des cas où il y a des raisons qui s'opposent à l'annulation, le Tribunal fédéral peut renoncer à l'annulation de la norme inconstitutionnelle, respectivement à l'annulation de la décision qui se fonde sur une norme inconstitutionnelle. Tel est notamment le cas lorsque la non-application de la norme inconstitutionnelle entraînerait un vide sapant tout un système juridique complexe que le juge ne pourrait combler dans le cadre réduit de ses compétences judiciaires<sup>89</sup> et qu'il est justifié, vu le principe de la séparation des pouvoirs,

---

<sup>87</sup> ATF 133 I 206 considérant 13.1.

<sup>88</sup> Par exemple ATF 124 I 327 considérant 4b (cet arrêt ne concerne cependant pas le contrôle concret ou abstrait de la constitutionnalité d'une norme: mais, les exemples de mesures sont dans ces contrôles également valables).

<sup>89</sup> ATF 123 I 56 considérant 3c.



de laisser au législateur le soin d'élaborer une norme satisfaisante<sup>90</sup>. Le Tribunal fédéral prend alors une décision incitative qui comporte un appel plus ou moins précis et directif à l'égard du législateur afin qu'il élabore une réglementation conforme à la Constitution.

A titre d'exemple nous présentons les cas suivants:

ATF 133 I 206 (arrêt du 1er juin 2007): le Tribunal fédéral a annulé pour violation de la Constitution fédérale deux dispositions d'une loi cantonale sur les impôts qui prévoyaient, à partir du 1er janvier 2006, un système fiscal dégressif pour les revenus et fortunes élevés. Plusieurs questions quant aux effets temporaires de l'arrêt se posaient parce que le recours direct contre une norme n'a en principe pas d'effet suspensif et que les dispositions litigieuses étaient en vigueur malgré le recours déposé auprès du Tribunal fédéral: comment faut-il traiter les contribuables qui ont déjà reçu une décision d'imposition définitive sur la base des dispositions annulées; quel tarif faut-il appliquer aux autres contribuables qui n'ont pas encore reçu de décision d'imposition définitive ? Le Tribunal a été d'avis que par l'annulation des dispositions contestées, le respect de la Constitution était sauvegardé parce que l'ancienne réglementation qui serait éventuellement de nouveau déterminante, était conforme à la Constitution. D'après lui, il appartenait donc aux autorités cantonales de déterminer les mesures nécessaires à prendre; les autorités avaient eu suffisamment de temps de réflexion et devaient s'attendre à une éventuelle annulation des dispositions litigieuses.

ATF 131 I 74 (arrêt du 27 octobre 2004): malgré le fait que le Tribunal fédéral a constaté l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi cantonale sur l'élection du parlement, il n'a pas annulé les dispositions litigieuses et a rejeté le recours. En effet, il a reconnu que le canton n'était pas en mesure de modifier sa législation jusqu'à la nouvelle élection du parlement qui avait lieu seulement 4 mois après l'arrêt. De plus, en raison des nouvelles dispositions de la Constitution cantonale, l'annulation des dispositions inconstitutionnelles ne permettait pas de revenir sur l'ancien système électoral. Dès lors qu'une situation conforme à la Constitution ne pouvait pas être rétablie par la simple annulation des dispositions litigieuses, le Tribunal a considéré que l'élection à venir devait avoir lieu sur la base de la loi (inconstitutionnelle) en vigueur. En même temps, dans ses considérants, il a invité les autorités cantonales compétentes à élaborer un système électoral conforme à la Constitution pour le renouvellement du parlement à l'issue de la prochaine législature.

Dans l'ATF 124 I 127 (jugé le 27 mai 1998), le Tribunal fédéral a admis que les locataires pouvaient éventuellement faire valoir avec succès la nullité partielle de leur contrat de bail, parce que celui-ci n'avait pas été conclu sur une formule officielle conformément à la disposition jugée alors inconstitutionnelle. Par contre, il a estimé que cette question devait être tranchée, si nécessaire par le Tribunal civil, mais non pas par le juge constitutionnel. Il n'a donc pas jugé nécessaire de prendre des mesures autres que l'annulation de la disposition inconstitutionnelle (considérants 6a et b).

---

90 ATF 112 la 311 considérant 2c.

## **5 LES CONSÉQUENCES DE LA CONSTATATION DE L'INCONSTITUTIONNALITÉ D'UNE NORME INFÉRIEURE**

### **5.1 Les obligations qui incombent au législateur**

Au niveau fédéral, aucune obligation incombe au législateur lorsque le Tribunal fédéral constate l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale à l'occasion d'un contrôle concret. Nous rappelons l'art. 190 Cst. (cf. chiffre 2.1).

La constatation de l'inconstitutionnalité d'une loi cantonale à l'occasion d'un contrôle concret ou l'annulation d'une telle loi à l'issue de son contrôle abstrait par le Tribunal fédéral ne fait pas l'objet d'une publication spéciale dans les recueils législatifs et les arrêts ne sont communiqués qu'aux parties et aux autorités concernées<sup>91</sup>. Par contre, ils peuvent être consultés en ligne sur le site du Tribunal fédéral ([www.bger.admin.ch](http://www.bger.admin.ch)) et sont publiés dans le recueil officiel du Tribunal fédéral (ATF).

Une norme jugée inconstitutionnelle ne peut être modifiée ou abrogée formellement que par l'autorité législative cantonale; le processus législatif normal doit être entamé. A notre connaissance, les droits cantonaux ne prévoient pas de mesures particulières à entreprendre suite à un arrêt du Tribunal fédéral. D'ailleurs, il n'est pas rare qu'une loi annulée par le Tribunal fédéral ne soit pas annulée formellement par le législateur. L'annulation se traduit souvent simplement par le fait que la loi n'est plus appliquée par les autorités ni respectée par les particuliers<sup>92</sup>.

Enfin, une disposition inconstitutionnelle qui continuerait d'être appliquée par les autorités administratives ou judiciaires malgré l'arrêt du Tribunal fédéral, pourrait de nouveau être attaquée avec succès lors d'un cas d'application concrète de la norme<sup>93</sup>.

### **5.2 Les obligations qui incombent aux autres créateurs de droit**

Ce qui a été expliqué ci-dessus (cf. chiffre 5.1) vaut également pour les autres créateurs du droit.

Au niveau fédéral, la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010) ne contient pas de règles particulières relatives aux mesures à entreprendre suite à un arrêt du Tribunal fédéral relatif à un contrôle concret d'une ordonnance fédérale (cf. chiffre 2.2).

---

91 Voir Andreas Auer, op. cit., p. 560-562.

92 Voir Andreas Auer, op. cit., p. 560-562.

93 Voir Andreas Auer, op. cit., p. 560-562.

## 6. CONCLUSIONS

Le contrôle de la constitutionnalité des normes inférieures constitue une activité très importante du Tribunal fédéral. Elle remonte à la Constitution fédérale de 1874 qui a confié au Tribunal fédéral la compétence de connaître des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens<sup>94</sup>. Le rôle du Tribunal fédéral en tant que juge constitutionnel dans le domaine de la garantie des droits fondamentaux est à tel point central que c'est souvent à travers sa jurisprudence seulement que les droits fondamentaux parviennent effectivement à imprégner l'ordre juridique<sup>95</sup>. Grâce aux divers instruments juridiques à sa disposition, le Tribunal fédéral a concrétisé et développé dans de nombreux arrêts les droits fondamentaux.

En 2006, 2282 nouveaux recours de droit public<sup>96</sup> notamment pour violation des droits constitutionnels selon l'OJ ont été introduits auprès du Tribunal fédéral et ce dernier a statué dans 2238 affaires. Comparé au nombre des autres recours qui ont été introduits (en total 5210) et qui ont été liquidés (en total 5113), les recours de droit public représentent un pourcentage de 44%. Ces chiffres sont relativement stables depuis des années. Dans des nombreux cas, l'inconstitutionnalité d'une norme inférieure a fait l'objet d'un contrôle concret et a été appréciée à titre préjudiciel lors d'un cas d'application individuel. Les cas de contrôle abstrait sont peu fréquents. Les recours sont principalement engagés par des particuliers et des associations privées, mais aussi par des entreprises et des communes.

---

94 Art. 113 alinéa 1 chiffre 3 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874; voir Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, op. cit., p. 685 s.

95 Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, op. cit., p. 644 no 1832.

96 Dans ce chiffre sont également inclus les recours qui portent uniquement sur l'inconstitutionnalité d'une décision cantonale individuelle et qui ne touchent pas la question de la constitutionnalité d'une norme légale. En outre, il faut rappeler que l'inconstitutionnalité d'une ordonnance fédérale pouvait également être contrôlée d'une manière incidente, lors d'un recours de droit administratif (cf. chiffre 2.4, note 43). Ces recours-ci ne sont pas non plus inclus dans les chiffres avancés.

## Abréviations

1er rapport du Tribunal fédéral suisse	Rapport du Tribunal fédéral suisse en vue de la XIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes 2002, Bruxelles, Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes, avec la collaboration de Vera Marantelli, in: Relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes, Bruxelles 2002, p. 2-25 (en français) = EuGRZ, 2004(31), no 1-4, p. 30-42 (en allemand). Le rapport peut également être consulté sur le site internet du Tribunal fédéral: <a href="http://www.bger.ch">www.bger.ch</a> .
2ème rapport du Tribunal fédéral suisse	Rapport du Tribunal fédéral suisse en vue de la XIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes 2005, Nikosia, Les Critères de la Limitation des Droits de l'Homme dans la Pratique de la Justice Constitutionnelle, avec la collaboration de Gerold Steinmann, in: RUDH, 17(2005), no 5-8, p. 169-179 (en français) = EUGRZ, 33(2006), volume 22-23, p. 629- 639 (en allemand). Le rapport peut également être consulté sur le site internet du Tribunal fédéral: <a href="http://www.bger.ch">www.bger.ch</a> .
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874 (avec les modifications jusqu'à son abrogation fin 1999).
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, RS 0.142.112.681.
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel. Ils contiennent une sélection des arrêts les plus importants et peuvent être consultés sur le site internet du Tribunal fédéral: <a href="http://www.bger.ch">www.bger.ch</a> .
Bull. Com. Venise	Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, édité par la Commission de Venise.
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme; avec des modifications intervenues entretemps).
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (avec des modifications intervenues entretemps), RS 101.
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift.
FF	Feuille fédérale. Elle peut être consultée sur le site internet de la Confédération suisse: <a href="http://www.admin.ch">www.admin.ch</a> .

LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (entrée en vigueur le 1er janvier 2007), RS 173.110.
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (avec les modifications jusqu'à son abrogation fin 2006).
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.
RS	Recueil systématique du droit fédéral. Les lois fédérales peuvent être consultées sur le site internet de la Confédération suisse: <a href="http://www.admin.ch">www.admin.ch</a> .
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme.