

Tribunal fédéral suisse

I. Les sources du principe de proportionnalité

1.1. Consécration par la Constitution

Dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (abrégé : Const.), le principe de la proportionnalité est expressément consacré. La précédente Constitution fédérale, de 1874, ne contenait pas de disposition mentionnant directement le principe de la proportionnalité. La jurisprudence du Tribunal fédéral avait toutefois déduit ce principe de garanties générales de la Constitution (en l'occurrence du principe d'égalité, contenant de nombreux principes tendant à la protection du citoyen contre l'activité de l'État).

Dans le système fédéraliste suisse, chaque canton a lui-même une constitution. Plusieurs constitutions cantonales ont récemment fait l'objet d'une révision globale. À cette occasion, le principe de la proportionnalité a souvent été inscrit dans le texte constitutionnel. Sur ce point, les constitutions cantonales ne diffèrent généralement pas de la Constitution fédérale.

1.2. Dispositions explicites et formulation

Placé dans le titre premier de la Constitution fédérale, qui énonce des dispositions générales, l'article 5 définit les principes de l'activité de l'État. Cette norme a la teneur suivante :

Art. 5 : Principes de l'activité de l'État régi par le droit :

1. Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État.
2. L'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.
3. Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.
4. La Confédération et les cantons respectent le droit international.

Le principe de la proportionnalité est ainsi énoncé expressément parmi les principes fondamentaux de l'État de droit (art. 5 al. 2 Const.).

Par ailleurs, la Constitution fédérale comporte un catalogue des droits fondamentaux (titre 2) conclu par la disposition suivante :

Art. 36 : Restriction des droits fondamentaux :

1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.
2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.
4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Le respect du principe de la proportionnalité est ainsi explicitement mentionné comme condition de toute restriction d'un droit fondamental (art. 36 al. 3 Const.).

1.3. Autres textes

Comme cela a déjà été indiqué (*supra*, 1.1.), les constitutions cantonales connaissent également des dispositions consacrant le principe de la proportionnalité, dans des termes correspondant généralement à ceux des articles 5 et 36 de la Constitution fédérale.

Dans la législation fédérale, on trouve diverses références, parfois explicites, au principe de la proportionnalité (par exemple : l'article 11 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement, qui fixe les principes en matière de lutte contre les pollutions atmosphériques et le bruit, et qui statue que, « indépendamment des nuisances existantes, il importe, à titre préventif, de limiter les émissions dans la mesure que permettent l'état de la technique et les conditions d'exploitation et pour autant que cela soit économiquement supportable » ; il s'agit en définitive d'une expression du principe de la proportionnalité).

1.4. Limites à l'exercice de certains droits et libertés prévues par la Constitution

Les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale peuvent être limités, ou restreints, aux conditions de l'article 36 Const. déjà cité (*cf. supra*, 1.2.).

1.5. Principes mis en balance

La première condition, pour la restriction de droits fondamentaux, est le respect du principe de la légalité (art. 36 al. 1 Const.). La Constitution mentionne ensuite, comme intérêts pouvant justifier des restrictions, l'intérêt public et la protection d'un droit fondamental d'autrui.

La Constitution fédérale ne mentionne pas expressément l'ordre public. En droit suisse, dans ce contexte, l'ordre public est un intérêt public qualifié, propre à justifier des mesures de police (protection de la sécurité publique, de la santé publique, de la tranquillité publique ou de la moralité publique).

Dans sa jurisprudence constitutionnelle, le Tribunal fédéral suisse se prononce très fréquemment sur l'intérêt public de restrictions apportées aux droits fondamentaux. La jurisprudence n'est en revanche pas très abondante au sujet de la règle qui veut que la protection d'un droit fondamental d'autrui puisse constituer un but légitime de restriction des libertés (exemple : atteinte à la liberté personnelle à cause de mesures de médication forcée, dans le but de protéger des tiers en contact avec la personne visée – recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, ATF 130 I 16).

Il arrive souvent que le Tribunal fédéral, lorsqu'il doit examiner des restrictions de droits fondamentaux, se prononce sur le respect du principe d'égalité. Le droit à l'égalité fait partie du catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale (art. 8 al. 1 Const. : « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi »).

1.6. Place de la Constitution (ou d'autres sources écrites) et pouvoir normatif du juge constitutionnel ; rôle de la doctrine ; influence du droit comparé et de la jurisprudence des autres Cours

Le juge constitutionnel, appelé à examiner si une norme générale et abstraite est conforme aux droits fondamentaux (contrôle abstrait de la constitutionnalité), ou si une décision concrète représente une restriction des droits fondamentaux (contrôle concret de la constitutionnalité), se fonde sur les règles, écrites ou non écrites, de la Constitution. À vrai dire, depuis la récente révision totale de la Constitution fédérale (adoptée le 18 avril 1999), il n'est pratiquement plus nécessaire de se référer au droit constitutionnel non écrit, car le catalogue des droits fondamentaux ainsi que les conditions des restrictions sont clairement formulés. En revanche, sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale (de 1874), le Tribunal fédéral avait été amené à reconnaître des droits fondamentaux non énoncés expressément dans le texte de la Constitution, et il avait aussi consacré par voie jurisprudentielle différents principes, dont notamment le principe de proportionnalité, rattaché au principe d'égalité. Le système suisse reconnaît donc traditionnellement, dans ce domaine, un « pouvoir normatif » au juge constitutionnel. Pour le catalogue des droits fondamentaux et les principes de l'État de droit, cette question n'est toutefois plus véritablement d'actualité.

1.7. Autres sources

Les arrêts du Tribunal fédéral citent volontiers la doctrine, et prennent le cas échéant position sur les différentes interprétations proposées pour la norme à appliquer. Le rôle de la doctrine est expressément consacré dans le code civil suisse de 1907 (*cf.* art. 1^{er} al. 3 de ce code, en vertu duquel le juge doit s'inspirer des solutions consacrées non seulement par la jurisprudence, mais également par la doctrine). De façon générale et pas seulement en droit civil, lorsque les textes applicables sont lacunaires ou qu'ils doivent être interprétés, il est fait référence aux avis de la doctrine.

Il arrive au Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence constitutionnelle, de mentionner les solutions adoptées dans les pays voisins, ainsi que la jurisprudence des Cours suprêmes de ces pays (à vrai dire surtout de l'Allemagne ; par exemple : recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, ATF 125 I 369).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est très fréquemment citée dans les arrêts du Tribunal fédéral. Dans sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux, le Tribunal fédéral veille à accorder, dans la mesure du possible, une portée similaire aux droits fondamentaux garantis par la Convention européenne (CEDH), d'une part, et à ceux énoncés par la Constitution fédérale, d'autre part. Il tient par conséquent compte des évolutions de la jurisprudence des organes de la CEDH (en pratique, cela concerne principalement les garanties de l'art. 6 CEDH en matière de procédure).

II. Le contrôle de proportionnalité

2.1. Exercice d'un contrôle explicite ou recours à des notions connexes ?

Le Tribunal fédéral exerce de manière explicite un contrôle de proportionnalité, en appliquant les dispositions topiques de la Constitution fédérale (art. 36 al. 3 Const.).

La jurisprudence précise, au besoin, que le principe de proportionnalité se compose de la règle d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de la règle de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de celle de la proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les

effets de la mesure choisie sur la situation de l'intéressé et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public.

2.2. Domaines de contrôle

Le Tribunal fédéral vérifie, dans tous les domaines, si le principe de la proportionnalité est respecté. Cette question se pose chaque fois qu'il doit se prononcer sur des cas de restriction des droits fondamentaux, dans la loi ou à l'occasion d'une décision concrète.

C'est le lieu de préciser que le Tribunal fédéral ne peut en principe pas contrôler la constitutionnalité des lois fédérales (ni abstraitement, lors de leur adoption, ni concrètement, dans une contestation relative à un acte d'application). L'article 190 de la Constitution fédérale dispose que « le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international ». Le contrôle de la constitutionnalité est donc limité aux lois cantonales (font partie du droit cantonal, de ce point de vue, les règles générales et abstraites adoptées par les communes).

2.2.1. Dans le cadre de la répartition des compétences entre le législateur fédéral et entités fédérées ?

Le contrôle de proportionnalité est possible dans ce cadre. On relève qu'il est très rare que le Tribunal fédéral soit saisi, par une entité fédérée (un canton), d'une action tendant à la résolution d'un conflit de compétences avec le législateur ou une autre autorité de la Confédération.

Dans une contestation ordinaire, une partie peut se plaindre d'une violation, par une autorité cantonale, du principe de la primauté du droit fédéral, exprimé à l'article 49 de la Constitution. Ce grief peut être présenté en relation avec le grief de violation du principe de la proportionnalité.

2.2.2. Dans le cadre du contrôle des lois restreignant des libertés fondamentales garanties dans la Constitution ?

Le contrôle de proportionnalité est possible dans ce cadre, étant précisé que seule la constitutionnalité de lois cantonales peut en principe être revue par le Tribunal fédéral (*cf. supra*, 2.2.).

2.2.3. En matière pénale ?

Le contrôle de proportionnalité est possible dans ce cadre, lorsque des atteintes aux droits fondamentaux (liberté personnelle notamment) sont prévues par la législation cantonale en matière de procédure pénale. Actuellement encore, il appartient aux cantons d'adopter la plupart des règles de procédure pénale. Un contrôle abstrait de la constitutionnalité de ces règles peut donc être effectué par le Tribunal fédéral, notamment sous l'angle de la proportionnalité des restrictions qu'elles impliquent pour la liberté personnelle. La situation juridique va évoluer prochainement, avec l'entrée en vigueur d'un code de procédure pénale unifié, pour l'ensemble de la Confédération. Il demeurera alors possible de contester la proportionnalité d'une mesure concrète (par exemple la durée de la détention préventive, l'objet d'un séquestre pénal) ; en revanche, les dispositions légales ne pourront elles-mêmes plus être mises en cause directement sous l'angle de la proportionnalité.

2.2.4. En matière de contrôle de conventionnalité ?

Du point de vue juridique, le contrôle de la conventionnalité (ou de la conformité à la CEDH) ne se distingue pas du contrôle de la constitutionnalité. En vertu de la conception moniste qui prévaut en Suisse, les normes de la CEDH sont directement appliquées par les tribunaux et la jurisprudence ne fait pas de différence, quant à leur portée juridique, entre les droits fondamentaux de la Convention et ceux de la Constitution fédérale.

2.2.5. Dans d'autres domaines ?

Cf. supra, 2.2.

2.3. Exemples

On mentionnera ci-dessous deux arrêts récents, qui permettent de mieux saisir l'approche du Tribunal fédéral lorsqu'il doit se prononcer sur la constitutionnalité de mesures prévues par des cantons, et examiner dans ce cadre le respect du principe de la proportionnalité.

Exemple n° 1 : arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2007 dans la cause *Slatkine et Pétroz contre Grand Conseil du canton de Genève* – publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, ATF 133 I 110.

En résumé : un groupe de citoyens du canton de Genève a proposé, par la voie de l'initiative populaire, un amendement de la constitution cantonale qui tendait à interdire de fumer dans les lieux publics (initiative populaire intitulée « Fumée passive et santé »). Le parlement du canton (Grand Conseil) a décidé de soumettre ce texte au vote populaire. Deux électeurs ont formé contre cette décision un recours au Tribunal fédéral (recours pour violation des droits politiques) en faisant valoir que le texte violait le droit constitutionnel fédéral.

Les requérants ont prétendu que l'interdiction de fumer dans la quasi-totalité des lieux publics porterait atteinte à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Const.), ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 13 al. 1 de la Const., art. 8 CEDH). Le Tribunal fédéral a d'abord considéré qu'il n'était pas certain que le droit constitutionnel protège la seule faculté de fumer en tous lieux et à tout moment, en particulier dans les lieux publics. Il a toutefois laissé cette question indécise (cons. 5), pour examiner si les restrictions prévues étaient compatibles avec le principe de proportionnalité (cons.7).

Le Tribunal fédéral a considéré que l'interdiction de fumer était propre à obtenir l'effet recherché, le but de l'initiative populaire étant de protéger l'ensemble de la population contre l'exposition à la fumée du tabac dans les lieux publics intérieurs ou fermés (règle de l'aptitude, en tant que composante du principe de la proportionnalité). L'arrêt retient que ce but est d'intérêt public, la nocivité de la fumée passive étant attestée par suffisamment d'études scientifiques pour pouvoir être considérée comme correspondant à l'état actuel de la science (cons. 7.1 de l'arrêt).

Ensuite, il a été exposé que l'instauration d'une réglementation contraignante s'imposait en vue du résultat recherché : seule une règle claire et sans ambiguïté est à même d'engendrer un réel changement dans les habitudes des fumeurs, tout en évitant de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application (règle de la nécessité – considérant 7.2 de l'arrêt).

Le Tribunal fédéral s'est enfin prononcé sur la proportionnalité au sens étroit, en effectuant une pesée des intérêts : il a considéré que pour être conforme à cette règle, l'interdiction générale de fumer dans les lieux publics devait être assortie d'exceptions, afin de tenir compte des situations particulières dans lesquelles la personne désireuse de fumer est appelée à demeurer un certain temps dans un espace fermé dont elle ne peut pas, ou pas aisément sortir. Pour les détenus, les pensionnaires d'établissements médicaux, une interdiction de fumer dans les lieux publics équivaldrait à une interdiction permanente de fumer. Le problème se pose également pour les occupants de lieux publics à usage privatif (chambres d'hôtel, lieux d'hébergement). Le Tribunal fédéral a relevé que le parlement cantonal avait d'ores et déjà manifesté son intention d'élaborer une législation d'exécution, en cas d'adoption de l'initiative populaire, qui tiendrait compte de ces assouplissements nécessaires. Dans ces conditions, comme le législateur dispose de la possibilité d'adapter l'interdiction de fumer aux différentes situations exigeant un assouplissement ou une dérogation, le texte qu'il est prévu d'introduire dans la constitution cantonale respecte le principe de la proportionnalité (cons. 7.3 de l'arrêt).

Exemple n° 2 : arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2006 dans la cause *A & consorts c. Berne* – publié en allemand au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, ATF 132 I 49, et traduit en français au Journal des Tribunaux, JdT 2007 I 381.

En résumé : Dans le canton de Berne, la loi cantonale sur la police contient une disposition (art. 29) qui permet à la police de renvoyer temporairement des personnes d'un lieu, ou de leur en interdire l'accès, s'il y a de sérieuses raisons de soupçonner qu'elles ou d'autres personnes faisant manifestement partie du même attroupement menacent ou troublent la sécurité et l'ordre public. Fondée sur cette disposition, la police municipale de Berne a pris à l'encontre de plusieurs personnes, qui avaient été interpellées dans les locaux de la gare centrale, une décision leur interdisant de demeurer dans le périmètre de la gare (bâtiment, quais, place de la gare et rues environnantes), tout en consommant de l'alcool, pendant une durée de trois mois. Les intéressés ont recouru en vain contre ces mesures temporaires d'expulsion et d'éloignement devant le tribunal administratif du canton. Ils ont ensuite saisi le Tribunal fédéral en se plaignant d'atteintes à leurs droits fondamentaux (liberté personnelle, liberté de réunion).

Le Tribunal fédéral a considéré que les décisions contestées reposaient sur une base légale suffisamment précise (cons. 6 de l'arrêt). Il a admis l'existence d'un intérêt public à prendre des mesures visant des personnes se regroupant pour consommer des quantités notables d'alcool, en ayant un comportement bruyant dans le hall de la gare, en abandonnant des immondices, et en importunant ainsi de nombreux passants (cons. 7.1 de l'arrêt).

Les mesures temporaires d'expulsion et d'éloignement ont ensuite été jugées conformes au principe de la proportionnalité, compte tenu de l'importance du maintien de l'ordre et de la sécurité publics dans un lieu très fréquenté à l'usage des voyageurs. Comme les rassemblements de personnes consommant des quantités excessives de boissons alcoolisées compromettent l'ordre et la sécurité publics, la condition de l'aptitude est satisfaite. La règle de la nécessité est également observée car on ne voit pas quelles autres mesures, moins incisives, permettraient d'atteindre le même but. Enfin, du point de vue de la proportionnalité au sens étroit, le Tribunal fédéral a relevé que ces mesures ne portaient pas atteinte à la liberté de mouvement des intéressés, qui pouvaient toujours se déplacer dans le secteur de la gare pour autant qu'ils ne se regroupent pas pour consommer de l'alcool. Le secteur concerné n'est en outre pas très étendu et d'autres lieux existent, en ville, où les intéressés peuvent se retrouver en groupe. Enfin, limitées à trois mois, les mesures restent provisoires. Dans ces circonstances, la restriction des droits fondamentaux, pas particulièrement lourde, a été jugée conforme au principe de la proportionnalité (cons. 7.2 de l'arrêt).

2.4. Critères d'appréciation

Le raisonnement juridique du Tribunal fédéral (les critères d'appréciation) est décrit dans les deux résumés ci-dessus. Généralement, le juge constitutionnel suisse rappelle en premier lieu la portée ou le champ d'application des droits fondamentaux invoqués ; il examine ensuite la base légale de la mesure contestée, vérifie l'existence d'un intérêt public et, s'agissant du contrôle de la proportionnalité, il procède à une appréciation en fonction de la règle d'aptitude et de la règle de nécessité, en terminant par une pesée des intérêts (proportionnalité au sens étroit). Le respect du principe d'égalité est également examiné, lorsque ce grief est présenté.

2.5. Technique de contrôle courante ou exceptionnelle ? Principaux cas d'utilisation

Le contrôle de la proportionnalité d'une mesure entraînant la restriction de droits fondamentaux est courant. Généralement, la partie qui se plaint de la violation d'un droit fondamental dénonce le caractère disproportionné de la restriction. L'examen du Tribunal fédéral doit donc porter sur cette question, dans toutes les hypothèses.

2.6. Décisions les plus pertinentes

Arrêt du Tribunal fédéral du 28 mars 2007 dans la cause *Slatkine et Pétroz contre Grand Conseil du canton de Genève* – publié au recueil des arrêts du Tribunal fédéral, ATF 133 / 110.

Arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2006 dans la cause *A & Consorts c. Berne* – texte original en allemand publié au recueil des arrêts du Tribunal fédéral, ATF 132 / 49, et traduction (inofficielle) au Journal des Tribunaux 2007 / 381.

2.7. Conséquences et implications du recours au principe de proportionnalité

Dans les causes soumises au Tribunal fédéral, on constate très souvent que les restrictions des droits fondamentaux reposent sur une base légale suffisante et qu'elles sont justifiées par un intérêt public. La question centrale (en d'autres termes celle à propos de laquelle l'appréciation du juge constitutionnel est déterminante) est donc celle de la proportionnalité. Le contrôle de la constitutionnalité se résume ainsi en pratique, dans de nombreux cas, à un contrôle de proportionnalité.

La pesée des intérêts peut se révéler délicate lorsque les intérêts publics en cause sont multiples et divers, et quand différentes normes doivent être appliquées conjointement (par exemple dans des affaires complexes relatives à l'utilisation du sol, ou bien aux restrictions de politique économique). L'application du principe de proportionnalité n'est cependant pas, en tant que telle, une cause de complexité.

2.8. Appréciation

Le principe de la proportionnalité est un principe essentiel de l'État de droit, dont l'importance n'est pas mise en doute, ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine. Dans la pratique judiciaire suisse, l'application de ce principe s'impose comme une évidence lors du contrôle des mesures qui portent atteinte aux droits fondamentaux.