

La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé

**Thèse présentée à la Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel**

pour l'obtention du grade de docteur en droit

par

Aline Schmidt Noël

Acceptée sur proposition du jury :

**Professeur Pascal Mahon,
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse**

**Professeur Michel Frémont,
Faculté de droit de l'Université de Montréal, rapporteur**

**Professeur Minh Son Nguyen,
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur**

soutenue le 18 janvier 2011

IMPRIMATUR POUR LA THESE

La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé

Aline SCHMIDT NOËL

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Jean-Philippe Dunand (président)
- M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
- M. Minh Son Nguyen (rapporteur interne)
- M. Jacques Frémont (professeur titulaire à l'Université de Montréal, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 18 janvier 2011



Jean-Philippe Dunand, doyen

Résumé

En garantissant les libertés, un Etat se réserve le droit de les limiter. Les libertés ne sont en effet pas absolues. Elles trouvent leurs limites soit dans la nécessité de sauvegarder juridiquement l'intérêt général, soit dans la protection des droits fondamentaux d'autrui. Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution suisse le 1^{er} janvier 2000, un système « explicite » de limitation des droits fondamentaux a été introduit dans notre Charte fondamentale. L'article 36 Cst. établit ainsi un mécanisme destiné à protéger les droits fondamentaux lors de leur limitation. Cette disposition énonce quatre conditions de limitation : la base légale, l'intérêt public, la proportionnalité et le respect du noyau intangible. Elle a rapidement donné lieu à beaucoup de controverses dans la doctrine, en particulier la question de savoir si elle s'applique à tous les droits fondamentaux protégés par le texte fondamental.

Afin de répondre à cette question, nous avons décidé d'effectuer une étude de droit comparé et de nous inspirer des solutions ou réflexions proposées dans d'autres ordres juridiques. Notre choix s'est porté sur le Canada et sur la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans un premier temps, nous avons exposé en détail le système de limitation des droits fondamentaux en Suisse. Nous avons ensuite procédé à une classification des différentes catégories de droits fondamentaux protégés par la Constitution. Enfin, nous avons examiné la question de l'applicabilité de ce système de limitation aux différentes catégories de droits fondamentaux. Ce schéma d'analyse a été repris pour les droits étrangers.

Les solutions proposées par chacun des systèmes juridiques examinés ont été comparées et confrontées. Cette confrontation nous a permis de proposer certaines réponses aux questions qui se posent dans le droit suisse.

Mots-clefs

limitation des droits fondamentaux – base légale – intérêt public – proportionnalité – noyau dur – libertés fondamentales – garanties d'un Etat de droit – garanties de procédure – droits sociaux - égalité

Key words

limitation of fundamental rights – legal basis – public interest - proportionality – essence (of fundamental rights) – fundamental freedoms – guarantees of a state of law - general procedural guarantees - social rights - equality

Table des abréviations	9
Bibliographie	12
Introduction.....	26
Partie 1 La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel suisse.....	31
<i>Chapitre 1 Historique</i>	<i>32</i>
<i>Chapitre 2 Genèse de l'article 36 Cst.....</i>	<i>36</i>
§ 1 Les versions successives de la disposition relative à la limitation des droits fondamentaux	37
§ 2 Commentaire des différentes versions	38
<i>Chapitre 3 Système de limitation des droits fondamentaux (article 36 Cst.).....</i>	<i>42</i>
§ 1 La base légale (article 36 al. 1 Cst.).....	43
I Exigence de la base légale selon l'intensité de l'atteinte aux droits fondamentaux	47
A Atteintes graves	47
B Atteintes légères	49
II La densité normative de la base légale	50
III La délégation législative	51
IV Exceptions au principe de la base légale	53
A La clause générale de police	53
B L'usage accru du domaine public	57
C Les rapports de droits spéciaux	60
§ 2 L'intérêt public (article 36 al. 2 Cst.).....	62
I Premier cercle : l'ordre public	66
A La sécurité publique	66
B La santé publique	68
C La tranquillité publique	69
D La moralité publique	70
E La bonne foi dans les affaires	71
II Deuxième cercle : les mesures de politique sociale	71
III Troisième cercle : les autres intérêts publics	72
IV Protection d'un droit fondamental d'autrui	73
§ 3 La proportionnalité (article 36 al. 3 Cst.).....	75
I La règle de l'aptitude	77
II La règle de la nécessité	79
III La règle de la proportionnalité au sens étroit	80
§ 4 L'inviolabilité de l'essence des libertés (article 36 al. 4 Cst.).....	85
<i>Chapitre 4 Classification des droits fondamentaux</i>	<i>95</i>
§ 1 Les libertés fondamentales (Freiheitsrechte)	96
§ 2 Les garanties de l'Etat de droit et garanties de procédure	98
§ 3 Les droits sociaux	99
§ 4 Remarques sur la classification de certains articles de la Constitution	101
I Article 7 Cst.....	101
II Article 11 Cst.	102
III Article 28 al. 3 Cst.	104
<i>Chapitre 5 Application de l'article 36 Cst. aux catégories susmentionnées</i>	<i>106</i>
§ 1 Les libertés (Freiheitsrechte)	106
§ 2 Les garanties de l'Etat de droit	107
I Les garanties de procédure	107
II La protection de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire ainsi que d'autres garanties juridiques	109
III L'égalité	112
§ 3 Les droits sociaux	120
I Les droits sociaux garantis par la Constitution fédérale.....	121
A Le droit à des conditions minimales d'existence	121
B Le droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.)	128
C Le droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 Cst.).....	130

II	Les droits sociaux dans quelques constitutions cantonales	132
§ 4	Le cas de l'article 11 Cst.....	134
§ 5	La dignité humaine	134
Chapitre 6	<i>Clauses dérogatoires</i>	135
Chapitre 7	<i>Brève synthèse</i>	137
Partie 2	La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel canadien	139
Chapitre 1	<i>Quelques mots sur l'évolution constitutionnelle du Canada</i>	140
Chapitre 2	<i>Les sources des droits de la personne en droit canadien</i>	143
§ 1	La Loi constitutionnelle de 1867	143
§ 2	La <i>Common law</i>	144
§ 3	Les lois quasi constitutionnelles	145
I	La Déclaration canadienne des droits de 1960	146
II	La Loi canadienne sur les droits de la personne de 1977	148
III	Les Chartes provinciales	149
§ 4	La Charte canadienne des droits de la personne	150
Chapitre 3	<i>L'article 1^{er} de la Charte des droits et libertés</i>	152
§ 1	Genèse de l'article 1 ^{er} de la Charte	152
§ 2	Système de limitation des droits fondamentaux	156
I	La règle de droit.....	156
II	La limite raisonnable	160
A	L'objectif poursuivi.....	161
a.	Les objectifs admissibles.....	163
1.	La prévention et la lutte contre la criminalité.....	163
2.	La protection de la santé et de la sécurité publique.....	164
3.	Le maintien du fonctionnement normal de l'organisation sociale	164
4.	La protection de l'économie, des professions et de la culture.....	164
5.	Les intérêts individuels.....	165
b.	Les objectifs inadmissibles.....	165
c.	La question de l'objectif changeant.....	167
d.	L'objectif de faire des économies	169
e.	L'objectif de la protection des particularités de la société québécoise	172
f.	Synthèse	174
B	Le critère de la proportionnalité	175
a.	Le lien rationnel.....	176
b.	L'atteinte minimale	178
1.	Exemples jurisprudentiels	179
2.	Marge d'appréciation dans le test de l'atteinte minimale.....	182
c.	La proportionnalité proprement dite.....	185
III	La justification dans une société libre et démocratique	188
Chapitre 4	<i>La clause dérogatoire (article 33 de la Charte)</i>	190
§ 1	Les origines de l'article 33.....	190
§ 2	Les droits et libertés qui peuvent être touchés	193
§ 3	Les autorités habilitées à adopter des clauses dérogatoires	194
§ 4	Mise en œuvre de l'article 33	194
I	Les conditions d'application de l'article 33	194
II	Une clause dérogatoire valide pour 5 ans au maximum.....	195
III	Effet des clauses dérogatoires.....	195
IV	L'article 33 et la rétroactivité	196
§ 5	Le pour et le contre du recours à l'article 33	196
I	Arguments en faveur de l'article 33	196
II	Arguments contre l'article 33.....	199
§ 6	Utilisation de l'article 33	201
I	Utilisation de l'article 33 par le Québec.....	201
II	Utilisation de l'article 33 par la Saskatchewan	202
III	Utilisation de l'article 33 par l'Alberta.....	203
§ 7	Pourquoi si peu de Parlements ont-ils eu recours à cet outil législatif ?	204
Chapitre 5	<i>Classification des droits protégés par la Charte canadienne</i>	206
I	Les libertés fondamentales	206

II	Les droits démocratiques.....	206
III	La liberté de circulation et d'établissement.....	207
IV	Les garanties juridiques.....	208
A	Les droits qui contiennent une limitation intrinsèque.....	208
B	Les droits ne contenant pas de limitation intrinsèque.....	209
V	Les droits à l'égalité.....	209
VI	Les droits linguistiques.....	210
VII	Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité.....	210
VIII	Les droits sociaux.....	212
<i>Chapitre 6 Application de l'article 1^{er} de la Charte aux catégories susmentionnées.....</i>		<i>215</i>
I	Les libertés fondamentales.....	217
II	Les droits démocratiques.....	217
III	La liberté de circulation et d'établissement.....	218
IV	Les garanties juridiques.....	218
A	Les droits qui contiennent une limitation intrinsèque.....	218
a.	L'article 7.....	220
b.	L'article 8.....	222
c.	L'article 9.....	223
d.	L'article 11.....	224
e.	L'article 12.....	224
B	Les droits qui ne contiennent pas de limitation intrinsèque.....	225
V	Les droits à l'égalité.....	225
VI	Les droits linguistiques.....	231
VII	Droits à l'instruction dans la langue de la minorité.....	231
VIII	La clause dérogatoire.....	232
IX	Les droits sociaux.....	233
<i>Chapitre 7 Brève synthèse.....</i>		<i>234</i>

Partie 3 Système de restriction des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'Homme.....

des droits de l'Homme.....		236
<i>Chapitre 1 Introduction.....</i>		<i>237</i>
<i>Chapitre 2 Système de restriction des droits fondamentaux dans la CEDH.....</i>		<i>239</i>
§ 1	Clauses de limitation générales.....	239
I	Article 15 CEDH.....	239
A	Existence d'un cas de guerre.....	241
B	Existence d'un danger public menaçant la vie de la nation.....	241
C	Les mesures prises doivent être strictement requises par la situation.....	242
D	Respect des autres obligations découlant du droit international.....	243
E	L'exception des articles insusceptibles de dérogation.....	244
II	Article 16 CEDH.....	245
III	Article 17 CEDH.....	246
§ 2	Limitations prévues par des clauses d'exception (articles 8 à 11 CEDH).....	248
I	La base légale.....	255
II	Le but légitime.....	258
A	Les intérêts publics.....	263
a.	La sécurité nationale (art. 8, 10 et 11 CEDH).....	263
b.	La sécurité publique (art. 9 CEDH).....	265
c.	L'intégrité territoriale (art. 10 CEDH).....	266
d.	La sûreté publique (art. 8, 10 et 11 CEDH).....	266
e.	La divulgation d'informations confidentielles (art. 10 CEDH).....	266
f.	La défense de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire (art. 10 CEDH).....	267
g.	Le bien-être économique (art. 8 CEDH).....	268
h.	La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et du crime (art. 8, 9, 10 et 11 CEDH).....	269
i.	La protection de la santé publique (art. 8, 10 et 11 CEDH).....	271
j.	La protection de la moralité publique (art. 8, 10 et 11 CEDH).....	271
B	Les intérêts privés.....	272
a.	Les droits et libertés d'autrui (art. 8, 9 et 11 CEDH).....	272
b.	Réputation ou droits d'autrui (art. 10 CEDH).....	274
III	La nécessité dans une société démocratique.....	274

A	Signification de « nécessaire »	275
B	Le principe de la proportionnalité	275
C	La société démocratique	278
<i>Chapitre 3</i>	<i>Exceptions contenues dans l'énoncé de droits particuliers</i>	281
§ 1	Article 2 CEDH	281
I	La légitime défense	283
II	L'arrestation régulière et l'évasion	285
III	La répression d'une insurrection ou d'une émeute	285
§ 2	Article 4 CEDH	286
I	Le travail des personnes soumises à la détention	286
II	Service militaire et service civil	287
III	Service requis dans les cas de crise ou de calamité	287
IV	Travail ou service faisant partie des obligations civiques normales	287
§ 3	Article 5 CEDH	288
§ 4	Article 6 CEDH	288
§ 5	Article 7 CEDH	288
<i>Chapitre 4</i>	<i>Les limitations implicites</i>	290
<i>Chapitre 5</i>	<i>Limitations imposées par la Convention à l'application de restrictions</i>	292
§ 1	Article 14 CEDH	292
I	Différences de traitement licites	293
II	Différences de traitement prohibées	293
III	Caractère objectif et raisonnable de la différence de traitement	294
§ 2	Article 18 CEDH	296
<i>Chapitre 6</i>	<i>Brève synthèse</i>	298
Partie 4	Synthèse	300
<i>Chapitre 1</i>	<i>La forme de la clause de limitation</i>	302
<i>Chapitre 2</i>	<i>Les conditions de limitation</i>	303
§ 1	La base légale	303
§ 2	La légitimité	305
§ 3	La proportionnalité	308
§ 4	L'inviolabilité de l'essence des libertés ou le noyau intangible	313
<i>Chapitre 3</i>	<i>Les différents types de droits protégés</i>	317
<i>Chapitre 4</i>	<i>Applicabilité des clauses limitatives</i>	320
I	Remarques préalables	320
II	Les libertés fondamentales ou classiques	321
III	Les garanties d'un Etat de droit et les garanties de procédure (Suisse) et les garanties juridiques (Canada)	321
IV	L'égalité	327
V	Les droits sociaux	329
<i>Chapitre 5</i>	<i>Les clauses dérogatoires</i>	335
Partie 5	Conclusion	338

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	Alinéa
Alta	Alberta
A.C.	Appel Cases
ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse ¹
BverfGE	Entscheidungen [des deutschen] Bundesverfassungsgericht
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale ²
B.R.	Cour du Banc de la Reine (Roi)
c.	contre
C.A.	Cour d'appel
C.-B.	Colombie-Britannique
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)
C.F.	Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CIJ	Cour internationale de justice
CN	Conseil national
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
C.R.R.	Canadian Rights Reports
C.S.	Cour supérieure
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

¹ Le Recueil paraît annuellement depuis 1875, année de la création du Tribunal fédéral. Le volume 1 correspond à l'année 1875.

² Pour les délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la nouvelle Constitution, version originale du 18 avril 1999, la référence se fait, sans millésime, au tiré à part du Bulletin officiel « Réforme de la Constitution fédérale ».

D.L.R.	Dominion Law Reports
FF	Feuille fédérale
GG	Grundgesetz
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JT	Journal des Tribunaux
lit.	Lettre
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10)
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.O.	Lois refondues de l'Ontario
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
Man.	Manitoba
N°/n°	numéro
Ont.	Ontario
p.	page
par.	paragraphe
P.E.I.	Prince Edwards Island Judgments
P.G.	Procureur général
R.C.S.	Rapports judiciaires du Canada – Cour suprême
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RJJ	Revue de jurisprudence jurassienne
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
RS	Recueil systématique du droit fédéral
R.S.A.	Revised Statutes of Alberta
RSB	Recueil systématique de la législation bernoise
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
S.A.	Statutes of Alberta
Sask.	Saskatchewan
S.C.	Statuts du Canada
SJ	Semaine judiciaire
S.M.	Statutes of Manitoba
S.N.B.	Statutes of New Brunswick

S.Nfdl	Statutes of Newfoundland
S.N.S.	Statutes of Nova Scotia
S.Q.	Statuts du Québec (avant 1969)
S.R.C.	Statuts révisés du Canada
ss.	suivant
S.S.	Statutes of Saskatchewan
vol.	volume
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Bibliographie

ACTES DES JOURNEES STRASBOURGEOISES DE L'INSTITUT CANADIEN D'ETUDES JURIDIQUES SUPERIEURES, Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux : aspects canadiens et européens, Cowansville 1993.

ALREFDSSON GUDMUNDUR / EIDE ASBJORN (editors), The Universal Declaration of Human Rights : a common standard of achievement, La Haye 1999.

ARBESS DANIEL J., Limitations on Legislative Override under the Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Matter of Bargaining Values, (1983) 21 Osgoode Hall Law Journal 113.

AUBERT JEAN-FRANCOIS / MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich-Bâle-Genève 2003.

AUBERT JEAN-FRANCOIS, Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse, in : Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie : Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zurich 1979, p. 1 ss.

AUBERT JEAN-FRANCOIS, Limitations des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux, in : La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Cowansville 1986, p. 185 ss.

AUBERT JEAN-FRANCOIS, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967-1982.

AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat, Berne 2006 (cité 2006a).

AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, Berne 2006 (cité 2006b).

AUER ANDREAS, La notion de loi en droit cantonal, Carrefour du fédéralisme et de la démocratie, in : La loi en droit public cantonal, Coire 1991, p. 21 ss.

AUER ANDREAS, Le droit à des conditions minimales d'existence : un nouveau droit social ? in : Problèmes actuels de droit économique, Mélanges C.-A. Junod, Bâle 1997, p. 27 ss.

AUER ANDREAS, Les mesures positives et l'article 4 al. 2 Cst, Pratique juridique actuelle 1993, n° 11, p. 1336 ss.

BAYEFSKY ANNE F. (editor), The human rights treaty system in the 21st Century, Klumer, La Haye 2000.

BAYEFSKY ANNE F., The judicial function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, (1986-7) 32 McGill Law Journal 79.

BEAUDOIN GERALD A. / THIBAUT PIERRE, Les droits et libertés au Canada, Montréal 2000.

BEAUDOIN GERALD A., La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés, Montréal 1990.

BEAUDOIN GERALD A., Les clauses dérogatoires et limitatives des instruments canadiens des droits de la personne, in : Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Cowansville, 1986, p. 139 ss.

BEAULAC STEPHANE, Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision : partie d'une précaire dynamique globale de la Charte, (1995) 55 Revue du Barreau 257.

BELLANGER FRANCOIS, Commerce et domaine public, in : Le domaine public, Genève, Zurich, Bâle 2004, p. 43 ss.

BENDER PAUL A., Justification for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms : Some Remarks About the Proper Role of Section One of the Canadian Charter, (1983) 13 Manitoba Law Journal 669.

BERGER VINCENT, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 10^{ème} éd., Paris 2007.

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007.

BIEGENWALD ANTOINE, L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés, (1994) 35 Cahiers de Droit 779.

BIGENWALD ANTOINE, L'article 1er de la Charte canadienne des droits et libertés à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, Mémoire présenté à la Faculté de droit des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, Montréal 1992.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRIT, Nachgeführte Verfassung : Sozialziele und Sozialrechte, in : Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen : Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen, Lachen 1998, p. 497 ss.

BLACHE PIERRE, The criteria of Justification Under Oakes : Too Much Severity Generated Through Formalism, (1991) 20 Manitoba Law Journal 437.

BONNARD ALEXANDRE, Le principe de la proportionnalité en droit public suisse, in : Recueil des travaux suisses présenté au Xe Congrès international de droit comparé, Bâle 1979, p. 201 ss.

BOURGEOIS PIERRE, L'intérêt public, ce mal-aimé, in : Développements récents en droit de l'éducation (1999), Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville 1999, p. 1 ss.

BREDT CHRISTOPHER D. / DODEK ADAM M., The increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter, (1990) 1 Media And Communication Law Review 59.

BRUDNER ALAN, Guilt Under the Charter : The Lure of Parliamentary Supremacy, (1998) 40 Criminal Law Quarterly 287.

BRUN HENRI / BRUN PIERRE, Charte des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine, Montréal 1995.

BRUN HENRI / TREMBLAY GUY / BROUILLET EUGENIE, Droit constitutionnel, 5^{ème} éd, Cowansville 2008.

CAMERON IAN, An Introduction to the European Convention on Human Rights, 4^{ème} éd., Uppsala 2003.

CAMERON JAMIE, The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter, (1997) 35 Osgoode Hall Law Journal 66.

CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME, OFFICE DES NATIONS UNIES, Charte internationale des droits de l'homme, Genève 1996.

CHAPMAN PAMELA, The Politics of Judging : Section 1 of the Charter of Rights and Freedoms, (1986) 24 Osgoode Hall Law Journal 867.

COLKER RUTH, Section 1, Contextuality and the Anti-Disadvantage Principle, (1992) 42 University of Toronto Law Journal 77.

CONSEIL DE L'EUROPE, La Charte sociale européenne : origines, fonctionnement et résultats, Strasbourg 1995.

CONSEIL DE L'EUROPE, Sujets de jurisprudence. Les droits de l'homme et leurs limitations, Strasbourg 1974.

COUSSIRAT-COUSTERE VINCENT, in : PETITTI - DECAUX - IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1999, p. 323-353, 361-365, 409-419 et 431-437.

CRAVEN MATTHEW, The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development, Oxford 1998.

DELPEREE FRANCIS, L'apport comparatif du droit européen, in : Les droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux, Aspects canadiens et européens, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville 1992.

DUPLE NICOLE, Droit constitutionnel. Principes fondamentaux, Montréal 2000.

DUPLE NICOLE, Les droits à l'égalité dans la charte canadienne, in : Vues canadiennes et européennes des droits de la personne, sous la direction de Daniel Turp et de Gérald A. Beaudoin, Cowansville, 1989.

ECHENBERG HAVI / MILNER ARTHUR / MYLES JOHN, OSBERG LARS / PHIPPS SHELLEY / RICHARDS JOHN / ROBSON WILLIAM, A Social Charter for Canada ? Perspectives on the Constitutional Entrenchment of Social Rights, Toronto 1992.

EHRENZELLER BERNHARD [et al], Die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zurich 2002.

EISSEN MARC-ANDRE, The principle of proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in : The European system for the protection of Human Rights, Dordrecht, Boston 1993.

ELLIOT ROBIN, Interpreting the Charter - Use of Earlier Versions as an Aid, University of British Columbia Law Review 11 (1982).

ELLIOT ROBIN, The Supreme Court and Section 1 : the Erosion of the Common Front, (1988) 12 Queen's Law Journal 277.

ERGEK RUSEN, Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1987.

ERGEK RUSEN, Protection européenne et internationale des droits de l'homme, Bruxelles 2004.

FEUZ ROLAND, Materielle Gesetzbegriffe, Berne 2002.

FINKELSTEIN NEIL, Comment on Hunter v. Southam, (1985) 63 Canadian Bar Review 178.

FRISON DANIELE, Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne, Paris 2005.

FROWEIN JOCHEN / PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar, Kehl, Strasbourg 1996.

FRYDMAN BENOIT / HAARSCHER GUY, Philosophie du droit, Paris 1998.

GAUDET SERGE, La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : Commentaire sur l'affaire Slaight Communications Inc. C. Davidson, (1989-90) 20 Revue de droit de l'Université de Sherbrooke 447.

GIACOMETTI ZACCARIA, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

GIBSON DALE, Reasonable Limits under the Charter of Rights and Freedoms, (1985-6) 15 Manitoba Law Journal 27.

GIBSON DALE, The Law of the Charter General Principles, Toronto 1986.

GOMIEN DONNA / HARRIS DAVID / ZWAAK LEO, Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique, Strasbourg 1997.

GOSSELIN JACQUES, La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte, Cowansville, 1991.

GRAY JOHN CHIPMAN, The Nature and Sources of Law, Boston 1963.

GRISEL ANDRÉ, Intervention au Congrès de la société suisse des juristes 1978, RDS 1978 II, p. 546 ss.

GRISEL ANDRE, Traité de droit administratif, Volume I, Neuchâtel 1984 (cité 1984a).

GRISEL ANDRE, Traité de droit administratif, Volume II, Neuchâtel 1984 (cité 1984b).

GRISEL ETIENNE, Egalité, les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 2^{ème} éd., Berne 2009.

GRISEL ETIENNE, La définition de la police, in : Stabilité et dynamique du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975, p. 91 ss.

GUBELT MANFRED, Kommentar zum Art. 3 GG, in : Ingo Von Münch/Günter König (éd.), Grundgesetz - Kommentar, volume I, Munich 1994.

HAEFLIGER ARTHUR / SCHÜRMANN Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2^{ème} éd., Berne 1999.

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^{ème} éd., Zurich 2008.

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5^{ème} éd., Zurich 2001.

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6^{ème} éd., Zurich 2005.

HALLER WALTER, The Swiss Constitution in a Comparative Contexte, Zurich St-Gall 2009.

HELPER LAURENCE R., Finding a consensus on equality : the homosexual age of consent and the European Convention on Human Rights, New York University Law Review, (1990) vol. 65, p. 1044 ss.

HIEBERT JANE The evolution of the limitation clause, (1990) 28 Osgoode Hall Law Journal 103.

HIERBERT JANE, Is it too late to rehabilitate Canada's Notwithstanding clause ?, (2004) 223 Supreme Court Law Review 169.

HOGG PETER W., Canada Act 1982 annotated, Toronto 1982.

HOGG PETER W., Constitutional Law of Canada, Toronto 2008.

HOGG PETER W., Section 1 revisited, (1992) 1 National Journal of Constitutional Law 1.

HOSEK CHAVIVA, Women and the Constitutional Process, in : Banting K. et Simeon R (éd.), ... And No-One Cheered (1983) 280.

HOTZ WERNER, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, Zurich 1977.

HOVIUS BEREND, The limitation Clause of the European Convention of human Rights : a Guide for the Application of Section 1 of the Charter ? (1985) 17 Ottawa Law Review 213.

HUBER HANS, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Revue de Droit suisse 1936, 1a ss.

HUBER HANS, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, Revue de la société des juristes bernois 1955, p.103 ss.

HUPPE LUC, Quelques objectifs législatifs suffisamment importants aux fins de l'article 1 de la Charte, (1991) 51 Revue du Barreau 294.

JELLINEK GEORG, Allgemeine Staatslehre, 3^{ème} éd., Berlin 1920.

JOHANSEN DAVID / ROSEN PHILIP, La clause dérogatoire de la Charte, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, 1989, révisé en 2008, disponible sur le site : <http://www2.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-f.htm>, consulté le 31 juillet 2010.

KAHANA TSVI, What Makes for a Good Use of the Notwithstanding Mechanism ?, (2004) 23 Supreme Court Law Review (2D) 191.

KAHN PAUL, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1912.

KÄLIN WALTER / BOLZ URS (éd.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995.

KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2^{ème} éd., Berne 1994.

KÄLIN WALTER, Grundrechte im Kultur Konflikt - Freiheit und Gleichheit in das Einwanderungsgesellschaft, Zurich 2000.

KIENER REGINA / KÄLIN WALTER, Grundrechte, Berne 2007.

KÄLIN WALTER / KIENER REGINA / KLEY ANDREAS / TSCHANNEN PETER / ZIMMERLI ULRICH, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht in den Jahren 2002 und 2003, Revue de la société des juristes bernois 10/2003.

KISS ALEXANDRE, Les clauses de limitation et de dérogation dans la Convention européenne des droits de l'homme, in : Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Cowansville, 1984, p. 125 ss.

KLEY ANDREAS, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung, in : RSJB 1999, p. 301 ss.

KNAPP BLAISE, Intérêt, utilité et ordre publics, in : Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire, Bâle 1975, p. 137 ss.

KNAPP BLAISE, La légalité et les actes de Gouvernement, in : La légalité : un principe à géométrie variable, publié par C.-A. Morand, Bâle 1992.

KOLLER HEINRICH, Die Einleitungsartikel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, Pratique juridique actuelle 1999, p. 656 ss.

KÖLZ ALFERD / HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurich 1998.

LAFOREST GERARD, The Balancing Interest Under the Charter, (1993) 2 National Journal of Constitutional Law 133.

LAMER FRANCIS, L'arrêt Oakes et la liberté d'expression : plaidoyer pour un discours impopulaire, Thémis, 94 vol. 28 n. 2-3, p. 624 ss.

LANGLOIS RAYNOLD, Les clauses limitatives des Chartes canadiennes et québécoises des droits et libertés et le fardeau de la preuve, in : Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Cowansville 1986, p.159 ss.

LEBRETON GILLES, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, in : Mélanges Patrice Gélard, Paris 1999, p. 53 ss.

LEESON HOWARD Section 33, The Notwithstanding clause : A Paper Tiger ?, Choices IRPP, Courts and Legislatures, vol. 6 n° 4, juin 2000.

LOKAN ANDREW K., The Rise and Fall of Doctrine Under Section 1 of the Charter, (1992) Ottawa Law Review 163.

MACKAY WAYNE, Is there a Threat to our Rights ? Reader's Digest Forum, compilation de C. Tower et de P. Body, Reader's Digest, juin 1989, p. 101 ss.

MADER LUZIUS, Die Sozial- und Umweltverfassung, Pratique juridique actuelle 1999, p. 698 ss.

MAHON, PASCAL, L'article 163 de la Constitution et les "autres" actes de l'Assemblée fédérale, in : LeGes 2000/3, p. 41 ss.

MALINVERNI GIORGIO, L'exercice des libertés idéales sur le domaine public, in : Le domaine public, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 25 ss.

MALINVERNI GIORGIO, La liberté de réunion. Etude de droit constitutionnel suisse, Genève 1981.

MANAI DOMINIQUE, Les droits du patient face à la médecine contemporaine, Bâle/Genève/Munich 1999.

MANFREDI CHRISTOPHER, Judicial Power and the Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism, Oxford 2001.

MANNING MORRIS, Rights, Freedoms and the Court : A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982, Toronto 1983.

MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zurich, Bâle, Genève 2003.

MARTIN SHEILAH, Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals, (2001) Revue du Barreau canadien 229.

MASTRONARDI PHILIPPE, Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, Berlin 1978.

MCKENNA MARIAN C., The Canadian and American Constitutions in comparative perspective, Calgary University Press, Calgary 1993.

MEICHSSNER STEPHAN, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Bâle 2008.

MEYER-BISCH PATRICE, (éd.) Actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Le noyau intangible des droits de l'homme, Fribourg 1991.

MINISTERE DU PATRIMOINE CANADIEN, Votre guide de la charte canadienne des droits et libertés, Ottawa 1997.

MOHLER MARKUS, Die polizeiliche Generalklausel - vom EGMR anerkannt und deren Anwendbarkeit begrenzt, in : Jusletter du 11 janvier 2010.

MOOR PIERRE, Droit administratif, Volume I, 2^{ème} éd., Berne 1994.

MOOR PIERRE, Droit administratif, Volume III, Berne 1992.

MOOR PIERRE, Systématique et illusion du principe de proportionnalité, in : Les droits individuels et le juge en Europe, mélanges offerts à Michel Fromont, Strasbourg 2001, p. 319 ss.

MORAND CHARLES ALBERT, Le noyau intangible des droits constitutionnels, in : Le noyau intangible des droits de l'homme, Fribourg 1991.

MOREL ANDRE, La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges, (1983) 61 Revue du Barreau canadien 81.

MOREL ANDRE, La recherche d'un équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire - essai de psychologie judiciaire, in : La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Cowansville 1986, p. 121.

MORITZ JEAN, Commentaire de la Constitution jurassienne, Courrendlin 1997.

MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4^{ème} éd., Berne 2008.

MÜLLER JÖRG PAUL, Introduction aux droits fondamentaux, in : Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle Zurich 1987.

MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Berlin 1964.

MÜLLER JÖRG PAUL, Droits fondamentaux, in : Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne, Stuttgart, Vienne 1995, p. 29 ss.

MÜLLER JÖRG PAUL, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, Berne 1983.

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3^{ème} éd., Berne 1999.

MÜLLER JÖRG PAUL, Réflexions générales sur les droits fondamentaux, in : Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 621 ss.

MÜLLER JÖRG PAUL, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in : Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bernertage für die juristische Praxis 1999 , Berne 2000, p. 103 ss.

MÜLLER PIERRE, Le principe de la proportionnalité, Revue de droit suisse 1978 II, p. 197 ss.

NADEAU ALAIN ROBERT, Vie privée et droits fondamentaux : étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien, américain et en droit international, Carswell, Scarborough 2000.

NATIONS UNIES, SERVICE DE L'INFORMATION, Charte internationale des droits de l'homme, New York 1978.

NEWMAN DWIGHT, The limitations of rights : A Comparative Evolution and ideology of the Oakes and Sparrow Tests, 1999, p. 543 ss.

OHLINGER THEO, Die Europäische Sozialcharta, in : Festschrift für Felix Ermacora, Kehl, Strasbourg 1988, p. 213 ss.

OSBERG LARS / PHIPPS SHELLEY, A Social Charter for Canada, in : Perspectives on the Constitutional Entrenchment of Social Rights, The Canada Round, N°9, Toronto 1992, p. 1 ss.

OSTERLOH LERKE, Kommentar zu Art. 3 GG, in : Michael Sachs (éd.), Grundgesetz - Kommentar, 2^{ème} éd., Munich 1999, p. 217 ss.

OVEY CLARE / WHITE ROBIN, European Convention of Human Rights, Oxford 2001.

PATENAUDE MICHELINE, Droits et libertés de la personne, 2ème éd., Presses de l'Université de Laval, Sainte-Foy 2000.

PINARD DANIELLE, Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt Slaight Communications, (1992) National Journal of Constitutional Law 79.

PORTMANN WOLFGANG, Kein Streikrecht in der Schweiz ?, Revue suisse de jurisprudence 1998, p. 486 ss.

PULVER BERNHARD, L'interdiction de la discrimination. Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bâle 2003.

RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^{ème} éd., Bâle, 2009.

RHINOW RENE, Die Bundesverfassung 2000, Eine Einführung, Bâle 2000.

RHINOW RENÉ, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Bâle, 2003.

RICHARDS JOHN, A Social Charter : Two Cheers but not Three, in : Perspectives on the Constitutional Entrenchment of Social Rights, The Canada Round, N°9, Toronto 1992, p. 64 ss.

ROLLAND PATRICE, IN : PETITTI - DECAUX - IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1999, p. 293 ss.

ROUILLER CLAUDE, Le principe de la légalité en droit public suisse, in : La légalité : un principe à géométrie variable, publié par C.-A. Morand, Bâle 1992, p. 7 ss.

RÜETSCHI DAVID, Ärztliches Standesrecht in der Schweiz - Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften, in : Die Privatisierung des Privatrechts - rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart/Munich/Hannovre/Berlin/Weimar/Dresde 2002, p. 245 ss.

RUSSELL PETER, Standing up for Notwithstanding, (1991) Alta. L. Rev. 293.

SALADIN PETER / AUBERT MARTIN, La Constitution sociale in : Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne 1995, p. 101 ss.

SABOURIN FREDERIQUE / MERETTE PIERRE, Le mécanisme de plainte individuelle au Comité des droits de l'homme de l'ONU, in : Conférence des juristes de l'Etat 2009, Cowansville 2009, p. 505 ss.

SCHEFER MARKUS, Beeinträchtigung von Grundrechten, in : Vallender, K. A (éd.), Handbuch der Grundrechte, Zurich 2007.

SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Berne 2006.

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten : Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berne 2001.

SCHWEIZER RAINER, Artikel 36, in : Die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, Zurich 2009, p. 727 ss.

SCHWEIZER RAINER, Entwicklungen im Polizeirecht von Bund und Kantonen, Pratique juridique actuelle 1997, p. 379 ss.

SERVICE DES AFFAIRES INTERNATIONALES, Rapport initial de la Suisse sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Berne 1996.

SHEPPARD ROBERT / VALPY MICHAEL, The National Deal : the Fight for a Canadian Constitution, Toronto 1981.

SLATTERY BRIAN, Canadian Charter of Rights and Freedoms - Override Clauses Under Section 33 - Whether Subject to Review Under Section 1, (1983) 61 Canadian Bar Review 391.

STEFFEN GABRIELLE, Droit aux soins et rationnement. Approche d'une définition des soins nécessaires, Berne 2002.

STEINMANN GEROLD, Kriterien der Einschränkung von Grundrechten in der Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit, Landesbericht Schweiz, Europäische Grundrechte Zeitschrift 2006, p. 629 ss.

STROM HARRY, Alberta's Position on Reports of Sub-Committees On Fundamental Rights and Judicial Review, Federal-Provincial Conference of First Ministers on the Constitution, Ottawa, December 1968.

SUDRE FREDERIC, Droit international et européen des droits de l'homme, 6^{ème} éd., Paris 2008.

SVAREZ CARL-GOTTLIEB, Vorträge über Recht und Staat, Conrad H. et Kleinheyer G. (éd.), Cologne/Opladen 1960.

TANQUEREL THIERRY, Le juge comme arbitre de l'intérêt public, in : Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, Bâle, Munich 2002, p. 221 ss.

TARNOPOLSKY WALTER S. / BEAUDOIN GERALD. A., The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Commentary, Carswell, Toronto 1982.

TARNOPOLSKY WALTER S., A comparison between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights, (1982-83) 8 Queen's Law Journal 211.

TAVERNIER PAUL, in : PETIT / DECAUX / IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1999, p. 489 ss.

TEMBLAY GERALD, Les droits à l'égalité et l'article premier de la charte canadienne des droits et libertés, (1997) 55 University of Toronto Faculty Law Review 303.

TREMBLAY ANDRE, Droit constitutionnel : principes, 2^{ème} éd., Montréal 2000.

TRUDEAU PIERRE ELIOT, La Charte canadienne des droits de l'homme, Ottawa 1968.

TRUDEAU PIERRE ELIOT, The Constitution and the People of Canada : An Approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government, Ottawa 1969.

VAN DIJK PIETER / VAN HOOFF G.J.H., Theory and practise of the European Convention on Human Rights, La Haye 1998.

VAN DROOGHENBROECK SEBASTIEN, La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux, Bruxelles 2001.

VASAK KAREL, Pour une troisième génération des droits de l'homme, in : Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet, Genève 1984, p. 837 ss.

VELU JACQUES / ERGEC RUSEN, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990.

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2^{ème} éd., Zurich 1999.

WALDMANN BERNHARD, Die Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Berne 2003.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Grundrechtseingriffe, in : Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bernertage für die juristische Praxis 1999 , Berne 2000, p. 133 ss.

WEINRIB LORRAINE, Learning to Live with the Override, (1990) 35 McGill Law Journal 541.

WIEDERKEHR RENE, Die Kergehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, St-Gall 2000.

WIEDERKEHR RENE, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen : Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit ? Pratique juridique actuelle 4/2008, p. 394 ss.

WILDHABER LUZIUS, Limitations on Human Rights, in time of peace, war and emergency : a Report on Swiss Law, in : La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé, Cowansville 1986, p. 55 ss.

WILSON BARBARA, La liberté de langue des minorités dans l'enseignement, Bâle 1999.

WOLFFERS FELIX, Fondements du droit de l'aide sociale, Introduction aux législations fédérale et cantonales en matière d'aide sociale, Berne 1995.

WÖLKER ULRICH, Zu Freiheit und Grenzen der politischen Betätigung von Ausländern, Berlin 1987.

WYSS MARTIN, Öffentliche Interessen - Interessen der Öffentlichkeit ? : Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats - und Verwaltungsrecht, Berne 2001.

WYSS MARTIN, Wer Grundrechte ausübt, muss die Grundrechte anderer beachten, in : Soloturner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Soleure 1998, p. 55 ss.

WYTE JOHN D., On not Standing for notwithstanding, (1990) Alberta Law Review 347.

ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, *Revue de droit suisse* 1978 II, pp. 1 ss.

ZIMMERMANN ROBERT, Le principe de la légalité et les rapports de droit spéciaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in : *La légalité : un principe à géométrie variable*, publié par C.-A. Morand, Bâle 1992, p. 117 ss.

INTRODUCTION

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789

CONTEXTE ET PROBLEMATIQUE

En garantissant les libertés, un Etat se réserve le droit de les limiter. Les libertés ne sont en effet pas absolues. Elles trouvent leurs limites soit dans la nécessité de sauvegarder juridiquement l'intérêt général, soit dans la protection des droits fondamentaux d'autrui. Le principe et la théorie de la limitation des libertés apparaissent déjà dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution suisse le 1^{er} janvier 2000, un système « explicite » de limitation des droits fondamentaux a été introduit dans notre Charte fondamentale. La Constitution établit un mécanisme destiné à protéger les droits fondamentaux lors de leur limitation (art. 36). Cette disposition énonce quatre conditions de limitation : la base légale, l'intérêt public, la proportionnalité et le respect du noyau intangible. Cette clause limitative n'est toutefois pas une innovation de notre droit. Elle n'est que la consécration de règles non écrites dégagées progressivement depuis plusieurs années par le Tribunal fédéral et la doctrine. Il s'agit donc d'une codification du droit constitutionnel non écrit. Cette disposition a rapidement donné lieu à beaucoup de controverses dans la doctrine.

La Constitution suisse contient un catalogue des droits fondamentaux. L'article 36 Cst. occupe la dernière place de ce catalogue. Il semble donc avoir vocation à s'appliquer à tous les droits énoncés. La portée de cette norme est toutefois loin d'être claire. De nombreuses questions se posent. Les droits fondamentaux peuvent-ils tous être limités ? Certains droits perdraient-ils leur sens s'ils subissaient des limitations ? La clause limitative de l'article 36 est-elle applicable de manière uniforme à tous les droits du catalogue ?

On admet généralement que le droit à la vie, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants sont des droits absolus qui ne peuvent subir aucune limitation. La question de l'application du système de limitation se pose en particulier pour les droits sociaux et les garanties de l'Etat de droit.

Les droits sociaux protègent les besoins élémentaires de l'homme : travailler, se nourrir, se loger, être formé. Peut-on limiter les moyens indispensables à une existence décente ? La question est controversée. En 1995, le Tribunal fédéral a reconnu le droit à des conditions minimales d'existence comme un droit non écrit³. Un an plus tard, dans un arrêt du 24 mai 1996, il a été appelé à se prononcer sur la constitutionnalité du refus de toute prestation d'assistance à un requérant d'asile rebelle⁴. Notre Haute Cour a admis que ce droit pouvait être limité et qu'une telle mesure devait respecter les conditions habituelles de toute restriction aux droits fondamentaux, à savoir reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public prépondérant, être proportionnée et ne pas porter atteinte à la substance même du droit considéré.

La doctrine, au contraire, considère alors en majorité qu'un tel retrait est inadmissible et constitue une atteinte au noyau fondamental du droit en question.

Qu'en est-il des autres droits sociaux, par exemple du droit à un enseignement de base ? Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner quelques législations scolaires cantonales prévoyant l'exclusion comme sanction au comportement répréhensible de certains élèves⁵. Dans ces affaires, la Haute Cour a adopté une position peu claire sur la problématique de la limitation des droits sociaux en préconisant une application de l'article 36 Cst. « par analogie ».

De même, l'article 36 Cst. n'est traditionnellement pas appliqué aux garanties d'un Etat de droit, comme la protection de la bonne foi et l'égalité de traitement, par exemple. Pour que le principe d'égalité soit respecté, on exige que le législateur traite de façon identique deux situations qui sont égales ou semblables et qu'il traite de façon différente deux situations inégales ou dissemblables. Ne pourrait-on pas appliquer les conditions classiques de limitation à l'égalité ?

³ ATF 121 I 367, *V.*

⁴ ATF 122 II 193, *B.*

⁵ ATF 129 I 112, *V.*, et 129 I 35, *M. X.*

Telles sont, entre autres, les principales interrogations que pose le système des restrictions aux droits fondamentaux de l'article 36 de la Constitution.

METHODOLOGIE, DELIMITATION ET PLAN

La question centrale de notre travail est celle de savoir si l'article 36 de la Constitution suisse s'applique à tous les droits fondamentaux protégés. Pour y répondre, nous avons décidé d'effectuer une étude de droit comparé et de nous inspirer des solutions ou réflexions proposées dans d'autres ordres juridiques. Notre choix s'est porté sur le Canada et sur la Convention européenne des droits de l'homme. Nous avons sélectionné le Canada du fait qu'en 1982, il a été le premier pays à incorporer dans son texte fondamental une clause générale de limitation des droits fondamentaux. Dès son adoption, les tribunaux et la doctrine se sont interrogés sur son rôle et sa portée, en particulier sur le fait de savoir si cette clause limitative s'appliquait à tous les droits fondamentaux. Les questions qui se posent en droit canadien sont similaires à celles qui occupent les tribunaux et auteurs suisses. La Convention européenne des droits de l'homme a été choisie d'une part parce qu'elle est applicable en Suisse et d'autre part parce qu'elle présente la particularité de comporter des clauses de limitation spécifiques à chacun des droits garantis, contrairement aux textes fondamentaux suisse et canadien.

Il convient de préciser que cette étude n'a pas pour objet de trancher toutes les controverses doctrinales ou jurisprudentielles existant en droit canadien ou européen, même si une prise de position peut être faite à une occasion ou une autre.

Dans un premier temps, nous allons exposer le système de limitation des droits fondamentaux en Suisse (art. 36 Cst.) dans le détail. Chaque condition de limitation sera étudiée. Nous procéderons ensuite à une classification des différentes catégories de droits fondamentaux protégés par la Constitution. Nous

examinerons finalement la question de l'applicabilité de ce système de limitation aux différentes catégories de droits fondamentaux.

Nous nous pencherons ensuite sur le système de limitation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique canadien. A nouveau, nous étudierons chaque condition de limitation en détail et nous procéderons à une classification des divers droits protégés. Nous nous demanderons ensuite si la clause limitative s'applique à tous les droits énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés. En 1989, la Cour suprême du Canada a affirmé que la clause de limitation s'appliquait à l'égalité de traitement⁶. Cette jurisprudence se révélera très intéressante pour notre pays. Dans cette partie, nous examinerons aussi une spécificité canadienne : la clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte, qui pose à notre avis plus de problèmes qu'elle ne prétendait en résoudre.

La troisième partie de ce travail sera consacrée à la Convention européenne des droits de l'homme. Comme il a été mentionné ci-dessus, contrairement aux deux autres textes choisis, la CEDH ne contient pas de clause de limitation générale. Le système prévu dans la Convention présente-t-il des avantages ? Nous examinerons aussi la clause dérogatoire de la Convention qui est fondamentalement différente de l'instrument canadien. Finalement, nous accorderons une attention particulière à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'égalité. L'analyse de la pertinence des distinctions se fait selon une méthode relativement semblable à l'approche canadienne.

Après avoir présenté dans le détail les systèmes de limitation des droits fondamentaux en Suisse, au Canada et dans la Convention européenne des droits de l'homme, nous les comparerons. Cette confrontation nous permettra peut-être de proposer certaines réponses aux questions qui se posent dans le droit suisse.

⁶ Andrews v. Law society of British Columbia [1989] 1 R.C.S. 143.

**PARTIE 1 LA LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN
DROIT CONSTITUTIONNEL SUISSE**

CHAPITRE 1 HISTORIQUE

La première Constitution helvétique du 12 avril 1798 contient un catalogue des droits fondamentaux. Cette Constitution a été rédigée par Pierre Ochs à Paris en 1797 sous l'œil bienveillant de Bonaparte. A peu de détails près, il s'agit d'une adaptation de la Constitution de Fructidor de l'An III qui a introduit en France la période du Directoire.

Dès 1802, on dénote un réel recul dans la protection des droits fondamentaux. La seconde Constitution helvétique, promulguée le 2 juillet 1802, ne traite que de structure et d'organisation, tout comme l'acte de Médiation de 1815. La Régénération permet le développement du libéralisme qui rétablit dans la Constitution de 1848 les libertés fondamentales. L'article 41 de ce texte mentionne la liberté d'établissement. Chaque citoyen suisse « a le droit de s'établir librement dans toute l'étendue du territoire suisse ». Aucun canton ne peut fermer ses frontières à un Confédéré qui remplit certaines conditions limitativement énumérées (moralité, intégrité civique, capacité de s'entretenir lui et sa famille). Figure donc ici un système de restriction de la liberté d'établissement. Prises négativement, ces conditions permettent à un canton de refuser qu'un Confédéré s'établisse sur son territoire. Le régime cependant n'est pas nouveau, il est repris d'un concordat de 1819 liant 14 cantons, lui-même inspiré d'un décret de 1805.

Au moment de l'adoption de cette nouvelle Constitution fédérale, la plupart des cantons régénérés viennent d'opter pour des Constitutions libérales dont la garantie des droits fondamentaux constitue un élément important. Le constituant de 1848 consacre donc en premier lieu certaines libertés jugées insuffisamment protégées dans les Constitutions cantonales ; celles qui sont nécessaires au fonctionnement de l'Etat fédéral et celles dont le respect est menacé dans les cantons conservateurs récalcitrants. Sont ainsi protégées : la liberté de presse

(art. 45), la liberté d'association (art. 46), le droit de pétition (art. 47), la liberté des cultes des chrétiens (art. 44). Ces libertés ne sont toutefois garanties que sous réserve de l'ordre public.

Lors de la révision totale de 1874, le principe de la subsidiarité de la garantie fédérale des droits fondamentaux par rapport aux garanties cantonales est implicitement reconduit. Seules sont consacrées ou renforcées les libertés insuffisamment protégées au niveau cantonal. La Constitution de 1874 ne contient donc aucun catalogue de droits fondamentaux. Le droit d'établissement est fortifié. La condition de la moralité est supprimée, tout comme celle de la capacité financière (sauf dans les cantons qui ont institué l'assistance au domicile). L'établissement ne peut être refusé qu'aux personnes qui ont été privées de leurs droits civiques à la suite d'un jugement pénal. La délinquance grave et répétée ou l'indigence permanente peuvent justifier un retrait du permis d'établissement. Deux nouvelles libertés entrent dans la Constitution ; la liberté de conscience et de croyance (art. 49) et la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31).

Pendant la crise des années trente, on commence à considérer que la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux est lacunaire. Devant l'inactivité du constituant à pallier ce problème, le Tribunal fédéral entreprend, encouragé par la doctrine, de compléter le catalogue constitutionnel des droits fondamentaux.

En 1936, HUBER affirme que le juge constitutionnel peut combler les lacunes de la Constitution quant aux droits fondamentaux⁷. L'énumération n'est pas selon lui une règle de droit, mais un simple programme, qui ne prend sens qu'à travers l'activité du juge constitutionnel. Peu importe donc qu'un droit soit mentionné par la Constitution ou non, le juge doit lui donner un sens.

En 1941, GIACOMETTI développe sa conception des libertés implicites⁸. Le but et le sens des libertés sont de fonder un système libéral de valeurs. Les Constitutions ne garantissent donc pas seulement les libertés mentionnées expressément, mais aussi toutes celles qui pourraient devenir actuelles. Les lacunes de la Constitution ne sont donc que formelles. Matériellement, toutes les libertés sont garanties.

⁷ HUBER (1936).

⁸ GIACOMETTI (1941).

En 1955, HUBER affine sa théorie⁹. Les libertés qui sont des piliers de l'Etat de droit démocratique, comme la liberté d'expression et de réunion, mais dont la Constitution ne mentionne pas l'existence, doivent être reconnues en tant que principes directeurs non écrits, avec la même valeur que les consécutions expresses.

Au cours des années soixante, le Tribunal fédéral reconnaît cinq libertés comme des droits constitutionnels non écrits : la garantie de la propriété¹⁰, la liberté d'expression¹¹, la liberté personnelle¹², la liberté de langue¹³ et la liberté de réunion¹⁴. Jusqu'en 1995, le Tribunal fédéral a ensuite refusé systématiquement d'allonger la liste des droits constitutionnels non écrits. Puis, sous l'effet de la crise économique, il reconnaît le droit à des conditions minimales d'existence¹⁵.

Les travaux de révision de la Constitution débutent dans les années soixante. Ils ont, selon le Conseil fédéral, pour origine le malaise politique, les transformations de la société, la crise économique à laquelle est confrontée la Suisse dans les années d'après-guerre¹⁶. Karl Obrecht (Conseiller aux Etats) et Peter Dürrenmatt (Conseiller national) déposent en 1965 une motion dans laquelle ils demandent une révision totale. Les deux motions sont approuvées tacitement et sans opposition en 1966. De 1967 à 1973, un groupe de travail mène une étude approfondie sur la question. En 1977, une commission d'experts présente un projet pour la préparation de la révision totale de la Constitution. Il est mis en consultation. En 1981, le Conseil fédéral donne au Département fédéral de justice et police le mandat de retravailler le projet de 1977 à la lumière des remarques ressortant de la procédure de consultation. Le Conseil fédéral ne veut toutefois pas poursuivre la procédure sans l'accord formel de l'Assemblée fédérale. Il rédige un rapport sur les travaux préparatoires en 1985¹⁷. Le Parlement approuve le principe d'une révision totale selon l'article 120 aCst. le 3 juin 1987 et donne au

⁹ HUBER (1955).

¹⁰ Arrêt Keller du 11 mai 1960, ZBl 1961, p. 69.

¹¹ ATF 87 I 114, *Sphinx Films SA*.

¹² ATF 89 I 92, *Kind X*.

¹³ ATF 91 I 480, *Association de l'école française*.

¹⁴ ATF 96 I 104, *N*.

¹⁵ ATF 121 I 367, *V*.

¹⁶ FF 1997 I 25.

¹⁷ FF 1985 III 1.

Conseil fédéral le mandat de préparer le projet¹⁸. D'après l'article 3 de l'arrêté fédéral de juin 1987, « le projet mettra à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, le rendra compatible et compréhensible, l'ordonnera systématiquement et en unifiera la langue et la densité normative ». Sont donc fixées des directives relativement précises quant au contenu du projet que le Conseil fédéral devra présenter. Les travaux ne commencent toutefois pas immédiatement, car dès 1988, la question de l'adhésion à l'Espace économique européen mobilise le calendrier politique. Après le rejet de l'adhésion de la Suisse, une motion de la Conseillère aux Etats Josi Meier contribue à accélérer les travaux. Elle renforce le mandat de 1987 au Conseil fédéral en fixant des délais clairs ; un projet de Constitution doit pouvoir être adopté en 1998, à l'occasion des 150 ans de l'Etat fédéral.

Le projet de réforme est composé de trois parties : un projet A relatif à une mise à jour, un projet B sur la réforme des droits populaires et un projet C sur la réforme de la justice.

Fruit de ces travaux, la Constitution fédérale du 18 avril 1999 contient un catalogue détaillé des droits fondamentaux et une disposition consacrant les conditions auxquelles sont soumises leurs limitations (art. 7 à 36 Cst.). Sous le régime de 1874, les droits fondamentaux étaient éparpillés en plusieurs endroits de la Constitution, dans différentes conventions internationales et consacrés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans la nouvelle Constitution, le catalogue se situe juste après les dispositions générales. Le constituant a ainsi voulu marquer l'importance qu'il accorde aux libertés individuelles et collectives dans notre Etat de droit.

La Constitution fédérale est aujourd'hui le texte de référence pour ce qui est des droits fondamentaux. Il ne faut toutefois pas oublier les instruments internationaux en la matière (la CEDH et les deux Pactes de l'ONU), ainsi que les innovations contenues dans les Constitutions cantonales. La Constitution bernoise, par exemple, accorde un droit à l'information. Par ailleurs, il n'est pas impossible que le Tribunal fédéral reconnaisse de nouveaux droits fondamentaux non écrits devant l'émergence de nouveaux besoins de protection.

¹⁸ FF 1987 II 977.

CHAPITRE 2 GENESE DE L'ARTICLE 36 CST.

Les droits fondamentaux ne sont pas absolus. Ils trouvent leurs limites soit dans la nécessité de protéger juridiquement l'intérêt général, soit en raison de leur équilibre mutuel.

La Constitution donne au législateur une tâche d'organisation et de régulation des droits fondamentaux. Elle établit un mécanisme destiné à protéger les droits fondamentaux lors de leur limitation. En effet, afin de ne pas vider les droits fondamentaux de toute substance, il s'agit de prévoir des conditions à leur limitation. Ce sont des maximes juridiques fondamentales qui limitent le pouvoir dans un Etat de droit.

L'article 36 de la Constitution actuelle et les articles consacrés à la limitation des droits fondamentaux dans les avant-projets et projets de Constitution ne sont que la consécration de règles non écrites de droit constitutionnel. Les conditions de limitation des droits fondamentaux ont en effet été dégagées par le Tribunal fédéral dans une jurisprudence abondante sur laquelle nous reviendrons en détail plus loin¹⁹.

Dans le premier projet de Constitution fédérale révisée de 1977 le système de la disposition unique consacrée à la limitation des droits fondamentaux était déjà prévu. En effet, la commission d'experts a estimé qu'il est très difficile d'établir pour chaque droit fondamental et sous une forme concise, tout un programme de limitations, comme le font, notamment la Convention européenne des droits de l'homme ou les Pactes de l'ONU²⁰. Les restrictions admissibles varient toutefois bien évidemment d'un droit à l'autre.

¹⁹ Voir par exemple ATF 111 Ia 231, *Himmelberger*.

²⁰ FF 1985 III 67.

§ 1 Les versions successives de la disposition relative à la limitation des droits fondamentaux

En 1977, dans le projet pour la préparation de la révision totale de la Constitution, la disposition consacrée à la limitation des droits fondamentaux se présente comme suit²¹ :

Article 23 Limites des droits fondamentaux

¹ Les droits fondamentaux ne peuvent être limités que lorsqu'un intérêt public prépondérant le justifie. Ils ne doivent pas être atteints dans leur essence.

² Les limitations des droits fondamentaux exigent une base légale ; les plus graves doivent être prévues expressément par la loi. Sont réservés les cas de danger sérieux, manifeste et imminent.

³ Les droits fondamentaux des soldats, des fonctionnaires, des détenus, ainsi que de toutes les autres personnes qui sont liées à l'Etat par un rapport spécial de dépendance, ne peuvent être limités, de surcroît, que dans la mesure où l'exige l'intérêt public qui a justifié l'établissement de ce rapport.

En 1985, le projet du Département fédéral de justice et police reprend pratiquement la même formulation²² :

Article 24 Contenu et limites des droits fondamentaux

¹ Les droits fondamentaux ne doivent pas être atteints dans leur essence.

² Ils ne peuvent être limités que dans la mesure où un intérêt public prépondérant l'exige.

³ Les limitations doivent être fondées sur une base légale. Quand elles sont particulièrement graves, la loi en définit le contenu, le but et l'étendue. Sont réservés les cas de danger sérieux, manifeste et imminent.

⁴ Les droits fondamentaux des soldats, des fonctionnaires et des autres personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial ne peuvent être limités, de surcroît, que dans la mesure où l'exige l'intérêt public particulier qui a justifié l'établissement de ce rapport.

Dans le projet de Constitution de 1995, l'article traitant de la limitation des droits fondamentaux est rédigé ainsi²³ :

Article 30

²¹ FF 1985 III 180.

²² FF 1985 III 209.

²³ Projet de Constitution de 1995, tout ménage distribué à la population intitulé : « Réforme de la Constitution fédérale, renforcer la Suisse, consolider l'acquis, construire l'avenir ».

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale ; elle doit être justifiée par la protection d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui et doit être proportionnée au but visé.

² Quand elle est grave, la restriction doit être prévue dans la loi même. Sont réservés les cas de danger sérieux, direct et imminent.

³ Les droits fondamentaux ne doivent pas être atteints dans leur essence.

Le projet de 1996 a une formulation presque identique²⁴ :

Article 32 Restrictions des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale ; elle doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui ; elle doit être proportionnée au but visé.

² Toute restriction grave doit être prévue par la loi elle-même. Sont réservés les cas de danger sérieux, direct et imminent.

³ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

La formulation choisie dans la Constitution de 1999 est la suivante :

Article 36 Restriction des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves et imminentes 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.

§ 2 Commentaire des différentes versions

La codification du système de restriction des droits fondamentaux a été jugée de manière favorable lors de la consultation²⁵. Il est intéressant de s'arrêter sur chacune des conditions de limitation.

²⁴ FF 1997 I 603.

²⁵ FF 1997 I 196.

Si la question de la base légale ne soulève pas de remarque particulière, celles de l'intérêt public et de la proportionnalité méritent par contre un examen plus approfondi.

D'après les textes de 1977 et 1985, les droits fondamentaux peuvent être limités par « un intérêt public prépondérant ». Cette notion a disparu des rédactions suivantes et a été remplacée par celle « d'intérêt public ».

Un des problèmes principaux de la réalisation des droits fondamentaux est que ceux-ci peuvent entrer en collision avec d'autres objectifs fixés par la Constitution. L'Etat doit en effet accomplir certaines tâches comme la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire, l'enseignement obligatoire, la police sanitaire en même temps qu'il doit réaliser et promouvoir les droits fondamentaux. Il s'agira de trouver un juste équilibre selon l'importance des intérêts en présence. L'évaluation de ces intérêts peut être rattachée soit à l'exigence d'un intérêt public prépondérant, soit à l'examen de la proportionnalité. La jurisprudence a varié à ce sujet. Le Tribunal fédéral n'a pas toujours effectué la pesée des intérêts dans le même contexte. Il se rattache par exemple à l'intérêt public dans une affaire relative à un site naturel de Haute Engadine. Ainsi, l'intérêt public à la protection du paysage prime sur les intérêts privés des propriétaires fonciers dont les biens fonds sont exclus de la zone à bâtir²⁶.

Par contre, le Tribunal fédéral met l'accent sur le principe de la proportionnalité lorsqu'il s'agit de contrôler la constitutionnalité d'une décision de démolition d'un bâtiment. Il vérifie si la démolition est dans un rapport raisonnable avec le but qui est le rétablissement d'une situation conforme au droit²⁷.

Dans le projet de Constitution de 1977, la commission d'experts penche donc pour le rattachement de la pesée des intérêts à l'intérêt public, puisque celui-ci doit être prépondérant. La rédaction du texte de 1985 confirme ce choix, d'ailleurs suivi par la doctrine. Pour MÜLLER, le rattachement de la pesée des intérêts à l'intérêt public permet de ne pas alourdir davantage le concept déjà surchargé de la

²⁶ ATF 104 Ia 120, *Müssgens*.

²⁷ ATF 108 Ia 216, *Seebach*.

proportionnalité²⁸. Celui-ci ne devrait être utilisé que pour l'examen de l'adéquation du moyen employé par rapport au but poursuivi. GRISEL donne le même avis²⁹.

Le rattachement à l'intérêt public se justifie – toujours selon MÜLLER – également par le fait qu'une décision de limitation de droits fondamentaux dépassant ou manquant le but assigné ne peut pas être légitimée par celui-ci³⁰. Cette atteinte est donc d'emblée dépourvue d'intérêt public. Ainsi l'examen de la proportionnalité est superflu. Soit par exemple une interdiction totale de bâtir sur un terrain et qu'il n'y ait aucune raison de protéger ce terrain car le paysage n'en vaut pas la peine, l'intérêt public fait donc défaut. Il n'y a aucune utilité à examiner si la mesure est proportionnée.

Dans sa jurisprudence postérieure, le Tribunal fédéral choisira d'ancrer la pesée des intérêts au principe de l'intérêt public. Une atteinte aux droits fondamentaux n'est ainsi admissible que lorsque l'intérêt public l'emporte sur les intérêts privés opposés. La précision qui figurait dans les deux premières rédactions du principe de la limitation des droits fondamentaux a ainsi logiquement disparu.

Dans son Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, le Conseil fédéral indique que le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures et trois organisations consultées (l'Union suisse du commerce et de l'industrie, Commerce suisse et la Société suisse des industries chimiques) ont expressément demandé à ce qu'il soit précisé dans le projet que l'intérêt public doit être prépondérant³¹. Le Conseil fédéral n'a pas tenu compte de cette remarque pour les raisons suivantes : le caractère prépondérant de l'intérêt public résulte déjà du fait que la restriction doit être « justifiée ». En effet, cette notion de justification implique nécessairement que l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé. Par ailleurs, la prépondérance de l'intérêt public est vérifiée une seconde fois lors de l'examen de la proportionnalité de la restriction.

En ce qui concerne le principe selon lequel l'essence des droits fondamentaux est inviolable, des voix se sont élevées lors de la consultation, pour demander une

²⁸ MÜLLER (1983), p. 127.

²⁹ GRISEL (1984a), p. 350.

³⁰ MÜLLER (1983), p. 127.

³¹ FF 1997 I 197.

définition précise et générale de ce concept. Pour le Conseil fédéral, une définition globale est inappropriée car elle ne peut être la même pour tous les droits fondamentaux. Seule une définition particulière concernant chaque article, à l'instar de la Constitution bernoise, pourrait apporter quelque chose de plus. Toutefois, le Message indique aussi que les auteurs du projet ont renoncé à adopter le système de restriction contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans les Pactes ONU³². Des définitions ponctuelles de ce concept iraient donc à l'encontre de la systématique choisie. Le second argument en défaveur de cette rédaction est la crainte de voir la jurisprudence se figer. Figurent tout de même quelques exceptions à ce principe. Ainsi, l'article 10 Cst. concernant le droit à la vie et la liberté personnelle interdit la peine de mort, la torture et les autres traitements ou peines cruels, inhumains et dégradants. L'article 17 Cst. interdit la censure. L'article 25 Cst. interdit de refouler une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture ou tout autre traitement tombant sous le coup de l'article 10 al. 3 Cst.

Enfin, on peut encore relever que contrairement aux deux premiers textes dans lesquels figurait un alinéa particulier quant au statut des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial, il n'a plus semblé nécessaire au Conseil fédéral de réserver une mention spécifique à cette question dans la Constitution de 1999. En effet, cette question peut être réglée par l'application des principes de la proportionnalité et de l'intérêt public. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis que les droits fondamentaux des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial ne peuvent être restreints que dans la mesure où l'exige l'intérêt public particulier qui a justifié l'établissement de ce rapport³³. Ainsi, le fonctionnaire peut exercer une activité politique et s'adonner en public et en privé à la critique politique. Toutefois, il doit s'imposer certaines limites que commande sa situation personnelle. Il doit en particulier s'abstenir de tout moyen illégal et ne peut pas inciter les autres à utiliser de tels moyens.

³² FF 1997 I 195.

³³ ATF 101 Ia 175, *Froidevaux*.

CHAPITRE 3

SYSTEME DE LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX (ARTICLE 36 CST.)

L'article 36 de la Constitution traite du système de limitation applicable aux droits fondamentaux. Pour qu'une limitation soit licite, il faut nécessairement que quatre conditions soient remplies cumulativement : la base légale, l'intérêt public, le respect de la proportionnalité et le respect du noyau intangible.

L'article 36 Cst. soulève également la délicate question de la distinction entre la *restriction* d'un droit fondamental et la détermination de la *sphère de protection* (*Schutzbereich*) d'un droit fondamental.

SCHEFER détaille les notions de « restriction » et « sphère de protection » et étudie les rapports entre ces deux concepts³⁴. Ainsi, la question de la restriction des droits fondamentaux se pose lorsque la protection des droits fondamentaux d'un particulier se heurte aux intérêts de la communauté ou d'un tiers. La « sphère de protection » d'un droit fondamental décrit l'objet de la protection et se traduit comme l'expression des conditions d'existence essentielles d'un particulier.

Les droits fondamentaux ne protègent en effet pas tout comportement humain quel qu'il soit. Chaque droit protège certaines valeurs juridiques et a donc une sphère de protection déterminée. Avant d'examiner si les conditions posées par l'article 36 sont remplies, il s'agit de savoir s'il existe effectivement une atteinte, une restriction au droit en question. Il faut donc déterminer quel est le champ d'application personnel, c'est-à-dire quels sont les destinataires et quel est le champ d'application matériel, c'est-à-dire le contenu précis, du droit fondamental en question. Il s'agit d'établir si la mesure étatique touche effectivement un comportement ou une situation qui constitue un aspect de ce que le droit en

³⁴ SCHEFER (2006), p. 16 ss.

question protège. Si tel n'est pas le cas, il est inutile d'examiner les conditions de l'article 36.

§ 1 La base légale (article 36 al. 1 Cst.)

Le premier alinéa de l'article 36 pose une condition de forme. Cette première phrase affirme que les restrictions aux droits fondamentaux doivent être prévues par une règle de droit générale et abstraite, adoptée régulièrement. En même temps qu'elle restreint les libertés fondamentales, la loi leur donne un sens, une substance et une certaine valeur. Une liberté sans borne n'en serait pas vraiment une.

Le principe de la base légale – ou réserve de la loi – est apparu en Angleterre à la fin du XIII^e siècle. En 1295, le roi Edouard I^{er} était en guerre contre la France et l'Ecosse. Afin de financer ces opérations, il décide de convoquer le Parlement qui lui alloue, non sans réticences, d'importantes sommes d'argent. Les deux années suivantes, le roi décide de lever une lourde taxe foncière, d'imposer des droits sur les exportations de laine et de saisir une partie des biens de l'Eglise sans le consentement du Parlement. Ces impositions abusives provoquent la colère et obligent Edouard I^{er} à effectuer une « Confirmation de la Grande Charte » par laquelle il promet qu'à l'avenir aucun nouvel impôt ne sera levé sans le consentement du Parlement³⁵.

Aujourd'hui encore, il existe plusieurs justifications au principe de la base légale : la sécurité et la prévisibilité du droit, l'égalité de traitement, la démocratie directe et la séparation des pouvoirs.

L'existence d'une base légale rend l'activité de l'autorité exécutive prévisible. La base légale assure la sécurité du droit. Elle protège le particulier contre une administration et une justice capricieuses en lui permettant d'anticiper leurs actes et d'y adapter son comportement³⁶. Le principe de la légalité remplit donc une

³⁵ FRISON (2005), p. 22-23.

³⁶ ATF 109 Ia 273, 284, *Hans Vest*, ATF 117 Ia 472, 480, *Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt*.

fonction protectrice. Il s'agit d'une part de protéger le citoyen contre l'arbitraire d'un organe étatique qui serait habilité en même temps à adopter et à appliquer la loi, et d'autre part de garantir le principe démocratique, à savoir les droits politiques des citoyens³⁷.

En obligeant les organes étatiques à obéir à des règles générales, la base légale contribue à assurer aux administrés un traitement identique. La base légale sert donc le principe d'égalité. A des moments différents, dans des lieux différents, l'autorité administrative ou les tribunaux ne peuvent pas traiter de manière différente deux cas semblables. La loi les oblige à les traiter tous les deux de la même manière.

Si la base légale est une base légale formelle³⁸, les citoyens peuvent consentir aux atteintes graves portées aux droits fondamentaux par le biais du référendum facultatif ou obligatoire qui est l'expression de la démocratie directe. Les citoyens participent ainsi activement à la définition des libertés.

L'exigence d'une base légale dérive finalement du principe de séparation des pouvoirs et de leur limitation réciproque : les compétences attribuées au Parlement réduisent celles du monarque ou du gouvernement. La loi lie les autorités exécutives et les tribunaux. Chaque organe étatique a ainsi un champ d'action distinct. Le pouvoir exécutif et son administration ne peuvent prendre de décisions en dehors du cadre défini par le législateur.

La deuxième phrase de l'alinéa premier de l'article 36 Cst. précise que les restrictions graves doivent être prévues par une loi. La base légale doit donc revêtir une forme qualifiée, celle de la loi formelle.

La distinction entre la loi au sens formel et la loi au sens matériel apparaît au XIX^{ème} siècle, suite au triomphe des révolutions bourgeoises et du positivisme. Pour les Révolutionnaires, la loi est une expression de la volonté générale exprimée par les représentants du peuple. La loi est le cheval de bataille dans la lutte contre l'absolutisme royal. A son arrivée au pouvoir, la bourgeoisie veut une définition de la loi qui lui permette de justifier son pouvoir au lieu de le contester.

³⁷ ATF 103 Ia 369, *Wäffler*.

³⁸ Nous reviendrons sur la définition de la base légale formelle et matérielle plus loin.

Le courant positiviste sépare donc loi formelle, qui évoque la procédure d'adoption des lois, et loi matérielle, qui se rapporte au contenu.

Est une loi formelle « l'acte que le législateur ordinaire a adopté selon la procédure législative ordinaire, étant entendu que ce qui est ordinaire doit d'une façon ou d'une autre être défini par la Constitution. Il s'en suit qu'il appartient à chaque Constitution et à elle seule d'instituer l'auteur et de fixer la procédure d'adoption des lois au sens formel »³⁹. L'ancienne Constitution fédérale de 1874 entendait par loi au sens formel les actes législatifs soumis au référendum facultatif, c'est-à-dire la loi fédérale et l'arrêté fédéral de portée générale (art. 89 al. 2 aCst.) L'arrêté fédéral de portée générale pouvait être muni de la clause d'urgence (art. 89bis al. 1 aCst.). De plus, l'ancien article 6 de la loi sur les rapports entre les conseils (ci-après LRC) précisait que cet arrêté fédéral de portée générale ne pouvait être pris que pour une durée limitée. Le constituant de 1999 n'a plus jugé nécessaire de prévoir une forme particulière pour les actes de durée limitée. Ceux-ci ont donc la forme d'une loi fédérale. Dans la nouvelle Constitution, l'article 163 traite de la forme des actes édictés par l'Assemblée fédérale. Le constituant a cherché à simplifier et clarifier le système de la loi sur les rapports entre les conseils de 1962. Le système de l'article 163 Cst. peut être présenté sous la forme d'un tableau⁴⁰.

	Acte normatif	Acte non normatif
Référendum	Loi	Arrêté fédéral ⁴¹
Pas de référendum	Ordonnance	Arrêté fédéral simple ⁴²

L'article 163 Cst. réserve la forme de l'arrêté fédéral aux actes non normatifs, les décisions par exemple. L'arrêté fédéral n'est plus une loi formelle. Seule la loi fédérale est donc une loi au sens formel.

³⁹ AUER (1991), p. 27.

⁴⁰ MAHON (2000), p. 43.

⁴¹ Notamment art. 53 al. 3 Cst et art. 28 et 29 LParl.

⁴² Font par exemple l'objet d'un arrêté fédéral simple, les décisions de l'Assemblée fédérale concernant les finances de la Confédération (art. 25 LParl).

Pour ce qui est de la loi formelle cantonale, c'est aux Constitutions cantonales de la définir. La Constitution fédérale pose tout de même une règle : à défaut d'être adoptées par une *Landsgemeinde*, les lois doivent être votées par un Parlement élu par le peuple. Ceci découle de l'article 51 Cst. qui précise que chaque canton doit se doter d'une Constitution démocratique.

Le concept de « loi matérielle » est un pur produit doctrinal. La « loi matérielle » est synonyme de règle de droit, d'acte normatif, de règle générale et abstraite. La séparation de la loi formelle est devenue indispensable dès le moment où le législateur ordinaire a perdu le monopole de l'édiction des règles législatives. Cette distinction entre « loi formelle » et « loi matérielle » a pour but de rappeler que tous les organes de l'Etat sont à même de poser des règles générales et abstraites : le constituant, le législateur, le gouvernement, son administration et les tribunaux. La définition de la règle de droit se trouvait à l'ancien article 5 al. 2 LRC⁴³. La révision du 8 octobre 1996 avait abandonné cette définition⁴⁴. Cette dernière a toutefois été reprise à l'article 22 alinéa 4 de la nouvelle loi sur le Parlement avec un libellé un peu différent : « sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences »⁴⁵.

Seule une loi formelle satisfait aux quatre principes posés ci-dessus⁴⁶. Une atteinte qui se fonde sur une base légale formelle a donc une légitimité beaucoup plus grande. Une base légale au sens matériel ne répond qu'aux principes de la sécurité du droit et de l'égalité. Une ordonnance du parlement est une base légale matérielle, mais elle est adoptée « sans le peuple »⁴⁷, c'est-à-dire qu'elle n'est pas soumise au référendum. L'Assemblée fédérale ne peut donc utiliser cette forme de législation que si la Constitution ou une loi l'y autorise. Une telle ordonnance répond à trois des quatre principes susmentionnés.

⁴³ Ancien article 5 al. 2 LRC : « Sont des règles de droit les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure ».

⁴⁴ FF 1999 4480.

⁴⁵ Loi sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement), RS 171.10.

⁴⁶ Prévisibilité et sécurité du droit, égalité de traitement, démocratie directe et séparation des pouvoirs.

⁴⁷ AUBERT/MAHON (2003), p. 1233.

Le Tribunal fédéral a développé sa jurisprudence sur le double pouvoir d'examen selon la gravité de l'atteinte dans le cadre de la vérification de la base légale des restrictions aux droits fondamentaux. Il examine librement la base légale lorsque l'atteinte est grave. Lorsque l'atteinte est peu grave, il examine la base légale sous l'angle restreint de l'arbitraire. Il lui arrive parfois aussi d'opérer sans référence à son pouvoir d'examen et de dire simplement qu'une restriction grave doit avoir une base légale claire et précise⁴⁸.

I Exigence de la base légale selon l'intensité de l'atteinte aux droits fondamentaux

L'exigence de la base légale à laquelle sont soumis les actes qui limitent les droits fondamentaux varie dans sa sévérité selon l'intensité de l'atteinte portée à ceux-ci. L'article 36 al. 1, 1^{ère} phrase distingue les atteintes légères des atteintes graves. Plus l'atteinte est grave, plus les exigences quant à la base légale sont élevées⁴⁹.

A Atteintes graves

Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Il faut entendre une loi au sens formel. Plus la limitation d'une liberté est importante, plus elle doit être légitimée démocratiquement, c'est-à-dire par une décision des représentants du peuple ou dans le cas d'un référendum par une décision du peuple même.

La notion d'atteinte grave n'est pas définie par la Constitution. C'est donc aux tribunaux de déterminer de cas en cas pour chaque droit fondamental quelles sont les atteintes qui doivent être considérées comme légères ou graves⁵⁰. Le Tribunal fédéral précise que la gravité de l'atteinte se détermine selon des critères objectifs⁵¹. Dans certains cas, la Constitution exige elle-même, pour certaines

⁴⁸ Voir ATF 116 Ia 118, 122, *B.* et 123 I 313, 317, *Christoph Haeberli*. Parfois les deux formules sont juxtaposées ; voir ATF 116 Ia 181, 185, *Genossenschaft A.*

⁴⁹ ATF 131 I 333, 341, *Société coopérative d'habitation Lausanne* ; 130 I 65, 68, *X.*

⁵⁰ Voir KIENER/KÄLIN (2007), p. 83.

⁵¹ ATF 130 I 65, 68, *X.*

restrictions, la forme qualifiée de la loi⁵². Toutefois, en ce qui concerne la garantie de la propriété, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à donner une définition claire de l'atteinte grave : « lorsque la propriété foncière est enlevée de force ou lorsque des interdictions ou des prescriptions positives rendent impossible ou beaucoup plus difficile une utilisation du sol – actuelle ou future – conforme à sa destination »⁵³. Pour la liberté personnelle, constituent par exemple des atteintes graves l'incarcération ou le maintien en détention d'un prévenu⁵⁴, le traitement – récolte et conservation – de données personnelles sensibles⁵⁵, le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus⁵⁶. En ce qui concerne la liberté économique est une atteinte grave l'interdiction d'exercer la profession d'hygiéniste dentaire à titre indépendant⁵⁷. N'est pas une restriction grave à la liberté religieuse le fait d'allouer une contribution financière à l'association privée Info Sekta qui gère un bureau d'information et de conseil s'adressant à des personnes de la région zurichoise voulant se libérer de l'emprise des sectes, de pratiques religieuses destructrices ou de groupes religieux totalitaires⁵⁸. Des mesures médicales coercitives, notamment la médication forcée et l'isolement, constituent une atteinte grave à la liberté personnelle. De telles atteintes nécessitent une réglementation claire et expresse contenue dans une loi au sens formel. Il appartient aux cantons de réglementer les soins administrés de manière contraignante à un patient, car les dispositions du Code civil sur la privation de liberté à des fins d'assistance ne traitent pas de cette question⁵⁹. La destruction de plants de chanvre saisis constitue une atteinte grave à la propriété. Une disposition du Code de procédure pénale bernois relative à la réalisation anticipée d'objets saisis ne constitue pas une base légale suffisamment claire et précise pour permettre au juge d'instruction d'ordonner leur destruction anticipée⁶⁰.

⁵² Voir les articles 29 al. 4, 30 al. 2 et 3 et 31 al. 1 Cst.

⁵³ ATF 115 Ia 363, 365, *M.*

⁵⁴ ATF 115 Ia 297, *Magharian*.

⁵⁵ ATF 122 I 360, *B.*

⁵⁶ ATF 123 I 112, *Rolf Himmelberger*.

⁵⁷ ATF 116 Ia 118, *B.*

⁵⁸ ATF 118 Ia 46, *Verein Scientology Kirche Zürich*.

⁵⁹ ATF 126 I 112, 116, *S.*

⁶⁰ ATF 130 I 360, *X und Z GMBH*.

B Atteintes légères

En présence d'une atteinte légère, le principe de la légalité n'a qu'une portée limitée. Le juge constitutionnel n'examine d'ailleurs ces atteintes que sous l'angle de l'arbitraire⁶¹. A cet égard, les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité passent alors au premier plan.

Les atteintes légères doivent également être prévues par une loi, mais il peut s'agir d'une loi formelle relativement vague et indéterminée ou d'une loi matérielle comme une ordonnance de l'exécutif ou un règlement de prison.

Ainsi, le rasage forcé d'un prévenu dans le but de le confronter avec des témoins d'une infraction pénale grave ne constitue pas une atteinte grave à la liberté personnelle⁶². Le Tribunal fédéral précise que le rasage de la barbe n'est d'ailleurs pas comparable à celui de la tête. Dans le cas précis, la suppression de la barbe ne fait en effet que ramener l'apparence du détenu à celle du plus grand nombre, et d'ailleurs à un aspect qu'il a eu longtemps. De plus, la suppression de la barbe n'a qu'un caractère passager. Après que le recourant aura été confronté avec le témoin du hold-up, il pourra faire repousser sa barbe. Le code de procédure pénale zurichois contient les deux dispositions suivantes :

§ 145 Lorsqu'un témoin est invité à identifier une personne ou une chose, il doit préalablement les décrire aussi bien que possible.

§ 146 Une confrontation avec un autre témoin ou avec l'inculpé peut être ordonnée pour supprimer les contradictions.

Ces deux dispositions impliquent selon le Tribunal fédéral qu'en cas de confrontation, l'inculpé doit présenter l'apparence qu'il avait à l'époque où l'infraction qui lui est reprochée a été commise. Sinon, il pourrait éluder le but de la confrontation en modifiant son apparence. Il est donc possible de déduire de ces dispositions le droit d'imposer au recourant, qui ne portait pas de barbe lors de

⁶¹ ATF 123 I 313, 317, *Christoph Haeberli*.

⁶² ATF 112 Ia 161, *X*.

son arrestation, l'obligation de la faire raser. Dans ce cas, une base légale plutôt vague suffit pour imposer une limitation de la liberté personnelle.

D'autres exemples d'atteintes légères peuvent être mentionnés. Ainsi, le règlement d'une prison zurichoise suffit pour limiter le droit des détenus de correspondre librement⁶³. L'atteinte dans le cas d'espèce, à savoir retenir une proposition de mariage écrite à une détenue par un détenu, alors qu'ils sont soupçonnés tous deux de la même infraction, est peu grave. L'intérêt public à la bonne marche de l'instruction l'emporte sur le droit de faire parvenir du courrier. Il s'agit d'éviter les risques de collusion et de subornation. L'obligation pour le visiteur d'une prison de se soumettre à un contrôle impliquant pour lui de franchir un portique équipé d'un détecteur de métal, et de retirer ses chaussures ou sa ceinture pour le cas où l'appareil persisterait à signaler la présence de métal, ne constitue pas une restriction grave à la liberté personnelle⁶⁴. En l'occurrence, l'article 7 du règlement de la prison de Champ-Dollon prévoyant que les personnes admises à pénétrer dans la prison justifient de leur identité et se conforment aux prescriptions en vigueur dans l'établissement et aux ordres de la direction constitue à cet égard une base légale suffisante.

II La densité normative de la base légale

Le fait qu'une restriction ait une base légale dans une loi ou éventuellement dans une ordonnance ne suffit pas. Il faut encore que cette base légale présente une certaine densité normative, c'est-à-dire qu'elle soit suffisamment claire et précise. C'est notamment dans l'arrêt *Himmelberger* que le Tribunal fédéral traite de la densité normative⁶⁵. Il affirme que l'exigence de précision de la norme découle du principe de la légalité, mais aussi de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi. L'exigence de la densité normative n'est pas absolue. On ne peut exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient à la nature générale et abstraite de

⁶³ ATF 117 Ia 465, *K*.

⁶⁴ ATF 130 I 65, *X*.

⁶⁵ ATF 123 I 112, 124, *Rolf Himmelberger*, Voir également à ce sujet : ATF 128 I 327, 339, *S. Botta und Mtb.*

toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle des destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux.

GRISEL affirme qu'il incombe au législateur de répondre à trois questions : qui ? quoi ? comment ? Une loi doit donc mentionner 1° les personnes visées ; 2° les biens susceptibles d'être touchés ; 3° les moyens dont dispose l'administration⁶⁶.

En règle générale, nous pouvons affirmer qu'un texte est suffisamment clair et peut servir de base légale s'il ne comporte ni contradiction, ni lacune et qu'il ne se prête pas à des interprétations divergentes notamment sur ses conséquences.

Par exemple, l'introduction d'un service civil obligatoire pour le personnel médical en prévision de catastrophes et de guerres constitue une restriction grave à la liberté personnelle. Une loi cantonale qui prévoit l'obligation de servir et de recevoir une formation, sans préciser les modalités concrètes de cette formation (durée, âge limite, possibilité d'obtenir des dispenses) ne constitue pas une base légale suffisante, le personnel médical ne pouvant pas évaluer l'atteinte concrète à sa liberté⁶⁷.

III La délégation législative

En dehors des cas où une base légale formelle est exigée, rien ne s'oppose à la délégation législative, c'est-à-dire au transfert des compétences du pouvoir législatif à l'exécutif et à l'administration. Un tel procédé est inévitable à cause de la lourdeur de la procédure parlementaire et de l'impossibilité pour le législatif d'envisager toutes les conditions concrètes de l'application d'une disposition.

La règle de la délégation législative consacrée par la jurisprudence figure aujourd'hui expressément à l'article 164 al. 2 Cst.

⁶⁶ GRISEL (1984a), p. 320.

⁶⁷ ATF 115 Ia 277, B.

Le principe de la séparation des pouvoirs exige tout de même que certaines conditions soient respectées pour que la délégation soit admissible. Il s'agit d'assurer une légitimité démocratique à la législation prise sous délégation. Ces conditions ont été fixées par la jurisprudence⁶⁸ :

- la délégation ne doit pas être exclue par la Constitution ;
- elle doit se limiter à une matière déterminée ;
- la norme de délégation doit préciser le but de la délégation, ainsi que son objet et son étendue, c'est-à-dire déterminer elle-même les grandes lignes de la réglementation à adopter. Le législateur ne peut donc déléguer son pouvoir que par une règle claire et précise⁶⁹ ;
- la délégation doit se trouver dans une norme soumise elle-même au référendum.

La norme qui délègue une attribution légale doit avoir une densité normative plus ou moins forte selon les circonstances. Par exemple, dans le domaine fiscal, elle devra préciser tous les éléments essentiels de l'assujettissement⁷⁰. Dans un arrêt de l'année 1986, la Haute Cour a précisé que « la loi formelle doit en tout cas définir la manière dont l'autorité délégataire devra user du pouvoir qui lui est délégué. La délégation législative n'est pas un blanc seing. A tout le moins doit-elle indiquer le but, l'étendue et les limites de la compétence accordée »⁷¹.

Il est intéressant de mentionner également un autre type de délégation. Il arrive que le législateur, pour la définition d'une notion ou d'un fait déterminant, renvoie à des normes non étatiques établies par des associations spécialisées dans un domaine déterminé⁷². Dans le domaine de la santé, par exemple, certaines législations cantonales renvoient aux directives de l'Association Suisse des Sciences Médicales. On distingue le renvoi direct – c'est-à-dire la référence à des règles émanant d'un organisme clairement désigné – et le renvoi indirect lorsque la loi recourt aux notions de standards actuels (comme l'état de la science ou de la technique). La validité juridique du renvoi indirect est admise par le Tribunal

⁶⁸ ATF 112 Ia 254, *Dame K.-S.* ; 117 Ia 328, *N.* et 128 I 113, *Verein des Bündner Staatspersonals*.

⁶⁹ FF 1997 I 197 ss.

⁷⁰ ATF 132 I 157, *X.*

⁷¹ ATF 112 Ia 251, 254, *Frau K.-S.* Voir aussi 128 I 113, *Verein des Bündner Staatspersonals und Mitb.*

⁷² MOOR (1992), p. 100. La doctrine est toutefois partagée sur l'admissibilité de ce procédé (ATF 123 I 112, 129, Rolf Himmelberger).

fédéral⁷³. Le renvoi direct peut être statique s'il vise une version datée et déterminée de règles ou dynamique lorsque la loi se réfère à des règles actuellement en vigueur. La validité juridique du renvoi direct et statique est admise dans la mesure où le contenu de la loi ne peut pas se trouver modifié sans intervention du législateur⁷⁴. Bien que le renvoi dynamique pose des problèmes en matière de sécurité du droit, le Tribunal fédéral l'accepte⁷⁵. Ainsi, en ce qui concerne la définition de la mort dans le but de réaliser un prélèvement d'organe, le législateur genevois peut renvoyer aux dernières directives de l'Association suisse des sciences médicales. Il s'agit simplement de tenir compte des connaissances les plus récentes dans ce domaine. Toutefois, il faut réserver un changement important des directives auxquelles il est renvoyé. En effet, dans un tel cas, la réglementation genevoise pourrait s'en trouver profondément modifiée sans intervention du législateur. Le renvoi perdrait de sa légitimité et de sa validité.

IV Exceptions au principe de la base légale

Le Tribunal fédéral a dégagé quelques exceptions à l'exigence de la base légale. Il s'agit de situations dans lesquelles l'autorité peut valablement restreindre une liberté sans se fonder sur une loi au sens formel ou matériel. Ces exceptions sont la clause générale de police, l'usage accru du domaine public et les rapports de droit particuliers. Seul le cas de la clause générale de police a été codifié à l'article 36 al. 1^{er} Cst.

A La clause générale de police

Le pouvoir général de police prévu à l'article 36 alinéa 1, in fine, constitue en cas de danger direct et imminent une base suffisante pour imposer une restriction aux libertés fondamentales. Selon la jurisprudence, ce pouvoir confère à l'autorité

⁷³ ATF 123 I 112, 130, *Rolf Himmelberger*.

⁷⁴ MANAI (1999), p. 71; RÜETSCHI (2002), p. 245 : «[...] spätere Revisionen der Richtlinien durch die SAMW müssten auf dem ordentlichen Weg der betreffenden Erlassform ins kantonale Recht überführt werden, um Verbindlichkeit zu erlangen ».

⁷⁵ ATF 123 I 112, *Rolf Himmelberger*.

exécutive le droit, sans se fonder sur une base légale expresse, de « prendre les mesures indispensables pour rétablir l'ordre public s'il a été troublé ou pour le préserver d'un danger sérieux qui le menace de façon directe et imminente »⁷⁶. Le pouvoir général de police est donc un succédané de la base légale. En effet, il faut admettre que l'exigence de base légale ne doit pas empêcher l'Etat d'agir lorsque l'ordre public est en danger et que ce danger prend des formes que le législateur n'a pas envisagées. Il faut pourtant que les notions de danger imminent et grave soient interprétées très strictement et que les mesures prises respectent de façon absolue le principe de la proportionnalité. Pour être admissibles, les mesures fondées sur la clause générale de police doivent être dirigées contre le perturbateur, c'est-à-dire contre celui qui est à l'origine du trouble ou de la menace⁷⁷.

Le Tribunal fédéral semble se montrer de plus en plus sévère quant à l'admission de la clause générale de police. L'évolution de la jurisprudence en témoigne.

En 1941, un jardin zoologique du canton de Genève appartenant à des particuliers est dans un état d'abandon absolument scandaleux. Les lions semblent tout particulièrement touchés, ils sont si maigres que l'on peut voir leurs côtes. Ce mauvais état de santé est contraire à la moralité publique. Après plusieurs sommations et sans base légale, le Conseil d'Etat décide la fermeture du zoo et la mort des lions. Le Tribunal fédéral confirme cette décision sur recours de droit public⁷⁸.

Les tensions qui agitent l'opinion publique dans les districts du sud du Jura lors de la procédure de création du nouveau canton justifient que le Conseil exécutif du canton de Berne interdise ponctuellement toute réunion politique dans une commune particulièrement agitée⁷⁹.

Le risque de troubles sociaux et d'affrontements en cas d'exécution d'un ordre d'évacuer un logement occupé illégalement n'est pas imminent. L'autorité ne peut donc se prévaloir de son pouvoir de police pour renoncer à expulser des

⁷⁶ ATF 111 Ia 246, 248, *Parti socialiste vaudois* ; ATF 106 Ia 58, 60, *Peduzzi* et ATF 103 Ia 310, 312, *Rassemblement jurassien*.

⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (2006b), p. 97.

⁷⁸ ATF 67 I 74, *Grellert, SA d'exploitation et S. Coop. du Jardin zoologique de Genève*.

⁷⁹ ATF 103 Ia 310, *Rassemblement jurassien*.

squatters, et par-là, porter atteinte aux droits constitutionnels des propriétaires de logements⁸⁰.

En 1995, le Tribunal fédéral déclare que le Conseil d'Etat du canton de Zurich ne peut pas se fonder sur le pouvoir général de police pour introduire même temporairement un *numerus clausus* à l'Université, étant donné qu'il connaît depuis 1990 au moins la tendance à l'augmentation des étudiants en médecine. Le danger n'est donc pas imminent⁸¹.

Un arrêt datant de l'année 2000 illustre bien le caractère exceptionnel de l'utilisation de la clause de police⁸². A titre exceptionnel et selon les circonstances du cas particulier, des mesures coercitives peuvent être admises même en l'absence de base légale formelle. Ainsi, l'administration d'un traitement médicamenteux forcé et une mesure d'isolement permettant simultanément de calmer et de soigner un patient ne sont pas contraires à la Constitution, malgré le défaut de base légale, dans la mesure où ces mesures sont nécessaires à la protection de l'intégrité physique et de la vie du patient. Cette affaire a été jugée par la Cour européenne des droits de l'homme le 31 mars 2005⁸³. La Cour recherche si les autorités compétentes pouvaient, de bon droit, s'appuyer sur la clause générale de police pour isoler le requérant et lui administrer un traitement médicamenteux forcé. La Cour constate que la clause générale de police est inscrite à l'article 28 de la Constitution du canton de Berne. L'exigence de la prévisibilité, soit de la clarté et de la précision de ce texte, est remplie. La Cour note que l'article 28 de la Constitution du canton de Berne spécifie dans quelles situations les autorités compétentes ont le droit de recourir à des mesures restreignant le droit fondamental d'un individu, à savoir s'il existe un danger grave, imminent et manifeste, en particulier lorsque sont en cause la vie et la santé d'êtres humains. Par ailleurs, cette disposition place quelques bornes importantes concernant les conditions à respecter dans l'hypothèse d'une restriction aux droits fondamentaux, soit l'existence d'un intérêt public prépondérant ou d'un droit d'autrui justifiant la restriction, l'exigence de la proportionnalité de toute restriction

⁸⁰ SJ 1991 607, *S. I. Rue Philippe-Plamantour-Léman*.

⁸¹ ATF 121 I 22, *Anouk Hasler*.

⁸² ATF 126 I 112, 118, *S.*

⁸³ JAAC 69.129.

au but poursuivi ainsi que le principe que l'essence des droits fondamentaux est intangible. Le critère de la base légale est donc rempli.

Plus récemment encore, le Tribunal fédéral admet l'application de la clause générale de police dans quelques cas : l'interdiction prononcée à l'égard de certains journalistes de se rendre au Forum économique de Davos⁸⁴, l'instauration d'un régime d'autorisation pour détenir des chiens dangereux vu les conséquences potentiellement graves pouvant résulter d'une agression canine⁸⁵.

Le cas relatif au Forum de Davos a été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme par un journaliste empêché de se rendre dans la localité sur les lieux de la manifestation. La Cour reconnaît qu'il était extrêmement difficile pour les autorités d'analyser la situation et d'apprécier précisément les risques inhérents au forum et au mouvement altermondialiste pour l'ordre et la sécurité publics et que la menace était effectivement sérieuse en l'espèce. Par contre, la Cour n'est pas convaincue que l'ampleur des manifestations effectivement enregistrées n'était pas prévisible pour les autorités compétentes, vu les événements qui s'étaient déroulés auparavant au niveau mondial et dans le contexte du forum. En effet, dès les années 1999 et 2000, le Forum économique de Davos avait fait l'objet de manifestations militantes, qui ont atteint leur paroxysme en 2001. En outre, des événements non pacifiques se sont produits dans d'autres villes dans le contexte d'autres conférences, en particulier des émeutes à Nice en décembre 2000, soit seulement quelques semaines avant le forum 2001. La Cour retient que ces événements donnaient aux autorités compétentes du canton des Grisons des raisons de croire à des menaces graves pour cette réunion-là. En conséquence, la Cour estime que les autorités n'avaient pas le droit de recourir à la clause générale de police pour fonder l'interdiction d'accès à la localité⁸⁶. Partant, l'ingérence dans la liberté d'expression n'était pas prévue par la loi, donc pas admissible.

Dans un arrêt datant de l'automne 2009, ayant trait à l'euthanasie d'un chien dangereux, le Tribunal fédéral admet l'applicabilité de la clause générale de

⁸⁴ ATF 130 I 369, 381, *G*.

⁸⁵ ATF 133 I 172, 176, *A*.

⁸⁶ ACEDH *Gsell* du 8 octobre 2009, Voir à ce sujet le commentaire de MOHLER qui résume notamment les conditions de l'application de la clause générale de police telles que définies par la CEDH.

police⁸⁷. Il rappelle que la clause générale de police est conçue pour les cas de nécessité véritables et imprévisibles et que son invocation est réservée aux situations dans lesquelles aucun moyen légal ne permet de parer à un danger concret, mais qu'en revanche, elle ne peut être appliquée lorsque des situations de danger typiques et reconnaissables n'ont fait l'objet d'aucune réglementation, alors même que la problématique était connue. Il indique toutefois que dans les cas d'atteinte à l'intégrité corporelle et à la vie, il n'est pas approprié de limiter l'applicabilité de la clause générale de police à des situations d'urgence réelles et imprévisibles, respectivement d'en exclure l'applicabilité en cas de situations de danger typique et reconnaissable mais malgré tout non réglementées. Cette précision représente un changement substantiel de la pratique de la Haute Cour qui n'a pas été confirmée jusqu'alors. MOHLER s'étonne d'ailleurs de cette nouvelle jurisprudence au vu du jugement de la Cour européenne des droits de l'homme susmentionné. Il ajoute qu'au regard de l'ancienne ordonnance sur la protection des animaux, complétée le 12 avril 2006 par le Conseil fédéral, il aurait du reste bien été possible d'édicter rapidement une base légale cantonale suffisante. Il indique aussi que cette modification dans l'applicabilité de la clause générale de police est en contradiction avec un jugement du Tribunal fédéral rendu seulement deux mois plus tôt⁸⁸.

B L'usage accru du domaine public

La seconde exception à l'exigence de la base légale concerne les autorisations pour l'usage accru du domaine public.

On distingue l'usage commun, l'usage accru et l'usage privatif du domaine public.

On parle donc d'usage commun du domaine public lorsque que chacun peut faire, en même temps, le même usage de la même chose. Cet usage consiste par exemple en l'utilisation des voies publiques ou des aires de gare⁸⁹.

⁸⁷ ATF non publié du 30.10.2009 [2C_166/2009], X.

⁸⁸ MOHLER, ch. 22.

⁸⁹ JAAC 65.63.

L'usage accru d'une chose du domaine public consiste en son utilisation plus intense (conforme ou non à sa destination). L'usage doit être compatible avec un minimum d'usage commun. On parle donc d'usage accru du domaine public lorsque l'activité qui y est menée gêne les activités habituelles. L'usage accru peut s'imposer pour l'exercice de certaines libertés : liberté économique pour une entreprise de cirque désireuse de présenter son spectacle, ou pour un café désirant aménager une terrasse pour l'été, liberté d'expression pour un groupe désirant manifester sur la voie publique. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Ainsi, certaines activités constituent typiquement un usage accru : les manifestations⁹⁰, le stationnement de taxis⁹¹, l'installation de stands⁹². En général, l'usage accru est soumis à autorisation.

Finalement, l'usage privatif d'une chose du domaine public consiste en son utilisation exclusive et durable. L'usage privatif est soumis en principe à concession.

Pendant longtemps, l'Etat a considéré que les libertés individuelles n'entraient pas en compte dans le cadre de l'usage accru du domaine public. Selon lui, l'usage accru était une prestation positive de l'Etat. Celui qui faisait un tel usage ne pouvait pas invoquer les libertés individuelles, dès lors que celles-ci ne donnent aucun droit à une prestation (conception négative des libertés).

Selon la jurisprudence antérieure à la nouvelle Constitution, l'autorité pouvait donc soumettre à autorisation l'usage accru du domaine public sans se fonder sur une loi⁹³. Dans un arrêt de 1995, le Tribunal fédéral souligne qu'une base légale serait souhaitable⁹⁴. En 1999, il précise que lorsque l'exercice des libertés implique une mise à contribution du domaine public, il serait souhaitable que les critères d'octroi ou de refus de cette autorisation figurent, sinon dans une loi formelle, du moins dans une loi matérielle⁹⁵. Finalement en 2000, le Tribunal fédéral affirme que la liberté du commerce et de l'industrie confère un « certain droit » à l'usage accru du domaine public. Le refus d'une autorisation est inconstitutionnel s'il ne répond

⁹⁰ ATF 100 Ia 392, *Komitee für Indochina*.

⁹¹ ATF 97 I 655, *Schönenberger*.

⁹² ATF 105 Ia 21, *S*.

⁹³ ATF 109 Ia 208, *Groupe Action Prison Genève* ; ATF 107 Ia 64, *Progressive Organisationen Basel*.

⁹⁴ ATF 121 I 279, *Circus Olympia Gasser*.

⁹⁵ ATF 125 I 209, *Dcaux*.

pas à des motifs de police et ne respecte pas le principe de la proportionnalité⁹⁶. En l'espèce, une réglementation communale qui interdit sans exception toute distribution de matériel publicitaire sur le domaine public est jugée disproportionnée.

D'après certains auteurs, la nouvelle Constitution exigerait une base légale pour soumettre à autorisation l'usage accru du domaine public⁹⁷. En effet, le projet du Conseil fédéral proposait d'ajouter un troisième alinéa à l'article sur la liberté de réunion rédigé comme suit :

« Les réunions et les manifestations organisées sur le domaine public peuvent être subordonnées au régime de l'autorisation »⁹⁸.

Suivant la commission du Conseil national, les Chambres ont biffé cet alinéa⁹⁹. Le régime applicable à l'exigence d'autorisation doit être le régime général de l'article 36, à savoir celui de la base légale. Les travaux préparatoires confirment cette volonté de l'Assemblée fédérale¹⁰⁰. Le Tribunal fédéral n'est toutefois pas de cet avis. Ainsi, dans une décision de 2001, il semble indiquer que la nouvelle Constitution n'a rien changé à la jurisprudence antérieure concernant les réunions et les manifestations sur le domaine public¹⁰¹. Certaines constitutions cantonales récentes précisent expressément que seule une loi au sens formel peut soumettre les réunions et manifestations sur le domaine public à l'exigence de l'autorisation¹⁰². Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si une base légale est nécessaire pour soumettre à autorisation l'usage accru du domaine public¹⁰³. En effet, le cas examiné avait trait à la récolte de signatures pour une initiative populaire sur le domaine public et constitue un usage commun non soumis à autorisation.

⁹⁶ ATF 126 I 133, *Staat Zürich*.

⁹⁷ RHINOW (2000), p. 155 ; AUBERT/MAHON (2003), p. 193 et 325 ; BELLANGER (2004), p. 52-53; MALINVERNI (2004), p. 34-35.

⁹⁸ FF 1997 I 600 (article 18 du projet).

⁹⁹ FF 1998 297, voir aussi BOCN 21-213, BOCE 158.

¹⁰⁰ Voir BOCE 209 et BOCN 212-213.

¹⁰¹ ATF 127 I 164, *Partei der Arbeit*.

¹⁰² Voir l'article 19 al. 2 de la Constitution du canton de Berne (RSB 131.212) et l'article 20 de la Constitution du canton de Neuchâtel (RSN 131.233).

¹⁰³ ATF 135 I 302, *Politische Gemeinde St-Gallen*. Voir commentaire de HANGARTNER.

C Les rapports de droits spéciaux

La question de l'exigence de la base légale se pose également dans le cadre de la limitation des droits fondamentaux des personnes se trouvant dans un rapport de droit spécial avec l'Etat.

On distingue en effet le rapport de sujétion général, lequel lie tous les citoyens à l'Etat, et le rapport de droit spécial lorsque seule une catégorie déterminée de personnes est subordonnée à la puissance publique en vertu d'un statut particulier qui la distingue des autres citoyens. Tous les citoyens doivent payer des impôts et des taxes ou respecter les règles de la circulation. Par contre, tous ne sont pas étudiants, fonctionnaires, détenus ou militaires.

D'après une théorie dégagée sous la monarchie constitutionnelle allemande¹⁰⁴, une base légale n'est pas nécessaire pour permettre à l'autorité de limiter les droits des sujets ayant un rapport particulier avec l'Etat.

La théorie du rapport spécial apparaît en Suisse au début du vingtième siècle. Elle est utilisée par le Tribunal fédéral pour justifier les limitations aux droits constitutionnels qui sont dépourvues de base légale. Ainsi, on admet qu'un jeune homme placé dans une maison de correction en raison de sa mauvaise conduite peut être empêché de se marier, même sans aucune base dans la législation¹⁰⁵.

Jusque dans les années septante, le Tribunal fédéral affirme et précise sa jurisprudence. Ainsi, les droits de certaines catégories de personnes peuvent être limités sans base légale. Il s'agit des écoliers¹⁰⁶, des personnes qui désirent édifier un monument funéraire dans un cimetière¹⁰⁷, des avocats¹⁰⁸, d'un militaire

¹⁰⁴ Pour un historique, voir KAHN (1912).

¹⁰⁵ ATF 10 327, *Lendi*.

¹⁰⁶ ATF 28 I 131, *Künsch*.

¹⁰⁷ ATF 48 I 235, *Häni*.

¹⁰⁸ ATF 60 I 12, *Huber*.

étranger incarcéré en Suisse¹⁰⁹, des prisonniers en détention provisoire¹¹⁰, ou encore des étudiants des Ecoles Polytechniques fédérales¹¹¹.

En Allemagne, le *Bundesverfassungsgericht* inverse la tendance dans un arrêt du 13 mars 1972¹¹². Il fixe le principe selon lequel l'article 5 alinéa 1 GG exige une base légale expresse pour restreindre les droits constitutionnels des personnes liées à l'Etat par un rapport de droit spécial (un détenu en l'espèce). Le Tribunal fédéral également modifie sa jurisprudence relative au rapport de droit spécial, en premier lieu dans le cadre de la reconnaissance de la liberté personnelle comme droit non écrit¹¹³. En 1971, il juge que la mesure par laquelle une personne est soumise à un rapport de droit spécial (mise en détention provisoire, internement, maison de correction) doit reposer sur une base légale étant donné qu'elle porte atteinte à la liberté personnelle. La base légale n'est toutefois pas nécessaire pour l'aménagement de ce rapport, c'est-à-dire les restrictions à la liberté personnelle découlant de cet état¹¹⁴. Dans un arrêt postérieur, la Haute Cour précise que ces restrictions ne doivent pas aller au-delà de ce que ce rapport spécial exige, donc il faut qu'elles respectent le principe de la proportionnalité¹¹⁵. En l'espèce, un détenu se plaint du fait de ne pas être autorisé à s'abonner à un journal, ni à écouter un poste de radio. En ce qui concerne les journaux, admettre des abonnements personnels pourrait créer un risque de communication secrète favorisant l'évasion. Par ailleurs, le contrôle de cette presse nécessiterait un personnel beaucoup trop important. Pour le poste de radio, le Tribunal fédéral admet également que celui-ci pourrait servir à recevoir des messages privés émis par des postes clandestins ou être transformé en émetteur.

Dans l'arrêt *Minelli*, le Tribunal fédéral fait un pas de plus en exigeant au moins une loi au sens matériel pour réglementer les restrictions les plus importantes à la

¹⁰⁹ ATF 68 I 73, *Slubicki*.

¹¹⁰ ATF 97 I 45, *X*.

¹¹¹ ATF 98 Ib 301, *X*.

¹¹² BVerfGE 33 1 ff.

¹¹³ ATF 89 I 92, *Kind X*.

¹¹⁴ ATF 97 I 45, *X*.

¹¹⁵ ATF 97 I 839, *Müller-Gilliers*.

liberté personnelle des détenus, comme par exemple la mise en cellule, le travail en détention, les peines disciplinaires¹¹⁶.

Aujourd'hui, le Tribunal fédéral exige une base légale formelle non seulement pour assujettir un particulier à un rapport de droit spécial, mais aussi pour déterminer le contenu essentiel de ces rapports. Cela vaut notamment pour la détention¹¹⁷, le service obligatoire du personnel médical¹¹⁸ et les rapports qui ne sont pas le résultat d'un acte de contrainte, comme ceux qui s'établissent entre une université et les étudiants. En ce qui concerne les mesures qui réglementent l'accès aux universités (*numerus clausus*), celles-ci doivent figurer dans une loi formelle depuis l'arrêt Wäffler¹¹⁹.

Le législateur peut déléguer à l'exécutif la réglementation des détails uniquement¹²⁰. Il n'est en effet pas possible que la loi formelle définisse en détail toutes les restrictions. Ainsi, un règlement de prison peut aménager le droit pour les prisonniers de correspondre¹²¹, un plan d'études peut obliger les écoliers à suivre des cours de gymnastique et de natation¹²², le règlement interne d'un hôpital permet d'imposer aux patients certaines obligations, notamment des prescriptions relatives aux conditions de nourriture, d'examens, de visites et aux heures de coucher.

§ 2 L'intérêt public (article 36 al. 2 Cst.)

Le deuxième alinéa de l'article 36 pose une exigence de fond contrairement au premier alinéa qui pose une exigence de forme. Les restrictions aux libertés fondamentales doivent être justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

¹¹⁶ ATF 99 Ia 262, *Minelli*.

¹¹⁷ ATF 129 I 74, *X*.

¹¹⁸ ATF 115 Ia 277, *B*.

¹¹⁹ ATF 103 Ia 369, *Wäffler*.

¹²⁰ ATF 115 Ia 277, 288, *B*.

¹²¹ ATF 119 Ia 71, *Walter Stürm*.

¹²² ATF 119 Ia 178, *A*.

Le principe de l'intérêt public conditionne l'activité de l'Etat lorsque celui-ci restreint les droits fondamentaux (également lorsqu'il fournit une prestation)¹²³. Selon GRISEL, un intérêt public est un intérêt considérable qui touche un grand nombre d'administrés¹²⁴. Pour qu'un intérêt soit qualifié de public, il doit avoir une certaine intensité, c'est-à-dire justifier l'intervention des organes étatiques. Un intérêt n'est public que s'il est commun à une grande partie de la population. L'intérêt public peut être constitué de la somme des intérêts privés. Par exemple, lorsqu'une commune fait aménager des installations sportives, elle sert les intérêts des privés qui désirent maintenir leur condition physique, les intérêts des hôteliers restaurateurs et commerçants qui bénéficient de la clientèle du centre sportif¹²⁵.

Parfois l'intérêt public peut s'opposer aux intérêts privés. Tout en profitant à la population tout entière et en améliorant sa qualité de vie, l'aménagement du territoire entrave le droit à la propriété de tout un chacun. De même, les dispositions prévoyant un régime d'autorisation pour certaines professions entravent la liberté économique de quelques administrés. Une atteinte aux droits fondamentaux n'est ainsi admissible que lorsque l'intérêt public l'emporte sur les intérêts privés opposés. Il s'agit pour le juge de mettre ces différents intérêts en balance. Par exemple, l'intérêt public figure au premier plan en cas de conflit entre la protection du paysage (empêcher les constructions gênantes ou enlaidissantes) et les intérêts privés des propriétaires fonciers¹²⁶.

Celui qui conteste une mesure d'intérêt public peut aussi invoquer un autre intérêt public¹²⁷. Il s'agira à nouveau de mettre ces deux motifs en balance. Lorsque le paysage à sauvegarder ne présente qu'un intérêt moyen, les inconvénients d'ordre financier et technique des lignes et câbles souterrains l'emportent sur l'intérêt de protéger le paysage. Des lignes aériennes peuvent donc être installées.

¹²³ TANQUEREL (2002), p. 224.

¹²⁴ GRISEL (1984a), p. 339.

¹²⁵ ZBI 1972 p. 289.

¹²⁶ ATF 104 Ia 120, *Müssgens*.

¹²⁷ ATF 100 Ib 408, *Hämmig*.

La Constitution ne précise pas, du moins à son article 36, ce qu'est l'intérêt public. Elle se contente d'une notion assez vague¹²⁸. La détermination des intérêts publics susceptibles de justifier l'activité étatique est une tâche politique. Elle dépend principalement du pouvoir d'appréciation des organes étatiques. La Constitution limite toutefois ce pouvoir d'appréciation. En effet, elle définit les tâches de l'Etat et fixe les mandats législatifs. Elle donne ainsi une direction aux activités de l'Etat. Par exemple, maintenir des débits résiduels appropriés pour les eaux (art. 76 al. 3), empêcher la fixation de prix abusifs (art. 96 al. 2 let. a), encourager la construction du logement (art. 108 al. 1), favoriser les énergies renouvelables (art. 89 al. 3), encourager la conservation des forêts (art. 77 al. 3).

Il est difficile voire impossible de donner une définition abstraite de l'intérêt public. Ce dernier varie en effet en fonction de nombreux facteurs. L'intérêt public diffère selon les options fondamentales prises par ceux qui gouvernent l'Etat. Il change aussi dans le temps et selon le lieu. Finalement, il varie en fonction du droit fondamental en cause.

La notion d'intérêt public ne peut pas être définie de manière intemporelle. Ce qui était d'intérêt public hier ne l'est plus forcément aujourd'hui¹²⁹. En 1923, à l'époque du Kulturkampf, le Tribunal fédéral considère que l'article 50 aCst. ne peut être invoqué en faveur de manifestations religieuses qui, en raison du lieu, du moment et des circonstances locales peuvent constituer une provocation ou une manœuvre de prosélytisme. En 1982, par contre, un tel motif n'est plus d'intérêt public.

Par ailleurs, dans un Etat fédéral, la notion d'intérêt public peut varier d'un canton à l'autre. En effet, d'après les convictions sociales dominantes dans le canton de St-Gall, l'exploitation d'un peep-show peut être considérée comme contraire aux mœurs, mais ne le sera pas forcément dans un autre canton suisse¹³⁰.

Finalement, l'intérêt public diffère selon la liberté en cause. On ne peut évidemment pas imposer les mêmes motifs de limitation à la liberté économique

¹²⁸ Voir à ce sujet la proposition de Carlo Schmid qui voulait précisément circonscrire de manière plus détaillée les intérêts publics susceptibles de justifier une limitation des droits fondamentaux ; BOCE 53-55.

¹²⁹ ATF 108 Ia 41, *Rivara* ; ATF 49 I 138, *Vogel*.

¹³⁰ ATF 106 Ia 267, *Oswald*.

qu'à la liberté personnelle. La protection de l'environnement peut justifier une restriction à la liberté économique, mais pas à la liberté de s'exprimer¹³¹.

L'évaluation et la pesée des intérêts publics sont une des opérations typiques du juge constitutionnel qui joue un rôle d'arbitre de l'intérêt public¹³². Le juge peut alors être amené à censurer le législateur. Cette censure est parfois mal acceptée et se pose la question du « gouvernement des juges »¹³³. Au Canada, la problématique des relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif est particulièrement aiguë et a donné lieu à l'introduction dans la Charte des droits et libertés d'une clause dérogatoire aux droits fondamentaux¹³⁴.

Depuis 1968, le Tribunal fédéral admet qu'il peut examiner librement si la restriction d'un droit fondamental est justifiée par un intérêt public suffisant. Le juge procède toutefois à une telle vérification avec prudence. Il ne peut substituer son appréciation de l'intérêt public à celle des instances politiques qui est plus légitime¹³⁵. Il fait notamment preuve de retenue lorsqu'il doit évaluer des circonstances locales ou des politiques publiques qui sont de la compétence des cantons. Ainsi, un canton peut interdire à une hygiéniste dentaire de pratiquer sa profession de manière indépendante afin qu'elle soit placée sous la surveillance et la responsabilité d'un dentiste préparé de manière médicalement appropriée à une situation de risque¹³⁶. WYSS relève que l'examen de l'intérêt public joue un rôle moindre dans la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³⁷. En effet, rares sont les cas dans lesquels seul le défaut d'intérêt public a conduit à qualifier la restriction aux droits fondamentaux d'anticonstitutionnelle. Cet auteur affirme qu'il en va de même dans la jurisprudence cantonale. Il constate néanmoins que la frontière entre l'examen de l'intérêt public et l'examen de la proportionnalité est mince et situe autour de la question de savoir si une mesure particulière permet d'atteindre un but d'intérêt public. Ainsi, selon cet auteur, le Tribunal fédéral examine plus volontiers l'existence et l'intensité d'intérêts publics qui entrent en conflit avec l'intérêt individuel au respect des libertés fondamentales dans le cadre de la

¹³¹ AUBERT/MAHON (2003), p. 327.

¹³² TANQUEREL (2002), p. 230.

¹³³ TANQUEREL (2002), p. 230.

¹³⁴ Voir ci-dessous, partie 2.

¹³⁵ WYSS (2001), p. 132 ss; KÄLIN (1994), p. 200 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 99.

¹³⁶ ATF 116 Ia 118, B.

¹³⁷ WYSS (2001), p. 206.

proportionnalité¹³⁸. Ainsi, dans une première étape, il doit être déterminé quel est l'intérêt public, et si cet intérêt est effectivement admis par la Constitution, et dans une deuxième étape, il doit être jugé de la force d'éviction de cet intérêt dans le cas concret.

L'intérêt public peut être schématisé au moyen de trois cercles concentriques¹³⁹ ; le premier, le noyau dur, est dénommé ordre public, le deuxième comprend des mesures de politique sociale visant à augmenter le bien-être de la population, le dernier regroupe la nécessité d'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, des considérations esthétiques, historiques, culturelles. Ces trois cercles ne sont pas applicables de façon identique à tous les droits fondamentaux.

I Premier cercle : l'ordre public

Ce premier cercle permet de limiter presque n'importe quel droit fondamental. A noter que la liberté de se marier (art. 14 Cst.) et la liberté d'établissement (art. 24 Cst.) ne peuvent être restreintes par des motifs de police¹⁴⁰.

L'ordre public regroupe diverses valeurs de police ou mesures de police. Elles visent, selon la formule du Tribunal fédéral, à *sauvegarder la sécurité, la tranquillité, la santé, la moralité publiques et la bonne foi dans les affaires*¹⁴¹. AUBERT définit l'ordre public comme le « minimum indispensable à la coexistence des habitants du pays »¹⁴².

A La sécurité publique

La notion de sécurité publique recouvre en premier lieu la sécurité de l'Etat, de l'ordre juridique et constitutionnel et de ses magistrats. On vise ici la paix civile. La

¹³⁸ WYSS (2001), p. 209.

¹³⁹ AUBERT/MAHON (2003), p. 327.

¹⁴⁰ A ce sujet, voir WEBER-DÜRLER (2000), p. 139.

¹⁴¹ ATF 110 Ia 99, 102, *Kress* ; 111 Ia 184, 186, *M.* ; 116 Ia 355, 356, *Stéphane de Montmollin* ; 118 Ia 175, 177, *X.* ; 119 Ia 41, 43, *X. SA et Me Y.*

¹⁴² AUBERT (1979), p. 22.

protection de la sécurité intérieure et extérieure fait partie des tâches primaires de l'Etat et est un but cardinal d'une collectivité fondée sur le droit¹⁴³.

D'après le Tribunal fédéral, l'ordre public est troublé lorsque les membres du Gouvernement sont entravés dans l'exercice public de leurs fonctions et qu'ils doivent être protégés de tout acte de la population qui les empêcherait notamment de s'exprimer¹⁴⁴.

Il s'agit également de protéger la sécurité des personnes et des biens. Ainsi, l'interdiction du débit d'alcool dans les restoroutes¹⁴⁵ et les stations services¹⁴⁶ vise à garantir la sécurité du trafic routier en prévenant la consommation d'alcool au volant et permet de limiter la liberté économique. La liberté économique peut également être restreinte par l'exigence d'une autorisation pour pratiquer certaines professions comme celle de guide de montagne¹⁴⁷ ou encore par l'exigence d'une autorisation pour des travaux relatifs aux installations sanitaires¹⁴⁸. Il est possible de limiter la liberté de réunion si une manifestation risque de perturber la circulation et de déclencher des bagarres¹⁴⁹. L'interdiction de se masquer lors de manifestations sur le domaine public est également une restriction admissible à la liberté de réunion¹⁵⁰. L'interdiction d'une manifestation contre le World Economic Forum à Davos le 27 janvier 2001 se justifie au regard des risques pour la sécurité des tiers et des forces de sécurité¹⁵¹. L'interdiction d'une durée de trois mois faite à certaines personnes de se tenir en groupe en consommant des boissons alcoolisées aux alentours d'une gare est justifiée pour lutter contre le sentiment d'insécurité créé par ces dernières (bruit, agressivité, déchets)¹⁵². La liberté personnelle peut être limitée pour permettre la bonne administration de la justice, c'est-à-dire l'établissement de la vérité. Sont ainsi justifiées les prises de sang¹⁵³,

¹⁴³ WYSS (2001), p. 285, voir note 466.

¹⁴⁴ ATF 91 I 321, 327, *Rassemblement jurassien*.

¹⁴⁵ ATF 109 Ib 285, *Département de l'intérieur*.

¹⁴⁶ RJJ 2001, p. 215.

¹⁴⁷ ATF 103 Ia 544, *Caminada*.

¹⁴⁸ ATF 103 Ia 594, *Jacquemin*.

¹⁴⁹ ATF 91 I 321, 327, *Rassemblement jurassien*.

¹⁵⁰ ATF 117 Ia 472, *Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt*.

¹⁵¹ ATF 127 I 164, *Partei der Arbeit und Mitbeteiligte*. Voir également ATF 130 I 369, *G.* ; interdiction de se rendre à Davos faite à un journaliste durant le Forum économique mondial 2001 justifiée pour des motifs de sécurité publique.

¹⁵² ATF 132 I 49, *A. und Mitb.*

¹⁵³ ATF 112 Ia 248, *S. et L.*

la prise d'empreintes digitales et de photographies d'identification¹⁵⁴, des expertises anthropobiologiques¹⁵⁵, ou encore le rasage d'une barbe¹⁵⁶. La démolition d'une construction qui représente un danger pour le public est une restriction admissible à la garantie de la propriété¹⁵⁷.

B La santé publique

Un autre motif classique justifiant des restrictions policières est la santé publique. Celle-ci vise à protéger la plus grande partie de la population et si possible tout le monde des atteintes à la santé physique et psychique. Sont concernées tant les mesures de prévention que les mesures thérapeutiques. A noter qu'actuellement, certaines mesures de santé publique sont également justifiées par d'autres intérêts ne faisant pas partie du cercle de l'ordre public, à savoir le fait de combattre l'explosion des coûts de la santé¹⁵⁸

Le motif de la santé publique permet notamment de réduire la liberté personnelle par une prophylaxie dentaire obligatoire pour les enfants en âge de scolarité¹⁵⁹. Est non seulement en jeu ici l'état de santé dentaire moyen de la population, mais également le niveau des coûts de la santé qu'il convient de contrôler. La vaccination contre les maladies contagieuses peut également être imposée, notamment contre la diphtérie qui, malgré sa nette régression, reste, contagieuse et grave¹⁶⁰. Il convient donc de protéger les populations particulièrement exposées.

La liberté du commerce et de l'industrie peut être limitée par l'interdiction d'exercer la profession de guérisseur non médecin à titre indépendant¹⁶¹ ou l'exigence d'un certificat de capacité pour exercer la profession d'esthéticienne¹⁶². L'esthéticienne administre effectivement certains soins au moyen d'appareils qui ne sont pas sans

¹⁵⁴ ATF 107 Ia 138, *P.*

¹⁵⁵ ATF 99 Ia 407, *Tronolone*.

¹⁵⁶ ATF 112 I 161, *Stürm*.

¹⁵⁷ ATF 107 Ia 121, *Seefeld Apartment AG*.

¹⁵⁸ WYSS (2001), p. 292-293, voir note 599.

¹⁵⁹ ATF 118 Ia 427, *C.*

¹⁶⁰ ATF 99 Ia 747, *Etienne*.

¹⁶¹ ATF 125 I 322, *S.*

¹⁶² ATF 103 Ia 259, *Perren-Sarbach*.

danger (rayons ultraviolets, infrarouges) et tendent à provoquer des effets nocifs. Par ailleurs certains cosmétiques peuvent donner lieu à des allergies selon le type de peau. En conséquence, l'activité d'esthéticienne risque de mettre en danger la santé des clients si elle n'est pas pratiquée par une personne compétente. Une norme genevoise interdisant l'affichage de publicité en faveur du tabac et des alcools de plus de 15 volumes pour cent sur le domaine public et sur le domaine privé visible depuis le domaine public ne viole ni la liberté économique, ni la garantie de la propriété¹⁶³. Une telle loi vise à protéger la santé de la population, plus particulièrement de la jeunesse. L'interdiction faite à la Fédération des Producteurs Suisses de Lait de vanter les effets bénéfiques du calcium contenu dans le lait, en particulier sur l'ostéoporose, restreint la liberté d'opinion et la liberté économique, mais se justifie par des motifs de santé publique¹⁶⁴.

Une initiative visant une interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés pour protéger l'ensemble de la population contre l'exposition à la fumée du tabac poursuit un but de santé publique¹⁶⁵.

C La tranquillité publique

Le motif de tranquillité publique permet par exemple de limiter la liberté économique en obligeant les restaurants à fermer la nuit, également dans un lieu de villégiature¹⁶⁶. En effet, il s'agit de sauvegarder le repos nocturne non seulement dans l'intérêt de la population locale, mais aussi dans l'intérêt des touristes.

La tranquillité publique est également invoquée pour interdire la prostitution sur les rues et les places entourées de maisons d'habitation¹⁶⁷ et limiter les heures d'ouverture des boîtes de nuit¹⁶⁸. Un dancing peut assurément perturber le caractère habitable du voisinage par diverses émissions troublant le repos nocturne.

¹⁶³ ATF 128 I 295, *Association suisse des annonceurs et consorts*.

¹⁶⁴ ATF 127 II 91, *Genossenschaftsverband Schweizer Milchproduzenten*.

¹⁶⁵ ATF 133 I 110, *Slatkine et Prétroz*.

¹⁶⁶ ATF 100 Ia 47, *Birreria Wädenswil*.

¹⁶⁷ ATF 99 Ia 504, *X*.

¹⁶⁸ ATF 108 Ia 151, *Bosshard*.

D La moralité publique

La notion de moralité publique, plus que les autres composantes de l'ordre public dépend des conceptions sociales et morales dominantes. Elle varie donc d'un lieu à l'autre ainsi que dans le temps. C'est pour cette raison que le Tribunal fédéral fait preuve de retenue dans l'appréciation des circonstances et particularités locales que les autorités cantonales sont mieux à même de juger que lui.

La moralité publique permet d'interdire la prostitution à proximité des écoles pour éviter aux enfants le spectacle de femmes se livrant à la prostitution¹⁶⁹. Sont également interdites, en vertu de ce principe, les publications obscènes telles qu'offres de prostituées et salons de massage¹⁷⁰. Peuvent aussi être prohibés en vertu de la moralité publique les peep-shows¹⁷¹. Les autorités saint-galloises considèrent effectivement que l'exhibition de femmes nues, par l'intermédiaire d'appareils à sous, est contraire à la dignité humaine et ressentie comme l'exploitation commerciale de l'instinct sexuel.

L'interdiction faite à dix-neuf personnes consommant de l'alcool de se rassembler dans un certain périmètre de la gare de Berne pendant trois mois au sens de l'article 29 de la loi bernoise sur la police répond à la protection de la tranquillité et de la moralité publiques¹⁷².

L'interdiction de la diffusion de spots publicitaires pour le téléchargement de vidéos d'images pornographiques destinées aux téléphones portables vise à protéger la moralité publique dans la mesure où ces spots donnent par l'image et le son une représentation vulgaire et primitive de la personne humaine, qui réduit celle-ci au simple rôle d'objet sexuel ayant perdu toute parcelle d'humanité¹⁷³.

¹⁶⁹ ATF 101 Ia 473, *R*.

¹⁷⁰ ATF 108 Ia 140, *Bänziger*.

¹⁷¹ ATF 106 Ia 267, *Oswald*.

¹⁷² JAB 2005 p. 97.

¹⁷³ ATF 133 II 136, *Star TV AG*.

E La bonne foi dans les affaires

La bonne foi dans les affaires est un motif de police invoqué pour protéger le public. Ainsi, les mesures prises permettent de protéger les clients contre les abus dans les marchés où ils sont particulièrement exposés. Entrent dans cette catégorie les locataires contraints par les circonstances d'accepter beaucoup pour obtenir des locaux appropriés, d'où la réglementation des tarifs des courtiers immobiliers¹⁷⁴. Servent également la bonne foi dans les affaires l'obligation de vinification dans le canton d'origine dans le but de protéger les consommateurs¹⁷⁵ et la protection du titre d'avocat qui évite que le public ne soit trompé¹⁷⁶.

II Deuxième cercle : les mesures de politique sociale

La notion de « politique sociale » a été développée en 1971 par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Griessen*¹⁷⁷. Des mesures de politique sociale ne répondent au but d'intérêt public que si elles satisfont un besoin généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir. Cette deuxième composante de l'intérêt public ne vise que les restrictions à la propriété et à la liberté économique, mais non pas les libertés que l'on peut qualifier d'« idéales » telles que la liberté personnelle ou la liberté d'opinion. Il s'agit de mesures tendant à améliorer les conditions de vie ou le bien être général de la population.

C'est le cas notamment des règles sur les heures et les jours de fermeture des magasins¹⁷⁸, des règles limitant ou interdisant les appareils à sous¹⁷⁹ et des règles limitant le petit crédit¹⁸⁰. Est en effet un intérêt public conforme à la politique sociale le fait de s'opposer à ce qu'une proportion de la population assez

¹⁷⁴ ATF 110 Ia 111, X.

¹⁷⁵ ATF 109 Ia 116, *Morand*.

¹⁷⁶ ATF 112 Ia 318, *Wyss*.

¹⁷⁷ ATF 97 I 499, *Griessen*.

¹⁷⁸ ATF 97 I 499, *Griessen*.

¹⁷⁹ ATF 120 Ia 126, *VUB*.

¹⁸⁰ ATF 120 Ia 299, *Association suisse de banques de crédit SA*.

importante s'endette de manière exorbitante par des crédits à la consommation excédant sa capacité économique. Font aussi partie du domaine de la politique sociale les règles de politique du logement¹⁸¹. Il est ainsi possible de soumettre à un régime d'autorisation la vente d'appartements dont le marché locatif est affecté par la pénurie. Une législation cantonale qui lutte contre le travail au noir sert également un but admissible de politique sociale¹⁸².

III Troisième cercle : les autres intérêts publics

Le dernier cercle constituant l'intérêt public se compose des nécessités de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement, de la protection des animaux, de valeurs culturelles, historiques, esthétiques, scientifiques et écologiques¹⁸³. La notion d'intérêt public ne s'arrête donc pas à la stricte protection de l'ordre public et aux mesures de politique sociale.

La liberté économique et la garantie de la propriété peuvent ainsi subir de nombreuses restrictions.

Ainsi, pour lutter contre la pollution, les cantons peuvent limiter les heures d'ouverture des stations d'essence¹⁸⁴. La protection du patrimoine historique permet quant à elle de limiter la garantie de la propriété. C'est le cas notamment du classement de la gare badoise de Bâle¹⁸⁵ ou du cinéma Bio à Carouge¹⁸⁶. Cette salle de cinéma est en effet le dernier témoin des cinémas de quartier et offre un exemple d'architecture moderne au sein d'un bâtiment ancien. La planification¹⁸⁷, le désir de conserver un terrain à long terme pour des installations sportives¹⁸⁸ et la nécessité de redimensionner les zones à bâtir¹⁸⁹ servent les nécessités de l'aménagement du territoire. L'expropriation de l'usage des logements laissés abusivement vides est justifiée par un intérêt public

¹⁸¹ ATF 113 I a 126, *Giovana Armengol*.

¹⁸² Arrêt du Tribunal fédéral non publié 26 août 2005 [2P.77/2005].

¹⁸³ STEINMANN (2006), p. 634.

¹⁸⁴ ATF 119 Ia 378, *X*.

¹⁸⁵ ATF 120 Ia 270, *Deutsche Bundesbahn*.

¹⁸⁶ ATF 126 I 219, *Epoux A*.

¹⁸⁷ ATF 121 II 317, *Jeanneret*.

¹⁸⁸ ATF 114 Ia 335, *Erbengemeinschaft*.

¹⁸⁹ ATF 117 Ia 434, *Erbengenossenschaft*.

suffisamment important qui répond à un impératif de politique sociale¹⁹⁰. Les mesures destinées à préserver la langue romanche dans les régions où elle est encore en usage répondent à un intérêt public important. Cet intérêt constitue un motif pertinent de limiter la liberté du commerce et de l'industrie¹⁹¹. La Municipalité de Disentis / Mustér est donc en droit de refuser à une société anonyme ayant pour but l'exploitation de bars et restaurants l'autorisation d'apposer une enseigne lumineuse en italien.

IV Protection d'un droit fondamental d'autrui

D'après l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

La Constitution, en prévoyant à son article 36 al. 2, 2^{ème} phrase, la protection des droits d'autrui ne fait que reprendre, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8 à 11, par. 2) et le Pacte ONU II (art. 18 par. 3, art. 10 par. 3 et art. 22 par. 2), la célèbre formule de la Déclaration.

Le libre exercice de chaque liberté constitue un motif pour restreindre n'importe quelle autre liberté. C'est en général la tâche du législateur civil et pénal et même administratif de résoudre les conflits de droits fondamentaux. Par exemple, la liberté d'expression peut être limitée par des règles sur la protection de la personnalité tant en droit civil qu'en droit pénal (art. 28 ss CC et 173 ss CP). La loi sur la circulation routière limite la liberté personnelle de l'automobiliste pour protéger la liberté personnelle des autres usagers de la route (droit à la vie, droit à l'intégrité physique). Le Tribunal fédéral exprime d'ailleurs l'idée que l'exercice paisible des libertés est une composante de l'ordre public que la police a pour mission de défendre¹⁹². Etant chargée du maintien de l'ordre, elle doit agir

¹⁹⁰ ATF 119 Ia 348, *Chambre genevoise immobilière*.

¹⁹¹ ATF 116 Ia 345, *Bar Amici*.

¹⁹² ATF 119 Ia 28, *M*.

lorsqu'un particulier est entravé ou menacé dans l'exercice d'un droit fondamental. Cependant, le devoir d'intervention dépend de la gravité de l'atteinte et de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. On reconnaît ainsi un large pouvoir d'appréciation aux autorités. La doctrine affirme également que le souci des droits fondamentaux d'autrui est aussi un aspect de l'intérêt public¹⁹³. Par exemple, la liberté personnelle des autres usagers de la route peut être incluse dans la notion de sécurité publique qui est l'une des composantes de l'intérêt public¹⁹⁴.

Le Tribunal fédéral admet la constitutionnalité d'une loi genevoise sur les transplantations d'organes prévoyant la solution du consentement présumé¹⁹⁵. Ainsi, on suppose, en l'absence de manifestation contraire du vivant du sujet concerné, que l'intervention sur son cadavre en vue d'une transplantation d'organe a été approuvée. La liberté personnelle et le droit à se déterminer librement sur le sort de sa dépouille doivent être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes en attente d'une greffe, attente qui est liée au droit à la vie et à l'amélioration des conditions d'existence des malades.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral affirme que le droit de décider de son vivant du sort de son cadavre prime sur le droit de décision des proches survivants¹⁹⁶. La restriction de la liberté personnelle des proches survivants est donc justifiée par l'intérêt contraire du défunt à la protection de sa personnalité au-delà de sa mort.

¹⁹³ WEBER-DÜRLER (2000), p. 141.

¹⁹⁴ Pour d'autres exemples, voir WEBER-DÜRLER (2000), p.141-142.

¹⁹⁵ ATF 123 I 112, *Rolf Himmelberger*. A noter que dans la loi fédérale sur la transplantation qui est entrée en vigueur le 1.1.2007, le principe du consentement présumé cède la place au principe du consentement explicite.

¹⁹⁶ ATF 129 I 173, *X. et consorts*.

§ 3 La proportionnalité (article 36 al. 3 Cst.)

Le principe de la proportionnalité peut être résumé par la métaphore suivante : on ne tire pas sur des moineaux avec un canon¹⁹⁷. Le principe de la proportionnalité sert à mesurer les moyens employés pour restreindre un droit fondamental, peu importe que la restriction résulte de règles de droit ou d'une décision.

L'origine de ce principe remonte à des temps très éloignés. Les premières applications de ce concept se trouvent dans les préceptes relatifs à la fixation de la peine dans le *Deutéronome* ou dans le *Code d'Hammourabi*. On le retrouve également dans la *Magna Charta* de 1215. Plus tard, l'école du droit naturel qui considère la liberté comme un droit inaliénable de l'homme imagine des règles aptes à la protéger. Les actes tendant à limiter cette liberté doivent respecter une certaine proportionnalité.

En 1791, SVAREZ, le père du *Preussisches Landrecht*, a formulé comme premier principe du droit public que l'Etat n'est autorisé à restreindre la liberté des individus que dans la mesure nécessaire et apte à assurer la liberté et la sécurité de tous¹⁹⁸. Le principe de la proportionnalité est le fruit de la doctrine des Lumières. La proportionnalité est une expression de la raison et de la justice.

En Suisse, le principe de la proportionnalité apparaît explicitement dans la jurisprudence du Tribunal fédéral dès 1939 à propos de la liberté du commerce et de l'industrie. Le Tribunal fédéral l'avait pourtant déjà invoqué implicitement auparavant dans deux arrêts. En 1926¹⁹⁹, il considère comme contraire à la liberté du commerce et de l'industrie l'interprétation d'une loi cantonale qui réservait aux pharmaciens la vente de détail de produits contenant du poison, comme devant s'appliquer même à la vente de produits vénéneux non destinés à servir de remède. En 1937, le Tribunal fédéral écrit :

¹⁹⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 107. Cette métaphore a été utilisée pour la première fois par Fritz Fleiner, juriste suisse et auteur d'un *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, dont la première édition date de 1911 et est un des classiques de la doctrine allemande.

¹⁹⁸ SVAREZ (1960), p. 480 ss.

¹⁹⁹ ATF 52 I 230, *Apothekerverein des Kanton Schaffhausen*.

«l'interdiction d'employer des machines telles que des pelles mécaniques est incompatible avec la liberté du commerce et de l'industrie, même lorsqu'elle a pour but de lutter contre le chômage. Les mesures que l'Etat prend pour maintenir l'ordre doivent être adaptées aux circonstances et dirigées contre ceux qui mettent en danger l'ordre public»²⁰⁰.

Un arrêt de 1939 est le premier publié dans lequel la Haute Cour invoque le principe de la proportionnalité²⁰¹. Dans ce cas, l'association des agents immobiliers vaudois de Fribourg attaque pour violation de l'article 31 Cst. un arrêté soumettant à un certain nombre de conditions l'exercice de la profession de courtier en immeuble. Le tribunal rappelle que l'article 31 Cst. réserve le droit de l'Etat cantonal ou fédéral

« de soumettre à des prescriptions de police l'exercice des professions industrielles et commerciales, aux fins notamment d'assurer la loyauté des transactions et de protéger le public contre les procédés fallacieux et dommageables. Ces mesures cessent d'être compatibles avec l'article 31 Cst., non seulement si elles entravent le libre jeu de la concurrence et favorisent certains concurrents au détriment des autres, mais aussi lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour sauvegarder les intérêts que l'Etat a le devoir de défendre. L'intervention de police doit en effet être proportionnée au but visé ».

Par la suite, le principe de la proportionnalité est étendu à d'autres droits fondamentaux par le Tribunal fédéral.

Dans le domaine de la garantie de la propriété (non écrite jusqu'en 1969), le principe de la proportionnalité est exprimé souvent par la mise en balance des intérêts public et privé. Dans l'arrêt *Keller*, le Tribunal fédéral dénie aux cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne le droit de frapper d'une interdiction de bâtir un terrain voisin d'une parcelle qu'ils avaient acquise pour y construire un établissement de contrôle des véhicules à moteur. Leur but étant, par la suite, d'acquérir ce terrain pour un agrandissement éventuel du bâtiment public. L'intérêt privé du propriétaire à conserver la jouissance de son terrain prime sur les besoins d'extension future non encore établis²⁰².

Dans le cadre de la liberté personnelle, le Tribunal fédéral rend, en 1971, un arrêt fondamental soumettant les restrictions au principe de la proportionnalité²⁰³. Il statue sur le recours d'une femme en détention préventive contre le refus de l'autorité pénitentiaire de lui fournir du matériel de peinture dans sa cellule, au motif qu'elle refusait elle-même d'exécuter les travaux de collage qu'on voulait lui

²⁰⁰ ATF 63 I 213, *Travelletti*.

²⁰¹ ATF 65 I 65, *Association fribourgeoise des agents immobiliers*.

²⁰² ATF 94 I 127, *Keller*.

²⁰³ ATF 97 I 45, *X*.

imposer. Le Tribunal fédéral considère en l'espèce que la restriction à la liberté personnelle que constitue l'obligation d'effectuer en prison préventive un travail déterminé assorti du refus d'autoriser une activité comparable et compatible avec l'ordre et la sécurité de l'établissement pénitentiaire, est disproportionnée au regard du but à atteindre, c'est-à-dire le déroulement normal d'une enquête pénale.

La proportionnalité figure tout comme l'intérêt public à l'article 5 Cst. Ce sont des principes généraux du droit qui, avant l'adoption du nouveau texte constitutionnel, étaient non écrits et déduits par le Tribunal fédéral de l'article 4 aCst. Le principe de la proportionnalité régit autant l'administration de prestation que l'administration de restriction. Dans le sens de l'activité distributive de l'Etat, ce principe exige que celle-ci respecte la relation adéquate qui doit exister entre l'intérêt à la prestation, les moyens engagés et les avantages qui en résultent pour les bénéficiaires. Dans le domaine de la protection des libertés de l'individu, le principe de la proportionnalité a la même importance que les droits fondamentaux dont il limite les restrictions.

La jurisprudence et la doctrine ont pris l'habitude de distinguer dans la proportionnalité trois éléments qui n'apparaissent pas explicitement dans l'article 36 alinéa 3 Cst. : la règle de l'aptitude, la règle de la nécessité et le critère de la proportionnalité au sens étroit²⁰⁴.

I La règle de l'aptitude

Selon la règle de l'aptitude, la mesure restrictive doit être propre à atteindre le but visé. Le moyen mis en œuvre par l'autorité doit effectivement permettre de réaliser l'objectif d'intérêt public. Si le moyen employé est insuffisant pour atteindre pleinement le but visé, il n'est pas contraire au principe de la proportionnalité. L'efficacité relève de la question de la gestion²⁰⁵.

²⁰⁴ Voir notamment à ce sujet ATF 128 I 92, 95, *Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV/ASP*, et WEBER-DÜRLER (2000), p. 142.

²⁰⁵ MOOR (2001), p. 332.

Un moyen est inadéquat quand il rend plus difficile l'obtention du but, ou ne développe aucun effet vis-à-vis de celui-ci. Le principe de la proportionnalité est alors violé. Souvent dans de telles situations, on vise un autre but que celui qui est affiché dans la réalité.

Un ancien arrêt du Tribunal fédéral illustre bien cette problématique²⁰⁶. Une loi réserve l'exploitation de salons de coiffure aux titulaires d'une formation professionnelle de niveau supérieur au motif que les contacts physiques du coiffeur avec les clients exigent une propreté irréprochable. Non seulement, le diplôme n'apporte aucune garantie sur ce point, mais en plus, les patrons ont des employés qui exercent la même activité qu'eux. L'obligation prévue ne permet pas d'atteindre le but invoqué. La législation dont le but réel est de restreindre le nombre de salons de coiffure poursuit un objectif corporatiste.

Il existe d'autres illustrations plus récentes de ce phénomène. Ainsi, le refus opposé à un candidat d'entrer dans une école de guide de montagne, motif pris de sa condamnation pour objection de conscience, est inapproprié. Il n'existe aucun rapport entre la nature du délit commis et le but de la mesure de refus (assurer la sécurité des touristes)²⁰⁷. On peut se dire que le motif réel de cette décision était de sanctionner les objecteurs de conscience, ce qui ne peut entrer dans les tâches d'une école de guide de montagne²⁰⁸. L'exigence du domicile professionnel des architectes dans le canton ne permet pas d'atteindre le but recherché qui est de garantir de la part des architectes un minimum d'expérience pratique de la réglementation en vigueur dans le canton²⁰⁹. D'après le Tribunal fédéral, le diplôme professionnel offre une garantie suffisante des qualités nécessaires.

Par contre, interdire de façon générale aux participants à des manifestations de rue de se masquer est une mesure apte à limiter les actes de violence commis dans de telles manifestations²¹⁰. La vente de comprimés de vitamine C dont la teneur dépasse 225 mg exclusivement en pharmacie et droguerie est un moyen

²⁰⁶ ATF 70 I 140.

²⁰⁷ ATF 103 Ia 544, *Caminada*.

²⁰⁸ MOOR (2001), p. 333.

²⁰⁹ ATF 116 Ia 355, *Stéphane de Montmollin*.

²¹⁰ ATF 117 Ia 472, *Sozialdemokratische Partei Baselstadt*.

approprié pour lutter contre la surmédication²¹¹. La fluorisation de l'eau est une mesure apte à lutter contre la carie dentaire²¹².

II La règle de la nécessité

Si la mesure restrictive se révèle « appropriée », au sens prédéfini, encore faut-il s'assurer qu'elle ne restreigne pas indûment les droits en cause. Ainsi, l'exigence de « nécessité » requiert qu'entre les différents moyens similaires aptes à réaliser un objectif, l'autorité choisisse celui qui génère le moindre préjudice pour les droits concernés²¹³. Il ne doit donc pas exister de mesure plus respectueuse des libertés, qui soit aussi efficace. En d'autres termes, l'Etat doit se limiter au strict nécessaire pour limiter le moins possible les droits fondamentaux. Cette condition vaut pour la nature d'une mesure, sa durée et sa portée spatiale, personnelle ou matérielle. Le principe de la nécessité intervient uniquement en cas de pluralité de moyens adéquats à la réalisation du but.

Par exemple, dans une décision du 8 octobre 1975, le Tribunal fédéral juge que l'interdiction faite aux prostituées d'exercer leur profession sur la voie publique durant la journée, et ce, sur la totalité du territoire du canton de Genève est contraire à la liberté du commerce et de l'industrie²¹⁴. La mesure poursuit un but d'intérêt public – éviter aux habitants du quartier, en particulier aux enfants, le spectacle de la prostitution – et se révèle appropriée. Toutefois, ce but aurait pu être atteint par des mesures moins attentatoires aux libertés qu'une interdiction totale, telles les mesures en vigueur dans le canton de Zurich : interdiction d'attendre et de rechercher la clientèle sur les rues et les places publiques entourées de maisons d'habitation, aux arrêts des transports publics pendant les heures d'exploitation, à l'intérieur et aux environs des parcs accessibles au public, ainsi qu'aux abords des églises, écoles et hôpitaux. De même, n'admettre comme monument funéraire que des croix en bois dans les cimetières pour des raisons de bienséance viole le principe de proportionnalité, le même but pouvant être atteint

²¹¹ ATF 99 Ia 513, *Sun Store SA*.

²¹² ZBI 1991, p. 25.

²¹³ MOOR (2001), p. 334 ss.

²¹⁴ ATF 101 Ia 473, *R*.

par des restrictions moins sévères²¹⁵. Le fait de soumettre toute la publicité dans les cinémas à la censure préalable est une mesure excessive pour protéger la moralité publique²¹⁶. Le fait d'exiger une ordonnance d'un ophtalmologue pour adapter ou poser des lentilles de contact va trop loin pour protéger la santé publique²¹⁷. Pour assurer une protection sociale efficace des travailleurs, il n'est pas nécessaire d'exiger que les entreprises voulant bénéficier d'une aide de l'Etat concluent des conventions collectives de travail. Il suffit qu'elles respectent celles qui existent dans la branche²¹⁸. Si un canton veut empêcher que des architectes incapables puissent exercer leur profession, il suffit de leur refuser l'inscription au registre, l'exigence du domicile dans le canton n'est pas nécessaire²¹⁹. Le refus d'une autorisation de pratique indépendante opposé à un médecin qui a contrevenu, dans le passé, à la loi sur les stupéfiants est contraire au principe de proportionnalité parce que la possibilité de prendre une mesure moins restrictive visant à priver le recourant, pour un temps déterminé ou à titre définitif, de l'autorisation de se procurer, de détenir, d'utiliser et de dispenser des stupéfiants dans les limites que justifie l'exercice de sa profession, n'a pas été examinée²²⁰.

III La règle de la proportionnalité au sens étroit

La règle de la proportionnalité au sens étroit met en balance la gravité des effets de la mesure choisie et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public. Il faut donc que le but soit assez important et qu'il puisse être atteint de manière assez efficace pour justifier, dans son ampleur, la restriction imposée à la liberté. La restriction apte et nécessaire doit peser plus lourd dans le cas particulier que le respect de la liberté. Il s'agit donc de savoir si le jeu en vaut la chandelle²²¹.

Cette pesée d'intérêts trouve une illustration particulièrement claire dans une décision du Tribunal fédéral de 1997 concernant la compatibilité de l'interdiction

²¹⁵ ATF 101 Ia 392, *Einwohnergemeinde Hünenberg*.

²¹⁶ ATF 78 I 298, *Ciné-Spectacles SA*.

²¹⁷ ATF 110 Ia 99, *Kress*.

²¹⁸ ATF 124 I 107, *Parti socialiste jurassien*.

²¹⁹ ATF 116 Ia 355, *Stéphane de Montmollin*.

²²⁰ RVJ 2004, p. 89.

²²¹ MOOR (2001), p. 336.

faite à une enseignante de porter le foulard islamique avec la liberté religieuse²²². D'un côté de la balance se trouve l'alternative à laquelle est confrontée l'enseignante : renoncer à un précepte religieux qu'elle juge important ou quitter l'enseignement. De l'autre côté figure l'intérêt public au maintien de la neutralité confessionnelle de l'école qui garantit notamment la liberté religieuse des élèves soumis à l'influence de leurs maîtres. Pour trancher ce conflit de valeurs, le Tribunal fédéral s'inspire de la manière dont cette problématique a été traitée par la France et par l'Allemagne. Il affirme la nécessité de procéder à la mise en balance des intérêts au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce :

« Le devoir de réserve sera plus strict lorsqu'il s'agit de l'école obligatoire. Dans ce sens, en principe, plus les degrés d'enseignement sont élevés, plus les limites posées au comportement orienté de l'enseignant doivent être élargies, car les élèves plus âgés disposent normalement d'une plus grande capacité de discernement en matière spirituelle et sont, sur les plans intellectuels et spirituels, plus indépendants de leur maître (...). Le danger d'influence par le maître doit de même être relativisé dans la mesure où les élèves sont soumis à d'autres courants de l'environnement, de camarades, d'autres professeurs et de leurs parents. Enfin, il faut examiner la manière dont l'enseignant vit et présente ses convictions à l'école. En particulier son devoir de discrétion peut être assoupli s'il met en évidence que son opinion n'en est qu'une parmi d'autres et s'il encourage ses élèves à se déterminer en toute liberté (...). De même, si la manifestation extérieure du maître inclut le port d'un signe religieux, il faut tenir compte du degré de visibilité et de force d'évocation de ce symbole (...) »

Constatant en l'espèce que le signe religieux arboré par la recourante est particulièrement visible et dénué d'équivoque, et que celle-ci enseigne au niveau primaire dans une école du canton de Genève où la séparation de l'Eglise et de l'Etat est nette, la Haute Cour estime que l'interdiction de porter le foulard n'est pas disproportionnée au sens strict.

De même, l'intérêt public à ce que les maîtres d'enseignement primaire et secondaire résident dans la commune où ils exercent leur activité pèse plus lourd que le désir d'un enseignant d'habiter dans une autre commune, plus près du lac, où il a eu l'occasion d'acquérir une maison à un prix avantageux²²³. Le maintien en détention préventive d'une personne suicidaire et atteinte du sida constitue une atteinte grave à sa liberté personnelle, mais étant donné que cette détention

²²² ATF 123 I 296, X.

²²³ ATF 115 Ia 207, *Emile Vittoz*.

n'empêche pas qu'elle soit bien soignée et nourrie et qu'il existe un grave risque de récidive, cette mesure n'est pas disproportionnée²²⁴.

Sont par contre disproportionnées l'interdiction des bals et dancings pendant les périodes de l'Avent et du Carême²²⁵ et l'obligation de construire un abri de protection civile en cas de transformation d'un bâtiment²²⁶.

Dans le cas où l'autorité voudrait prévenir un trouble, celui-ci doit paraître vraisemblable et suffisamment concret pour justifier la mesure prise. Ainsi, il n'est pas suffisamment probable que celui qui requiert une immatriculation universitaire fasse courir un danger pour l'ordre de l'établissement d'enseignement supérieur en raison d'une condamnation pénale prononcée à la suite de l'édition d'un journal de caserne²²⁷.

Lorsque la restriction est contenue dans un acte normatif, cet acte doit prévoir lui-même des dérogations afin que l'autorité d'application puisse faire des exceptions²²⁸. Une obligation générale, prévue par la loi, de restreindre la liberté ne satisfait pas à l'exigence du respect de la proportionnalité au sens étroit. Elle empêche l'autorité chargée de l'appliquer de faire une pesée des intérêts. Ainsi, une loi cantonale interdisant de façon absolue tout centre commercial de plus de 500 m² viole le principe de la proportionnalité²²⁹. Il en va de même d'un règlement de prison qui interdit l'envoi de denrées alimentaires aux prisonniers sauf à Noël et à Pâques²³⁰. Les détenus doivent pouvoir recevoir au moins six envois de nourriture répartis sur l'année. Un détenu incarcéré peu après Pâques ne pourrait ainsi recevoir aucun envoi de denrées alimentaires avant d'avoir été détenu pendant presque huit mois. Bien que justifiée par un intérêt public indéniable, soit éviter l'introduction clandestine d'objets métalliques ou de stupéfiants à l'intérieur de la prison, cette situation est excessivement rigoureuse. La restriction est disproportionnée par rapport au but que l'on cherche à atteindre.

²²⁴ ATF 116 Ia 420, X.

²²⁵ ZBl 1983, p. 498.

²²⁶ ATF 112 Ib 377, *Kiefer*.

²²⁷ ATF 102 Ia 321, X.

²²⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 111.

²²⁹ ZBl 1993 p. 425.

²³⁰ ATF 113 Ia 325, *Dame T*.

Il y a des cas où la pesée d'intérêts résulte directement de la Constitution. Le principe de la proportionnalité n'est alors pas applicable et l'autorité est tenue d'exécuter la mesure restrictive sans aucune analyse du cas particulier. D'après l'article 119 alinéa 2 lettre e Cst., le commerce du patrimoine germinal humain et des produits résultant d'embryons est interdit. C'est une restriction absolue à la liberté économique qui interdit toute pesée des intérêts en présence. Cette règle vaut également pour l'article 78 alinéa 5 Cst. qui restreint l'exercice de la propriété privée par l'interdiction d'aménager des installations ou de modifier le terrain dans les marais et sites marécageux d'une beauté particulière d'intérêt national²³¹. Toutefois, dans un arrêt de 1997, le Tribunal fédéral déclare que tout raisonnement basé sur la proportionnalité n'est pas d'emblée exclu dans ce domaine²³², ce dans les cas où il n'y aurait pas de proportionnalité au sens étroit (but visé par la démolition) parce que le paysage protégé serait plus atteint par la démolition que par le maintien d'un état non conforme au droit.

Pendant longtemps, la Haute Cour a considéré que l'article 49 alinéa 5 aCst. posait une limite absolue à la liberté de conscience et de croyance :

« Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique »²³³.

Par cette disposition, l'ancienne Constitution conférait expressément une priorité aux droits étatiques par rapport aux prescriptions ecclésiastiques ou aux préceptes moraux et religieux. La fréquentation obligatoire de l'école dans le cadre de la législation, donc aussi le samedi, constituait un devoir civique. La demande d'un adventiste d'être dispensé pour le samedi, jour de repos, devait être rejetée. Ainsi, les cantons pouvaient refuser toute dispense de l'obligation de fréquenter l'école, fondée sur des motifs religieux²³⁴. En 1991 cependant, le Tribunal fédéral revient sur sa position sous l'influence de l'article 9 CEDH. Dès lors, la liberté religieuse ne peut être restreinte par l'imposition de devoirs civiques qu'à condition de respecter le principe de la proportionnalité. Dès ce moment, le refus de la part des autorités cantonales d'accorder une dispense de l'enseignement scolaire le

²³¹ ATF 117 Ia 243, *Wasserversorgung Horgen*.

²³² ATF 123 II 248, *R*.

²³³ Le texte de l'ancienne Constitution fédérale est disponible sur le site internet www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung/Par.0007.File.tmp/bv-alt-f.pdf.

²³⁴ ATF 66 I 157, *Cléménçon*.

samedi à des adeptes d'une secte viole le principe de la proportionnalité²³⁵. Le Tribunal fédéral note que « les cantons ne peuvent pas, lorsqu'ils fixent les devoirs civiques, y compris la fréquentation scolaire obligatoire, limiter la liberté religieuse davantage que ne le requièrent l'intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité ou une mesure nécessaire au sens de l'article 9 paragraphe 2 CEDH ». Est examinée ici la législation scolaire glaronnaise, qui n'ignore pas totalement les dispenses pour motifs religieux, mais prévoit à peine de telles dispenses et ne répond pas aux préoccupations des minorités religieuses. « Le principe de la proportionnalité commande que l'atteinte à un droit fondamental soit justifiée par un intérêt public qui l'emporte sur les intérêts privés et qu'elle se limite à ce qui est nécessaire à la protection de cet intérêt public. L'intérêt au maintien de l'obligation scolaire est important sous l'angle de l'ordre public, et de la protection des autres élèves. Il doit faire l'objet d'une mise en balance avec l'intérêt des requérants de pouvoir vivre selon leurs croyances en famille. » La violation du principe de la proportionnalité peut donc consister dans l'application sans réserve d'une réglementation trop stricte. En 1993, le Tribunal fédéral s'est fondé sur le même principe pour obliger les autorités scolaires à accorder une dispense pour les cours de natation mixtes à une jeune fille de religion musulmane²³⁶. Il est à noter que la Haute Cour est revenue il y a peu sur cette jurisprudence²³⁷. Il a décidé de se montrer plus restrictif sur la question sensible des dispenses de leçons de natation sollicitées pour des raisons religieuses par des élèves de l'école publique. L'intérêt collectif à ce que l'ensemble des élèves suive le même enseignement pèse ainsi en principe plus lourd que l'intérêt privé de quelques-uns à observer certains préceptes de leur foi.

²³⁵ ATF 117 Ia 311, *E.*

²³⁶ ATF 119 Ia 178, *A.*

²³⁷ ATF 135 I 79, *X et Y.*

§ 4 L'inviolabilité de l'essence des libertés (article 36 al. 4 Cst.)

Le noyau intangible d'un droit fondamental est la partie de ce droit qui ne tolère aucune atteinte²³⁸. Il s'agit donc du stade ultime au-delà duquel toute restriction du droit fondamental est prohibée. D'après AUBERT, la substance d'un droit fondamental est définie comme « cette partie de la liberté qui pèse d'un poids si lourd qu'aucun intérêt public ne justifiera jamais qu'on y porte atteinte »²³⁹.

L'idée qu'il existe un noyau essentiel des libertés apparaît pour la première fois dans les pensées libérales de LOCKE et MILL en Angleterre, CONSTANT et DE TOCQUEVILLE en France. Les fondements de cette théorie sont divers. Il s'agit à la fois du droit naturel, du contrat social ou d'un impératif catégorique. Le noyau est une sphère de liberté qui ne doit être envahie par personne, un espace de liberté minimal où chacun peut faire ce que bon lui semble. L'homme ne peut pas renoncer à ce seuil sans offenser l'essence de sa nature humaine.

Dans le droit positif, le concept de noyau intangible des libertés apparaît au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Les liens sont extrêmement étroits entre cette notion et les atrocités commises sous le III^e Reich. Le premier texte à introduire cette idée est la *Grundgesetz* allemande du 23 mai 1949, ce en réaction au régime nazi qui a tenté de justifier des restrictions aux droits fondamentaux particulièrement graves par la création de bases légales vagues et d'intérêts publics reposant sur des fondements idéologiques. On met ainsi un obstacle dans la Constitution à un retour de la tyrannie. L'article 19 alinéa 2 GG dispose que « en aucun cas, il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance ». Cette disposition institue donc un seuil infranchissable que doit respecter toute limitation des droits fondamentaux et qui s'impose à tous les organes étatiques.

Parallèlement à l'adoption de la *Grundgesetz*, des travaux semblables ont lieu au sein du Conseil de l'Europe pour consacrer dans la Convention européenne des

²³⁸ FF 1997 I 198.

²³⁹ AUBERT (1979), p. 26.

droits de l'homme un standard minimal des garanties individuelles basé sur le respect de la dignité humaine.

SCHWEIZER affirme qu'il n'est pas aisé de donner un contenu au quatrième alinéa de l'article 36²⁴⁰. Concernant certains droits fondamentaux, la garantie du noyau intangible représente un aspect central de la protection. C'est le cas notamment de l'interdiction de la censure préventive au sens de l'article 17 alinéa 2. Pour d'autres droits fondamentaux, le champ de protection se confond avec le noyau dur, par exemple l'interdiction de la peine de mort ou de la torture des articles 10 alinéa 2 et 3 Cst. WIEDERKEHR, quant à lui, décrit le noyau dur comme *subjektiv-rechtlich*²⁴¹. Ainsi, la définition du noyau intangible ne peut être faite, à l'instar de l'intérêt public, une fois pour toutes et pour tous les droits fondamentaux. Cette notion varie en fonction de plusieurs paramètres.

En premier lieu, elle diffère selon le droit en cause. Chaque droit a son propre noyau, qui dépend de son contenu et de son champ d'application.

Deuxièmement, l'essence des droits change dans le temps. On doit distinguer variabilité vers le haut et variabilité vers le bas. Ainsi, l'interdiction de l'esclavage qui fait aujourd'hui partie du noyau intangible de la liberté personnelle n'en faisait pas partie hier. Demain, il n'est pas impossible que l'on considère le travail de nuit comme une forme inadmissible de labeur. En revanche, la variabilité vers le bas pose des problèmes. Est-il possible que les conceptions sociales changent à tel point que la torture par exemple devienne admissible ? MORAND pense que la modification vers le bas est envisageable seulement pour les droits supposant une action de l'Etat, tels que la scolarité minimale ou l'assistance médicale minimale²⁴². Les mêmes niveaux de protection ne peuvent être garantis à tout jamais, mais varient en fonction de la prospérité de la société.

Troisièmement, l'interprétation du concept de noyau des droits fondamentaux varie en fonction du lieu. Ainsi, en pratique, force est de constater que le noyau de l'intégrité corporelle ne sera perçu de manière identique en Suisse que dans les

²⁴⁰ SCHWEIZER (2009), p. 740.

²⁴¹ WIEDERKEHR (2000), p. 251.

²⁴² MORAND (1991), p. 58.

prisons de Guantanamo, et celui de la liberté de communication différera en Suisse et dans les pays de l'ex-URSS.

Le droit international public offre des lignes directrices pour déterminer le noyau intangible. De nombreux instruments internationaux contiennent toutefois une clause dérogatoire permettant aux Etats de limiter les droits si la sécurité de l'Etat l'exige. Mais le législateur international a indiqué les circonstances justifiant les dérogations. Ainsi, le Pacte ONU I (art. 4 par. 1), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15) contiennent tous deux une clause autorisant l'Etat à prendre des mesures dérogatoires en cas de guerre ou de danger public menaçant la nation.

Les deux instruments précités stipulent expressément que certains droits de l'homme doivent conserver leur force en toute circonstance. Ils représentent le standard minimum applicable à toute personne, en tout temps, indépendamment du lieu. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme considère que font partie du noyau intangible : le droit à la vie (art. 2), le droit de ne pas être soumis à la torture, aux traitements inhumains et dégradants (art. 3), le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude (art. 4), l'interdiction de l'application rétroactive du droit pénal (art. 7) et le principe *ne bis in idem* (art. 4 du Protocole n° 7). Toutefois, le droit à la vie n'est pas absolu. L'article 2 paragraphe 2 donne une série de cas où la mort n'est pas contraire à ce principe : « pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale, pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue, pour réprimer, conformément à la loi une émeute ou insurrection ».

Le *ius cogens* constitue une source matérielle de la garantie du noyau intangible. Il regroupe les normes impératives internationales auxquelles aucune dérogation n'est permise. En 1951 déjà, la Cour internationale de Justice a constaté dans son avis concernant la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide que ce traité contient un noyau dur universellement valable qui ne tolère aucune réserve lors de la ratification. Elle se réfère par ailleurs aux principes du *ius cogens* comme « obligeant les Etats en dehors de tout lien conventionnel »²⁴³.

²⁴³ CIJ Recueil 1951, p. 15 ss.

Le *ius cogens* a été consacré dans deux textes d'une importance primordiale : la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969²⁴⁴ et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales de 1986²⁴⁵. Ces deux conventions donnent une définition du *ius cogens* : « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Une deuxième disposition règle le cas de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international, « tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

Pour la première fois dans l'histoire des relations internationales les Etats ne peuvent plus faire n'importe quoi par la voie conventionnelle. Le *ius cogens* s'impose à la conscience juridique. La sanction de nullité absolue d'un traité en conflit avec le *ius cogens* sert les droits de l'homme.

Les conventions de Vienne ne donnent toutefois aucun exemple de règles d'une telle nature. La difficulté réside alors dans le fait de déterminer ce qui appartient au *ius cogens*. La doctrine et la pratique considèrent en règle générale qu'appartiennent au *ius cogens* les dispositions essentielles du droit international que sont d'une part l'interdiction de l'usage de la force dans les relations entre Etats (art. 2, al. 4, de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1948) et d'autre part les garanties élémentaires des droits de l'homme et du droit international humanitaire tels que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains, la protection contre l'infliction arbitraire de la mort, l'interdiction de l'esclavage, de la piraterie et du génocide²⁴⁶.

Le cas de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est intéressant. On considère généralement qu'il s'agit d'un principe s'imposant à tout Etat²⁴⁷. En Israël, pourtant, en 1987, la Commission Landau recommande au

²⁴⁴ RS 0.111.

²⁴⁵ Disponible sur le site internet

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_2_1986_francais.pdf.

²⁴⁶ Voir Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « contre la construction des minarets », FF 2008, p. 6930.

²⁴⁷ En droit suisse, voir ATF 108 Ib 408, *Bufano, époux Martinez et époux Sanchez Reisse*, et ATF 111 Ib 138, *Ch.*

gouvernement d'autoriser les membres du Service de sécurité intérieure à utiliser «des pressions physiques modérées» lors de l'interrogatoire de personnes soupçonnées d'atteintes à la sécurité. Dès 1994, un sous-comité ministériel chargé de surveiller l'utilisation de ces «pressions physiques» au cours des interrogatoires autorise le recours à «des pressions physiques accrues».

Dans un rapport présenté en 1997 au Comité de l'ONU contre la torture, Israël explique que les interrogatoires menés conformément aux « règles de Landau » n'enfreignent pas l'interdiction de traitements cruels, inhumains ou dégradants faite aux articles 1^{er} et 16 de la Convention des Nations Unies contre la torture. Le Comité contre la torture de l'ONU recommande à Israël de mettre immédiatement fin à l'emploi, lors des interrogatoires, des méthodes incriminées et d'incorporer par une loi les dispositions de la Convention contre la torture au droit interne²⁴⁸.

En septembre 1999, un jugement de la Cour suprême israélienne indique que certaines méthodes d'interrogatoire faisant appel à l'exercice de « pressions physiques modérées » sont contraires à la loi israélienne et portent atteinte à la dignité de l'individu. Dans cette décision, la Cour suprême ne se prononce toutefois pas catégoriquement contre l'usage de la torture²⁴⁹.

En Suisse, le Tribunal fédéral dégage le concept de noyau essentiel des libertés à propos de la garantie de la propriété²⁵⁰. Dans l'arrêt *Dafflon*, il précise que :

« la garantie de la propriété interdit aux cantons de prendre des mesures qui supprimeraient ou videraient de sa substance la propriété privée envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse ».

C'est à cette condition seulement que l'expropriation peut être admise. Dans l'arrêt *Castella*, le Tribunal fédéral étend ce concept à la liberté personnelle en s'inspirant directement de l'affaire *Dafflon*²⁵¹.

« Le Tribunal fédéral a jugé que la garantie de la propriété comme la liberté individuelle, pouvait être limitée par une loi cantonale (...). Mais il a affirmé aussi qu'elle interdit aux cantons de prendre des mesures qui supprimeraient ou videraient de sa substance la propriété privée envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse (...).

²⁴⁸ Sur ces questions, voir le site internet

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.SR.297.Add.1.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.SR.297.Add.1.Fr?Opendocument).

²⁴⁹ Sur ces questions, voir le site internet

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.33.Add.2.Rev.1.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.33.Add.2.Rev.1.Fr?Opendocument).

²⁵⁰ ATF 88 I 248, 255, *Dafflon*.

²⁵¹ ATF 90 I 29, 37, *Castella*.

Ce qui est vrai pour la garantie de la propriété l'est à plus forte raison pour la liberté individuelle. Non seulement celle-ci est une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse, mais elle est la liberté première dont découlent tous les autres droits constitutionnels. La loi peut donc la restreindre (dans l'intérêt public), à condition toutefois de ne pas le faire dans une mesure qui équivaldrait à la supprimer ou à la vider dans sa substance. »

C'est une tâche du juge constitutionnel fédéral de dire quelles limitations sont admissibles ou non. Dans l'affaire susmentionnée, il s'agit de déterminer l'effet de l'alcool sur une personne ayant causé un grave accident de la route, lequel a entraîné la mort de six personnes. Les examens prévus comportent une hospitalisation de quelques jours et la mise en état d'ivresse du conducteur. Cette atteinte à la liberté individuelle est particulièrement grave du fait qu'elle entraîne des conséquences sur la liberté de mouvement et la capacité de discernement du recourant. Dans le cas d'espèce, la limitation n'est pas admissible. Elle ne repose d'ailleurs sur aucune base légale.

La jurisprudence concernant la garantie de la propriété²⁵² et la liberté personnelle²⁵³ est très détaillée. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser par exemple que la vaccination obligatoire²⁵⁴ ou que la prise de sang en vue de fournir des preuves dans un procès en paternité²⁵⁵ ne touchent pas au noyau irréductible de la liberté personnelle. Par contre, la torture ou l'homicide intentionnel violent incontestablement le noyau²⁵⁶. En ce qui concerne le traitement des détenus, le Tribunal fédéral a également mis en évidence des mesures portant atteinte au noyau intangible :

« les personnes détenues peuvent également invoquer la garantie de la liberté personnelle, mais elles ne sauraient toutefois prétendre jouir de toutes les formes de ce droit constitutionnel (...). Une fois incarcérés, les intéressés sont soumis aux restrictions qui découlent de la mesure de contrainte qui leur est imposée et du rapport spécial qui les lie à l'Etat (...). Ces mesures ne sauraient (...) sans porter atteinte au noyau intangible de la liberté personnelle, aller jusqu'à l'emploi de méthodes qui auraient, sinon pour but, du moins en tout cas pour effet l'anéantissement de la personnalité du détenu, ou qui seraient de nature à lui infliger des troubles psychiques graves »²⁵⁷.

Le Tribunal fédéral considère que les mesures médicales coercitives, en particulier l'administration de médicaments psycho-actifs, constituent une atteinte

²⁵² Voir notamment ATF 93 I 130, *Erben Schulthess und Erben Bäggli* ; 96 I 123, *Zwyssig* ; 96 I 557, *Achermann*.

²⁵³ Voir notamment ATF 95 I 356, *Achermann*; 97 I 45, *X*.

²⁵⁴ ATF 99 Ia 747, *Etienne*.

²⁵⁵ ATF 99 Ia 407, 412, *Tronolone*.

²⁵⁶ ATF 98 Ia 508, 514, *Gross*.

²⁵⁷ ATF 106 Ia 280, *Groupe Action Prison Lausanne*.

grave à la liberté personnelle en raison des profondes modifications de l'état psychique et physique qu'elles engendrent. Etant donné ces répercussions importantes, elles touchent à l'essence même du droit fondamental. Le noyau intangible n'est cependant pas violé lorsque le traitement coercitif est ordonné dans un but thérapeutique²⁵⁸.

A propos du droit à la vie, le Tribunal fédéral dit :

« le droit à la vie se distingue des autres aspects de la liberté personnelle en ce que toute restriction de ce droit constitue du même coup une atteinte à sa substance même, qui bénéficie d'une protection absolue. Ainsi, le droit à la vie ne souffre d'aucune restriction : il est inconcevable qu'il fasse l'objet d'une restriction prévue par la loi et justifiée par un intérêt public »²⁵⁹.

Le principe du respect de l'essence des libertés est également examiné par la Haute Cour en regard de la liberté économique²⁶⁰, puis de la liberté religieuse²⁶¹ et des libertés d'expression et de réunion²⁶². Un arrêt récent traite du concept du noyau intangible dans le cadre de la liberté économique. Le Tribunal fédéral déclare qu'un arrêté cantonal vaudois limitant pour une durée de trois ans le nombre de médecins admis à pratiquer à la charge de l'assurance maladie ne touche pas à l'essence de la liberté économique des recourants²⁶³. En effet, il n'empêche aucun médecin d'ouvrir un cabinet médical. Il n'a d'incidence que sur l'admission de ces médecins en tant que fournisseurs de prestations au sens de l'article 35 LAMal. En outre, il n'a d'effet que sur l'activité de médecin indépendant, mais pas sur celle de médecin dépendant. En matière de liberté religieuse, le Tribunal fédéral précise le contenu du noyau intangible dans un arrêt de l'année 1997²⁶⁴. Le noyau intangible comprend l'interdiction de contraindre quelqu'un à adopter une conviction. Il ne comporte pas les manifestations extérieures d'une conviction. Ainsi, le droit d'exprimer ses convictions religieuses, de les professer ou de les mettre en pratique dans des actes cultuels n'est pas protégé de manière absolue. En ce qui concerne la liberté d'expression et de réunion, dans l'arrêt de

²⁵⁸ ATF 126 I 112, 115, S. Egalement ATF 127 I 6, 30, P.

²⁵⁹ ATF 98 Ia 508, 514, *Gross*.

²⁶⁰ ATF 99 Ia 604, *Righi*.

²⁶¹ ATF 101 Ia 392, *Einwohnergemeinde Hünenberg*.

²⁶² ATF 117 Ia 472, *Sozialdemokratische Partei Baselstadt*.

²⁶³ Arrêt non publié du 6 septembre 2004, [2P.134/2003], publié dans SJ 2005 I 205. Pour une problématique similaire dans le canton de Zurich, voir ATF 130 I 26, *Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärzte, Sektion Zürich*.

²⁶⁴ ATF 123 I 296, 301, X.

1991, le Tribunal fédéral approche le noyau intangible par la négative. On y apprend que l'interdiction de porter un masque lors d'une manifestation ne porte pas une atteinte inadmissible à la liberté personnelle²⁶⁵. Dans les années nonante, le concept de noyau intangible est étendu au droit à des conditions minimales d'existence par le Tribunal fédéral²⁶⁶. Dans le cas d'espèce, le recourant s'est vu supprimer les prestations d'aide et d'assistance car il avait commis des actes contraires au droit et avait violé le règlement interne du centre où il était hébergé. D'après la Haute Cour, dans de telles circonstances, une réduction des prestations est en principe justifiée ; la faute ou le manque de coopération de celui qui requiert les prestations doivent pouvoir être pris en compte pour fixer le soutien accordé. La sanction doit toutefois être proportionnée. Par contre, le retrait de toute aide sociale à une personne qui objectivement et sans sa faute n'est pas en mesure de se procurer les moyens indispensables à sa survie violerait le noyau essentiel du droit à des conditions minimales d'existence.

Dans une décision datant de l'année 2005, le Tribunal fédéral traite la question de savoir si - et le cas échéant sous quelles conditions - le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, peut être restreint ou assorti de conditions. Le Tribunal fédéral affirme cette fois que la sphère de protection du droit à des conditions minimales d'existence et le noyau intangible de ce droit coïncident, de telle sorte qu'aucune restriction n'est possible²⁶⁷. Ainsi, le minimum vital ne peut être ni réduit ni refusé. La personne qui, objectivement, serait en mesure de se procurer des ressources suffisantes, en acceptant un travail convenable ou en participant à des mesures d'occupation ou d'intégration, mais s'y refuse, ne remplit pas les conditions du droit et peut dès lors se voir suspendre les prestations. Cette jurisprudence est confirmée l'année suivante²⁶⁸.

Quelques constitutions cantonales se réfèrent expressément à la figure du noyau intangible, notamment les Constitutions de Bâle-Campagne, Soleure, Argovie, Berne ou Neuchâtel. La Constitution bernoise va plus loin que la Constitution fédérale dans l'ancrage constitutionnel de ce concept²⁶⁹. Elle énonce explicitement

²⁶⁵ ATF 117 Ia 472, *Sozialdemokratische Partei Baselstadt*.

²⁶⁶ ATF 122 II 193, *B.*

²⁶⁷ ATF 130 I 71, *X.*

²⁶⁸ ATF 131 I 166, *S.*

²⁶⁹ FF 1994 I 401.

pour certains droits fondamentaux la partie intangible. Concernant l'égalité de droit (art. 10), sont absolument interdites les discriminations reposant sur la race, la couleur, le sexe, la langue, l'origine, le mode de vie, les convictions politiques ou religieuses. Pour les droits de la personnalité (art. 12), sont absolument interdits la torture et les peines et traitements inhumains et dégradants. En ce qui concerne la liberté de conscience et de croyance (art. 14), est absolument interdit le fait de contraindre une personne à un acte religieux ou de l'obliger à professer sa foi ou ses convictions philosophiques. Dans le domaine de la liberté d'opinion et d'information (art. 17), la censure préalable n'est pas tolérée, sauf dans le cadre de rapports de droits spéciaux. Enfin, est également mentionnée l'interdiction absolue de restreindre le droit d'adresser des pétitions individuelles (art. 20).

Le concept du « noyau intangible » - dont le Tribunal fédéral refuse de donner une définition abstraite²⁷⁰ - est perçu par la doctrine avec perplexité et méfiance. Il existe en effet une importante controverse doctrinale²⁷¹. Le débat a trait aux rapports entretenus par le principe d'intangibilité de la substance du droit fondamental et le principe de la proportionnalité.

Selon une première thèse, il y aurait identité entre les deux principes : ainsi toute entorse au principe de la proportionnalité porte inévitablement atteinte à la substance du droit considéré²⁷². Le principe du respect de l'essence du droit fondamental en question se confond avec l'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. La détermination du noyau intangible résulterait d'une pesée d'intérêts similaire à celle que fait le juge lorsqu'il examine si le moyen employé pour restreindre un droit est raisonnable par rapport au but d'intérêt public poursuivi. Il nous semble toutefois que le texte même de la nouvelle Constitution permet de contrer cette opinion. En effet, l'affirmation clairement distincte des principes de la proportionnalité et de l'inviolabilité de l'essence d'un droit fondamental récuse l'identification totale de ces deux principes.

²⁷⁰ ATF 90 I 37, cité par MALINVERNI (1981), p. 176.

²⁷¹ Voir VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 362 et 363.

²⁷² Voir notamment HOTZ (1977), p. 56 ss; MASTRONARDI (1978), p. 167 ss; Dans son ouvrage « Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux », publié en 1983, MÜLLER reconnaît avoir partagé cette thèse antérieurement. Voir MÜLLER (1964), p. 104.

A l'opposé, une autre thèse conteste l'idée d'une identification totale de la proportionnalité et de l'intangibilité de la substance²⁷³. Cette thèse s'articule en deux courants. Le premier courant admet un recouvrement partiel de la proportionnalité et de l'intangibilité de la substance. Toute limitation disproportionnée d'un droit fondamental ne constitue pas nécessairement une atteinte à sa substance, il n'en demeure pas moins que toute atteinte à la substance d'un droit fondamental sera quant à elle nécessairement disproportionnée²⁷⁴. En effet, selon AUER, MALINVERNI et HOTTELIER²⁷⁵, les trois conditions classiques de restriction se complètent (la première pose une exigence de forme, la deuxième, une finalité et la troisième, une pesée des intérêts), mais le respect de l'essence introduit une idée d'intransigeance face aux restrictions des droits fondamentaux et pose la garantie d'un Etat de droit. SCHEFER indique que les concepts du noyau dur et la proportionnalité sont étroitement liés²⁷⁶. Il relève que le but du noyau dur est la protection absolue de la dignité humaine. Les noyaux durs étant généralement décrits de manière incomplète et ponctuelle, ils ne peuvent pas protéger la dignité humaine dans son contenu impératif dans tous les cas, c'est pourquoi, le recours à la proportionnalité peut s'avérer nécessaire. Le second courant affirme l'utilité de procéder à une identification a priori et indépendante de la substance des droits fondamentaux. Telle est la perspective adoptée par MORAND²⁷⁷ et MÜLLER²⁷⁸. Dans un écrit plus récent, MÜLLER confirme sa position en attribuant un « effet indispensable » à la constatation du noyau intangible²⁷⁹.

²⁷³ MÜLLER (1983), p. 169.

²⁷⁴ Pour une adhésion à ce constat, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 119 ; WILDHABER (1986), p. 55 ; MALINVERNI (1981), p. 176.

²⁷⁵ Voir ci-dessus.

²⁷⁶ SCHEFER (2001), p. 83-84. Voir également WIEDERKEHR (2000), p. 256.

²⁷⁷ MORAND (1991), p. 56.

²⁷⁸ MÜLLER (1983), p. 160.

²⁷⁹ MÜLLER (2001), p. 643. De même ; TSCHANNEN (2007), p. 147.

CHAPITRE 4 CLASSIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX

Parmi tous les droits regroupés sous la dénomination de droits fondamentaux dans la Constitution, la doctrine en distingue plusieurs catégories. MÜLLER propose une répartition en quatre groupes, basée sur des distinctions thématiques²⁸⁰ :

- dignité humaine, égalité, procédure équitable
- démocratie, base de l'Etat de droit
- principes directeurs d'ordre économique, propriété
- principes directeurs d'ordre social.

HÄFELIN et HALLER proposent une classification en trois groupes, les droits politiques étant analysés à part²⁸¹. AUBERT et MAHON expliquent que les droits fondamentaux peuvent être classés en différentes catégories selon leur nature, l'histoire ou encore le domaine qu'ils concernent²⁸². Nous pouvons aussi mentionner que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne propose également une répartition thématique, mais en cinq parties²⁸³. Dans la nouvelle Constitution, le constituant a renoncé à regrouper les droits fondamentaux en différentes catégories, principalement pour une raison pratique, à savoir la difficulté de classer certains droits²⁸⁴. Nous adoptons ici une classification basée sur celle proposée par AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, c'est-à-dire : libertés proprement dites, droits fondamentaux de nature organisationnelle

²⁸⁰ MÜLLER (2001), p. 626. En ce qui concerne les droits sociaux, il réserve le terme aux droits justiciables, les autres faisant partie des buts sociaux.

²⁸¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 67-68. Voir aussi RHINOW (2000), pp. 97 ss et 340 ss.

²⁸² AUBERT/MAHON (2003), p. 60.

²⁸³ Journal officiel des Communautés européennes 2000/C364. Les parties sont dignité, libertés, égalité, solidarité et citoyenneté.

²⁸⁴ FF 1997 I 140.

ou garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et droits politiques²⁸⁵. Les droits politiques ne seront toutefois pas analysés dans ce travail étant donné leur caractère trop différent. En effet, alors que les droits fondamentaux sont généralement définis comme des prétentions visant à obtenir de l'Etat un comportement déterminé, les droits politiques sont une « garantie minimale touchant au fonctionnement de la démocratie »²⁸⁶.

§ 1 Les libertés fondamentales (Freiheitsrechte)

Les libertés contiennent notamment les droits qui assurent la sécurité et l'autonomie de la personne humaine face au pouvoir. Il s'agit du droit à la vie, de l'intégrité corporelle, de la liberté personnelle et de la liberté de mouvement. Font également partie de cette catégorie, les droits qui permettent à l'individu de s'épanouir. Bien qu'individuelle, la liberté a pour finalité le développement des rapports sociaux au sein de la société. Elle protège donc un comportement humain contre les actions de l'Etat. Son contenu porte sur une activité physique ou psychique de l'individu : vendre, croire, se mouvoir, se marier, se réunir... Toute activité humaine est susceptible d'être protégée par une liberté. Les libertés comportent une dimension sociale et se développent en règle générale que dans les rapports d'un individu avec autrui. Un comportement humain implique fréquemment la présence, la participation d'autrui. Par exemple, nous prions avec les autres adeptes de la même religion, une vente se déroule nécessairement entre deux partenaires, la constitution d'associations implique plusieurs personnes, le fait de se réunir ou de se marier également. Le rôle des libertés est donc de permettre à l'individu de développer des relations avec les autres.

D'après une classification historique, les droits de la première génération correspondent aux libertés et garanties de l'Etat de droit. Les origines des libertés classiques remontent au XIII^e siècle. En 1215, la *Magna Charta* contient la promesse du roi Jean Sans Terre de respecter certaines garanties dans l'exercice

²⁸⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 5 ss.

²⁸⁶ AUBERT/MAHON (2003), p. 305.

de son pouvoir. En 1629, le *Petition of Rights* de Charles 1^{er} garantit aux sujets anglais la sécurité de la personne et de la propriété. En 1679, l'*Habeas Corpus* offre une protection contre les arrestations arbitraires. Le *Bill of Rights* de 1689 énumère les droits que Guillaume d'Orange s'engage à respecter, en échange de la reconnaissance par le Parlement de son droit au trône. Au XVIII^e siècle, les colonies américaines promulguent les premières déclarations écrites de droits fondamentaux. En Europe, la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen en 1789 protège le citoyen contre les excès du pouvoir. Au niveau international, les libertés fondamentales sont affirmées depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui ne constitue toutefois pas un instrument juridique exécutoire. Le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 pallie à ce problème. Au niveau européen, les libertés fondamentales sont définies depuis 1951 par la Convention européenne des droits de l'homme.

MAHON définit les libertés comme « garantiss[a]nt à l'individu et à la société une sphère d'autonomie, de liberté, précisément, dans laquelle l'Etat s'abstient d'intervenir et qu'il doit même protéger »²⁸⁷.

Traditionnellement, les libertés sont conçues comme une sphère de protection contre les atteintes possibles de la part de l'Etat. Les libertés sont opposables à l'Etat, qui doit s'abstenir de les violer²⁸⁸. Les libertés fondamentales ont en premier lieu, donc, une fonction défensive. Toutefois, le devoir d'abstention qui pèse sur l'Etat ne signifie pas que celui-ci puisse se contenter d'observer une attitude passive à l'égard des libertés²⁸⁹. En effet, l'Etat doit promouvoir et protéger les libertés. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme admet depuis longtemps que certaines libertés ne se limitent pas à commander à l'Etat de s'abstenir de les violer, mais peuvent englober des obligations positives sous forme de mesures visant à assurer leur respect effectif. Par exemple, si l'Etat ne prend pas de mesures pour combattre les effets néfastes de la pollution causée par une station d'épuration, il risque de priver les riverains de la jouissance effective de leur droit

²⁸⁷ AUBERT/MAHON (2003), p. 61.

²⁸⁸ Voir par exemple JELLINEK (1920), p. 419.

²⁸⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 76.

au respect de la vie privée et familiale²⁹⁰. Le Tribunal fédéral, qui affirme généralement que les libertés n'ont qu'une portée négative, a reconnu timidement que dans certaines circonstances, l'Etat peut devoir fournir une prestation positive²⁹¹.

Les libertés individuelles appartiennent aux personnes physiques. Le titulaire peut aussi être parfois une personne morale de droit privé. Certaines libertés comme la liberté économique ou la garantie de la propriété tendent à promouvoir les activités de ces dernières. Toutefois, la question de la titularité doit être examinée pour chacune des libertés en question. Dans certains cas, le constituant a cherché à donner des indications sur la titularité dans le texte même des différents articles. Certaines libertés appartiennent à *toute personne* (art. 13, 15, 16 Cst.), d'autres *aux Suisses et aux Suissesses* (art. 24 et 25 Cst.) ou encore *aux enfants et aux jeunes* (art. 11 Cst.).

Font, d'après nous, partie de la catégorie des libertés personnelles : le droit à la vie et à la liberté personnelle (art. 10), sous réserve de l'article 10 al. 3, la protection de la sphère privée (art. 13), le droit au mariage et à la famille (art. 14), la liberté de conscience et de croyance (art. 15), la liberté d'opinion et d'information (art. 16), la liberté des médias (art. 17), la liberté de la langue (art. 18), la liberté de la science (art. 20), la liberté de l'art (art. 21), la liberté de réunion (art. 22), la liberté d'association (art. 23), la liberté d'établissement (art. 24), la garantie de la propriété (art. 26), la liberté économique (art. 27) et la liberté syndicale (art. 28).

§ 2 Les garanties de l'Etat de droit et garanties de procédure

Les garanties de l'Etat de droit limitent le contenu et la forme des actions étatiques dans le but de les soumettre au respect de certaines règles essentielles. Elles

²⁹⁰ ACEDH *Lopez Ostra* du 9 décembre 1994, Série A n° 303-C, § 58.

²⁹¹ ATF 107 Ia 304, 307, *Fuchs* = JT 1983 I 579 : « L'affirmation selon laquelle les droits fondamentaux ne donnent pas droit à des prestations positives ne peut, selon la conception contemporaine, être maintenue en toute circonstance ».

visent à garantir un comportement de l'Etat et concernent la façon dont celui-ci accomplit ses fonctions envers les particuliers. Sont concernées ici tant les garanties formelles qui prescrivent à l'Etat la manière dont doit se dérouler un procès comme le droit d'être entendu et les garanties de procédure, que les principes matériels comme le respect du principe de l'égalité ou l'interdiction de l'arbitraire.

Font partie de la catégorie des garanties de l'Etat de droit et des garanties de procédure : l'égalité (art. 8), la protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi (art. 9), l'interdiction de la torture et de tout autre traitement inhumain et dégradant (art. 10 al. 3), la protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement (art. 25), les garanties de procédure (art. 29), sauf l'article 29 al. 3, la garantie de l'accès au juge (art. 29a), les garanties de procédure judiciaire (art. 30), les garanties en cas de privation de liberté (art. 31), les garanties de procédure pénale (art. 32) et le droit de pétition (art. 33).

§ 3 Les droits sociaux

Les droits sociaux protègent les besoins élémentaires de l'homme : travailler, se nourrir, se loger, être formé. Ils donnent généralement droit à une prestation positive de l'Etat : droit à des conditions minimales d'existence, droit à l'assistance judiciaire gratuite. Il s'agit de compenser, corriger, atténuer ou si possible faire disparaître les inégalités sociales. Ce sont des droits-créances qui postulent que la société assure aux individus les conditions économiques et sociales de leur liberté. Les droits sociaux sont souvent un préalable à l'exercice des libertés dites classiques. Ils ont pour but de compléter un catalogue lacunaire.

Dans une classification historique des droits fondamentaux, les droits sociaux sont des droits de la deuxième génération, par opposition aux droits de la première génération (libertés classiques et garanties de l'Etat de droit et de procédure). Ils ont été revendiqués pour la première fois durant la seconde moitié du XIX^e siècle en réaction à l'industrialisation et aux déséquilibres sociaux qui en ont résulté. En

Europe, ils sont affirmés par la Charte sociale européenne de 1960. Au niveau international, ils sont définis par le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Les Etats socialistes ont tout particulièrement contribué au développement de cette catégorie de droits.

D'après AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, « si les libertés ont pour but de créer un espace social de liberté, si les garanties de l'Etat de droit tendent à mettre en place un Etat fondé sur le droit, les droits sociaux visent à faire de cet Etat un Etat social»²⁹².

Par rapport aux Constitutions d'autres Etats, les droits sociaux peinent à trouver leur place dans notre texte fondamental. Ceci se confirme par le fait que la Suisse n'a pas ratifié la Charte sociale européenne qui est le pendant de la CEDH dans le domaine des droits sociaux. En 1992, la Suisse a toutefois ratifié le Pacte ONU I qui contient un catalogue relativement large de droits sociaux. En règle générale, cet instrument international n'est pas considéré comme étant directement applicable, mais comme un simple programme d'objectifs à atteindre. Le Tribunal fédéral, devant se prononcer sur la conformité d'un décret zurichois avec l'article 13 al. 2 let c du Pacte ONU I, qui garantit le droit à l'instruction, déclare que cette disposition n'est pas d'application directe²⁹³. Dans un autre arrêt, la Haute Cour affirme que l'article 9 du Pacte ONU I, qui garantit la sécurité sociale, ne fixe que des lignes directrices et des objectifs et ne saurait fonder un droit quelconque à une prestation d'assurance²⁹⁴. Plus récemment, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si l'article 8 de ce même Pacte est directement applicable, tout en reconnaissant néanmoins que des motifs sérieux parlent en faveur du caractère *self executing* de cette disposition²⁹⁵.

La Constitution du 18 avril 1999 distingue entre droits sociaux proprement dits et buts sociaux (art. 41). Les droits sociaux sont ceux dont le contenu est assez clair et précis pour qu'un tribunal puisse les appliquer et en imposer le respect. Les droits qui ne sont pas suffisamment déterminables sont qualifiés de buts sociaux. Ces derniers rassemblent divers objectifs de politique sociale qui rappellent

²⁹² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 13.

²⁹³ ATF 120 Ia 1, *Verband Studierender an der Universität Zürich*.

²⁹⁴ ATF 121 V 246, *T.*

²⁹⁵ ATF 125 III 277, 282, *S. K.*

certaines droits proclamés par la législation internationale tels le droit au travail, le droit à la santé ou le droit à la sécurité sociale. Ces dispositions s'adressent au législateur tant cantonal que fédéral, elles ne peuvent pas être invoquées par les particuliers devant les tribunaux et ne donnent pas naissance à des droits subjectifs. Il s'agit donc plutôt de mandats législatifs.

Formellement, tout sujet de droit est titulaire des droits sociaux, mais dans les faits, seuls les plus démunis peuvent les invoquer.

Font partie de la catégorie des droits sociaux : le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12), le droit à un enseignement de base (art. 19) et le droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3). Le droit à l'assistance judiciaire gratuite peut également être considéré comme ayant une nature mixte ; droit social et garantie de l'Etat de droit. Historiquement, en effet, il est rattaché au principe d'égalité²⁹⁶, qui fait partie des garanties institutionnelles. A noter que HÄFELIN et HALLER considèrent le droit à l'assistance judiciaire gratuite comme une garantie de procédure. Il s'agit en effet d'un moyen de procédure permettant l'application de l'égalité dans le cadre d'un procès²⁹⁷.

§ 4 Remarques sur la classification de certains articles de la Constitution

I Article 7 Cst.

L'article 7 Cst. garantit la dignité humaine, selon laquelle toute personne a le droit d'être traitée de manière humaine et non dégradante. La dignité humaine est liée à la liberté personnelle, pourtant elle n'est pas une liberté. Effectivement, la dignité humaine ne protège pas un comportement déterminé de l'individu. Ce n'est pas non plus une garantie institutionnelle de l'Etat de droit, du fait qu'elle ne limite pas la forme et le contenu des actions étatiques. D'après KLEY, le respect de la dignité

²⁹⁶ ATF 51 I 339 Höcker.

²⁹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 216-217.

humaine est un principe directeur inhérent à toute l'activité étatique qui aurait tout aussi bien pu se trouver dans les articles 2 ou 5 Cst²⁹⁸. Pour le Conseil fédéral, la dignité humaine est « la dernière ressource du droit, au cas où la garantie de tous les autres droits fondamentaux demeurerait inefficace »²⁹⁹. A notre sens, la dignité humaine est le fondement et la raison d'être de l'ensemble des droits fondamentaux. Il s'agit donc d'un principe directeur plutôt que d'une liberté. En France, on dit d'ailleurs que la dignité humaine représente un « principe matriciel » pour les autres droits fondamentaux³⁰⁰.

II Article 11 Cst.

L'ancrage constitutionnel de la protection des enfants et des jeunes s'explique par la volonté d'intégrer dans notre texte fondamental les droits reconnus par la Convention relative aux droits de l'enfant³⁰¹. La nature de l'article 11 Cst., traitant de la protection des enfants et des jeunes, n'est cependant pas claire. S'agit-il d'une liberté fondamentale ou d'un droit social ?

Une partie de la doctrine tient cette disposition pour une liberté fondamentale. Il s'agirait, à cause de sa place dans le catalogue des droits fondamentaux, d'une précision de la liberté personnelle en ce qui concerne les enfants et les jeunes³⁰².

D'autres auteurs, notamment WEBER-DÜRLER, considèrent plutôt qu'il s'agit d'une sorte de droit social³⁰³. Cette dernière note toutefois que cette conception ne s'harmonise pas avec l'article 41 lettres f et g qui place le développement ainsi que l'intégration des enfants et des jeunes parmi les buts sociaux et non parmi les droits sociaux.

Il est intéressant de s'arrêter sur la Constitution bernoise de 1993 qui garantit à l'article 29 alinéa 2 le droit de tout enfant « d'être protégé, assisté et encadré ». Il s'agit un droit social, au même titre que le droit à des conditions minimales

²⁹⁸ KLEY (1999), p. 301 à 347.

²⁹⁹ FF 1997 I 142.

³⁰⁰ LEBRETON (1999), p. 53 ss.

³⁰¹ BOCN 192-193.

³⁰² KOLLER (1999), p. 664.

³⁰³ WEBER-DÜRLER (2000), p. 134. Voir également MADER (1999), p. 700.

d'existence. Ce droit suppose donc une prestation de la collectivité publique, notamment des mesures protectrices en faveur des enfants en détresse. Par ailleurs, dans le texte fondamental bernois, la protection des enfants est liée expressément au droit à la formation, qui dans la Constitution fédérale est considéré comme un droit social. En suivant cette logique, considérer l'article 11 Cst. comme un droit social et non comme une liberté fondamentale se justifierait. La Constitution neuchâteloise de 1998 également, protège à son article 14 les droits de l'enfant. Elle s'inspire de la Constitution bernoise et traite cette disposition comme un droit social³⁰⁴.

Le Tribunal fédéral, de son côté, affirme que l'article 11 Cst. est une sorte de déclaration d'intention. L'article 11 alinéa 1 Cst. a été invoqué en 2000 devant la Haute Cour. L'arrêt rendu traite notamment de la nature de cette disposition³⁰⁵. Dans le cas d'espèce, un requérant d'origine yougoslave au bénéfice d'autorisations saisonnières qui ne sont plus renouvelées, ainsi que sa famille dont l'autorisation avait été octroyée dans le cadre du regroupement familial, font recours. Ils déduisent du droit à la protection des enfants et des jeunes un droit au renouvellement de l'autorisation. Le Tribunal fédéral se réfère aux délibérations des Chambres. Si le droit à une protection particulière de l'intégrité des enfants et des jeunes comprenait uniquement la protection de l'intégrité physique et psychique, cette disposition ne serait pas utile en soi du fait que la protection en question est déjà prévue par l'art. 10 alinéa 2 Cst. (droit de tout être humain à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique). L'expression « protection particulière » ne doit donc pas être comprise de façon restrictive, mais signifie que l'on doit accorder aux enfants et aux jeunes en tant que groupe une protection toute particulière. Par ailleurs, le droit à l'encouragement du développement garanti à l'article 11 alinéa 1 Cst. doit être pris en considération lors de l'élaboration des règles de droit. Par conséquent, il n'octroie pas de droit subjectif supplémentaire déductible en justice, pour lequel du reste il manquerait les dispositions normatives exigées. Le Tribunal fédéral précise que le droit à

³⁰⁴ Voir également Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil 165/III p. 2632.

³⁰⁵ ATF 126 II 377, *F*.

l'encouragement du développement figure parmi les droits fondamentaux de nature programmatrice³⁰⁶.

La doctrine, quant à elle, doute du caractère justiciable de cette disposition³⁰⁷. MAHON affirme que cette expression semble viser une injonction au législateur de prendre en considération les intérêts des enfants et des jeunes. Un certain embarras quant à la portée de l'article 11 Cst était également déjà perceptible lors des travaux parlementaires³⁰⁸. De notre côté, nous estimons que l'article 11 Cst. vise à encourager la prise en compte des enfants et des jeunes lors de l'élaboration des règles de droit. Cette disposition présente davantage les caractéristiques d'un but social que d'une liberté fondamentale ou d'un véritable droit social.

III Article 28 al. 3 Cst.

La nature du droit de grève, garanti par l'article 28 al. 3 Cst., est contestée dans la doctrine. AUER, MALINVERNI et HOTTELLIER évoquent son caractère ambigu, mais le classent finalement parmi les droits sociaux. Le droit de grève se caractérise en effet « par une dynamique et une finalité politiques particulières, visant à compenser ou corriger l'inégalité de fait et la dépendance qui existent dans les rapports de travail »³⁰⁹. HÄFFELIN et HALLER considèrent au contraire que le droit de grève est une liberté fondamentale, plus précisément un élément de la liberté syndicale³¹⁰. La place occupée dans la Constitution par ce droit, à savoir à l'intérieur de la liberté syndicale, peut confirmer qu'il s'agit d'une liberté. Par ailleurs, un arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich de 1998 parle de *Streikfreiheit* et non pas de *Streikrecht*³¹¹. Selon nous le droit de grève n'est pas un droit social, mais une liberté, pour la simple raison que ce n'est pas un droit à une prestation de l'Etat au même titre que le droit à des conditions minimales d'existence ou le droit à un enseignement gratuit, même si l'on peut attendre de

³⁰⁶ ATF 126 II 377, 391, *F. A. und A. A.*

³⁰⁷ Voir RHINOW (2000), p. 109 ; HÄFFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 87-88.

³⁰⁸ BOCN 193.

³⁰⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (2006b), p. 714.

³¹⁰ HÄFFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 167, du même avis PORTMANN (1998), p. 486-489.

³¹¹ RSJ 1998, 167.

l'Etat qu'il aménage le droit du travail de manière à ce que la participation à une grève ne soit pas un juste motif de résiliation.

CHAPITRE 5

APPLICATION DE L'ARTICLE 36 CST. AUX CATEGORIES SUSMENTIONNEES

L'art 36 Cst. traite du système de restriction applicable aux droits fondamentaux. Il occupe la dernière position dans le chapitre premier - droits fondamentaux - de la Constitution. De par sa place, il semble avoir vocation à s'appliquer à tous les articles du titre. Il faut néanmoins se demander si tous les droits fondamentaux peuvent être limités. Il existe, à ce sujet, une controverse entre la doctrine et le Tribunal fédéral. Ce dernier semble vouloir appliquer le système de restriction de l'article 36 aux droits sociaux et à certaines garanties de procédure³¹². La doctrine est généralement d'avis que la triade de l'article 36 Cst. ne concerne pas tous les droits du catalogue³¹³. A noter toutefois qu'un nombre croissant d'auteurs préconise une application plus large de la clause limitative³¹⁴.

§ 1 Les libertés (Freiheitsrechte)

Les libertés garantissent au particulier une certaine sphère de protection et d'autonomie. Le comportement des individus doit tout de même être compatible avec les exigences de la vie en communauté. L'Etat peut limiter les libertés individuelles pour assurer le bon déroulement des rapports sociaux. L'adage le dit bien : la liberté des uns s'arrête où commence celle des autres. Les libertés ne sont donc pas absolues. Le fait qu'une liberté soit garantie par la Constitution ne signifie pas que sa limitation est interdite.

³¹² Voir ATF 122 II 193, *B.* ; 126 I 26 *B.* ; 129 I 12, *V. und 20 Mitb.* ; 129 I 35, *M. X.*, 131 I 166, *X.*

³¹³ Voir notamment WEBER-DÜRLER (2000), p. 133 et 151-152 ; RHINOW (2000), p. 154.

³¹⁴ Voir notamment SCHEFER (2006), p. 9-10 ; SCHEFER (2007), p. 187 ss ; MARTENET (2003), p. 307 ss ; RHINOW/SCHEFER (2009), p. 239. Pour d'autres opinions, voir ci-dessous.

Le système prévu à l'article 36 s'applique dès lors aux libertés. Une partie de la doctrine s'accorde à dire que la clause limitative ne s'applique qu'aux libertés. RHINOW soulève d'ailleurs que bien que le titre marginal de l'article 36 Cst. soit « restrictions des droits fondamentaux », les règles de limitation ne s'appliquent qu'aux libertés³¹⁵. AUER, HOTTELIER et MALINVERNI partagent le même avis³¹⁶, tout comme MÜLLER³¹⁷. WEBER-DÜRLER affirme également que l'article 36 Cst. n'est valable que pour les libertés classiques³¹⁸. D'après le Message du Conseil fédéral, la clause limitative de l'article 36 est taillée pour les libertés³¹⁹. Ces conditions s'appliquent dès lors à toutes les libertés, mais certes avec une intensité variable pour chacune d'entre elles. La restriction est licite tant qu'elle respecte les quatre conditions cumulatives. Dès que l'une d'elles n'est pas remplie, la limitation de la liberté se transforme en violation.

§ 2 Les garanties de l'Etat de droit

Les garanties de l'Etat de droit, comme nous l'avons mentionné, ne protègent pas un comportement humain déterminé, mais soumettent l'activité étatique au respect de certaines règles de fond et de forme. Pour des raisons pratiques, nous allons séparer l'analyse de cette partie en différents chapitres ; les garanties de procédure (articles 29 à 32 Cst.), l'interdiction de l'arbitraire et la protection de la bonne foi et enfin le principe d'égalité.

I Les garanties de procédure

La question de savoir si l'article 36 s'applique aux garanties de procédure est discutée dans la doctrine. Les garanties de procédure représentent un standard

³¹⁵ RHINOW (2003), p. 200.

³¹⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 79 ss.

³¹⁷ MÜLLER (2001), p. 640.

³¹⁸ WEBER-DÜRLER (2000), p. 133 et 151-152.

³¹⁹ FF 1997 I 196.

minimal³²⁰. Elles sont en effet concrétisées par le droit ordinaire fédéral ou cantonal. Il est communément admis qu'elles ne sont pas soumises, du moins pas directement, au système de restriction de l'article 36 Cst³²¹. Certains auteurs préconisent en effet une application par analogie des critères de l'article 36 Cst.³²² SCHEFER, quant à lui, va un peu plus loin et affirme que les garanties de procédure peuvent être limitées mais que les conditions de limitation sont plus strictes que pour les libertés traditionnelles³²³. Dans un ouvrage tout récent, cet auteur précise avec RHINOW, que les quatre conditions de limitation s'appliquent, mais seulement de manière très restrictive³²⁴. AUER, HOTTELIER et MALINVERNI, au contraire, affirment que les garanties de procédure ne souffrent aucune restriction. Ils précisent, concernant le principe d'égalité, la séparation des pouvoirs ou le droit à un procès équitable, que l'Etat ne peut pas les limiter, comme il le fait pour les libertés. L'Etat respecte ces garanties ou les viole. Il n'y a pas de troisième solution possible³²⁵.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé dans un arrêt de principe sur la question de l'applicabilité de l'article 36 aux garanties de procédure. Tout au plus a-t-il rendu un arrêt dans lequel il applique l'article 36 Cst. au droit du prévenu de demander en tout temps sa libération (art. 31 al. 4 Cst)³²⁶. Dans le cas particulier, un détenu fait une première demande de mise en liberté, puis une deuxième six mois plus tard. Le juge compétent rejette la seconde et prolonge la détention préventive pour 3 mois, ajoutant que pendant ce délai, il n'entrera pas en matière sur une nouvelle demande de libération présentée sans l'intermédiaire d'un avocat. Le Tribunal fédéral annule cette décision sur recours de droit public. Une exclusion complète des demandes de mise en liberté pour trois mois n'est compatible ni avec la jurisprudence rendue en application de l'article 5 paragraphe 4 CEDH, ni avec l'article 31 alinéa 4 Cst. Toutefois, un délai d'attente pour présenter une demande de mise en liberté, imposé au seul détenu à titre préventif, mais non à son défenseur d'office, peut se fonder sur le paragraphe 66 du Code de procédure pénale zurichois, qui représente une base légale suffisante. Un tel

³²⁰ AUBERT/MAHON (2003), p. 263.

³²¹ RHINOW/SCHEFER (2009), p. 239, et KIENER/KÄLIN (2007), p. 77-78 et 407-408.

³²² KIENER/KÄLIN (2007), p. 77-78 et 407-408.

³²³ SCHEFER (2006), p. 104.

³²⁴ RHINOW/SCHEFER (2009), p. 239.

³²⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 562.

³²⁶ ATF 126 I 26, B.

délai répond aussi à un intérêt public, mais apparaît en revanche disproportionné lorsqu'au regard de précédentes demandes, aucun indice suffisant ne permet de tenir les requêtes de mise en liberté pour trop fréquentes, abusives, téméraires, voire manifestement irrecevables ou infondées. Cette jurisprudence ne semble pas avoir été confirmée à l'heure actuelle.

II La protection de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire ainsi que d'autres garanties juridiques

En matière de protection de la bonne foi, il n'est pas question de limites opposables à l'administré, mais de conditions que celui-ci doit faire valoir pour fonder un droit à la protection de sa bonne foi. L'administré a droit à voir honorer sa prétention au respect de ce principe si cinq conditions sont remplies cumulativement³²⁷ :

- l'autorité qui a donné le renseignement ou fait la promesse doit avoir agi dans une situation concrète et à l'égard d'une personne déterminée. De plus, le renseignement ou la promesse doit avoir été donné sans réserve ;
- l'autorité qui a agi doit être compétente pour le faire, ou du moins le particulier pouvait, de bonne foi, la tenir pour compétente ;
- le particulier ne doit pas avoir été en mesure de se rendre compte de l'inexactitude de la promesse ou du renseignement donné ;
- le particulier doit s'être fondé sur le renseignement ou la promesse pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice ;
- la législation ne doit pas avoir changé entre le moment de la promesse ou du renseignement et le moment où le particulier s'en prévaut.

Ainsi, une administrée achète une parcelle en 1979. Celle-ci est immédiatement constructible d'après la commune sous réserve du règlement du problème de l'évacuation des eaux usées. Dès le transfert de la propriété, la nouvelle propriétaire fait raccorder sa parcelle au réseau des eaux usées et dépose auprès de la commune une demande en vue d'obtenir le permis de construire une villa.

³²⁷ Voir ATF 116 V 298, K. Voir aussi MOOR (1994), p. 430-432.

L'autorisation lui est délivrée en avril 1980. Toutefois, le service cantonal des forêts, puis le Conseil d'Etat vaudois s'opposent à la construction, au motif que la parcelle est située en forêt, où, selon le droit fédéral, les constructions sont en principe interdites. Le Tribunal fédéral admet le recours de l'administrée pour violation du droit à la protection de la bonne foi. En effet, celle-ci s'était fondée sur une assurance expresse donnée par la commune quant à la possibilité de construire sur son terrain. Elle a de plus entrepris des travaux de raccordement aux égouts, qui, si l'autorisation de construire ne lui est pas délivrée, se révéleront constituer un préjudice. Il en ressort que le principe de la bonne foi peut le cas échéant contraindre l'autorité à prendre une décision contraire à la loi³²⁸.

KIENER et KÄLIN relèvent que le domaine de protection de cette garantie correspond à son noyau dur et lorsque les conditions de protection de la bonne foi sont remplies aucune limitation n'est possible³²⁹. TSCHANNEN affirme également que l'article 36 ne s'applique pas à la protection de la bonne foi³³⁰.

L'interdiction de l'arbitraire s'adresse à la fois aux organes d'application de la loi et au législateur. D'après le Tribunal fédéral, une décision est arbitraire si la solution retenue « est insoutenable ou en contradiction évidente avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain ; par ailleurs, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que celle-ci soit arbitraire dans son résultat »³³¹. Une loi est arbitraire « lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs, ou n'a ni sens, ni but »³³².

Ainsi, en jugeant qu'un travailleur sur appel peut valablement accepter de prendre à sa charge des risques qui incombent à l'employeur de par la loi (art. 324 CO), l'autorité a clairement violé cette disposition et commis un acte arbitraire³³³. Il est également arbitraire d'admettre l'affiliation à une bande en se fondant uniquement sur le fait que deux individus ont commis ensemble plusieurs infractions, alors qu'il existe des indices contraires. Cette décision va à l'encontre du principe *in dubio*

³²⁸ ATF 108 Ib 377, *Posewitz*.

³²⁹ KIENER/KÄLIN (2007), p. 344.

³³⁰ TSCHANNEN (2007), p. 140.

³³¹ ATF 125 I 166, 168, *G. et consorts*.

³³² ATF 124 I 297, 299, *Luc Meylan*.

³³³ ATF 124 I 193, *Niklaus Scherr*.

*pro reo*³³⁴. Lorsque même en se fondant sur une loi cantonale, appliquée correctement, une autorité condamne une personne acquittée avec un revenu modeste et deux enfants à charge, à la totalité des frais de justice, soit 20 000 francs, elle prend une décision qui heurte le sentiment de justice et l'équité³³⁵.

Selon SCHEFER, l'interdiction de l'arbitraire est un droit absolu. Cet auteur affirme en effet que les conditions de la base légale, de la proportionnalité et de l'intérêt public ne s'y appliquent pas³³⁶. KIENER et KÄLIN soutiennent que l'article 9 Cst. représente un noyau dur et ne peut subir de limitations³³⁷. RHINOW est d'avis que le système de limitation de l'article 36 n'est fait que pour les libertés. Il ne convient pas pour la dignité humaine, l'égalité, la protection contre l'arbitraire et la bonne foi, les droits dont le champ de protection se confond avec le noyau dur (droit à la vie et interdiction de la torture), les garanties de procédure et les droits sociaux³³⁸. HÄFELIN, HALLER et KELLER avancent également que le système de l'article 36 Cst. ne s'applique ni aux garanties de procédure, ni à l'interdiction de l'arbitraire pour lesquelles le champ d'application se confond avec le noyau dur³³⁹. TSCHANNEN partage la même position³⁴⁰.

L'article 10 alinéa 3 Cst., à savoir l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, a également un caractère absolu. Il s'agit d'un élément du noyau intangible de la liberté personnelle³⁴¹. A ce titre, aucune restriction n'est possible. D'ailleurs, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 3 CEDH (qui correspond à notre article 10 al. 3 Cst.) consacre « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »³⁴². La protection est absolue premièrement parce qu'elle ne tolère aucune restriction selon l'article 15 CEDH et deuxièmement, du fait qu'elle protège toute personne indépendamment de ses agissements.

³³⁴ ATF 124 IV 86, V.

³³⁵ ATF 113 Ia 76, Y.

³³⁶ SCHEFER (2006), p. 113.

³³⁷ KIENER/KÄLIN (2007), p. 77 et 337.

³³⁸ RHINOW (2000), p. 154.

³³⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 91.

³⁴⁰ TSCHANNEN (2007), p. 140.

³⁴¹ Message, FF 1997 I 151; MÜLLER (1999), p. 20.

³⁴² ACEDH *Ahmed* du 17 décembre 1996, Recueil 1996 IV, n° 26.

De même, la protection des Suisses et des Suissesses contre l'expulsion est également un droit absolu qui ne souffre aucune limitation³⁴³. A noter qu'il n'en va pas de même pour l'interdiction de l'extradition. En effet, l'article 25 alinéa 1 Cst. réserve expressément le cas du consentement de l'intéressé.

III L'égalité

L'application de la triade de la base légale, du but légitime et de la proportionnalité à l'égalité est généralement rejetée par la doctrine en Suisse³⁴⁴. Dans son Message relatif à la nouvelle Constitution, le Conseil fédéral signale que :

« le régime des restrictions n'est pas conçu ni adéquat pour des droits comme le principe de l'égalité [...] Pour le droit à l'égalité, le problème ne se pose pas en termes de restrictions, mais de critères de différenciations qui sont pertinents ou non »³⁴⁵.

Dans une jurisprudence constante, la Haute Cour donne une définition de la violation de l'égalité de traitement :

« Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente »³⁴⁶.

Ainsi pour que soit respecté le principe de l'égalité, on exige que deux situations qui sont égales ou semblables soient traitées de façon identique et que deux situations inégales ou dissemblables soient traitées de façon différente. Le respect de l'égalité interdit donc à la fois les distinctions et les assimilations injustifiées. Sont justifiées uniquement les différences de traitement fondées sur des critères pertinents.

Dans de nombreux cas, la loi a instauré des distinctions insoutenables. Ainsi, une loi cantonale qui met à la charge des propriétaires fonciers un impôt spécial pour financer la moitié des frais de nettoyage des routes viole le principe d'égalité. Les propriétaires fonciers ne polluent en effet pas plus les routes que d'autres

³⁴³ HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 171.

³⁴⁴ Voir notamment RHINOW (2000), p. 154; HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 91; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 67 et 79 ss; MÜLLER (2001), p. 640-641.

³⁴⁵ FF 1997 I 196.

³⁴⁶ ATF 118 Ia 1, 2-3, F.

utilisateurs³⁴⁷. Une ordonnance valaisanne qui fixe la redevance pour la chasse à 900 francs pour les Suisses et à 1500 francs pour les étrangers domiciliés dans le canton est contraire au principe d'égalité, car le critère de la nationalité n'a aucun lien avec le droit concédé lors de la délivrance du permis³⁴⁸. Fait également une distinction insoutenable un règlement qui prive les requérants d'asile du droit aux allocations familiales pour leurs enfants domiciliés à l'étranger et qui accorde ce même droit à d'autres catégories d'étrangers comme les réfugiés ou les titulaires d'un permis de séjour.

Dans d'autres cas, c'est l'assimilation qui est insoutenable. Le règlement des examens fédéraux pour les professions médicales d'un canton qui exclut des études de pharmacie celui qui a échoué trois fois à la première propédeutique de médecine viole le principe de l'égalité³⁴⁹. Une loi cantonale qui prévoit l'interdiction totale de démolir et de transformer des locaux d'habitation omet de faire une distinction entre les habitations que l'intérêt public commande de conserver (par exemple dans les communes où il existe une pénurie de logements) et les locaux dont la conservation ne présente aucun intérêt (communes où les locaux ne trouvent pas preneurs)³⁵⁰.

L'article 8 al. 2 Cst. introduit le principe de non-discrimination qui interdit les distinctions dépréciatives³⁵¹. Cette règle part de l'idée qu'un groupe de personnes est défavorisé, maltraité et qu'il convient de rétablir un équilibre, nécessaire à la dignité de tous les êtres humains³⁵². Peu importe que la distinction soit justifiée par un motif raisonnable ou non, elle est prohibée si elle tend à déprécier un être humain. L'article 8 al. 2 mentionne un certain nombre de critères suspects qui sont : l'origine, la race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques, politiques, les déficiences corporelles, mentales ou psychiques. Cette liste n'a qu'un caractère indicatif comme l'indique le terme « notamment »³⁵³. La Constitution établit la présomption

³⁴⁷ ATF 124 I 289, 292-294, X.

³⁴⁸ ATF 114 Ia 395, 12-14, F. X. Par contre, une loi bernoise imposant un prix plus élevé pour l'obtention du permis de chasse pour les personnes qui résident dans un autre canton ou à l'étranger est conforme au principe d'égalité. Voir ATF 119 Ia 123, *Dr Paul Kuhn*.

³⁴⁹ ATF 104 Ib 297, *Schroeder*.

³⁵⁰ ATF 103 Ia 417 *Schweizer*.

³⁵¹ PULVER (2003), p. 137.

³⁵² WALDMANN (2003), p. 151 ss.

³⁵³ PULVER (2003), p. 184 ; ATF 129 I 392, 397, *A. und Mitb.*

que toute différenciation faite en fonction de tels critères est dépréciative³⁵⁴. L'interdiction des discriminations n'a donc pas une portée absolue. Elle n'interdit pas toute différence de traitement fondée sur l'un ou l'autre des critères mentionnés. Il incombe alors aux autorités de démontrer que la distinction n'a pas de caractère dépréciatif³⁵⁵. En cela, le deuxième alinéa de l'article 8 diverge profondément de l'alinéa 1^{er}³⁵⁶. Sous l'empire de l'ancienne Constitution, le Tribunal fédéral a jugé admissible une loi neuchâteloise soumettant la fonction de notaire à une limite d'âge de 70 ans³⁵⁷. PULVER affirme qu'une telle loi ne passerait sans doute pas le test de l'article 8 alinéa 2 Cst. actuellement³⁵⁸. Le but qui est d'assurer l'exercice correct du notariat pourrait être atteint par d'autres moyens plus respectueux des personnes âgées, comme par exemple un examen des facultés. Les différences entre les sexes permettent également, dans certains cas, de justifier une différence de traitement. Le Tribunal fédéral a en effet toujours jugé que le principe d'égalité interdisait toute différence de traitement se basant sur le critère du sexe à l'exception des cas où un traitement identique serait exclu à cause de « différences biologiques ou fonctionnelles » entre les sexes³⁵⁹. Il en va ainsi, par exemple, des règles de protection applicables pendant la grossesse et la maternité.

Quelques auteurs avancent néanmoins l'hypothèse que des éléments de l'article 36, notamment les conditions de l'intérêt public et de la proportionnalité, s'appliquent à l'égalité dans la loi³⁶⁰. A noter que dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral, sans le dire de manière expresse semble approuver la thèse de ces auteurs. Il applique en effet aux mesures positives – considérées comme une atteinte au droit à l'égalité de l'article 8 alinéa 3, première phrase – les exigences de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité³⁶¹. Le Tribunal fédéral des assurances s'était déjà référé à la clause limitative dans le cadre d'une affaire

³⁵⁴ PULVER (2003), p. 183.

³⁵⁵ A ce sujet, voir PULVER (2003), p. 143 ss.

³⁵⁶ KEINER/KÄLIN (2007), p. 360 ; ATF 129 I 217, 220, *A. und Mitb.*

³⁵⁷ ATF 124 I 297, *Luc Meylan*.

³⁵⁸ PULVER (2003), p. 235-236. A noter que dans un ATF 133 I 259, *Schultheiss und Eulau*, le Tribunal fédéral ne critique pas la fixation à 75 ans de l'âge limite pour l'exercice de la profession de notaire. Il indique qu'il faut s'en tenir à la jurisprudence *Meylan* susmentionnée. Il n'examine toutefois pas la question sous l'angle de la discrimination, mais de l'arbitraire.

³⁵⁹ ATF 123 I 56, *Gemeinde Sils im Domleschg*.

³⁶⁰ Voir notamment SCHEFER (2001), p. 62 ss; SCHEFER (2006), p. 9-10; SCHEFER (2007), p. 191 ss; KÄLIN (2000), p. 116-117; WIEDERKEHR (2008), p. 396-412; RHINOW/SCHEFER (2009), p. 239.

³⁶¹ ATF 131 II 361, *B.*

portant sur l'interdiction de la discrimination³⁶². Dans plusieurs décisions, le Tribunal fédéral avait également appliqué les principes de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité lors de l'analyse des différences de traitement pratiquées par les autorités³⁶³.

Contrairement à la doctrine majoritaire, MARTENET affirme avec raison d'après nous que l'application des conditions de limitation de l'article 36 Cst à l'égalité est possible en présence d'une distinction ou d'une assimilation finaliste³⁶⁴. La distinction ou l'assimilation finaliste est celle qui constitue un moyen d'atteindre un certain but. Il s'agit par exemple de mesures positives en faveur des femmes ou de personnes appartenant à un groupe social défavorisé. Ces mesures visent à réaliser l'égalité entre deux groupes sociaux³⁶⁵. La justification finaliste s'oppose à la justification situationnelle³⁶⁶. La distinction ou l'assimilation ne constitue alors pas un moyen au service d'un but visé. Les deux situations faisant l'objet d'une différence de traitement sont incontestablement distinctes ou les deux situations assimilées ont effectivement des caractéristiques identiques qui justifient un traitement semblable.

En ce qui concerne l'exigence de la base légale, MARTENET soulève que les mesures octroyant des avantages à certains groupes sociaux ne peuvent découler des décisions d'une simple autorité administrative ou exécutive³⁶⁷. Il appartient au législateur formel d'adopter de telles mesures. La doctrine considère également qu'une base légale formelle est nécessaire pour les mesures les plus incisives³⁶⁸.

Lorsqu'une distinction ou une assimilation a une visée finaliste, c'est-à-dire qu'elle vise à réaliser un certain but, MARTENET affirme logiquement que ce but doit être légitime³⁶⁹. La distinction ou l'assimilation doit donc être justifiée par un intérêt public. A l'heure actuelle, l'examen du but légitimant une assimilation ou une distinction n'est pas manifeste dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

³⁶² ATF 126 V 70, 74, *Office AI de Schwyz*.

³⁶³ Voir notamment ATF 131 II 361, B. ; 128 I 295, 314, *Association suisse des annonceurs* ; ATF 119 Ia 35, 40-41, *Dr. S.*

³⁶⁴ MARTENET (2003), p. 335.

³⁶⁵ MARTENET (2003), p. 192.

³⁶⁶ MARTENET (2003), p. 190.

³⁶⁷ MARTENET (2003), p. 312.

³⁶⁸ AUER (1993), p. 1344-1345.

³⁶⁹ MARTENET (2003), p. 316.

MARTENET explique que dans la plupart des cas, le Tribunal fédéral affirme que les deux situations en présence sont distinctes, alors qu'il serait plus inspiré de retenir que les situations sont comparables, mais que la distinction répond à un but légitime³⁷⁰. Il existe toutefois quelques arrêts dans lesquels notre Haute Cour a fait mention du but légitime justifiant une différence de traitement³⁷¹.

Lorsqu'une autorité opère une distinction en vue de réaliser un certain but, elle doit respecter le principe de la proportionnalité selon MARTENET³⁷². Une distinction ou une assimilation doit être apte à atteindre le but recherché (aptitude). En ce qui concerne le principe de la nécessité, la situation est plus délicate. Dans le domaine de l'égalité, l'autorité ne doit pas nécessairement choisir la mesure la plus neutre. Certains auteurs allemands considèrent d'ailleurs que le principe de la nécessité ne s'applique pas à l'égalité³⁷³. MARTENET affirme que le principe de la nécessité s'applique pleinement lorsqu'une distinction repose sur un critère suspect au sens de l'article 8 al. 2 Cst³⁷⁴. Finalement, le principe de la proportionnalité au sens étroit permet de mettre en balance l'intérêt public visé par la distinction ou l'assimilation et l'intérêt de l'individu à l'égalité de traitement³⁷⁵. La jurisprudence du Tribunal fédéral contient plusieurs exemples de cette pesée d'intérêts. Dans un arrêt de 1997, le Tribunal fédéral se penche sur la constitutionnalité d'une initiative soleuroise visant une représentation égale des femmes et des hommes dans les autorités cantonales³⁷⁶. Il se demande si l'introduction de quotas est un moyen conforme au principe de proportionnalité de réaliser l'égalité entre hommes et femmes. Il examine les trois sous-conditions du principe de la proportionnalité dans le détail. La réglementation des quotas n'est pas un moyen approprié pour réaliser l'égalité de fait entre hommes et femmes³⁷⁷. En effet, la mauvaise représentation des femmes dans les positions supérieures n'est pas un problème juridique mais relève avant tout de problèmes de société. Le système des quotas n'est, de plus, pas nécessaire³⁷⁸. L'égalité de fait entre

³⁷⁰ MARTENET (2003), p. 317.

³⁷¹ Voir ATF 125 I 166, *G.* (bonne administration de la justice) et ATF 125 I 182, *IATA* (taxe d'atterrissage dépendant des émissions de l'aéroport de Zurich).

³⁷² MARTENET (2003), p. 319 ss.

³⁷³ OSTERLOH (1999), p. 217 ; GUBELT (1994), p. 219.

³⁷⁴ MARTENET (2003), p. 325 ss.

³⁷⁵ MARTENET (2003), p. 327-328.

³⁷⁶ ATF 123 I 152, *S. G. und Mitbeteiligte*.

³⁷⁷ ATF 123 I 152, 163-166, *S. G. und Mitbeteiligte*.

³⁷⁸ ATF 123 I 152, 167-169, *S. G. und Mitbeteiligte*.

hommes et femmes peut être atteinte par des mesures plus modérées. De plus, on peut s'attendre à ce que la parité se réalise naturellement. On a déjà observé une amélioration de la représentation des femmes au Grand Conseil aux élections de 1993. Finalement, la réglementation prévue par l'initiative soleuroise est disproportionnée au sens étroit du terme³⁷⁹. En voulant fixer pour une durée indéterminée une représentation paritaire des sexes dans les autorités élues, l'initiative soleuroise va bien au-delà de ce qu'exige l'égalité matérielle des chances. Le système proposé vise effectivement à réaliser l'égalité du résultat et n'est donc proportionné pour réaliser l'égalité des sexes.

Finalement, la condition du noyau dur ne présente pas une véritable utilité dans le cadre de l'examen de l'égalité³⁸⁰. Certains auteurs affirment toutefois que l'interdiction de la discrimination pourrait représenter le noyau dur de l'égalité³⁸¹. D'autres avancent que l'interdiction de la discrimination fondée sur certains critères uniquement constituerait un noyau dur³⁸².

D'après MARTENET, les conditions du but légitime et de la proportionnalité sont des paramètres permettant d'évaluer les distinctions ou les assimilations³⁸³. Un tel examen est capital aux yeux de la sécurité du droit. Il est important pour les justiciables que les distinctions et assimilations soient jugées d'après des critères définis.

SCHEFER partage globalement la position de MARTENET quant à l'application de l'article 36 Cst. à l'égalité de traitement³⁸⁴. Ainsi, un traitement différent doit reposer sur une base légale. SCHEFER cite les exemples des quotas féminins ou des taxes d'atterrissage plus élevées pour les avions bruyants que pour les avions silencieux³⁸⁵. Le traitement différent doit par ailleurs poursuivre un but d'intérêt public³⁸⁶. Lorsque l'on examine un traitement fiscal inégal entre les véhicules à

³⁷⁹ ATF 123 I 152, 169-171, *S. G. und Mitbeteiligte*.

³⁸⁰ MARTENET (2003), p. 333.

³⁸¹ MÜLLER (1995), p. 52-54, qui s'exprime là en relation avec la Constitution du canton de Berne. Dans un écrit datant de l'année 2000, le même auteur considère que la discrimination constitue le noyau dur de l'égalité, du moins pour certains des critères énumérés par l'article 8 alinéa 2, soit la race, le sexe et le handicap. Voir MÜLLER (2000), p. 112.

³⁸² SCHEFER (2001), p. 491-493; SCHEFER (2006), p. 9-10.

³⁸³ MARTENET (2003), p. 337.

³⁸⁴ SCHEFER (2006), p. 9-10 et 110-112; SCHEFER (2007), p. 191 ss.

³⁸⁵ SCHEFER (2006), p. 106. Voir aussi ATF 123 I 1, 11, X. (quotas) et ATF 125 I 182, 186, *IATA* (taxes).

³⁸⁶ SCHEFER (2006), p. 107.

forte production de polluants et à faible production de polluants, il faut déterminer quel est le poids à donner à l'intérêt public à l'air propre³⁸⁷. Finalement, toujours selon SCHEFER, les exigences permettant de justifier un traitement différent correspondent largement à celles que pose la proportionnalité dans le cadre des libertés traditionnelles³⁸⁸. Dans un ouvrage tout récent, cet auteur précise avec RHINOW que la proportionnalité a une importance particulière dans le cadre de l'égalité de traitement³⁸⁹. Des traitements inégaux impliquent que le droit différencie au moins deux groupes différents. Un traitement différent est justifié seulement s'il est indispensable pour atteindre le but visé. L'intensité de l'atteinte représente une unité de mesure. Il est important de savoir si le désavantage d'un groupe par rapport à l'autre peut raisonnablement être accepté. Le poids de l'objectif est alors d'une importance capitale. Plus l'objectif pèse lourd, plus des différences de traitement graves pourront être imposées aux personnes concernées.

La position de WIEDERKEHR est proche de celles des deux auteurs mentionnés ci-dessus³⁹⁰. Dans un article récent, celui-ci affirme que le droit fondamental à l'égalité ne contient aucun critère permettant de juger de la légitimité de la différence ou de l'égalité de traitement. Il indique que le critère du motif objectif traditionnellement utilisé par le Tribunal fédéral doit être remplacé par un autre programme d'examen. Ainsi, il distingue deux manières d'analyser les différences de traitement. Dans un premier cas, les différenciations se fondent sur des différences factuelles, il s'agit alors de procéder à un contrôle de la conformité et l'article 36 Cst. n'est pas applicable³⁹¹. WIEDERKEHR mentionne à titre d'exemple le fait que toutes les personnes non mariées ne doivent pas être traitées de la même manière sur le plan fiscal³⁹². Ainsi, le Tribunal fédéral estime qu'il existe une différence de fait considérable, qui doit conduire à un traitement fiscal différencié, entre les célibataires sans enfants et les célibataires avec charge de famille³⁹³. Dans un second cas, les différenciations peuvent reposer sur la concrétisation

³⁸⁷ SCHEFER (2006), p. 108.

³⁸⁸ SCHEFER (2006), p. 110 ss.

³⁸⁹ RHINOW/SCHEFER (2009), p. 239.

³⁹⁰ WIEDERKEHR (2008), p. 396-412.

³⁹¹ WIEDERKEHR (2008), p. 399 et 401.

³⁹² WIEDERKEHR (2008), p. 397 et 401.

³⁹³ ATF 118 Ia 1, 7, F.

d'une norme liée à un intérêt public³⁹⁴. Le contrôle de la justification se fait alors selon l'article 36 Cst. L'auteur cite à titre d'exemple le fait que l'Etat peut affirmer que la différence de traitement fiscal entre les engins à moteur sans catalyseur et ceux avec catalyseur ne se fonde pas sur le fait qu'il existe une différence de fait considérable, mais sur la concrétisation d'un intérêt public, à savoir la protection de l'environnement. Cet auteur relève que l'égalité de traitement peut entrer en collision avec d'autres droits fondamentaux ou des intérêts publics. En cela, elle ne se distingue aucunement des autres droits fondamentaux, ce qui justifie l'application de l'article 36 Cst.³⁹⁵. Il préconise ainsi un programme d'examen correspondant aux quatre conditions de limitation de l'article 36³⁹⁶. Un tel programme permet de répondre aux questions qui se posent de manière plus transparente sans avoir à recourir à des notions indéterminées comme le caractère objectif de la différenciation³⁹⁷. Premièrement, une inégalité de traitement importante ou notable doit figurer dans une loi formelle ; une base légale matérielle suffit dans les autres cas. Deuxièmement, le but législatif externe poursuivi par la loi et justifiant la différence de traitement ou le traitement semblable doit correspondre à un intérêt public légitime. Troisièmement, la différence de traitement ou le traitement semblable doit être approprié pour atteindre le but d'intérêt public. Une différence de traitement ne doit intervenir qu'en dernier lieu. Il faut mettre en balance l'intérêt public et les biens juridiques concernés. Enfin toute différence de traitement fondée sur des critères dépréciatifs au sens de l'article 8 alinéa 2 Cst. est interdite. Demeure toutefois possible une justification particulière et qualifiée.

Dans une décision de l'année 2005, le Tribunal fédéral, sans le dire expressément, semble adopter une position similaire à celle de MARTENET, SCHEFER et WIEDERKEHR³⁹⁸. Cet arrêt traite notamment de la délicate question de la constitutionnalité des mesures positives qui peuvent être prises en vue d'augmenter la part des femmes dans le corps professoral universitaire. Le Tribunal fédéral cherche donc à déterminer si et dans quelle mesure des quotas sont admissibles. Pour ce faire, il applique à l'article 8 alinéa 3 Cst. les exigences

³⁹⁴ WIEDERKEHR (2008), p. 399 ss.

³⁹⁵ WIEDERKEHR (2008), p. 401.

³⁹⁶ WIEDERKEHR (2008), p. 412.

³⁹⁷ WIEDERKEHR (2008), p. 410.

³⁹⁸ ATF 131 II 361, 373 ss, *Balmelli*.

de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité. Dans le cas d'espèce, la règle des quotas prévue dans le programme de relèvement ne repose pas sur une base légale suffisante. En effet, les mesures positives nécessitent une base légale formelle lorsqu'elles revêtent une certaine intensité et qu'elles se traduisent par l'octroi d'avantages à un certain groupe de personnes et affectent de manière importante les droits fondamentaux de tiers.

§ 3 Les droits sociaux

Les quatre conditions de l'article 36 Cst. peuvent-elles s'appliquer aux droits sociaux ? La question est controversée. En règle générale, la doctrine affirme que l'article 36 Cst n'est pas adéquat pour les droits sociaux³⁹⁹. Pourtant certains auteurs assurent maintenant que les conditions de limitation ne concernent pas que les libertés fondamentales. Dans l'édition de 2001 de leur *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, HÄFELIN et HALLER affirmaient que l'article 36 Cst. n'était pas adapté pour la définition de la portée des droits sociaux⁴⁰⁰. Dans l'édition 2005 de leur traité, dans la foulée de deux décisions récentes du Tribunal fédéral⁴⁰¹, les deux auteurs laissaient au contraire une porte ouverte pour l'application de l'article 36 aux droits sociaux⁴⁰². Enfin, dans la dernière édition de leur ouvrage, ils affirment que les droits sociaux qui sont conçus comme des garanties minimales, soit le droit à des conditions minimales d'existence, ne peuvent pas être limités⁴⁰³. MÜLLER affirme en 2003 que certains critères de l'article 36 Cst. peuvent jouer un rôle déterminant⁴⁰⁴. De son côté SCHEFER postule pour une large application de l'article 36 Cst. aux droits fondamentaux protégés par la Constitution⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Voir notamment WEBER-DÜRLER (2000), p. 153.

⁴⁰⁰ HÄFELIN/HALLER (2001), p. 94.

⁴⁰¹ ATF 129 I 12, *V.* et ATF 129 I 35, *M. X.*

⁴⁰² HÄFELIN/HALLER (2005), p. 94.

⁴⁰³ HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 269 et 274.

⁴⁰⁴ MÜLLER (2001), p. 641.

⁴⁰⁵ SCHEFER (2006), p. 9-10 ; SCHEFER (2007), p. 187 ss.

I Les droits sociaux garantis par la Constitution fédérale

A Le droit à des conditions minimales d'existence

Déjà Thomas D'Aquin reconnaissait le droit à la survie matérielle⁴⁰⁶. Dès le début du XX^e siècle, le Tribunal fédéral a affirmé l'existence d'une obligation d'assistance constituant un devoir d'humanité et pouvant trouver sa justification dans les nécessités de l'ordre public⁴⁰⁷. C'est en 1995 qu'il reconnaît le droit à des conditions minimales d'existence comme un droit constitutionnel non écrit⁴⁰⁸. Il est alors question de la garantie de ce nouveau droit, de sa violation, mais en aucun cas des limitations qu'il pourrait subir.

Le Tribunal fédéral et la doctrine vont délimiter les contours de cette nouvelle garantie : il s'agit du minimum nécessaire à une vie dans la dignité⁴⁰⁹, à la protection contre la mendicité⁴¹⁰. Il s'agit donc d'un droit à une survie décente⁴¹¹ dont le critère principal est la sauvegarde de la dignité humaine⁴¹².

Pourtant, dans un arrêt du 24 mai 1996⁴¹³, le Tribunal fédéral se prononce sur la constitutionnalité du refus de toute prestation d'assistance à un requérant d'asile récalcitrant. Il admet que ce droit peut être limité :

« Une telle mesure doit dès lors respecter les conditions habituelles de toute restriction aux droits fondamentaux, à savoir reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public prépondérant, être proportionnée et ne pas porter atteinte à la substance même du droit considéré. »

Dans le cas particulier, un requérant d'asile hébergé dans un centre d'accueil pendant la durée de la procédure refuse de travailler, ne respecte pas le règlement interne de l'établissement et commet divers dommages à la propriété. Il est transféré dans un autre centre. Il en est également renvoyé après plusieurs avertissements assortis de la menace du retrait des prestations d'assistance en

⁴⁰⁶ Référence citée par STEFFEN (2002), p. 57.

⁴⁰⁷ ATF 51 I 329.

⁴⁰⁸ ATF 121 I 367, *V.*

⁴⁰⁹ ATF 122 I 101, 103, *E. M.*

⁴¹⁰ ATF 121 I 371, 373, *V.*

⁴¹¹ FF 1997 I 153.

⁴¹² HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 269.

⁴¹³ ATF 122 II 193, *B.*

raison de son refus de collaborer, de ses retards et d'un acte d'agression envers un autre occupant du centre. Simultanément à son renvoi, le requérant est privé de toute prestation d'assistance par le canton.

La question de la base légale ne posant pas de problème, le Tribunal fédéral examine principalement celle de la proportionnalité. La Haute Cour admet que les actes contraires au droit de l'intéressé et son comportement non coopératif doivent être pris en compte pour fixer le soutien accordé. Par contre, lorsqu'une personne est objectivement et sans sa faute incapable d'obtenir les ressources indispensables à ses besoins vitaux, le retrait des prestations est inadmissible. Dans le cas concret, une réduction des prestations peut effectivement se justifier selon la Haute Cour. L'hébergement dans un centre suppose un comportement coopératif, faute de quoi une vie commune harmonieuse entre les requérants d'asile provenant de pays et cultures différents est irréalisable. Dès lors, les agissements du requérant en question justifient une limitation des prestations d'assistance. Toutefois, bien que n'ayant pas commis de crime ou délit grave, cette personne se voit infliger la mesure la plus sévère. D'autres mesures moins incisives auraient pu être envisagées dans un premier temps, comme la suppression de l'argent de poche ou la privation d'autres prestations excédant le minimum nécessaire à la survie physique. D'autre part, le retrait n'est pas limité dans le temps. La mesure prise n'est pas nécessaire, donc pas proportionnée.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral décide de limiter un minimum constitutionnel qu'il avait pourtant défini comme « la garantie des besoins humains élémentaires comme la nourriture, l'habillement ou le logement », « qui est indispensable au maintien d'une existence décente » afin de prévenir « un état de mendicité indigne de la condition humaine »⁴¹⁴. AUER écrit à ce sujet :

« ... abus de langage et erreur de concept que d'admettre qu'un minimum peut tolérer moins qu'un minimum, qu'il peut être restreint, qu'il renferme un noyau intangible qui, lui seul, comme son nom l'indique ne peut plus être restreint [...] [y aurait-il] au-dessous de la concrétisation normative ordinaire du nouveau droit, un premier minimum qui définirait le champ du droit constitutionnel à des conditions minimales d'existence, un deuxième minimum et un troisième minimum qui représenterait son noyau intangible »⁴¹⁵.

⁴¹⁴ ATF 121 I 367, 371, *V.*

⁴¹⁵ AUER (1997), p. 42.

A cette époque, la doctrine, de son côté, considère majoritairement qu'un tel retrait est inadmissible et constitue une atteinte au noyau fondamental du droit à des conditions minimales d'existence. Le droit à des conditions minimales d'existence est considéré comme une condition d'exercice préalable des autres libertés fondamentales. WOLFFERS estime que le retrait des prestations liées aux besoins vitaux nécessaires est toujours illégal⁴¹⁶. MÜLLER, en 1983 déjà, avait qualifié d'intangible le droit de tout habitant d'obtenir de la communauté les moyens indispensables à sa survie et avait affirmé que cette garantie constituait un aspect du noyau irréductible des droits constitutionnels⁴¹⁷. Le droit à des conditions minimales d'existence ne pourrait donc pas être limité. La moindre atteinte à ce droit constituerait déjà non seulement une atteinte à sa substance, mais également à la substance des autres droits fondamentaux, étant donné que la garantie du minimum vital constitue un présupposé indispensable à la jouissance des autres droits fondamentaux.

Le Conseil fédéral, dans son Message relatif au projet de Constitution de 1996 s'exprime sur la limitation du droit à des conditions minimales d'existence en relation avec la jurisprudence du Tribunal fédéral. On peut y relever une contradiction flagrante⁴¹⁸. En effet, il est mentionné que :

« ... dans un arrêt récent le TF a déclaré que le retrait complet des prestations d'assistance constitue une atteinte au droit fondamental à des conditions minimales d'existence, dans la mesure où le standard minimum ne serait plus garanti. Un tel retrait doit donc respecter les conditions posées par l'article 32 du projet 96 (art. 36 Cst.), en particulier être fondé sur une base légale. Un retrait des prestations d'assistance doit en outre être proportionné au but visé, respecter l'intérêt public et ne pas violer le noyau intangible du droit fondamental. Or selon la doctrine majoritaire, le retrait complet des prestations nécessaires à l'existence constitue une atteinte absolument illicite au noyau intangible du droit à des conditions minimales d'existence. Selon le TF, une telle situation ne pourrait éventuellement être envisagée que dans des cas extraordinaires. Au regard du principe de la proportionnalité, le TF a considéré qu'un retrait complet et à durée indéterminée des prestations d'assistance, y compris celles qui sont nécessaires pour survivre est inadmissible, du moins tant que l'intéressé n'est pas en mesure de subvenir lui-même à son entretien ».

Le Conseil fédéral accepte clairement l'idée que le schéma de limitation des droits fondamentaux est applicable à l'article 12 Cst. Cependant, il écrit également dans le commentaire relatif à l'article 32 du projet (restriction des droits fondamentaux, art. 36 Cst.) :

⁴¹⁶ WOLFFERS (1995), p. 96.

⁴¹⁷ MÜLLER (1983), p. 157 ; du même avis, WEBER-DÜRLER, (2000), p. 153.

⁴¹⁸ FF 1997 I 152.

« le régime défini dans cet article n'est pas applicable à l'ensemble des droits fondamentaux, mais il est essentiellement taillé pour les libertés individuelles, c'est-à-dire pour celles qui doivent protéger l'exercice de certaines facultés humaines dont le domaine de protection et le contenu s'imposent d'eux-mêmes (par exemple, la liberté de conscience et de croyance, la liberté d'opinion, la liberté d'association...). En revanche, le régime des restrictions n'est ni conçu ni adéquat (...) pour certains droits de nature sociale (art. 10 Cst., droit à des conditions minimales d'existence) ».

L'article traitant des conditions minimales d'existence dans le projet de Constitution de 1995 était rattaché au droit à la vie et à la dignité humaine. Le droit à la vie vaut de façon absolue et ne doit subir aucune restriction. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs qualifié d'aspect élémentaire de l'épanouissement de la personnalité et l'a classé dans le noyau intangible de la liberté personnelle⁴¹⁹. Quant à la dignité humaine, le Conseil fédéral, dans son Message, précise que :

« La garantie de la dignité humaine constitue le noyau et le point de départ d'autres droits fondamentaux, détermine le contenu de ces droits et constitue une valeur indicative pour les interpréter et les concrétiser »⁴²⁰.

Le concept de l'essence d'un droit fondamental permet d'instaurer une idée d'intransigeance devant les restrictions. Le fait d'intégrer le droit au minimum vital à ces dispositions aurait alors posé d'emblée le principe selon lequel il ne peut pas être limité. Une telle solution, qui aurait affirmé dans la Constitution même le caractère intangible du droit à des conditions minimales d'existence aurait permis de trancher définitivement la controverse sur la possibilité de le réduire ou non.

Dans deux décisions récentes, le Tribunal fédéral modifie sa position par rapport à son arrêt de l'année 1996⁴²¹.

Le premier de ces arrêts traite notamment de la question de savoir si - et le cas échéant sous quelles conditions - le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse, peut être restreint ou assorti de conditions. Le Tribunal fédéral confirme dans cet arrêt sa jurisprudence selon laquelle l'article 12 Cst. ne garantit que le minimum vital, c'est-à-dire les ressources matérielles indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine⁴²². Comme ce droit ne protège que les moyens indispensables pour la survie, il ne peut pas être restreint. Sa sphère de protection et son noyau dur coïncident. Cette décision pose également la

⁴¹⁹ ATF 98 Ia 508, 514, *Gross*.

⁴²⁰ FF 1997 I 142.

⁴²¹ ATF 130 I 71, *X*, et ATF 131 I 166, *X*.

⁴²² ATF 130 I 71, *X*.

délicate question de la sphère de protection (*Schutzbereich*). En effet, les droits fondamentaux ne protègent pas tout comportement humain quel qu'il soit. Chaque droit a donc une sphère de protection déterminée. Il est possible de « restreindre » un droit fondamental en définissant son champ d'application personnel, matériel ou spatial. Toute personne non comprise dans la définition ne bénéficiera donc pas de la protection. Dans un deuxième temps, une fois le contenu du droit précisé, on définit les restrictions que son exercice devra subir selon l'article 36 Cst. Ainsi, la Haute Cour confirme aussi sa jurisprudence sur le point du caractère subsidiaire de l'aide dans des situations de détresse. Selon le texte même de l'article 12 Cst., le droit à des conditions minimales d'existence est régi par le principe de la subsidiarité. La formule « quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien » a été ajoutée dans le texte par les Chambres fédérales sur proposition des commissions préparatoires. Il en découle qu'une personne demandant une aide sociale a l'obligation d'entreprendre ce qu'on peut raisonnablement exiger d'elle pour sortir de la situation de détresse par ses propres moyens, par exemple en acceptant l'exercice d'une activité lucrative. Pour définir ce qu'on peut raisonnablement exiger d'elle, la Haute Cour préconise de tenir compte de la définition du travail convenable dans la législation sur l'assurance-chômage (art. 16 al. 2 LACI⁴²³). La personne qui n'accepte pas un travail convenable refuse de ce fait de prendre les mesures pour subvenir elle-même à son entretien. Par conséquent, elle n'a droit ni à l'aide sociale, ni à l'aide dans des situations de détresse garantie par l'article 12 Cst. La conséquence de ce raisonnement est qu'une personne qui, pour des raisons de droit ou de fait, est incapable de subvenir elle-même à son entretien ne peut être exclue de l'aide d'urgence - même si elle porte une part de responsabilité dans l'échéance de sa situation de détresse⁴²⁴. Ainsi, pour déterminer si une personne peut bénéficier de l'aide prévue par l'article 12 Cst., seule est déterminante la question de savoir si cette personne est en mesure, objectivement, de subvenir elle-même à son entretien. Cette position de la Haute Cour ressortait déjà de l'arrêt 121 I 367.

⁴²³ RS 837.0.

⁴²⁴ RDAF 2005 I 490, note de Bernard Pulver.

Dans l'arrêt 131 I 166, la Haute Cour clarifie encore sa jurisprudence en se penchant sur une décision soleuroise limitant les prestations d'aide sociale à un requérant d'asile frappé d'une décision de non-entrée en matière. Ainsi, avant l'introduction du droit à des conditions minimales d'existence dans la Constitution, le Tribunal fédéral n'excluait à priori pas toute restriction à cette garantie⁴²⁵. Depuis l'arrêt 130 I 71, il a modifié sa position. Il considère que l'article 12 Cst. garantit seulement le minimum vital, c'est-à-dire les moyens indispensables à la survie. La sphère de protection du droit constitutionnel à des conditions minimales d'existence et son noyau dur coïncident. En concevant le droit à des conditions minimales d'existence comme un minimum strictement subsidiaire, le constituant avait déjà relativisé cette garantie. Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, l'article 36 Cst n'est pas applicable à l'article 12 Cst. Le droit à des conditions minimales d'existence ne peut donc pas être limité. Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la question de savoir si cette jurisprudence se limite à l'article 12 Cst. ou si elle est également valable pour tous les autres droits sociaux. Dans cette décision, le Tribunal fédéral répète également que le droit à des conditions minimales d'existence est soumis au principe de la subsidiarité. Il examine également la question de savoir s'il est possible de refuser au recourant les prestations nécessaires à une existence conforme à la dignité humaine au motif que ce dernier refuse de collaborer à l'obtention de papiers de départ. A cet effet, il indique que même si le recourant coopérerait au sens du droit des étrangers, il ne serait toujours pas en mesure de se procurer les moyens indispensables à sa survie par ses propres forces. Il conclut que le défaut de collaboration est certes choquant, mais que le refus de l'aide d'urgence ne peut pas constituer un moyen coercitif pour atteindre les buts du droit des étrangers. Les autorités doivent utiliser les mesures et moyens correspondant, soit par exemple la détention en vue du refoulement prévue par la législation relative aux étrangers. La Haute Cour se demande également si l'exercice du droit à des conditions minimales d'existence est susceptible d'abus de droit et si le titulaire de ce droit peut en être déchu. Sans trancher la question, le Tribunal fédéral précise que la garantie de l'article 12 Cst. « protège d'une existence ne respectant pas la dignité humaine » et qu'il serait possible « tout au plus d'abuser du droit correspondant, du côté de l'ayant droit à

⁴²⁵ Voir ATF 122 II 193, 197, B.

la prestation s'il était fait échec à ce but de protection de la disposition ». Ainsi, si une personne revendique l'assistance nécessaire à sa survie alléguant une situation de détresse et utilise les moyens obtenus dans le respect des prescriptions, on doit considérer qu'elle se comporte conformément au but de protection de l'article 12 Cst., peu importe son statut vis-à-vis du droit des étrangers. Dans le cas d'espèce, le recourant a utilisé les prestations reçues uniquement pour assurer sa survie. Le fait qu'il séjourne de manière illégale en Suisse et viole son devoir de collaborer au sens du droit des étrangers n'y change rien.

Dans un arrêt de l'année 2007, le Tribunal fédéral applique les principes mentionnés ci-dessus⁴²⁶. Il s'agit de déterminer si le droit à des conditions minimales d'existence est garanti à une personne qui s'est dessaisie volontairement d'une part de fortune en la cédant à ses enfants à titre d'avance d'hoirie. La Haute Cour affirme que les motifs qui ont conduit à l'indigence ne sont pas pertinents du point de vue de la protection offerte par l'article 12 Cst. Elle en déduit, dans le cas particulier, que la commune ne pouvait pas refuser des prestations d'assistance en appliquant par analogie les principes valables en matière de renonciation à des éléments de fortune dans le domaine des prestations complémentaires. A nouveau, se pose la question de savoir si l'exercice du droit à des conditions minimales d'existence est susceptible d'abus de droit et si en conséquence les prestations d'assistance peuvent être réduites ou refusées. A noter que la doctrine considère majoritairement que l'article 12 Cst., à cause de sa nature de noyau dur, ne peut être limité, même en cas d'abus de droit⁴²⁷. Toutefois, la Haute Cour affirme que la question n'a pas besoin d'être examinée dans le cas particulier. En effet, un abus de droit suppose nécessairement que la personne indigente ait provoqué intentionnellement sa situation dans le seul but de pouvoir bénéficier des prestations d'aide. En l'espèce, il n'est pas possible de soutenir que la cession des actifs intervenue en 1997 avait pour but de permettre à l'intéressé de bénéficier de l'aide sociale pratiquement dix ans plus tard. Ainsi, en l'absence d'abus de droit manifeste, le refus de la

⁴²⁶ ATF 134 I 65, C.

⁴²⁷ Notamment HÄFFELIN/HALLER/KELLER (2008), p. 270 ; SCHEFER (2001), p. 348 ss et 377 ss.

commune de garantir le droit à des conditions minimales d'existence est inconstitutionnel.

Actuellement, la doctrine, si elle n'exclut pas nécessairement l'application de certains éléments de l'article 36 aux droits sociaux, réfute clairement l'application de la clause limitative au droit à des conditions minimales d'existence⁴²⁸. SCHEFER indique que d'un point de vue général, les droits sociaux ne peuvent généralement être limités que si cela est impérativement nécessaire à la résolution de collisions inévitables avec les intérêts juridiques de tiers. Concernant la garantie de l'article 12 Cst. en particulier, cet auteur souligne qu'en tant qu'elle représente un aspect de la dignité humaine, elle est intangible et que son champ de protection se confond avec le noyau dur⁴²⁹. Des limitations ne sont donc pas admissibles et les alinéas 1 à 3 de l'article 36 ne sont pas applicables⁴³⁰. KIENER et KÄLIN sont également d'avis que le droit à des conditions minimales d'existence est une garantie minimale qui se confond avec son noyau dur et ne peut subir de limitations⁴³¹, tout comme BIAGGINI⁴³². HALLER affirme que ce droit est absolu et ne peut être limité sur la base de l'article 36 Cst, étant lié étroitement à la dignité humaine⁴³³.

B Le droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.)

La doctrine est généralement d'avis que le droit à un enseignement gratuit ne peut pas être limité. WEBER-DÜRLER estime qu'il est inimaginable de trouver un motif de restriction à l'article 19 Cst. qui repose sur une base légale, soit justifié par un intérêt public et réponde à l'exigence de la proportionnalité⁴³⁴. L'enseignement, d'après la Constitution, doit être suffisant, c'est-à-dire « d'une durée minimale et d'un contenu adéquat pour préparer l'enfant à faire face à la vie quotidienne d'un

⁴²⁸ Notamment MÜLLER (2001), p. 640-641 ; FEUZ (2002), p. 133.

⁴²⁹ MÜLLER/SCHEFER (2008), p. 776, voir note 85. Voir aussi SCHEFER (2006), p. 9-10 et 102 et SCHEFER (2007), p. 187 ss.

⁴³⁰ SCHEFER (2006), p. 102 ss ; MÜLLER/SCHEFER (2008), p. 776.

⁴³¹ KIENER/KÄLIN (2007), p. 398.

⁴³² BIAGGINI (2007), p. 130.

⁴³³ HALLER (2009), p. 213.

⁴³⁴ WEBER-DÜRLER (2000), p. 153.

adulte »⁴³⁵. Il doit également être gratuit. Cet élément a en effet pour but d'assurer l'égalité des chances dans la scolarité obligatoire. Dans le Message du Conseil fédéral, il n'est fait nulle part mention d'une possibilité de limiter le droit à un enseignement de base⁴³⁶. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que le principe de la gratuité s'étendait au matériel scolaire et aux frais de déplacement. La commune doit en effet assumer les frais d'un service d'autobus affecté au transport d'écoliers qui, sans cela, auraient à accomplir un trajet d'une longueur excessive⁴³⁷.

En 2002, le Tribunal fédéral se prononce sur deux lois cantonales (Berne et Saint-Gall) prévoyant la possibilité d'exclure un élève de l'école obligatoire (pour une durée maximale de 12 semaines à Berne et pour une durée indéterminée à Saint-Gall) en cas de graves manquements disciplinaires⁴³⁸. Il applique de manière « partielle » et « par analogie » l'article 36 Cst. au droit à un enseignement de base. Il faut prendre en considération les exigences d'un intérêt prépondérant de nature publique ou privée ainsi que le principe de la proportionnalité. De plus, comme en matière de libertés publiques, l'essence du droit constitutionnel conféré doit demeurer intangible. Le Tribunal fédéral admet donc pratiquement que ce droit peut être restreint et que le juge ou le législateur doivent le concrétiser. Dans un arrêt récent, la Haute Cour affirme que l'exclusion définitive d'un élève d'un établissement scolaire supérieur n'est pas arbitraire⁴³⁹. Ainsi, des entorses relativement bénignes à la discipline scolaire justifient l'exclusion si elles surviennent pendant un délai d'épreuve. A noter toutefois que le cas de l'établissement scolaire supérieur n'entre plus dans le champ d'application de l'article 19 Cst.

KIENER et KÄLIN critiquent la position du Tribunal fédéral et estiment que le droit à un enseignement gratuit est une garantie minimale non susceptible de limitations⁴⁴⁰. Selon ces deux auteurs, des mesures pédagogiques spéciales doivent s'appliquer aux jeunes à problèmes et non pas une exclusion scolaire.

⁴³⁵ WILSON (1999), p. 49.

⁴³⁶ FF 1997 I 281.

⁴³⁷ JAAC 64.1 et 59.58.

⁴³⁸ ATF 129 I 12, *V. und 20 Mitb.*, et 129 I 35, *M. X.*

⁴³⁹ ATF 134 I 153, *X.*

⁴⁴⁰ KIENER/KÄLIN (2007), p. 393.

SCHEFFER, de son côté, affirme qu'une limitation des droits sociaux est en principe inadmissible, mais que ces derniers peuvent être exceptionnellement limités car en dehors de leur noyau dur, ils ne sont pas absolus⁴⁴¹. Une limitation n'est possible que si elle est impérativement nécessaire pour résoudre une collision avec les droits fondamentaux de tiers⁴⁴². Ainsi, il peut exister des cas dans lesquels le droit à un enseignement gratuit ne peut être garanti à tous que s'il est limité pour un individu. Si un élève dérange l'enseignement d'une manière tellement intensive que les autres élèves sont menacés dans leur droit et qu'ils ne peuvent pas être protégés d'une autre manière, il peut être justifié d'exclure temporairement le perturbateur⁴⁴³. Si le comportement de l'élève perturbateur ne s'est pas amélioré après 12 semaines d'exclusion, un enseignement alternatif doit lui être garanti afin qu'il bénéficie encore d'une instruction régulière. De telles mesures doivent également respecter les exigences de la base légale et de la proportionnalité⁴⁴⁴. BIAGGINI affirme également que le droit à un enseignement de base trouve ses limites dans la liberté d'autrui. Il note que dans tous les cas, la collectivité reste responsable de l'élève concerné durant la période d'exclusion⁴⁴⁵.

C Le droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29 al. 3 Cst.)

D'après la jurisprudence, le droit à l'assistance judiciaire gratuite n'est pas soumis à des conditions de limitation, mais plutôt à des conditions d'exercice. L'assistance judiciaire gratuite comprend deux aspects. Il s'agit d'une part du droit de se voir dispensé de manière provisoire des frais de justice et des dépens et d'autre part du droit à l'assistance gratuite d'un défenseur⁴⁴⁶.

Le droit d'être dispensé des frais de procédure et des dépens est soumis aux deux conditions suivantes :

⁴⁴¹ SCHEFFER (2006), p. 101 ; MÜLLER/SCHEFFER (2008), p. 799.

⁴⁴² SCHEFFER (2006), p. 101 ; MÜLLER/SCHEFFER (2008), p. 799.

⁴⁴³ SCHEFFER (2006), p. 101 et 103. Voir aussi RHINOW/SCHEFFER (2009), p. 688 et MÜLLER/SCHEFFER (2008), p. 799.

⁴⁴⁴ SCHEFFER (2006), p. 9 ss et 100-102 ; MÜLLER/SCHEFFER (2008), p. 799.

⁴⁴⁵ BIAGGINI (2007), p. 162.

⁴⁴⁶ AUBERT/MAHON (2003), p. 271.

- la personne qui demande l'assistance judiciaire doit être indigente. Cela signifie qu'elle ne peut faire face aux frais de justice et d'avocat sans entamer son minimum vital et celui de sa famille⁴⁴⁷ ;
- sa cause ne doit pas paraître d'emblée dépourvue de toute chance de succès. La jurisprudence interprète cette notion en ce sens que les chances de succès doivent pouvoir être estimées, sur la base d'un examen sommaire des questions à trancher, comme se situant aux environs de 50 %. Il faut également se demander si une personne disposant des moyens nécessaires prendrait le risque d'ouvrir une procédure⁴⁴⁸. A noter qu'en matière pénale, le droit à la désignation d'un avocat d'office ne dépend pas des chances de succès de la cause⁴⁴⁹.

Pour se voir reconnaître le droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, une condition supplémentaire est posée :

- Il faut encore que la défense soit matériellement nécessaire. Cela signifie que l'aide d'un avocat d'office doit être nécessaire au justiciable pour défendre valablement ses droits. Cette nécessité peut résulter soit, d'une part, du fait que la procédure peut avoir des conséquences graves pour le justiciable (par ex. octroi de l'autorité parentale⁴⁵⁰), soit d'autre part du fait que la cause est complexe d'un point de vue juridique notamment.

MEICHSSNER relève que l'article 29 al. 3 Cst. ne peut pas être limité par le biais de l'article 36 Cst.⁴⁵¹. Si les conditions d'octroi sont remplies, le requérant a droit à l'assistance judiciaire. Cette disposition contient en effet ses propres limitations dans la définition de son champ de protection. L'intérêt public apparaît dans le fait que seules les personnes ne disposant pas des moyens financiers nécessaires peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire. Il convient en effet de préserver les finances de l'Etat. La proportionnalité est exprimée par le fait que la cause ne doit pas être dépourvue de toute chance de succès et concernant le recours à un

⁴⁴⁷ ATF 120 Ia 179, *L.* et ATF 127 I 202, *X.*

⁴⁴⁸ ATF 124 I 304, *S.* et ATF 105 Ia 113, *X.*

⁴⁴⁹ ATF 129 I 281, *X.*

⁴⁵⁰ ATF 115 Ia 103, *X.*

⁴⁵¹ MEICHSSNER (2008), p. 151-152.

avocat par le fait que son assistance doit être nécessaire à la sauvegarde des droits de la personne qui requiert l'assistance.

II Les droits sociaux dans quelques constitutions cantonales

La Constitution neuchâteloise protège le droit à des conditions minimales d'existence à son article 13⁴⁵². La commission pour la révision de la Constitution, dans son rapport au Grand Conseil du 22 novembre 1999, précise que cette « disposition reprend, sans offrir une protection plus étendue, le droit constitutionnel à des conditions minimales d'existence reconnu par le Tribunal fédéral en 1995 et qui figure maintenant à l'article 12 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 »⁴⁵³. La protection garantie par l'article 13 de la Constitution neuchâteloise existait déjà dans le cadre de la législation cantonale en matière d'aide sociale, notamment dans la loi sur l'action sociale⁴⁵⁴. L'article 39 de cette loi dispose qu'« une aide matérielle minimum ne peut être refusée à une personne dans le besoin, même si celle-ci est personnellement responsable de son état ». La garantie cantonale n'exclut pas de son champ d'application les personnes qui sont responsables de leur situation. L'article 33 de la Constitution neuchâteloise traite de la limitation des droits fondamentaux. Comme dans la Constitution fédérale, cette disposition est placée à la fin du catalogue des droits fondamentaux, ce qui comme dans la Constitution fédérale, semble indiquer qu'elle s'applique à tous les droits énumérés.

Dans la Constitution bernoise, l'approche de ce problème est différente. Les droits sociaux sont considérés comme irréductibles⁴⁵⁵. AUBERT et SALADIN soutiennent que :

« L'article 29 ne donne aucune indication sur la restriction des droits sociaux. Tant du point de vue de la systématique que de la matière, l'application des règles prévues à l'article 28 (restriction et essence des droits fondamentaux) n'est pas indiquée ; il faut plutôt exclure

⁴⁵² RSN 101.

⁴⁵³ Rapport de la Commission « Constitution » au Grand Conseil à l'appui d'un projet de nouvelle Constitution cantonale du 22 novembre 1999.

⁴⁵⁴ Loi sur l'action sociale du 25 juin 1996, RSN 831.0.

⁴⁵⁵ RSB 101.1.

toute restriction juridique, compte tenu de l'étroite relation de ces droits sociaux avec le principe de la dignité humaine »⁴⁵⁶.

En effet, l'article 28, qui prévoit le système de restriction, est placé à la fin du chapitre traitant des droits fondamentaux. Il s'applique donc à eux seuls et pas à l'article traitant des droits sociaux qui est inscrit dans un chapitre à part. SALADIN et AUBERT soulèvent également qu'il s'agit d'un standard minimum dont le contenu se fonde sur l'idée de solidarité, qui doit au nom de la dignité humaine exiger une action des pouvoirs publics envers les personnes dont le dénuement atteint un seuil intolérable. Un tel minimum ne peut donc, dans cette optique, être réduit.

La Constitution jurassienne comprend un catalogue de droits fondamentaux qui se termine par l'article 13 traitant des limites aux droits fondamentaux⁴⁵⁷. La formulation de cette disposition diffère quelque peu de celle de la Constitution fédérale :

« Les droits fondamentaux ne peuvent être limités que par la loi et dans la seule mesure d'un intérêt public prépondérant ».

A la teneur de l'article 13, les restrictions ne peuvent être contenues que dans une loi. Un décret du Parlement ou une ordonnance du Gouvernement ne peuvent entrer en ligne de compte⁴⁵⁸. Une atteinte même légère doit donc être prévue par une base légale formelle. Le principe de la proportionnalité ne figure pas expressément dans cette clause. Il est toutefois contenu dans le corps de phrase « dans la seule mesure d'un intérêt public prépondérant »⁴⁵⁹. La Constitution du Jura est muette en ce qui concerne l'essence des droits fondamentaux. Cette notion n'est toutefois pas complètement absente du texte légal. L'article 7 prescrit en effet que la dignité humaine est intangible. De par sa place dans le catalogue des droits, la clause limitative semble s'appliquer à toutes les garanties mentionnées, mais pas aux droits sociaux qui ne figurent pas dans le catalogue des droits fondamentaux. Les droits sociaux sont éparpillés dans la Constitution : droit au travail (art. 19), droit au logement (art. 22), droit aux soins (art. 25), droit à l'éducation (art. 33 et 34), droit à la formation (art. 40) et droit à des conditions minimales d'existence (art. 24).

⁴⁵⁶ SALADIN/AUBERT (1995), p. 101.

⁴⁵⁷ RSJU 101.

⁴⁵⁸ MORITZ (1997), ad art. 13 n° 7.

⁴⁵⁹ MORITZ (1997), ad art. 13 n° 1.

§ 4 Le cas de l'article 11 Cst.

L'article 11 concerne la protection des enfants et des jeunes. Si l'on considère qu'il s'agit d'une liberté fondamentale, des restrictions selon l'article 36 de la Constitution sont possibles. Si on considère qu'il s'agit d'une disposition de nature programmatrice, le système de limitation de l'article 36 Cst. ne devrait pas être applicable. A noter que la doctrine ne semble pas s'être penchée sur cette question.

§ 5 La dignité humaine

Comme il a été mentionné plus haut, la dignité humaine a été placée en tête du catalogue des droits fondamentaux. Elle est le droit fondamental des droits fondamentaux⁴⁶⁰. Elle représente le principe directeur de toute l'activité étatique et également le noyau et le point de départ des autres droits fondamentaux⁴⁶¹. Il s'agit d'un droit absolu qui est donc évidemment insusceptible de limitations. A noter que le catalogue des droits fondamentaux contient d'autres droits absolus comme cela a déjà été mentionné.

⁴⁶⁰ BOCN 149 et 151.

⁴⁶¹ FF 1997 I 142.

CHAPITRE 6

CLAUSES DEROGATOIRES

D'après la définition de AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, une dérogation à une liberté est

« une mesure étatique qui, sur la base d'une disposition expresse de la Constitution ou d'une convention internationale, met la liberté entre parenthèses dans un domaine spécifique ou dans une situation particulière »⁴⁶².

La Constitution suisse contient quelques dispositions qui autorisent la Confédération et les cantons à déroger à la liberté économique. D'après l'article 94 alinéa 4 Cst., ces dérogations doivent être prévues par la Constitution. Les dérogations fédérales à la liberté économique peuvent découler des articles 100 alinéa 3 Cst. (domaines du crédit et de la monnaie, du commerce extérieur et des finances publiques), 101 alinéa 2 Cst. (mesures permettant de protéger l'économie suisse), 102 alinéa 2 Cst. (mesures permettant d'assurer l'approvisionnement du pays en biens de première nécessité), 103 (par exemple pour soutenir les régions économiquement menacées) et 104 alinéa 2 Cst (encourager les exploitations paysannes cultivant le sol). Il existe également des autorisations implicites que la doctrine et la pratique traditionnelles tirent de certains textes constitutionnels, notamment ceux qui disent que la législation en un domaine « relève de la compétence de la Confédération »⁴⁶³. Ces textes sont interprétés comme permettant la création d'un monopole fédéral, notamment les articles 87, 90, 91 al. 2, 92 al. 1, 99 al.1 ou encore 105 Cst.

Il existe également quelques clauses de dérogation implicites dans notre Constitution. L'article 26 alinéa 2 Cst. prévoit l'expropriation formelle. Celle-ci peut être considérée comme une dérogation à la garantie de la propriété.

⁴⁶² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006b), p. 119.

⁴⁶³ AUBERT/MAHON (2003), p. 739, voir note 21.

La Constitution suisse ne contient toutefois pas de clause dérogatoire générale au même titre que la Convention européenne des droits de l'homme notamment.

Dans cette partie relative au droit suisse, nous avons examiné en premier lieu les origines de la clause limitative des droits fondamentaux. Nous avons ensuite étudié dans le détail chacune des conditions de restriction posées par cette clause (base légale, intérêt public, proportionnalité et respect du noyau dur). Puis, nous avons classé les droits fondamentaux protégés par la Constitution en différentes catégories, avant d'examiner l'applicabilité de la clause limitative à chacune des catégories de droits fondamentaux.

En ce qui concerne la question de savoir si l'article 36 de la Constitution s'applique à tous les droits protégés, nous avons observé que, dans un premier temps, peu après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la doctrine était majoritairement d'avis que la clause limitative ne s'appliquait qu'aux libertés. Actuellement, un nombre toujours plus important d'auteurs préconise une application plus large de la clause limitative.

Si l'application de l'article 36 Cst. aux libertés fondamentales ne soulève pas de question, il n'en va pas de même pour les autres catégories de droits fondamentaux. Ainsi, il est actuellement admis que les garanties de procédure (art. 29 à 32 Cst.) ne sont pas soumises, du moins pas directement, au système de restriction de l'article 36 Cst étant donné qu'il s'agit de garanties minimales. Certains auteurs prônent toutefois une application par analogie des critères de l'article 36 Cst lors de l'examen des conditions d'application de ces garanties.

L'application de la clause limitative à l'égalité de traitement est pratiquement unanimement rejetée par la doctrine. Quelques auteurs avancent l'idée que les conditions de l'article 36 Cst, en particulier l'intérêt public et la proportionnalité s'appliquent à l'égalité de traitement. Dans un arrêt de l'année 2005 relatif à la problématique des quotas, la Haute Cour semble appliquer, sans le dire, le schéma d'examen de l'article 36 Cst et suivre ces quelques auteurs.

L'examen de l'applicabilité de la clause limitative aux droits sociaux a été faite pour chaque droit séparément. Le Tribunal fédéral avait admis, dans un premier temps, l'application du système de restriction de l'article 36 Cst au droit à des conditions minimales d'existence. Récemment, il revient sur sa position et affirme que la sphère de protection de ce droit et son noyau dur coïncident, ce qui rend impossible toute limitation. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la doctrine, de son côté, a toujours refusé de soumettre cette garantie à la clause limitative. Pour ce qui est du droit à un enseignement gratuit, le Tribunal fédéral applique par analogie la clause limitative de l'article 36 Cst pour justifier l'exclusion des élèves perturbateurs. La doctrine est partagée à ce sujet. Certains auteurs sont d'avis que ce droit ne peut pas être limité alors que d'autres estiment que cette garantie trouve ses limites dans les droits et libertés d'autrui. Enfin, la jurisprudence soumet le droit à l'assistance judiciaire à des conditions d'exercice et non pas aux conditions de limitation posées par l'article 36 Cst. La doctrine est d'avis que cette garantie comporte ses propres limitations dans la définition de son champ de protection et ne peut être soumise à la clause limitative.

Dans la synthèse de notre travail, nous analyserons ces différentes positions, puis nous tenterons de proposer une règle générale concernant l'application de la clause limitative sur la base des éléments apportés par les droits étrangers.

PARTIE 2 LA LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

CHAPITRE 1

QUELQUES MOTS SUR L'ÉVOLUTION CONSTITUTIONNELLE DU CANADA⁴⁶⁴

L'élaboration de la Constitution du Canada débute en 1663 par la proclamation de l'Édit de création du Conseil souverain de Québec. Cet édit, signé par Louis XIV, érige la Nouvelle-France en province royale et institue un gouvernement civil. En février 1763, la Grande-Bretagne, la France et l'Espagne signent le Traité de Paris qui met fin à la guerre de Sept Ans. La Grande-Bretagne reçoit de la France le Canada, l'Île du Cap-Breton, le bassin des Grands Lacs et la rive gauche du Mississippi. La France conserve les îles Saint-Pierre et Miquelon ainsi que des droits de pêche à Terre-Neuve et dans le Saint Laurent. La Proclamation royale du 7 octobre 1763 délimite les frontières des territoires acquis par la Grande-Bretagne et les dote de gouvernements.

Dans les années précédant la révolution américaine, le gouvernement britannique se préoccupe de plus en plus de la façon de conserver la loyauté des nouveaux sujets canadiens. Soucieux des profondes différences culturelles qui distinguent le Québec du reste de l'Amérique du Nord britannique, le Parlement de Westminster adopte en 1763 l'Acte de Québec dans lequel il autorise l'utilisation du droit civil français et le libre exercice de la religion catholique romaine. Le territoire du Québec est étendu. C'est ce texte qu'invoquera le Québec par la suite comme source légale de la reconnaissance de la société distincte qu'il forme en Amérique du Nord.

La pression de milliers de Loyalistes venus trouver refuge au Canada au lendemain de la Révolution américaine provoque une révision de la Constitution. L'Acte constitutionnel de 1791 établit deux provinces; le Haut-Canada à majorité

⁴⁶⁴ Voir notamment le site internet
http://www.canadiana.org/citm/index_f.html

anglophone et le Bas-Canada (terres du sud et de l'Est du Québec et Labrador) à majorité francophone, tous deux dotés d'une assemblée élue.

En 1837 et 1838, des soulèvements secouent le Haut et le Bas-Canada. Lord Durham est dépêché au Canada par la Grande-Bretagne afin d'enquêter sur la situation et de formuler des recommandations. Trois points principaux ressortent de son rapport :

- le Haut et le Bas-Canada doivent être réunis en une seule union législative ;
- l'usage du français doit être interdit ;
- un régime de gouvernement responsable doit être établi.

L'acte d'Union de juillet 1840 réalise les deux premières des recommandations. Un Parlement unique à représentation égale des deux anciennes colonies est établi. Le français est proscrit comme langue officielle au Parlement. Le régime de gouvernement responsable n'est pas prévu dans l'acte d'Union, mais découle de la Constitution non écrite. La notion de gouvernement responsable est en effet la clef de voûte des conventions constitutionnelles canadiennes. On désigne ainsi un gouvernement responsable devant les représentants de la population, c'est-à-dire un conseil exécutif ou un cabinet dont la légitimité repose sur le vote de la majorité à la législature.

L'union législative des deux Canada n'est pas un système stable. Leur représentation égale au sein de l'assemblée élue ne reflète pas fidèlement leurs différences du point de vue de la population, de la richesse, des contributions aux recettes de l'État et des besoins budgétaires. L'union législative existe bel et bien, mais elle doit régir deux sociétés fondamentalement différentes : le droit civil français s'applique dans l'ancien Bas-Canada qui est majoritairement francophone et de confession catholique tandis que la *Common law* britannique est pratiquée dans l'ancien Haut-Canada anglophone et de confession protestante. La coexistence de deux régimes juridiques nécessite la nomination de deux procureurs généraux au sein du gouvernement. La dualité se traduit également dans le fait que, pendant près des deux tiers de la durée de l'Union des deux

Canada, même la charge de premier ministre est partagée par un représentant de chacun des deux Canada, Est et Ouest.

Dès les années 1850, diverses considérations culturelles, sociologiques, démographiques et politiques favorisent le relâchement de l'union. Entre 1864 et 1867, les dirigeants de la province du Canada et des trois colonies maritimes se réunissent à Charlottetown, à Québec, puis à Londres afin d'examiner la possibilité de créer une nouvelle union fédérale et d'en proposer les conditions d'établissement. Le 29 mars 1867, le Parlement britannique promulgue l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui crée la Confédération des quatre provinces ; Ontario, Québec, Nouvelle-Ecosse et Nouveau-Brunswick. Il s'agit d'une union fédérale. Le texte fixe le partage des pouvoirs entre le gouvernement central, qui assume notamment certaines tâches qui relevaient auparavant du Parlement britannique, et les assemblées législatives provinciales. D'autres provinces et territoires vont rejoindre par la suite les quatre provinces originales. Leur adhésion se fera par le biais de lois et décrets britanniques et de lois canadiennes⁴⁶⁵.

L'évolution du Canada du stade de colonie jusqu'au statut d'Etat souverain commence en 1864. Le comte Grey, secrétaire d'Etat aux Colonies de Sa Majesté écrit alors à Sir John Harvey, lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Ecosse pour lui demander d'établir un système de gouvernement autonome responsable. Après la Première Guerre mondiale, la personnalité internationale du Canada commence à être reconnue. En 1921, le roi Georges V octroie des armoiries au Canada. En 1926, le rapport Balfour reconnaît l'indépendance du Canada dans la pratique, le Statut de Westminster la reconnaît en droit en 1931. La colonie canadienne s'affranchit alors de la Grande-Bretagne. Le Parlement britannique va toutefois continuer à jouer un rôle dans la modification de la Constitution du Canada jusqu'en 1982, date du rapatriement de la Constitution. En effet, faute d'une entente entre Canadiens sur une formule de modification, les Britanniques demeurent responsables de modifier la Constitution canadienne.

⁴⁶⁵ Territoires du Nord-Ouest et Manitoba (1870) ; Colombie-Britannique (1871) ; Ile-du-Prince-Edouard (1873) ; Territoire du Yukon (1898) ; Alberta et Saskatchewan (1905) ; Terre-Neuve (1949) ; Territoire du Nunavut (1999).

CHAPITRE 2

LES SOURCES DES DROITS DE LA PERSONNE EN DROIT CANADIEN

Au Canada, les droits et libertés de la personne ne sont pas nés en 1982 lors de la constitutionnalisation de la Charte canadienne des droits et libertés. Le droit reconnaissait l'existence des libertés fondamentales bien avant cette date. Ces droits et libertés proviennent de trois sources : la Loi constitutionnelle de 1867, la *Common law* et certaines lois quasi constitutionnelles relatives aux droits de la personne⁴⁶⁶. L'avènement de la Charte canadienne n'a pas pour autant rendu ces sources insignifiantes.

§ 1 La Loi constitutionnelle de 1867

Jusqu'en 1982, date de l'entrée en vigueur de la Loi sur le Canada⁴⁶⁷, la Loi constitutionnelle de 1867, également appelée Acte de l'Amérique du Nord britannique (y compris ses modifications) est le document fondamental. C'est par cet Acte que les provinces du Canada constituant des colonies britanniques (le Haut-Canada et le Bas-Canada), la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick ont été regroupées pour former le Dominion du Canada.

La Loi constitutionnelle de 1867, contrairement à la Constitution américaine, ne contient pas de véritable catalogue des droits fondamentaux, mais seulement quelques dispositions éparses protégeant les droits et libertés⁴⁶⁸. Sont également

⁴⁶⁶ Sur ce sujet, voir BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 909 ss.

⁴⁶⁷ Loi sur le Canada 1982, R.-U., c. 11.

⁴⁶⁸ Article 20 : obligation pour le Parlement de tenir au moins une session chaque année ; article 50 : limitation de la durée de la Chambre des communes à 5 ans ; article 93 : droits pour les Catholiques et les Protestants du Québec et de l'Ontario à des écoles confessionnelles et à la dissidence ; article 133 : droit à

énumérés les pouvoirs des deux ordres de gouvernements qui doivent fonctionner dans le cadre du parlementarisme britannique. Les Pères de la Confédération pensent en effet qu'un partage détaillé des responsabilités constitutionnelles sera une source de protection des droits et libertés. De plus, les libertés fondamentales seront protégées de manière adéquate par la *Common law* ainsi que par certains textes fondamentaux applicables en droit canadien de par le préambule de la Constitution. Ces textes sont la *Magna Charta* de 1215, le *Bill of Rights* de 1689, la *Petition of Rights* de 1629, l'*Habeas Corpus Act* de 1679 et l'*Act of Settlement* de 1701.

Les tribunaux ont considéré le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 comme une déclaration implicite de droits et libertés pendant plusieurs décennies⁴⁶⁹. Cette théorie a toutefois été écartée par la Cour suprême en 1978⁴⁷⁰.

§ 2 La *Common law*

D'après BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, la *Common law* est constituée des parties de décisions judiciaires exprimées, présentées et reconnues sous la forme de principes généraux qui, en raison du *stare decisis*⁴⁷¹, ont acquis une autorité comparable à celle de la loi⁴⁷². Le *stare decisis* est une règle jurisprudentielle de laquelle on peut dégager trois principes qui ont une autorité croissante. En premier lieu, dans le système britannique, les tribunaux sont liés par les décisions des tribunaux qui leur sont supérieurs hiérarchiquement. Deuxièmement, chaque tribunal se considère généralement lié par ses propres décisions. Finalement, un tribunal peut se considérer lié par les décisions de certaines cours situées dans

l'usage facultatif et obligatoire des langues française et anglaise devant le Parlement, la législature québécoise et les tribunaux fédéraux et québécois.

⁴⁶⁹ Voir notamment *Union Colliery Company of British Columbia Ltd. c. Bryden*, [1899] A.C. 580, 588; *Avis sur la législation albertaine*, [1938] R.C.S. 100 et *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

⁴⁷⁰ *Dupond c. Ville de Montréal et autres* [1978] 2 R.C.S. 770, 796.

⁴⁷¹ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 23 ss.

⁴⁷² BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 25.

des hiérarchies parallèles. Aujourd'hui, le *stare decisis* s'assouplit et il est reconnu que les tribunaux doivent adapter la *Common law* aux changements sociaux⁴⁷³.

La *Common law* est pour le système de tradition britannique le droit jurisprudentiel privé ou public. Au Québec, le droit public prend sa source dans le droit de *Common law*, comme dans les neuf autres provinces canadiennes. Ce n'est qu'en droit privé que le Québec est une province de droit civil, différente des autres provinces du point de vue du développement des sources du droit.

La *Common law* constitue toujours un fondement majeur pour les droits de la personne au Canada. C'est ainsi, en vertu de la *Common law*, qu'il est reconnu depuis longtemps qu'une autorité administrative ne peut, par règlement, faire de la discrimination ou supprimer des droits acquis par un individu. C'est ainsi également que les décisions de nature judiciaire de l'administration publique doivent être prises conformément à certaines règles de justice procédurale : droit d'être entendu, droit à une décision impartiale⁴⁷⁴.

§ 3 Les lois quasi constitutionnelles

Il n'existe aujourd'hui qu'une seule Charte constitutionnelle des droits et libertés. C'est la Charte canadienne des droits et libertés de 1982. Le caractère quasi constitutionnel de certains textes a été affirmé dans la jurisprudence relative à la Charte de 1982. Dans l'arrêt *Skapinker*, le juge ESTEY distingue entre la Charte de 1982 et tous les autres textes⁴⁷⁵. L'arrêt *Singh* illustre également cette distinction⁴⁷⁶. La différence entre le caractère constitutionnel et le caractère quasi constitutionnel d'un texte s'illustre notamment par la « facilité » avec laquelle on peut y déroger. Pour déroger à un texte quasi constitutionnel, il suffit d'une disposition législative expresse. Pour déroger à la Charte canadienne de 1982, il faut recourir à une modification constitutionnelle. Par exception, on peut toutefois

⁴⁷³ *R. c. G. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, 775-777; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278, 1292.

⁴⁷⁴ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 909.

⁴⁷⁵ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

⁴⁷⁶ *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177.

suspendre l'application de la Charte en recourant à l'article 33 ; la clause dérogatoire⁴⁷⁷. Une loi quasi constitutionnelle est donc une loi ordinaire de nature constitutionnelle, c'est-à-dire qui porte sur des objets de droit constitutionnel.

Les Chartes quasi constitutionnelles existent tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial. Au plan fédéral, on trouve la Déclaration canadienne des droits de 1960 et la Loi canadienne des droits de la personne de 1977. Les provinces ont également adopté des protections de ce type : la Charte des droits et libertés du Québec de 1975 et les Human Rights Codes dans différentes provinces. Aujourd'hui, ces Chartes complètent la Charte constitutionnelle. Elles protègent certains droits laissés de côté par le texte constitutionnel comme les droits économiques et sociaux, le droit de propriété et certains droits collectifs.

I La Déclaration canadienne des droits de 1960

En 1960, le Parlement adopte la Déclaration canadienne des droits sur proposition du Premier ministre Diefenbaker⁴⁷⁸. Elle s'inspire en partie du *Bill of Rights* américain. Depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Canadiens veulent que celle-ci soit mise en pratique. De nombreuses voix s'élèvent pour l'adoption d'une déclaration de droits insérée dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867. Mais les efforts pour s'entendre sur la modification de l'Acte ne portent pas leurs fruits. Le consensus est rendu difficile du fait que les provinces possèdent des compétences dans des domaines comme la propriété, la langue, le droit de culte ou le droit criminel.

La Déclaration canadienne des droits est la première loi fédérale qui protège expressément les droits fondamentaux de la personne au Canada. Cette Déclaration ne s'applique toutefois qu'au niveau fédéral. Elle ne concerne pas les lois provinciales du fait qu'elle n'est pas intégrée dans la Constitution. Par ailleurs, elle n'est pas à l'abri de changements ou modifications par une simple loi du

⁴⁷⁷ La clause dérogatoire est également appelée clause nonobstant dans le droit canadien.

⁴⁷⁸ *Déclaration canadienne des droits* S.C. 1960 c. 44.

Parlement. Cette Déclaration est toujours applicable à l'heure actuelle. Elle est complémentaire à la Charte canadienne.

La Déclaration a un contenu plutôt restreint. Son article 1^{er} affirme et reconnaît les grandes libertés politiques (religion, parole, réunion, association, presse), ainsi que les droits à l'égalité et à l'application régulière de la loi. Elle ne contient pas de clause limitative. Cependant, elle comporte une clause dérogatoire à son article 2 qui se lit ainsi :

« Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits doit s'interpréter et s'appliquer [...] ».

Le libellé de la Déclaration canadienne autorise expressément l'usage d'une clause dérogatoire. Le législateur peut aller à l'encontre de la Déclaration à loisir et il n'en répond que devant l'électorat.

La clause dérogatoire de l'article 2 n'est utilisée qu'une seule fois en 1970, lors de la crise d'octobre. Le 16 octobre 1970, le Cabinet fédéral proclame l'urgence nationale à la suite de l'enlèvement du ministre Pierre Laporte, en vertu de la Loi sur les mesures de guerre⁴⁷⁹, une loi échappant à l'emprise de la Déclaration canadienne des droits. Le Parlement adopte la Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)⁴⁸⁰. Cette loi n'est en vigueur que du 3 décembre 1970 au 30 avril 1971 avec effet rétroactif au 16 octobre 1970. L'article 12 de cette loi énonce une clause dérogatoire à la Déclaration qui se lit comme suit :

« Il est par les présentes déclaré que la présente loi s'applique nonobstant la Déclaration canadienne des droits. »

Entre 1960 et 1982, la Déclaration n'a rendu inopérant qu'un seul article d'une loi fédérale. Comme le Parlement n'avait pas clairement donné aux tribunaux le mandat de faire prévaloir la Déclaration sur les autres lois, les tribunaux sont très hésitants sur son effet. Dans l'affaire *Drybones c. La Reine*, la Cour suprême du Canada déclare que l'article 94 (b) de la Loi sur les Indiens contredit le principe de l'égalité devant la loi énoncé à l'article 1 (b) de la déclaration canadienne⁴⁸¹. Le juge RITCHIE, auquel une majorité de collègues s'est ralliée, fait référence au test

⁴⁷⁹ S.R.C., 1970. c. W-2.

⁴⁸⁰ S.C. 1970-71-72, c. 2.

⁴⁸¹ *Drybones c. La Reine*, [1970] R.C.S. 282.

de la raisonnabilité⁴⁸². Il semble s'y référer comme à un critère implicite, comme c'est le cas aux États-Unis pour le *Bill of Rights*. Il affirme que l'article 2 de la Déclaration signifie que si une loi fédérale ne peut raisonnablement s'interpréter et s'appliquer sans restreindre ou enfreindre un droit reconnu dans la Déclaration canadienne, une telle loi est inopérante, à moins que le Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration.

II La Loi canadienne sur les droits de la personne de 1977

La Loi canadienne sur les droits de la personne est adoptée en 1977 et révisée en 1985⁴⁸³ et 2008⁴⁸⁴. Elle ne s'applique qu'en matière fédérale, c'est-à-dire aux domaines d'activités, aux personnes et institutions privées ou publiques relevant de la compétence du Parlement. Elle s'applique également au Gouvernement fédéral, aux mandataires du gouvernement, aux ministres et aux fonctionnaires fédéraux. Comme la Déclaration canadienne, ce texte est toujours applicable et est complémentaire à la Charte canadienne.

L'adoption de cette loi entraîne la création d'une commission chargée d'administrer la loi et de s'assurer qu'elle soit respectée. Le travail de la Commission consiste, en grande partie, à mener des enquêtes et à assurer le règlement des plaintes. Tout client ou employé d'un organisme visé par la législation fédérale qui s'estime victime de discrimination peut déposer une plainte auprès de la Commission. La Loi sur les droits de la personne prohibe, dans certaines situations désignées, la discrimination fondée sur certains motifs de distinction énumérés exhaustivement à l'article 3 (1) : la race, le sexe, y compris la grossesse et l'accouchement, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, l'état matrimonial, la situation de famille et l'orientation sexuelle. Le

⁴⁸² *Drybones c. La Reine*, [1970] R.C.S. 282, 294.

⁴⁸³ L.R.C. (1985), c. H-6.

⁴⁸⁴ L'article 67 de la loi a été abrogé le 19 juin 2008 par l'adoption du projet de loi C-21. La loi canadienne s'appliquera aux décisions ou aux mesures prises par le gouvernement fédéral dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*, ce qui n'était pas le cas jusqu'alors.

but de la Déclaration est de prévenir les discriminations. Elle s'applique à la discrimination volontaire, mais également à la discrimination involontaire⁴⁸⁵.

III Les Chartes provinciales

La Saskatchewan adopte en 1947 une charte législative des droits⁴⁸⁶. Elle est suivie en 1962 par l'Ontario qui adopte un code des droits de la personne⁴⁸⁷. Il s'agit du premier code complet portant sur les droits de la personne au Canada. La Déclaration de la Saskatchewan et la Déclaration canadienne des droits sont des lois générales et peu détaillées qui ne font qu'affirmer l'existence de certains droits, mais ne prévoient ni mécanismes de plaintes, ni pénalités ou punitions comme le fait le code de l'Ontario. En 1963, la Nouvelle-Ecosse adopte un *Human Rights Act* qui regroupe toutes les lois de la province sur les droits de la personne en une seule⁴⁸⁸. En 1966, l'Alberta adopte un *Human Rights Act* qui prévoit un système complet pour lutter contre la discrimination, mais la province n'a qu'un seul administrateur chargé de son exécution⁴⁸⁹. En 1972, la province change le nom de cette loi pour l'*Individual Rights Protection Act* et crée une commission des droits de la personne avec un personnel étoffé chargé de l'exécution de la loi⁴⁹⁰. En 1967, le Nouveau Brunswick adopte son *Human Rights Act* et crée une commission des droits de la personne afin de mieux lutter contre la discrimination⁴⁹¹. En 1968, l'Île-du-Prince-Édouard adopte également un *Human Rights Act* pour combattre la discrimination⁴⁹². Une commission des droits de la personne sera ensuite créée en 1975. Terre-Neuve⁴⁹³ et le Manitoba⁴⁹⁴ suivent en 1969 et 1970 avec l'adoption de loi relative aux droits de la personne. Finalement, le Québec se rallie à ces huit provinces en 1975 par l'adoption de sa Charte des

⁴⁸⁵ *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.

⁴⁸⁶ Bill of Rights Act, S.S. 1947, c. 35.

⁴⁸⁷ Code des droits de la personne de l'Ontario, L.O. 1961-62, chap. 93.

⁴⁸⁸ Nova Scotia Human Rights Act S.N.S. 1963 c. 5.

⁴⁸⁹ Human Rights Act, S.A. 1966, c. 39.

⁴⁹⁰ Individual Rights Protection Act S.A. 1942, c. 2, maintenant Alberta Bill of Rights Act, R.S.A. 1980, c. A-16.

⁴⁹¹ Human Rights Act, S.N.B. 1967 c. 13.

⁴⁹² Human Rights Act P.E.I. 1968 c. 24.

⁴⁹³ Human Rights Act, S. Nfld. 1969, N° 75.

⁴⁹⁴ Manitoba Human Rights Act S. M 1970, c. 104.

droits et libertés⁴⁹⁵. Contrairement à bon nombre de chartes provinciales qui ne traitent que de la discrimination, elle contient des dispositions sur les libertés fondamentales et les droits politiques.

§ 4 La Charte canadienne des droits de la personne

La Déclaration canadienne des droits de la personne de 1960 ne satisfait pas les défenseurs d'une Charte constitutionnelle des droits pour le Canada. En effet, la Déclaration est un instrument de niveau législatif et non pas de niveau constitutionnel. De plus, il a été donné peu d'effet à la Déclaration, même dans son application au gouvernement fédéral. L'inadéquation de la Déclaration est l'argument majeur en faveur de l'adoption d'un nouvel instrument, moins de dix ans après son entrée en vigueur.

Le plus ardent défenseur d'une charte des droits fondamentaux est Pierre Elliott Trudeau, élu au Parlement fédéral en 1965 et devenu Premier ministre dès 1968⁴⁹⁶. Son gouvernement, en place jusqu'en 1984 (avec une brève interruption), entreprend un vaste processus de renouvellement de la Constitution (alors loi britannique) qui doit comprendre non seulement le rapatriement⁴⁹⁷ et une formule de modification, mais également des changements au niveau des institutions nationales et la consécration des droits fondamentaux dans la Constitution. Il s'agit en effet d'intégrer un catalogue des droits dans le texte fondamental.

En novembre 1981, neuf provinces sur dix donnent leur accord au rapatriement de la Constitution. Le gouvernement du Québec affirme son désaccord alléguant qu'il n'avait pas été tenu compte de ses revendications, qu'une entente avait été conclue à son insu et que le premier ministre du Canada avait manqué à sa promesse de «renouveler le fédéralisme». Le 1^{er} décembre 1981, le Parlement

⁴⁹⁵ Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1975, c. 6, devenu L.R.Q., c. C-12.

⁴⁹⁶ Le Premier ministre du Canada est habituellement le chef du parti politique détenant le plus de sièges à la Chambre des communes du Canada. Voir le site internet

<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMGvt?codePays=CAN>

⁴⁹⁷ « Rapatrier la Constitution » signifie transférer du Parlement de Westminster aux autorités législatives canadiennes fédérales et provinciales le pouvoir d'amender la Constitution. Ce pouvoir avait en effet été laissé au Parlement britannique lors de l'accession du Canada à l'indépendance politique en 1931.

québécois adopte une résolution concernant la formule de rapatriement. Le 17 avril 1982, après la proclamation de la *Loi constitutionnelle*, la Cour suprême du Canada affirme que le Québec ne possède pas de droit de veto sur le rapatriement de la Constitution, ni en vertu d'une loi ni par convention. La loi de 1982 est une loi du Parlement de Westminster et son application est indépendante de la décision d'un gouvernement d'être ou non partie à la résolution adressée à Londres par les autorités canadiennes. Donc même si le Québec a refusé de participer à la démarche du gouvernement et des neuf autres provinces, la Loi constitutionnelle de 1982 s'applique au Québec.

La Loi constitutionnelle de 1982 permettant le rapatriement de la Constitution donne donc au Canada une Charte des droits et libertés ainsi que la possibilité d'amender la Constitution.

La Charte se révèle rapidement être un instrument plus efficace que la Déclaration de 1960. Alors que la Déclaration est une simple loi, la Charte est une partie de la Constitution et ne peut être modifiée que par un amendement constitutionnel. De plus, l'effet de la Charte sur les lois incompatibles est clair ; elles sont inopérantes (art. 52 al.1), alors que l'effet de la Déclaration ne l'était pas. Enfin, la Charte lie les deux ordres de gouvernement (provincial et fédéral), contrairement à la Déclaration.

CHAPITRE 3

L'ARTICLE 1^{ER} DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTES

§ 1 Genèse de l'article 1^{er} de la Charte

L'introduction dans la Constitution des droits fondamentaux fait son apparition dans l'agenda politique en 1968 quand TRUDEAU publie *La Charte canadienne des droits de l'homme*⁴⁹⁸. L'année suivante, le gouvernement énumère de manière plus détaillée les droits qu'il souhaite voir protégés par la Constitution⁴⁹⁹. Dans *la Charte canadienne des droits de l'homme*, il est suggéré que les droits énumérés, en particulier la liberté d'expression, la liberté de conscience et de religion doivent être limités afin de préserver la sécurité publique et l'ordre⁵⁰⁰. Il ne figure pourtant, dans cette proposition, aucune clause de limitation générale. TRUDEAU propose deux autres moyens permettant de restreindre les droits et libertés. Le premier consiste à donner une liste des droits sans limitations spécifiques et laisser le soin aux tribunaux de déterminer les restrictions admissibles⁵⁰¹. L'alternative consiste à indiquer, pour chaque droit, les restrictions admissibles. TRUDEAU, quant à lui, préfère la première méthode. Il craint en effet un manque de flexibilité avec le modèle des limitations spécifiées pour chaque droit⁵⁰². Le texte de 1969 est fidèle aux préférences de TRUDEAU avec toutefois une exception notable : une disposition prévoit qu'en cas de danger pour la nation, les gouvernements ne doivent pas être paralysés par le fait de devoir respecter les droits énumérés⁵⁰³.

⁴⁹⁸ TRUDEAU (1968).

⁴⁹⁹ TRUDEAU (1969).

⁵⁰⁰ TRUDEAU (1968), p. 18.

⁵⁰¹ TRUDEAU (1968), p. 17.

⁵⁰² TRUDEAU (1968), p. 17.

⁵⁰³ TRUDEAU (1969), p. 60. Les travaux de Trudeau ne reproduisent que les versions anglaises des projets constitutionnels.

La proposition fédérale n'est pas accueillie avec enthousiasme par toutes les provinces. L'obstacle majeur à la conclusion d'un accord est que les provinces souhaitent conserver leur suprématie législative. Les provinces de l'Ouest canadien sont les plus opposées à l'introduction dans la Constitution des droits fondamentaux. L'argument principal est que les Canadiens sont mieux protégés par l'effet du principe de la souveraineté parlementaire que leurs voisins américains qui ont un *Bill of Rights*. Les provinces qui, au contraire, soutiennent l'adoption d'un catalogue constitutionnel de droits fondamentaux, ne sont pas d'accord avec l'approche de Trudeau concernant les limitations. Ainsi la méthode de limitation des droits fondamentaux est un point important dans la recherche d'un accord sur la constitutionnalisation des droits fondamentaux. L'Ontario est le plus ardent défenseur de l'établissement de limites explicites dans la Constitution même. Il devient de plus en plus évident que la proposition de Trudeau doit être abandonnée au profit de limites clairement définies si le gouvernement fédéral désire acquérir le soutien des provinces à son projet. Les provinces rejettent effectivement clairement l'idée d'un catalogue des droits sans limitations explicites, qui donnerait aux tribunaux le mandat de déterminer les restrictions appropriées. Elles désapprouvent également la proposition de 1969 dans laquelle les seules limites explicites sont prévues pour des situations d'urgence.

En été 1971, un accord général sur la constitutionnalisation des droits et libertés fondamentaux prend forme dans un document connu sous le nom de Charte Victoria⁵⁰⁴. La Charte contient à son article 3 une clause de limitation générale :

« Nothing in this Part shall be constructed as preventing such limitations on the exercise of the fundamental freedoms as are reasonably justifiable in a democratic society in the interest of public safety, order, health or morals, of national security, or of the rights and freedoms of others, whether imposed by the Parliament of Canada or the Legislature of a Province, within the limits of their respective legislative powers, or by the construction or application of any laws. »⁵⁰⁵

La Charte Victoria reflète la conception des provinces sur la relation entre les droits et leurs limites. L'article 3 rappelle les clauses de limitation figurant dans la Convention européenne des droits de l'homme et permet aux deux niveaux de gouvernements (fédéral et provinciaux) de restreindre les droits fondamentaux.

⁵⁰⁴ Charte constitutionnelle canadienne de 1971, Conférence constitutionnelle, Victoria, Colombie britannique, 14 juin 1971.

⁵⁰⁵ Conférence canadienne intergouvernementale, Proposition sur la Constitution 1971-1978, Ottawa, 1978, p. 68.

L'accord conclu à Victoria stipule que la Charte doit être transmise aux gouvernements provinciaux, lesquels doivent donner leur assentiment jusqu'au 28 juin 1971 (seulement 11 jours après la Conférence) au secrétaire de la Conférence constitutionnelle. Et c'est uniquement si cette approbation est remise dans les temps que les gouvernements provinciaux pourront alors recommander ce texte à leurs assemblées législatives. Le 28 juin, tous les gouvernements provinciaux sauf le Québec et la Saskatchewan avisent le Secrétaire que la Charte est acceptée. Le délai n'ayant pas été respecté par les deux provinces, les discussions sur ce projet ne peuvent pas continuer.

Durant les quatre années suivantes, les conférences entre les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral sont dominées par les problèmes économiques. Le catalogue des droits fondamentaux n'est plus une priorité. En 1978, le gouvernement fédéral présente un amendement constitutionnel, la Loi C-60⁵⁰⁶. Cette loi contient une section « Droits et libertés dans la Fédération canadienne ». Un certain nombre de droits applicables uniquement au niveau fédéral sont énumérés. Il s'agit d'une initiative fédérale, mais le gouvernement fédéral espère que les provinces adhéreront volontairement à cette proposition. Dans la rédaction de la clause de limitation de la Loi C-60, trois options sont examinées : une clause générale similaire à celle de la Charte Victoria, des limitations déterminées pour chacun des droits ou simplement aucune limitation explicite, ce qui laisse le soin aux tribunaux de déterminer les limites des droits. Les deuxième et troisième approches sont contestées. En effet, les provinces craignent que si des limites sont attachées à certains droits et pas à d'autres, les tribunaux ne considèrent ces derniers comme intangibles. La crainte que les tribunaux ne permettent pas d'autres restrictions que celles qui sont spécifiées est également évoquée. En ce qui concerne la troisième possibilité, les provinces s'étaient déjà prononcées négativement par rapport à la proposition identique de TRUDEAU en 1969. Le gouvernement fédéral choisit donc une clause de limitation générale parfaitement identique à celle de la Charte Victoria six ans plus tôt⁵⁰⁷. La Loi C-60 offre une protection plus vaste que la Charte Victoria. Elle inclut notamment des droits relatifs à la propriété et à l'égalité. Les provinces qui étaient

⁵⁰⁶ Loi C-60, Amendement constitutionnel, 1978, 3^{ème} session, 33^{ème} Parlement, 1977-1978.

⁵⁰⁷ Voir ci-dessus.

déjà sceptiques sur le soutien à apporter à la Charte de 1971, pourtant limitée, ne veulent pas voir leur suprématie législative tomber en morceaux. Le Parlement fédéral est dissous en 1979 et la Loi C-60 est abandonnée.

Au début des années quatre-vingt, il est clair que l'accord des provinces sur une charte des droits fondamentaux est très difficile, voire impossible à obtenir. Le gouvernement fédéral cherche à apaiser les inquiétudes des provinces relatives à leur souveraineté parlementaire en proposant un nouveau texte totalement remanié. En cas de nécessité, il est déterminé à procéder unilatéralement et à obtenir le soutien du peuple. En juillet 1980, un document de travail préparé par le gouvernement retient l'idée de clauses limitatives particulières attachées à certains droits seulement et dont le législateur ne peut se prévaloir que dans la poursuite des intérêts publics énumérés⁵⁰⁸. Le texte est clairement inspiré du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques. Pourtant, dès le mois suivant, une disposition limitative unique et générale est choisie. Toute référence à des buts législatifs définis est supprimée :

« La Charte canadienne des droits et libertés reconnaît les droits et libertés suivants sous réserve des limites raisonnables généralement acceptées dans une société libre et démocratique. »⁵⁰⁹

Quelques jours plus tard, la formulation est déjà modifiée :

« La Charte canadienne des droits et libertés reconnaît les droits et libertés suivants sous réserve des limites raisonnables généralement acceptées dans une société libre et démocratique de régime parlementaire. »⁵¹⁰

Sous cette forme, la clause limitative est vivement critiquée du fait qu'elle semble consacrer la suprématie du législateur et limiter d'avance la possibilité de contester une loi restrictive adoptée par un vote des députés⁵¹¹. En janvier 1981, le ministre de la Justice, cédant à ces critiques, soumet au comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution, une série de modifications à

⁵⁰⁸ « Droits et libertés à l'intérieur de la fédération canadienne », Document de travail, document 830-81/072, 4 juillet 1980.

⁵⁰⁹ La Charte canadienne des droits et libertés, Conférence fédérale-provinciale des Premiers ministres sur la Constitution, Ottawa, 8-12 septembre 1980.

⁵¹⁰ Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada, 2 octobre 1980, annexe B, article 1.

Pour les travaux préparatoires et une étude de ceux-ci, voir ELLIOT (1982).

⁵¹¹ TARNOPOLSKY (1982), p. 211.

la Charte, dont une reformulation de la clause limitative⁵¹². La version proposée ne va plus connaître de changements jusqu'à l'adoption du texte de la résolution concernant la Constitution du Canada en décembre 1981. C'est cette version de l'article 1^{er} qui stipule pour la première fois que les limites ne peuvent être imposées que par une règle de droit :

« La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. »

Dans un premier temps, l'article 1^{er} édicte que la Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits qui y sont énoncés. Dans un deuxième temps, cet article prescrit que ces droits peuvent être restreints selon des conditions bien précises.

§ 2 Système de limitation des droits fondamentaux

L'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés traite du système de limitation applicable aux droits et libertés de la personne. Les droits énoncés dans la Charte ne sont donc pas absolus.

Pour qu'une limitation soit licite, les trois conditions suivantes doivent être remplies cumulativement : les droits et libertés ne peuvent être limités que par une règle de droit, la limitation doit être justifiée par un intérêt légitime et le principe de la proportionnalité doit être respecté. L'article 1^{er} indique également que la justification doit se démontrer dans une société démocratique.

I La règle de droit

L'article 1^{er} de la Charte canadienne exige que les limites aux droits garantis soient prescrites par une « règle de droit ». Une limite non prévue par une règle de

⁵¹² Sénat, Chambre des Communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la chambre des Communes sur la Constitution du Canada, fasc. No 36, lundi 12 janvier 1981, p. 9-21.

droit est inconstitutionnelle. La règle de droit est une norme générale et abstraite. Elle est décrite comme une « norme juridique intelligible »⁵¹³. Elle a un caractère unilatéral contraignant et est exécutoire.

L'article 1^{er} pose le principe de la légalité et exige que deux conditions soient satisfaites. Dans un premier temps, la limite au droit garanti doit être expressément prévue par une loi ou par un règlement, ou découler nécessairement des termes d'une loi, d'un règlement ou de ses conditions d'application, ou encore constituer un principe de *Common law*⁵¹⁴. Dans un deuxième temps, la limite au droit garanti doit être assez précise pour constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

Les tribunaux canadiens ont eu maintes occasions de se prononcer sur les actes qui ont la qualité de règle de droit et ceux qui ne l'ont pas.

L'exercice d'un droit fondé sur la *Common law* par le gouvernement est une règle de droit au sens de l'article 1^{er} de la Charte. Ainsi, le gouvernement fédéral peut invoquer son droit de gestion de ses biens, issu de la *Common law*, pour interdire la présence d'un camp sur la colline parlementaire d'Ottawa⁵¹⁵.

BRUN, TREMBLAY et BROUILLET s'interrogent sur le fait de savoir si les ordonnances judiciaires doivent également être considérées comme des règles de droit^{516, 517}. Ils relèvent que la Cour suprême leur applique en effet le critère de raisonnabilité de l'article 1^{er} à plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt *Slaight Communications*⁵¹⁸. Ces auteurs s'étonnent que des limitations des droits puissent émaner de normes juridiques individualisées. En effet, le justiciable peut ne pas connaître à l'avance l'état de ses droits fondamentaux comme lorsqu'il s'agit de limitations découlant de normes générales telles des lois ou des règlements. Selon eux, de telles ordonnances ne devraient être considérées comme des

⁵¹³ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 973, et DUPLE (2000), p. 319.

⁵¹⁴ Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C. S. 613, 645.

⁵¹⁵ *Weisfeld c. Canada*, [1995] 1 C.F. 933.

⁵¹⁶ Une ordonnance judiciaire est une directive écrite d'un tribunal qui enjoint ou interdit à une personne de faire quelque chose, par exemple : ordonnance alimentaire fixant une contribution d'entretien. Voir à ce sujet le site internet <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/glossary/?id=298>

⁵¹⁷ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 974.

⁵¹⁸ *Slaight Communications Inc c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

règles de droit qu'à la condition que le fondement législatif de celles-ci en laisse la possibilité.

Les pratiques et directives administratives ainsi que les agissements ne sont pas des règles de droit. Ainsi, une directive administrative qui sert à l'administration interne des pénitenciers ne peut servir de base légale à une limitation des droits au sens de l'article 1^{er}⁵¹⁹. De même, une pratique policière n'est pas non plus considérée comme une règle de droit⁵²⁰. Autres exemples, la pratique d'un conseil municipal de réciter une prière au début de ses réunions⁵²¹ tout comme la mise en garde d'un employé de la fonction publique par un supérieur hiérarchique ne sont pas des règles de droit⁵²².

L'exigence de la précision que doit avoir une règle de droit a été établie en 1992 par la Cour suprême dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁵²³ :

« Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. »

Dans l'affaire *Irwin Toy*, en 1989, une des premières décisions relative à la notion de règle de droit, la Cour n'a pas donné de définition exhaustive de ce concept. Elle n'a fait que répondre à des arguments qui lui étaient présentés. On peut toutefois déduire de quelques passages que la Cour exige une certaine qualité des règles de droit. La norme doit être intelligible et accessible⁵²⁴. Cette définition semble s'inspirer du jugement de la Cour européenne dans l'affaire du *Sunday Times*⁵²⁵.

Plusieurs autres décisions canadiennes, également antérieures à l'arrêt *Nova Scotia*, démontrent aussi une préoccupation relative à la qualité de la règle de droit.

⁵¹⁹ *Weatherall c. Canada (P. G.)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.).

⁵²⁰ *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C. S. 613.

⁵²¹ *Freitag c. Penetanguishene (Town)*, [2000] 179 D.L.R. (4th) 150 (C.A. Ont).

⁵²² *Alberta Union of Provincial Employees c. Alberta*, (2003) 218 D.L.R. (4th) 16 (C.A. Alta).

⁵²³ *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 639.

⁵²⁴ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁵²⁵ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1975, série A n° 30, p. 31.

Dans l'affaire *Luscher*, le juge HUGESSEN pose clairement les exigences de précision et d'accessibilité que doit remplir une règle de droit :

« A mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer »⁵²⁶.

L'approche est comparable dans *Black c. Law Society*⁵²⁷. Le juge CEANS s'exprime à propos des règles de droit pouvant apporter des limites aux libertés :

« The limitation must be reasonably clear or ascertainable and made by recognized authority [...] the first is settled. The words "prescribed by the law" which does not permit the capricious or arbitrary exercise of power. More specifically they indicate that a violation is not protected unless it is permitted by some authority which is recognized as having a law-making function in our society, and that all members of society could know in advance, upon reasonable inquiry, what this rule is »⁵²⁸.

Dans *Tremblay c. Daigle*, les propos dissidents de la juge TOURIGNY de la Cour d'appel du Québec vont implicitement dans le même sens⁵²⁹. Dans cette affaire, on invoque que, correctement interprétées, des dispositions de certaines lois québécoises interdisent l'avortement projeté par l'appelante, du fait qu'elles reconnaissent un droit à la vie au fœtus. La juge refuse qu'une limite aux droits constitutionnellement protégés puisse être prévue de manière aussi imprécise :

« Dans un tel contexte, je suis d'avis que le jugement de première instance est mal fondé en droit et que, en l'absence de législation précise à cet effet, il ne saurait être question d'interpréter des dispositions de lois québécoises comme restreignant et, à plus forte raison, empêchant l'application de droits garantis par la Constitution canadienne »⁵³⁰.

Selon BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, l'adjectif « intelligible » signifie que la règle doit être assez précise pour être interprétée de manière non arbitraire⁵³¹. Cette exigence de précision répond au principe de la primauté du droit. Ce principe est d'ailleurs mentionné expressément dans le préambule de la Charte⁵³². Une règle est considérée comme imprécise s'il est impossible de saisir son sens et sa portée. La norme doit donc être suffisamment claire pour que le justiciable puisse prévoir les conséquences juridiques résultant d'un acte déterminé. Il suffit que les

⁵²⁶ *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada*, [1985] 1 C.F. 85, 88-90 (C.A.). Cette approche a été reprise par la Cour d'appel fédérale dans *Osborne c. Canada*, [1988] 3 C.F. 219, 228 (C.A.).

⁵²⁷ *Black c. Law Society*, [1986] 27 D.L.R. (4th) 527 (Alta C.A.).

⁵²⁸ *Black c. Law Society*, [1986] 27 D.L.R. (4th) 527, 559 (C.A. Alta).

⁵²⁹ *Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1735, infirmé [1989] 2 R.C.S. 530.

⁵³⁰ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 546.

⁵³¹ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 975.

⁵³² « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit. ».

principes directeurs de la norme soient suffisamment clairs⁵³³. Dans certains domaines, l'exigence est plus élevée. En matière pénale et criminelle, par exemple, la règle doit permettre de déterminer quel est l'acte ou l'omission interdit⁵³⁴.

II La limite raisonnable

La règle de droit qui a pour effet de limiter un droit doit le faire « dans des limites qui soient raisonnables ».

Le critère applicable en vue de déterminer ce qu'est une « limite raisonnable » a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes* environ deux ans après les premières décisions de la Cour suprême du Canada portant sur la Charte⁵³⁵. Dans cette affaire, la Cour examine une loi fédérale qui opère un renversement du fardeau de la preuve. L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est trouvé en possession de drogue illégale. Il lui incombe de réfuter cette présomption. Qualifiant l'objectif de la lutte contre les stupéfiants de suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à la présomption d'innocence, la Cour suprême conclut néanmoins que la disposition litigieuse ne satisfait pas au test de l'article 1^{er}. Le critère du lien rationnel n'est pas rempli puisque les personnes coupables de simple possession peuvent par erreur et sans justification être déclarées coupables de trafic.

Compte tenu de l'importance de l'arrêt *Oakes*, il nous semble intéressant de reproduire ici le passage dans lequel le juge DICKSON élabore son célèbre test de proportionnalité :

« Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'**objectif** que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, **doit être « suffisamment important »** pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution »: *R. c. Big M Drug Mart Ltd* [...] La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une

⁵³³ *Harper c. Canada* [2004] 1 R.C.S. 827.

⁵³⁴ *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

⁵³⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'« une sorte de critère de **proportionnalité** »: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [...] Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, **un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants**. Premièrement, **les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif** en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, **le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question**: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [...] Troisièmement, il doit y avoir **proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme suffisamment important**. »⁵³⁶

La Cour suprême a donc posé deux critères qui permettent d'établir qu'une limite est raisonnable au sens de l'article 1^{er} de la Charte.

Premièrement, l'objectif de la mesure limitative doit être suffisamment important pour justifier une restriction.

Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent être raisonnables. Pour vérifier ce point, la Cour applique le principe de la proportionnalité. Ce critère de la proportionnalité se décompose en trois éléments : celui du lien rationnel entre le moyen et l'objectif, celui de l'atteinte minimale au droit touché et celui de la proportionnalité proprement dite. Ces critères sont cumulatifs. Si l'un d'eux n'est pas respecté, la restriction n'est alors pas justifiée.

A L'objectif poursuivi

Une règle de droit qui limite un droit garanti par la Charte doit poursuivre un objectif suffisamment important pour justifier cette restriction⁵³⁷. L'objectif à déterminer est celui que le législateur envisageait lors de l'adoption de la loi en question. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour rappelle que « pour déterminer que l'objet est urgent, et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a

⁵³⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139.

⁵³⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 392.

pu motiver l'adoption de la loi à l'origine »⁵³⁸. Ainsi, l'objectif de la loi ne pourra être modifié en cours de route. Toutefois, un objectif peut acquérir un caractère urgent et réel avec le temps⁵³⁹. La caractérisation de l'objectif n'obéit à aucune règle particulière mais relève largement d'une détermination judiciaire à caractère discrétionnaire. La Cour n'a pas l'obligation de retenir l'objectif déclaré par la loi mais peut donner sa propre version de la finalité de la mesure envisagée en tenant compte du contexte historique et social et des termes employés⁵⁴⁰. L'objectif recherché est celui de la mesure contestée et non pas celui de la loi dans son ensemble. Ainsi, le législateur ne peut masquer certaines dispositions derrière l'objectif de la loi qui, lui, pourrait être admissible⁵⁴¹.

L'arrêt *Oakes* donne quelques pistes permettant d'identifier ce qu'est un objectif « suffisamment important » sans toutefois énoncer précisément les considérations qui l'amènent à le qualifier ainsi.

Premièrement, l'objectif législatif doit rejoindre le standard contenu dans les mots « société libre et démocratique »⁵⁴². Seuls les objectifs compatibles avec les valeurs d'une société libre et démocratique sont acceptables. Deuxièmement, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles⁵⁴³. Troisièmement, l'objectif doit envisager la réalisation de buts communs d'importance fondamentale. Il doit donc s'agir d'un objectif social fondamentalement important⁵⁴⁴.

Le concept d'urgence en tant que motif justifiant la limitation d'un droit correspond à la doctrine du *clear and present danger* avancée en 1919 par le juge HOLMES dans l'affaire *Schenk c. United States*⁵⁴⁵, une décision de la Cour suprême des Etats-Unis portant sur le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis. Cette théorie de l'urgence est également exprimée par le juge en chef LAMER dans

⁵³⁸ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 932.

⁵³⁹ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 938.

⁵⁴⁰ TREMBLAY (2000), p. 391.

⁵⁴¹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 1999.

⁵⁴² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

⁵⁴³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139.

⁵⁴⁴ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

⁵⁴⁵ *Schenk c. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*⁵⁴⁶. Il ne conçoit en effet que des situations d'urgence pour justifier les atteintes à l'article 7 de la Charte⁵⁴⁷.

a. Les objectifs admissibles

Les objectifs permettant une limitation des droits fondamentaux ne sont pas énumérés par l'article 1^{er} de la Charte. Par ailleurs, la Cour suprême n'a pas adopté de méthode systématique lui permettant d'apprécier la valeur des buts législatifs. On peut toutefois retrouver certains liens entre les objectifs validés. HUPPE définit cinq familles d'objectifs⁵⁴⁸.

1. La prévention et la lutte contre la criminalité

La prévention et la lutte contre la criminalité constituent des objectifs suffisamment importants au regard de l'article 1^{er} de la Charte. Font partie de cette catégorie les enquêtes et poursuites criminelles au niveau national et international⁵⁴⁹, la protection de la société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants, le fait de dissuader les individus de se munir d'armes à feu⁵⁵⁰ ou d'infliger des lésions corporelles lors de la perpétration d'infractions⁵⁵¹, l'amélioration de l'administration de la justice⁵⁵², le fait de soulager le ministère public de la tâche quasi impossible de prouver l'aliénation mentale d'un l'accusé⁵⁵³, ou encore le fait de décourager les entreprises criminelles communes et d'inciter les personnes qui y participent à s'assurer que leurs complices ne commettent pas d'infractions autres que celles qui ont été planifiées⁵⁵⁴.

⁵⁴⁶ *Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

⁵⁴⁷ « L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. », *Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, 518.

⁵⁴⁸ HUPPÉ (1991), p. 295 ss.

⁵⁴⁹ *Etats-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 1485.

⁵⁵⁰ *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, 660.

⁵⁵¹ *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, 647.

⁵⁵² *R. c. Canadian Newspaper Company Ltd.*, [1988] 2 R.C.S. 486, 521.

⁵⁵³ *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1305.

⁵⁵⁴ *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, 746.

2. La protection de la santé et de la sécurité publique

La protection de la santé et de la sécurité publiques est également un objectif législatif jugé comme étant suffisamment important. On peut citer notamment l'élimination des mauvais conducteurs⁵⁵⁵, le contrôle des conditions d'utilisation de la route⁵⁵⁶, l'interdiction faite aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public⁵⁵⁷, la répression de la pollution par le bruit⁵⁵⁸, ou encore le contrôle de la possession et de l'usage des armes à feu⁵⁵⁹.

3. Le maintien du fonctionnement normal de l'organisation sociale

D'autres objectifs reconnus comme suffisamment importants concernent la volonté du législateur de maintenir le fonctionnement normal de l'organisation sociale. Peuvent être rattachés à cette catégorie le maintien des services essentiels en matière de relation du travail⁵⁶⁰, la réglementation du piquetage⁵⁶¹, l'établissement d'un jour de repos universel dans la semaine⁵⁶² et le désir d'assurer le respect du public pour le processus des procès criminels⁵⁶³.

4. La protection de l'économie, des professions et de la culture

Le législateur est également autorisé à intervenir dans les domaines économique, professionnel et culturel. Il peut notamment chercher à réduire l'inflation⁵⁶⁴, réglementer la publicité professionnelle⁵⁶⁵, réglementer et protéger la profession

⁵⁵⁵ *Renvoi sur le Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 485, 521.

⁵⁵⁶ *Ladouceur c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 1257, 1280.

⁵⁵⁷ *R. c. Heywood*, [1999] 3 R.C.S. 761, 803.

⁵⁵⁸ *Montréal c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141.

⁵⁵⁹ *Schwartz c. La Reine*, [1988] 2 R.C.S. 443, 487.

⁵⁶⁰ *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, 374-375.

⁵⁶¹ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 591.

⁵⁶² *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 710, 770.

⁵⁶³ *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, 1390-1391.

⁵⁶⁴ *Alliance de la fonction publique au Canada c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 424, 439-440 et 455.

⁵⁶⁵ *Le Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario c. Rocket*, [1990] 2 R.C.S. 232, 249.

d'avocat⁵⁶⁶, promouvoir la qualité des soins médicaux⁵⁶⁷ et protéger la langue française⁵⁶⁸.

5. Les intérêts individuels

Enfin, une dernière famille d'objectifs législatifs se rapporte à des intérêts individuels comme la protection du fœtus⁵⁶⁹ ou la recherche d'un équilibre entre les intérêts de la femme et du fœtus⁵⁷⁰, la protection des enfants contre la manipulation exercée par la publicité commerciale⁵⁷¹, la protection de la vie privée des personnes⁵⁷², la protection des enfants de sexe féminin contre les rapports sexuels précoces⁵⁷³, la lutte contre la propagande haineuse⁵⁷⁴, la protection contre les licenciements injustes⁵⁷⁵, la garantie d'un procès équitable⁵⁷⁶ ou encore le fait d'empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les yeux du public⁵⁷⁷.

b. Les objectifs inadmissibles

L'exigence de la Cour posée dans l'arrêt *Oakes* quant à l'objectif législatif est extrêmement sévère. En effet, les objectifs peu importants ou contraires à l'essence d'une société libre et démocratique ne doivent pas pouvoir bénéficier de la protection de l'article 1^{er}. L'arrêt *Oakes* laisse effectivement entendre que les tribunaux devront se livrer à un contrôle strict de la nature des préoccupations du législateur. En pratique toutefois, l'exigence de l'objectif « suffisamment important » a été considérée comme réalisée dans presque tous les cas qui ont été présentés à la Cour suprême. De manière générale, la Cour suprême se montre hésitante à déclarer que l'objectif poursuivi par le législateur est injustifié,

⁵⁶⁶ *The Law Society of Alberta c. Black*, [1989] 1 R.C.S. 591, 627 et 637.

⁵⁶⁷ *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 523.

⁵⁶⁸ *P. G. Québec c. La Chaussure Brown's Inc.*, [1988] 2 R.C.S. 712, 788.

⁵⁶⁹ *Morgentaler c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 30, 124 et 181.

⁵⁷⁰ *Morgentaler c. La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 30, 75.

⁵⁷¹ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 990-991.

⁵⁷² *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1345, 1367 et 1379.

⁵⁷³ *Hess c. La Reine*, [1990] 2 R.C.S. 906, 920.

⁵⁷⁴ *Commission canadienne des droits c. Taylor*, 3 R.C.S. [1990] 892, 919.

⁵⁷⁵ *Salight Communications Inc c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1051 et 1082.

⁵⁷⁶ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1345.

⁵⁷⁷ *Renvoi relatif au Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1135.

surtout lorsque cet objectif est associé à certaines préoccupations sociales⁵⁷⁸. Une seule mesure législative contemporaine a été invalidée sans équivoque à partir du critère de l'objectif⁵⁷⁹. Seuls de très anciens objectifs législatifs ont jusqu'ici été condamnés⁵⁸⁰. Les tribunaux acceptent généralement les objectifs que les parlements se sont fixés. D'après BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, c'est une bonne chose que les tribunaux fassent preuve de retenue dans l'examen des objectifs législatifs⁵⁸¹. Contrôler le législateur dans les objectifs qu'il choisit est une tâche si politique que les tribunaux doivent en refuser l'exercice sauf dans les cas d'interventions les plus saugrenues.

La rigueur du test a été assouplie au fil des décisions qui ont suivi l'arrêt *Oakes*. Ainsi, dans *Irwin Toy*, la Cour admet qu'un objectif dont le caractère urgent et réel n'aurait pas pu être établi à l'époque ait pu acquérir ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances⁵⁸². Dans ce même arrêt, la Cour affirme que le législateur jouit d'une discrétion dans la détermination de ses objectifs quand il s'agit d'intervenir pour la protection de groupes vulnérables. Dans *Andrews c. The Law Society of British Columbia*, le juge MCINTYRE admet qu'il est possible que la norme des « préoccupations urgentes et réelles » soit trop stricte pour pouvoir s'appliquer dans tous les cas⁵⁸³. D'après lui, le tribunal devrait plutôt décider si la restriction vise à réaliser « un objectif social souhaitable ». Cette formulation représente un assouplissement considérable du critère de l'arrêt *Oakes*. Dans l'arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, la Cour se contente d'observer que les règlements contestés visent « un objectif législatif légitime »⁵⁸⁴.

L'affaire *Big M Drug Mart*⁵⁸⁵, antérieure à l'arrêt *Oakes*, est donc la seule dans laquelle la Cour a rejeté sans équivoque la validité d'un objectif législatif contemporain. La Loi sur le dimanche interdisait le travail ou une activité commerciale ce jour-là. D'après la Cour, l'objectif de fixer un jour universel de repos est suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit protégé par

⁵⁷⁸ TREMBLAY (2000), p. 393.

⁵⁷⁹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁵⁸⁰ *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 400 (C.A.); *Sauvé c. Canada (A.-G.)*, [1992] 89 D.L.R. (4th) 644 (C.A. Ont.); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 et *R. c. Laba*, [1992] 10 C.R.R. (2d) 321 (C.A. Ont)

⁵⁸¹ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 977.

⁵⁸² *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 984.

⁵⁸³ *Andrews c. The Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 184.

⁵⁸⁴ *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 521, 627.

⁵⁸⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

la Charte. Toutefois, selon la Charte, toute loi visant à maintenir le repos dominical doit avoir un caractère laïc, étant donné la diversité et les différences socioculturelles des Canadiens. Le Parlement ne peut privilégier une religion au détriment d'une autre. Une approche historique et la jurisprudence montrent que l'objet véritable de la Loi sur le dimanche consiste à rendre obligatoire l'observance du repos chrétien. Cet objectif ne constitue donc pas une limite raisonnable à la liberté de conscience et de religion. Il ressort de cet arrêt qu'un objectif qui est incompatible avec les valeurs protégées par la Charte ne peut justifier une restriction à un droit fondamental.

c. La question de l'objectif changeant

La question de l'évaluation des objectifs dans le temps a été résolue par la Cour suprême à la fin des années quatre-vingt. Les arrêts *Big M Drug Mart*⁵⁸⁶, *Edmonton Journal*⁵⁸⁷ et *Irwin Toy*⁵⁸⁸ affirment les trois principes suivants :

- un objectif actuel ou « moderne » ne peut remplacer l'objectif historique réel de la législation concernée ;
- certains objectifs législatifs, valides à la date d'adoption de la loi contestée, peuvent aujourd'hui être périmés ;
- il est possible de faire la preuve d'un objectif législatif toujours valable en produisant des statistiques postérieures à la date d'adoption de la loi concernée.

Concernant la première règle, dans l'affaire *Big M Drug Mart*, la Cour affirme que l'objectif d'une loi ne peut changer avec le temps et les conditions sociales. Le législateur visait un objectif religieux lorsqu'il a adopté cette loi en 1906. Le gouvernement ne peut aujourd'hui prétendre que la loi a un objectif laïc. Il en résulterait trop d'insécurité. Cette position rejette donc catégoriquement la théorie de l'objectif changeant importée du droit américain.

⁵⁸⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁵⁸⁷ *Edmonton Journal C. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

⁵⁸⁸ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Dans l'affaire *Butler*⁵⁸⁹, il est à nouveau question d'un objectif changeant. La Cour suprême examine la constitutionnalité des dispositions du Code criminel en matière d'obscénité⁵⁹⁰. Ces dispositions contreviennent à la liberté d'expression. La Cour reconnaît que l'objectif initial de ce type de disposition (c'est en 1892 que le Parlement a criminalisé pour la première fois l'obscénité⁵⁹¹) était la promotion d'une certaine moralité. Avec l'adoption de la Charte, un tel objectif n'est plus défendable et ne permet plus de justifier des limites à la liberté d'expression. En effet, imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, du fait qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de la société canadienne⁵⁹². La Cour ajoute toutefois que les dispositions en matière d'obscénité, telles qu'interprétées dans des affaires récentes, promeuvent notamment l'égalité sexuelle⁵⁹³. En effet, si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre hommes et femmes, il faut prendre en compte la menace que représente pour cette égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant.

On peut se demander s'il s'agit là d'un changement inadmissible de l'objectif de la loi. Le juge SOPINKA explique que l'objectif de la loi incriminée a toujours été la protection de la société contre le préjudice que le matériel obscène risque de lui causer, bien que ce préjudice soit compris différemment aujourd'hui. En 1959, le préjudice causé à la société par l'exploitation indue de matériel à caractère obscène pouvait être défini bien plus strictement, à savoir aller à l'encontre de ce que la société considérait comme bon ou mauvais. Si, aujourd'hui, il s'agissait du seul préjudice identifiable, le texte incriminé ne se rapporterait pas à des préoccupations urgentes et réelles et ne pourrait justifier ainsi une atteinte à la liberté d'expression. Le préjudice que l'on peut dégager actuellement va au-delà de la moralité publique prise dans ce sens strict. Depuis 1959, les normes sociales servant à déterminer ce qui est préjudiciable ont changé. Il ne s'agit donc pas, dans cette affaire, d'un objectif qui n'existait pas au moment de la promulgation de la loi, mais d'un changement dans la manière dont les tribunaux déterminent le

⁵⁸⁹ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

⁵⁹⁰ Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

⁵⁹¹ Art. 179 du Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29.

⁵⁹² *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 492.

⁵⁹³ *R. c. Red Hot Video Ltd.* [1985], 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.).

préjudice à éviter. La Cour suprême conclut que l'interdiction de l'obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide justifiant certaines atteintes à la liberté d'expression.

Concernant la deuxième règle, c'est dans l'affaire *Edmonton Journal*⁵⁹⁴ que le juge CORY réfute un des trois objectifs prétendus pour motif d'obsolescence. En effet, l'objectif de protection de la morale que visait le *Judicature Act* albertain, en interdisant la divulgation de toute information sur une instance relative au mariage, pouvait être légitime en 1935, mais plus aujourd'hui. L'objectif d'antan est donc périmé.

Finalement, il est possible d'apporter une preuve soulignant l'importance actuelle d'un objectif que visait déjà une loi dans le passé. En effet, pour établir que l'objectif d'une loi demeure urgent et réel, le gouvernement doit faire appel aux éléments de preuve les plus pertinents qui existent au moment de l'analyse⁵⁹⁵.

d. L'objectif de faire des économies

La question de savoir si l'objectif de faire des économies est un objectif acceptable s'est posée dans l'affaire *Singh*⁵⁹⁶. Une audience par un organe investi du pouvoir de décision doit-elle être accordée à chaque personne qui se présente à la frontière canadienne en demandant l'asile ? Le procureur général du Canada soutient que cette procédure, appliquée aux milliers de réfugiés qui arrivent chaque année, imposerait une charge déraisonnable pour les ressources du gouvernement. Le juge WILSON, qui écrit pour trois des six juges de la Cour suprême dit :

«Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'article 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'article 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes. Quelle que soit la norme d'examen qui se dégage finalement de l'article 1, il me semble

⁵⁹⁴ *Edmonton Journal C. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

⁵⁹⁵ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 984.

⁵⁹⁶ *Singh c. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

que le fondement de la limitation des droits sous le régime de l'art. 7 doit être plus convaincant que ceux qui ont été avancés en l'espèce »⁵⁹⁷.

Les trois autres juges n'abordent pas ce problème - d'ailleurs, ils ne tranchent pas sur la base de la Charte - mais la Cour est unanime sur le fait qu'un droit d'être entendu doit être accordé.

Dans l'affaire *Lee*, la Cour examine la constitutionnalité d'une disposition du Code criminel supprimant le droit au jury dans le cadre d'un procès subséquent si l'accusé ne comparaît pas sans raison légitime⁵⁹⁸. La majorité de la Cour soutient que cette disposition se justifie au sens de l'article 1^{er} de la Charte. La raison de la disposition contestée tient au « coût » de la non-comparution de l'accusé à la fois pour les jurés et le système de justice criminelle. Il en résulte effectivement une perte économique pour l'organisation judiciaire, mais également un sentiment de frustration du public chaque fois qu'un accusé ne comparaît pas à son procès et que les jurés, ayant été réunis, doivent être renvoyés. Les personnes convoquées pour former un tableau des jurés peuvent difficilement refuser d'obéir à l'assignation et, en conséquence, doivent souvent s'absenter de leur travail quotidien pendant une durée considérable. Il s'agit de mettre en balance la restriction apportée au droit à un procès avec jury et le « coût », pour les particuliers et pour la société, de la non-comparution des accusés à leur procès. La Cour affirme que cet objectif est suffisamment important :

« Je ne crois pas que l'importance de l'objectif puisse se mesurer uniquement par référence aux sommes perdues par suite de la non-comparution d'accusés et au coût de la sélection d'un second jury. Le coût et, implicitement, l'importance de l'objectif, doivent être mesurés en fonction du « coût » global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci. Je conclus que, quand on le considère sous cet angle, l'objet législatif est suffisamment important pour primer un droit constitutionnel, particulièrement lorsque la restriction se limite à ceux qui ont abusé du système sans excuse légitime. »⁵⁹⁹

Le juge WILSON soutient au contraire qu'il n'a pas été démontré que l'article en question répond à une préoccupation urgente et réelle. Des préoccupations

⁵⁹⁷ *Singh c. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 219.

⁵⁹⁸ *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384.

⁵⁹⁹ *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, 1385-1386.

administratives et économiques ne peuvent constituer un objectif suffisamment important pour prévaloir sur le droit à un procès avec jury⁶⁰⁰.

Dans *New Brunswick c. G.*⁶⁰¹, la Cour Suprême affirme que le fait de ne pas fournir les services d'un avocat rémunéré par l'Etat à des parents auxquels on retire la garde de leurs enfants est une violation de l'article 7 de la Charte. Lorsque la procédure est complexe, la représentation par un avocat est nécessaire pour garantir l'équité. Il se peut donc que le gouvernement soit obligé de fournir à une personne sans ressources les services d'un avocat rémunéré par le gouvernement. Le gouvernement du Nouveau Brunswick soutient dans le cas d'espèce que l'objectif de réduction des dépenses relatives à l'aide juridique est suffisamment important pour priver un appelant d'une audience équitable. La majorité de la Cour ne nie pas catégoriquement que le contrôle des dépenses pourrait être un objectif suffisamment important pour justifier le refus d'une audience équitable à un parent. Cette justification est toutefois rejetée pour la raison que l'économie budgétaire serait minime. Elle est estimée à moins de 100 000 \$. Le droit du parent indigent l'emporte donc sur les sommes qui sont en jeu en l'espèce.

Récemment, la Cour a eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois sur la question. Dans l'affaire *Figueroa*, la Cour affirme ne pas vouloir écarter la possibilité que, dans certains cas, l'effet possible sur les deniers publics soit suffisamment important pour justifier la restriction de certains droits fondamentaux⁶⁰². Dans l'arrêt *Nouvelle-Ecosse c. Martin*, elle soutient que des considérations budgétaires ne peuvent à elles seules être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel⁶⁰³. Finalement, dans une affaire de 2004, la Cour admet que la nécessité de remédier à une grave crise financière est un objectif législatif urgent et réel au moment où la mesure législative contestée a été adoptée⁶⁰⁴. Ainsi, le gouvernement de Terre-Neuve peut différer de trois ans son programme d'ajustement des salaires des employées féminines du secteur de la santé à ceux des employés masculins. Toutefois, la Cour suprême note qu'en temps normal,

⁶⁰⁰ *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, 1420.

⁶⁰¹ *New Brunswick c. G.*, [1999] 3 R.C.S. 46.

⁶⁰² *Figueroa c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 912, § 66.

⁶⁰³ *Nouvelle-Ecosse c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, § 109.

⁶⁰⁴ *Terre-neuve c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, § 59 ss.

des considérations financières ne sont pas considérées comme des objectifs admissibles.

e. L'objectif de la protection des particularités de la société québécoise

La protection des particularités de la société québécoise est-elle un objectif suffisamment important permettant de justifier certaines lois relatives à la langue de l'enseignement ou à la langue de l'affichage public et de la publicité commerciale ?

Dans l'affaire *Québec School Board*, il s'agit de déterminer si le Québec peut limiter l'admission dans ses écoles publiques de langue anglaise uniquement aux enfants dont les parents ont été éduqués en anglais au Québec⁶⁰⁵. En effet, la Loi 101 prévoit que ne sont pas admis à l'école anglaise au Québec les enfants des immigrants même anglophones venant soit du reste du Canada, soit de l'étranger⁶⁰⁶. L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés protège le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. L'article 23 alinéa 1 ouvre l'école anglaise du Québec aux enfants dont les parents ont reçu l'instruction primaire en anglais, où que ce soit au Canada. Cette admissibilité générale est prohibée au Québec par les articles 72 et 73 de la Loi 101. L'article 23 al. 2 de la Charte ouvre également l'école anglaise du Québec aux enfants de citoyens canadiens dont un frère ou une sœur a reçu ou reçoit son instruction primaire ou secondaire en anglais au Québec. Cette admissibilité générale est également prohibée par les mêmes articles de la Loi 101. Il y a donc incompatibilité entre la Loi 101 et l'article 23 de la Charte. La Loi 101 a pour effet de rendre inapplicable l'article 23 de la Charte au Québec. Or, pour la Cour suprême, une telle restriction équivaut à une tentative de passer outre l'article 23 de la Charte ou de le modifier. Une dérogation ayant cet effet ne peut être une restriction au sens de l'article 1^{er} de la Charte. Il n'y a donc pas lieu de chercher si l'objectif des articles 72 et 73 de la Loi 101 pourrait être justifié par le biais de l'article 1^{er}. Les articles en question sont rendus

⁶⁰⁵ *Québec School Board*, [1984] 2. R.C.S. 66, 75 ss.

⁶⁰⁶ Loi 101 « La langue de l'enseignement »; chapitre VIII de la Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap-C-11.

inopérants par l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982. Dans cette affaire, la Cour suprême ne tranche donc finalement pas la question de savoir si la protection des particularités de la société québécoise est un objectif admissible aux yeux de la Charte.

Dans l'affaire *Ford*, la Cour doit décider, notamment, si les articles 58 et 69 de la Charte de la langue française portent atteinte à la liberté d'expression garantie à la fois par la Charte canadienne et par la Charte québécoise⁶⁰⁷. Aux termes de l'article 58, « l'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement en français ». L'article 59 dispose que « ... seule la raison sociale en langue française peut être utilisée au Québec ». Ces deux articles interdisent donc l'emploi d'une langue autre que le français lorsqu'ils s'appliquent. La Cour suprême doit décider si une telle interdiction est justifiée. La Charte de la langue française vise un objectif législatif important - l'amélioration de la situation de la langue française au Québec - et elle est destinée à répondre à un besoin urgent et réel - la survie de la langue française. La menace pesant sur la langue française a en effet convaincu le gouvernement québécois qu'il devait prendre des mesures pour que le visage linguistique du Québec reflète la prédominance du français. La Cour suprême reconnaît la vulnérabilité de la langue française et admet que sa protection est un objectif suffisamment important. Cette fois, elle se prononce donc clairement sur la validité de l'objectif. Toutefois, la Cour fait remarquer que l'interdiction d'employer une langue autre que le français est disproportionnée. Par contre, exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes resterait proportionnel à l'objectif de promotion et préservation d'un visage linguistique français au Québec. En conséquence, la restriction imposée par la Charte de la langue française n'est pas justifiée, ni en vertu de la clause limitative de la Charte québécoise, ni en vertu de l'article 1^{er} de la Charte canadienne. La conséquence de cette décision est que le Québec a finalement promulgué une nouvelle loi interdisant les panneaux en langue anglaise. En effet, cette loi est cette fois-ci protégée par la clause dérogatoire de la Charte canadienne (art. 33)⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11.

⁶⁰⁸ S.Q. 1988, c. 54, amendement de la Charte de la langue française.

f. Synthèse

En pratique les tribunaux sont peu disposés à rejeter la validité des objectifs législatifs visés par le Parlement. Il est presque toujours possible pour la Cour suprême de découvrir un objectif législatif suffisamment important. Dans certains cas, l'objectif est tellement vague qu'il pourrait sans peine justifier une large palette de dispositions législatives⁶⁰⁹. Une explication assez vraisemblable à ce phénomène peut être le rapport entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif⁶¹⁰. La Cour serait réticente à s'ingérer dans le domaine de compétence du Parlement et à juger du bien-fondé du contenu des lois. La première étape du test de l'arrêt *Oakes* a perdu de son importance. HUPPE est critique à cet égard :

« Le premier volet de ce test a perdu toute pertinence, il est devenu inutile puisque la Cour se déclare toujours satisfaite des objectifs poursuivis par le législateur jusqu'à les trouver « admirables »⁶¹¹. Sans l'exprimer clairement, la Cour a ainsi affaibli les garanties contenues dans l'arrêt *Oakes*, elle a amoindri la portée des exigences qui pèsent sur le législateur qui veut maintenir la validité de ses lois qui enfreignent les droits et libertés garantis par la Charte. »⁶¹²

LAMER, également, souligne que depuis l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême accorde une très grande latitude au législateur de façon à lui permettre d'atteindre ses objectifs⁶¹³. En effet, la juge WILSON dans l'affaire *Singh*⁶¹⁴ exprime la peur qu'une application littérale de la Charte paralyse toute action gouvernementale visant à atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. Cette attitude judiciaire a pour effet de rétablir une sorte de suprématie parlementaire, notamment en matière de liberté d'expression, laquelle aurait dû être notablement réduite avec l'adoption de la Charte.

En matière de liberté d'expression, LAMER, toujours, souligne qu'en effet presque n'importe quel objectif social peut être qualifié de fondamentalement important en vertu du test *Oakes*⁶¹⁵ :

« Il est difficile d'imaginer un seuil plus dérisoire à imposer à la notion de préoccupation urgente et réelle que celui qui a été imposé dans l'arrêt *Irwin Toy*⁶¹⁶ »⁶¹⁷.

⁶⁰⁹ L'objectif de la loi est d'assurer la condamnation des coupables, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

⁶¹⁰ HUPPE (1991), p. 297.

⁶¹¹ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S., 229, 281.

⁶¹² HUPPE, p. 297.

⁶¹³ LAMER (1994), p. 641.

⁶¹⁴ *Singh c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177, 217.

⁶¹⁵ LAMER (1994), p. 624 ss.

Dans cette affaire, la Cour examine l'abolition de la publicité pour enfants à la télévision. Cette interdiction est considérée comme nécessaire à la protection d'un groupe très vulnérable à la manipulation commerciale.

BIGENWALD ne s'étonne pas du peu de rigueur du test de l'objectif législatif⁶¹⁸. D'une part, la Charte canadienne ne définit aucunement ces objectifs, ni n'impose de directives en faveur de la reconnaissance des droits. Il est donc pratiquement impossible pour le ministère public d'échouer dans la présentation d'un intérêt public quelconque. De plus, la preuve recevable est extrêmement large. Elle comprend du droit comparé, des données socio-économiques et des éléments judiciaires. D'autre part, des considérations évidentes de retenue judiciaire permettent d'expliquer ce phénomène. Le juge canadien est en effet toujours soucieux de la souveraineté législative.

Pour terminer, il faut ajouter que l'urgence n'est aujourd'hui plus une condition de légitimité des objectifs. La grande diversité des objectifs validés par la Cour suprême fait disparaître d'elle-même cette condition d'urgence. BRUN, TREMBLAY et BROUILLET désapprouvent d'ailleurs cette condition d'urgence :

« En tout cas, l'usage [...] d'un critère d'urgence ne pouvait pas être plus débilant pour le législateur qui entendait prévenir les coups et non pas seulement guérir des maux. »⁶¹⁹

B Le critère de la proportionnalité

La limitation d'un droit n'est raisonnable que si le moyen utilisé pour atteindre l'objectif est un moyen proportionnel. L'arrêt *Oakes*, comme nous l'avons déjà précisé, a dégagé trois sous-critères à ce principe : le lien rationnel entre le moyen et l'objectif, l'atteinte minimale au droit touché et la proportionnalité proprement dite⁶²⁰.

⁶¹⁶ *Irwin Toy Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁶¹⁷ LAMER (1994), p. 643.

⁶¹⁸ BIGENWALD (1994), p. 785-786.

⁶¹⁹ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 977.

⁶²⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

a. Le lien rationnel

Les mesures qui portent atteinte à un droit doivent avoir un lien rationnel et logique avec les objectifs qu'elles servent :

« Elles doivent être soigneusement conçues pour atteindre ces objectifs, être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. »⁶²¹

Le critère du lien rationnel a été développé et examiné dans l'arrêt *Oakes*. L'article 8 de la Loi sur les stupéfiants oblige l'accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'il n'est pas coupable de trafic, une fois la possession de stupéfiants établie⁶²². Cette disposition porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Charte. Elle vise à réprimer le trafic des stupéfiants en facilitant l'obtention d'un verdict de culpabilité contre les trafiquants. Il s'agit là d'un objectif réel et urgent. Il faut néanmoins examiner s'il existe un lien rationnel entre cette disposition et l'objectif consistant à diminuer le trafic des stupéfiants :

« Il doit exister un lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de la possession à des fins de trafic, sinon la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que des personnes coupables de simple possession de stupéfiants soient erronément et sans justification déclarées coupables de trafic. »⁶²³

D'après la Cour, la disposition contestée ne satisfait pas au critère du lien rationnel. En effet, la possession d'une petite quantité de stupéfiants ne signifie pas forcément qu'il y a également trafic. L'article 8 est donc susceptible d'entraîner des résultats irrationnels et inéquitables. Il ne satisfait pas au premier élément de la proportionnalité.

Un autre cas qui n'a pas passé le test du lien rationnel est l'affaire *Benner*⁶²⁴. Les alinéas 3(1)e), 5(2)b) et l'article 22 de la Loi sur la citoyenneté⁶²⁵ prévoient que les personnes nées à l'étranger d'un père canadien avant le 15 février 1977 acquièrent leur citoyenneté sur demande, mais si c'est leur mère qui est

⁶²¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139.

⁶²² Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

⁶²³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103141, 142.

⁶²⁴ *Benner c. Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358.

⁶²⁵ Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.

canadienne, les demandeurs doivent se soumettre à une enquête de sécurité et prêter serment. Ces dispositions violent les droits à l'égalité garantis par la Charte dans la mesure où ils imposent des exigences plus sévères aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne en se fondant sur la filiation maternelle. L'objectif législatif visé est de donner accès à la citoyenneté canadienne tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens. Il s'agit d'un objectif urgent et réel⁶²⁶. Toutefois, la Cour suprême explique que les dispositions visées ne sont pas conformes au critère du lien rationnel. Il faut se demander si la discrimination a un lien rationnel avec l'objectif législatif. Est-il donc raisonnable d'exiger uniquement des enfants nés d'une mère canadienne de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité avant de leur attribuer la citoyenneté ? La Cour affirme qu'il n'existe manifestement aucun lien entre cette distinction et les objectifs législatifs poursuivis. En effet, les enfants nés d'une mère canadienne ne sont pas moins engagés envers le pays ou plus dangereux que ceux nés d'un père canadien⁶²⁷.

A l'heure actuelle, *Oakes* et *Benner* sont les deux seules affaires qui n'ont pas passé le test du lien rationnel⁶²⁸.

HOGG précise qu'il doit exister une relation causale entre l'objectif de la loi et les mesures promulguées par la loi⁶²⁹. Pour établir l'existence d'un lien rationnel entre la mesure attaquée et l'objectif visé, il n'est pas nécessaire d'établir une preuve scientifique. Le lien peut découler du bon sens et de la logique. Il suffit que le tribunal ait des motifs raisonnables de croire en son existence⁶³⁰.

Il peut toutefois être difficile d'établir cette relation avec certitude. Dans l'affaire *RJR-MacDonald*, la Cour suprême décide, selon sa propre intuition, s'il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la publicité pour le tabac et l'objectif de diminuer la consommation de tabac⁶³¹. Malgré un manque de preuves scientifiques, le pouvoir du lien établi par le bon sens entre publicité et consommation est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'un lien rationnel. En

⁶²⁶ *Benner c. Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358, §24

⁶²⁷ *Benner c. Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358, § 95

⁶²⁸ HOGG (2008), p. 840.

⁶²⁹ HOGG (2008), p. 841.

⁶³⁰ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 979.

⁶³¹ *RJR-MacDonald*, [1995] 3 R.C.S. 199, § 83 ss.

effet, il semble difficile de croire que les compagnies de tabac canadiennes dépenseraient plus de 75 millions de dollars par année pour la publicité si elles ne savaient pas qu'il en découlera un accroissement de l'usage de leurs produits. Plusieurs affaires récentes réaffirment que l'analyse du lien rationnel peut se faire en fonction de la raison et de la logique⁶³².

Dans l'affaire *Butler*, la Cour affirme qu'il peut être difficile ou même impossible d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, mais qu'on peut raisonnablement supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à certaines images et des changements d'attitude ou de croyance⁶³³.

Dans *Ross c. New Brunswick School District No. 15*, la Cour suprême dit qu'il est « raisonnable de s'attendre » à ce qu'il y ait un lien causal entre l'activité antisémite d'un enseignant en dehors de l'école et l'attitude discriminatoire des élèves à l'école due à l'influence importante que l'enseignant exerce sur ses élèves et au statut associé à son rôle⁶³⁴.

b. L'atteinte minimale

Le moyen choisi pour atteindre l'objectif visé doit porter une atteinte minimale au droit affecté. Cela signifie que l'objectif doit être nécessaire pour atteindre le but recherché. Ce concept de nécessité est la deuxième étape du test de proportionnalité instauré par l'arrêt *Oakes*⁶³⁵. Il avait pourtant été mentionné pour la première fois par le juge DICKSON dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, alors que la Charte ne parle que du critère de la raisonnabilité :

« Dès qu'il est reconnu que l'intérêt du gouvernement est suffisamment important, on doit alors décider si les moyens choisis pour réaliser cet intérêt sont raisonnables - une sorte de critère de proportionnalité. La cour peut vouloir se demander si les moyens adoptés pour atteindre la fin recherchée permettent de le faire en portant atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question. »⁶³⁶

⁶³² Voir notamment *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, et *Harper c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 827.

⁶³³ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 502.

⁶³⁴ *Ross c. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 R.C.S. 1130.

⁶³⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139.

⁶³⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 352.

Le critère de nécessité s'est avéré être le pilier central de l'article 1^{er}. En effet, les tribunaux ont pratiquement toujours accepté les objectifs législatifs choisis par le Parlement. Très peu nombreuses sont également les mesures législatives qui n'ont pas passé le test du lien rationnel. Nous verrons plus loin que les tribunaux affirment généralement que les lois contestées n'ont pas d'effet disproportionné. Dans bon nombre de cas, c'est donc le critère de l'atteinte minimale qui donne lieu à l'invalidation des dispositions législatives.

1. Exemples jurisprudentiels

Selon l'article 21 (2) du Code criminel, sont coupables de meurtre les personnes qui commettent un vol qualifié, munies d'une arme à feu et qui causent délibérément ou accidentellement la mort⁶³⁷. La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de déclarer coupables de meurtre des personnes qui n'ont ni voulu, ni prévu de causer la mort, pour dissuader d'autres personnes d'utiliser des armes à feu ou de s'en munir. Si le législateur souhaite dissuader les gens d'utiliser ou de se munir d'armes à feu, il devrait punir l'usage ou le port d'armes. L'imposition de sentences très sévères dans les cas où une arme a été utilisée pour perpétrer un homicide involontaire dissuaderait suffisamment d'utiliser une arme ou de s'en munir. Le fait de qualifier ce crime involontaire de meurtre porte inutilement atteinte au droit conféré par la Charte⁶³⁸.

De même, une disposition qui punit indistinctement pour meurtre tous ceux qui causent la mort pendant la perpétration de certaines infractions, sans se demander s'ils ont voulu causer la mort ne remplit pas l'exigence de la nécessité. Si le Parlement veut dissuader les gens de causer des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions, il devrait alors les punir pour avoir causé des lésions corporelles⁶³⁹.

Une mesure législative québécoise imposant l'usage exclusif du français pour la publicité commerciale est un moyen trop radical de protéger la langue française⁶⁴⁰. Le fait d'exiger l'usage du français tout en permettant en même temps l'usage

⁶³⁷ Code criminel S.R.C. 1970, chap. C-34.

⁶³⁸ *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, 660.

⁶³⁹ *R. c. Martineau*, [1990] 2. R.C.S. 633, 647.

⁶⁴⁰ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 780.

concurrent et non prédominant d'une autre langue serait au contraire une mesure moins radicale⁶⁴¹.

Un règlement qui interdit aux membres de la *Law Society* établis en Alberta de s'associer avec une personne qui n'est pas un membre actif résidant ordinairement en Alberta porte une atteinte trop importante à la liberté de circulation et d'établissement. Il y a d'autres moyens moins incisifs de réaliser l'objectif législatif qui est poursuivi, à savoir la réglementation et le contrôle de la profession d'avocat⁶⁴².

Les provinces ont un intérêt légitime à réglementer la publicité professionnelle afin de maintenir une norme élevée de professionnalisme et de protéger le public contre la publicité irresponsable et trompeuse. Toutefois une interdiction absolue de toute publicité peut conduire à ce que des renseignements pratiques soient exclus sans justification. C'est le cas notamment des heures d'ouverture des cabinets dentaires ou des langues parlées par les praticiens. Ces renseignements seraient utiles au public et ne présentent aucun danger grave de l'induire en erreur ou de diminuer le professionnalisme⁶⁴³.

Une interdiction totale de la publicité pour les produits du tabac est une mesure trop sévère pour réduire la consommation de tabac⁶⁴⁴. Le gouvernement doit établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si la preuve ne permet pas d'établir clairement que l'interdiction partielle est aussi efficace que l'interdiction totale, le législateur doit opter pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit garanti. Il est clair que la publicité relative au style de vie vise à accroître la consommation, mais rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques a le même effet. D'autres mesures moins incisives auraient constitué une atteinte raisonnable à la liberté d'expression.

⁶⁴¹ *Devine c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790, 814.

⁶⁴² *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1. R.C.S. 591, 634.

⁶⁴³ *Le Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario c. Rocket*, [1990] 2 R.C.S. 232, 250.

⁶⁴⁴ *RJR-MacDonald*, [1995] 3 R.C.S. 199, §160 ss.

Le licenciement immédiat d'un employé d'un conseil scolaire parce qu'il a publié et vendu des écrits antisémites est un moyen trop drastique de rectifier le climat discriminatoire régnant dans l'école⁶⁴⁵.

Interdire la publication de sondages d'opinion durant les trois derniers jours des campagnes électorales afin de prévenir l'effet déformant des sondages inexacts, en particulier des sondages tardifs qui ne font pas l'objet d'une critique suffisante avant que les électeurs se fondent sur leurs résultats, ne porte pas une atteinte minimale à la liberté d'expression. La solution de rechange évidente qui aurait pu être retenue par le législateur est la communication obligatoire des données méthodologiques sans interdiction de publication⁶⁴⁶.

Un règlement municipal qui interdit totalement l'affichage sur les propriétés publiques poursuit un objectif valable qui est d'éviter la présence de déchets dans la rue, ainsi que les dangers pour la circulation et les personnes qui effectuent les réparations et l'entretien des poteaux de service public. Toutefois, compte tenu des nombreuses solutions alternatives existantes, l'atteinte va au-delà de ce qui est nécessaire⁶⁴⁷. Par exemple, il n'y a pas d'atteinte à la sécurité routière si les affiches ne sont pas dirigées vers les conducteurs.

L'interdiction totale faite à des employés en grève de distribuer pacifiquement des tracts à l'occasion d'un conflit de travail sur sites neutres est trop large. Elle restreint la liberté d'expression de manière trop drastique et n'est pas soigneusement adaptée à l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets préjudiciables qu'entraînerait pour des tiers la présence de personnes entravant l'accès à leurs établissements ou encourageant leurs employés à ne pas respecter leur contrat de travail⁶⁴⁸.

Dans toutes les décisions mentionnées ci-dessus, la Cour suprême soutient que d'autres mesures législatives moins rigoureuses auraient permis d'atteindre les objectifs fixés tout en respectant davantage les libertés.

⁶⁴⁵ *Ross c. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 R.C.S. 1130, § 106.

⁶⁴⁶ *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 877, § 111ss.

⁶⁴⁷ *Ramsden c. Peterborough*, [1993] 2 R.C.S. 1084, 1105 ss.

⁶⁴⁸ *T.U.A.C. c. KMart Canada*, [1999] 2 R.C.S. 1083, § 71 ss.

2. Marge d'appréciation dans le test de l'atteinte minimale

Rapidement après la jurisprudence de l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada reconnaît la nécessité de tempérer le test de l'atteinte minimale. Elle considère que le test est si sévère que peu de lois risquent d'y satisfaire. Par ailleurs, du fait du système fédéral, il faut pouvoir tenir compte des différentes sensibilités provinciales. C'est l'affaire *Edwards Books* qui exprime le besoin d'une marge d'appréciation⁶⁴⁹. Dans cet arrêt, la Cour examine la Loi ontarienne sur les jours fériés dans le commerce de détail⁶⁵⁰. La loi en question instaure notamment le dimanche comme jour férié. Elle porte donc atteinte à la liberté de religion des personnes qui observent le samedi comme jour de repos, mais est justifiée par le biais de l'article 1^{er}. L'objectif de la loi est d'accorder un jour de congé uniforme aux salariés du commerce de détail. Toute la question est de savoir si l'exigence de l'atteinte minimale est satisfaite. La loi contient une exemption qui a pour effet d'atténuer ses répercussions sur les groupes religieux dont le jour de congé est le samedi. Cette exception ne s'applique toutefois qu'aux détaillants qui n'emploient pas plus de sept personnes et dont le commerce n'est pas plus grand que 5000 pieds carrés. La loi permet à ces commerces d'ouvrir leurs portes le dimanche s'ils ont été fermés le samedi précédent. La Cour est partagée sur le fait de savoir si la loi prévoit des aménagements adéquats. Le juge DICKSON affirme que la loi est valable du fait qu'elle prévoit une exception sabbatique. Toutefois, les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. Dans le cas précis, un effort sérieux a été fait pour composer avec la liberté de religion de ceux qui observent le samedi, dans la mesure où cela était possible⁶⁵¹. Le juge LA FOREST soutient que la loi ontarienne serait valide même si elle ne contenait pas d'exemption⁶⁵². Lorsqu'un objectif doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains droits. En effet, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera nécessairement les droits d'autres groupes. Le législateur doit donc disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. De plus, rendre une telle exemption obligatoire pourrait conduire à se poser la

⁶⁴⁹ *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 71.

⁶⁵⁰ Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, chap. 453.

⁶⁵¹ *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 782-783.

⁶⁵² *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 794 ss.

question de la constitutionnalité des lois de fermeture le dimanche dans bon nombre d'autres provinces. Le juge dissident WILSON, pour sa part, affirme que la loi doit contenir une exception et que cette exception doit s'appliquer à toutes les personnes concernées par le sabbat du samedi et pas uniquement aux petits commerçants⁶⁵³.

Généralement, les tribunaux accordent une certaine latitude ou marge d'appréciation au législateur. Si une loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables qui permet le respect des droits garantis par la Charte, elle ne sera pas invalidée pour le motif qu'existe une solution alternative mieux adaptée à l'objectif⁶⁵⁴. Les domaines dans lesquels la Cour admet une marge d'appréciation dans les choix législatifs sont ceux où la loi est destinée à protéger un groupe vulnérable (enfants), où elle alloue des ressources rares, où elle concilie des intérêts opposés et finalement ceux où la loi est basée sur une preuve qui relève des sciences humaines (effet de la publicité sur les enfants)⁶⁵⁵.

Dans *Etats-Unis c. Cotroni*, la Cour suprême soutient que l'extradition d'un citoyen canadien viole le droit d'un citoyen de demeurer au Canada, mais que l'objectif de la répression du crime est suffisamment important pour limiter le droit garanti par la Charte⁶⁵⁶. D'après le juge dissident WILSON, l'extradition ne porte pas une atteinte minimale au droit de demeurer au Canada. Il n'est pas nécessaire de violer ce droit lorsque le crime a été commis au Canada par un Canadien et est puni en vertu du droit canadien. Le jugement au Canada est une alternative à l'extradition qui porte une atteinte moindre à l'article 6⁶⁵⁷. La majorité de la Cour, au contraire, souligne que le critère de l'atteinte minimale doit être appliqué avec « flexibilité »⁶⁵⁸. Ce critère est respecté ici. Il s'agit d'une violation mineure de la Charte. Il faut évaluer l'importance des objectifs visés par l'extradition, à savoir les enquêtes et les poursuites, ainsi que la répression et la punition des crimes tant nationaux que transnationaux pour la protection du public. Ces objectifs

⁶⁵³ *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 812.

⁶⁵⁴ Voir à ce sujet *Harper c. Canada*, [2004] 1 R.C.S. 827.

⁶⁵⁵ HOGG (2008), p. 848. L'arrêt topique traitant de la souplesse dont doivent faire preuve les tribunaux est *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 993-994.

⁶⁵⁶ *Etats-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

⁶⁵⁷ *Etats-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 1472-1473.

⁶⁵⁸ *Etats-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 1489.

constituent des préoccupations urgentes et réelles et sont essentiels au maintien d'une société libre et démocratique⁶⁵⁹.

Dans l'affaire *Prostitution Référence*, la Cour examine la constitutionnalité de deux dispositions du Code criminel qui visent à empêcher que le racolage se fasse dans les rues sous le regard du public. Le but est de supprimer les diverses formes de nuisances qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels⁶⁶⁰. Le juge dissident WILSON affirme que ces dispositions ne remplissent pas l'exigence de l'atteinte minimale du fait que l'interdiction ne se limite pas aux endroits où beaucoup de gens peuvent être choqués ou gênés⁶⁶¹. La majorité de la Cour soulève, au contraire, la difficulté de trouver une solution législative en matière de prostitution et le fait que la Cour n'a pas à juger de la sagesse du choix parlementaire.

« Le Parlement avait à sa disposition une multitude d'opinions et d'options pour s'attaquer au problème de la sollicitation sur la rue à des fins de prostitution. Le rôle de cette Cour n'est pas d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur. La prostitution, et plus précisément la sollicitation en vue de la prostitution, est une question particulièrement controversée et, par moment, chargée d'éléments moraux, qui exige de soupeser des pressions politiques contradictoires. La question que notre Cour doit trancher n'est pas de savoir si le Parlement a soupesé ces pressions et ces intérêts de façon sage, mais plutôt si la limite qu'il a imposée à un droit ou à une liberté reconnus par la Charte est raisonnable et justifiée. Le Parlement [...] a démontr[é] ainsi sa volonté de limiter l'atteinte à l'expression à ce qui était strictement nécessaire pour atteindre l'objectif. »⁶⁶²

Dans l'affaire *Harvey c. New Brunswick*, la Cour suprême affirme qu'une disposition d'une loi électorale prévoyant une période d'inéligibilité de cinq ans envers quiconque est déclaré coupable d'une infraction constituant une manœuvre frauduleuse, satisfait au critère de l'atteinte minimale⁶⁶³. La Cour ne doit pas substituer sa propre opinion à celle du législateur. Les membres du corps législatif du Nouveau-Brunswick sont les mieux placés pour choisir entre les différentes solutions disponibles pour dissuader les députés d'abuser de la confiance qui est placée en eux. Comme dans l'arrêt *Edward Books*, la Cour soutient que les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions

⁶⁵⁹ *Etats-Unis c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 1490.

⁶⁶⁰ *Renvoi relatif aux articles 193 et 195 du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

⁶⁶¹ *Renvoi relatif aux articles 193 et 195 du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1214.

⁶⁶² *Renvoi relatif aux articles 193 et 195 du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1199.

⁶⁶³ *Harvey c. New Brunswick*, [1996] 2 R.C.S. 876.

judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation⁶⁶⁴.

c. La proportionnalité proprement dite

A l'origine, la troisième composante du principe de la proportionnalité imposée par l'arrêt *Oakes* exigeait un équilibre entre les effets de la mesure contestée et l'objectif visé par cette mesure. Même si un objectif est suffisamment important et même si les deux premiers éléments du critère de proportionnalité sont remplis, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une disposition législative sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique⁶⁶⁵. Dans *Edwards Books*, il est précisé que les effets des mesures restrictives ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs à tel point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit supplanté par l'atteinte aux droits⁶⁶⁶. Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, le juge LAMER ajoute qu'il doit non seulement y avoir un équilibre entre la mesure législative et ses effets, mais qu'il doit également y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques⁶⁶⁷. La qualification du critère de proportionnalité proprement dite formulée dans *Oakes* reposait sur une conception trop étroite⁶⁶⁸. Dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, il est précisé que la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité permet d'apprécier si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, compte tenu des valeurs consacrées par la Charte⁶⁶⁹. CAMERON écrit d'ailleurs à ce sujet :

« ...ce volet de l'analyse fondée sur l'article premier pose une question importante. L'évaluation de la proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de la

⁶⁶⁴ *Harvey c. New Brunswick*, [1996] 2 R.C.S. 876, § 47.

⁶⁶⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139, 140.

⁶⁶⁶ *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 710, 769.

⁶⁶⁷ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 889.

⁶⁶⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁶⁶⁹ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur general)*, [1998] 1 R.C.S. 877, § 125.

violation soulève, directement et explicitement, la question de savoir si les conséquences de celle-ci sont disproportionnées aux avantages pouvant en découler. En tant que tel, ce volet est la seule partie de l'analyse actuelle qui reconnaît le préjudice ou coût des limites justifiables: c'est-à-dire le fait qu'un droit garanti par la Constitution a été violé. »⁶⁷⁰

Le critère de la proportionnalité au sens étroit peut donc être résumé de la manière suivante : il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables de la mesure restreignant un droit et l'objectif et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables de la mesure et ses effets bénéfiques.

L'arrêt *Lavoie c. Canada* précise, enfin, que lorsque les coûts de la loi sont suffisamment importants et que la loi n'atteint que partiellement ses objectifs, une preuve plus soutenue de ses avantages peut être nécessaire pour survivre à l'analyse selon l'article 1^{er}⁶⁷¹.

Jusqu'à aujourd'hui, le critère de la proportionnalité proprement dite n'a eu d'influence sur l'issue d'aucun cas. HOGG se montre d'ailleurs très critique quant à l'utilité de ce critère⁶⁷². Selon lui, cette exigence est redondante. Il ne s'agit de rien d'autre qu'une reformulation de la première étape du test *Oakes* qui exige que l'objectif de la mesure en cause soit suffisamment important. En effet, si les critères de l'objectif, du lien rationnel et de l'atteinte minimale sont remplis, comment les effets de la loi pourraient-ils être jugés trop sévères ? Si les effets d'une loi sont trop sévères, cela signifie nécessairement que l'objectif n'était pas suffisamment important. Il conclut qu'une réponse affirmative au test de l'objectif mène toujours à une réponse affirmative au test de la proportionnalité proprement dite. La troisième condition doit donc être purement ignorée. TREMBLAY est du même avis⁶⁷³.

Dans l'affaire *Rocket c. Collège Royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario*, la Cour suprême affirme qu'une loi limitant la possibilité pour les dentistes de faire de la publicité poursuit un objectif suffisamment important (maintenir une norme élevée de professionnalisme et protéger le public contre la publicité irresponsable et trompeuse) mais que la proportionnalité entre l'effet de la mesure législative et

⁶⁷⁰ CAMERON (1997), p. 66.

⁶⁷¹ *Lavoie c. Canada*, [2002] C.S.C. 23, § 70.

⁶⁷² HOGG (2008), p. 849-850.

⁶⁷³ TREMBLAY (2000), p. 399-400.

l'objectif visé n'est pas remplie⁶⁷⁴. Les objectifs de la promotion du professionnalisme et de la prévention de la publicité irresponsable et trompeuse n'exigent pas l'interdiction de toute publicité. L'effet de la disposition contestée est disproportionné à ses objectifs. Le public a intérêt à obtenir des renseignements sur les heures de réception du dentiste, sur la langue qu'il parle et sur d'autres faits objectifs pertinents. Des renseignements utiles sont ainsi exclus sans justification. Les effets néfastes de la loi l'emporteraient donc⁶⁷⁵. Pourtant HOGG critique le raisonnement de la Cour. D'après lui, la dernière étape est superflue, car en l'espèce, les arguments donnés sont les mêmes que ceux qui concernent le test de l'atteinte minimale⁶⁷⁶.

Dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, le juge BASTARACHE explique que l'analyse de la proportionnalité proprement dite ne doit pas être confondue avec les autres volets du test *Oakes*⁶⁷⁷. Si les premières étapes du test ont trait au caractère raisonnable de la loi comme telle, la troisième se rapporte à la nature de l'atteinte et vise à déterminer si les coûts l'emportent sur les avantages. Conclure à l'étape de la proportionnalité proprement dite à l'existence d'une violation signifie que même une atteinte minimale est trop coûteuse.

Dans le cas *New Brunswick c. G.*, la Cour décide que ne pas fournir les services d'un avocat rémunéré par l'Etat à des parents auxquels on retire la garde de leurs enfants ne satisfait pas au critère de la proportionnalité proprement dite⁶⁷⁸. En effet, les effets nocifs de cette loi excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires⁶⁷⁹. Selon HOGG, si les étapes du test *Oakes* avaient été examinées dans l'ordre, la loi contestée n'aurait jamais atteint la dernière étape (proportionnalité proprement dite)⁶⁸⁰.

⁶⁷⁴ *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.

⁶⁷⁵ *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 251.

⁶⁷⁶ HOGG (2008), p. 850.

⁶⁷⁷ *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur general)*, [1998] 1 R.C.S. 877, § 125.

⁶⁷⁸ *New Brunswick c. G.*, [1999] 3 R.C.S. 46.

⁶⁷⁹ *New Brunswick c. G.*, [1999] 3 R.C.S. 46, § 98.

⁶⁸⁰ HOGG (2008), p. 850, note 227.

III La justification dans une société libre et démocratique

L'expression « société libre et démocratique » rappelle, en particulier aux tribunaux, que la société canadienne doit être libre et démocratique, malgré l'existence de normes limitatives. La Cour suprême énumère pour la première fois dans l'arrêt *Oakes* une série de valeurs considérées comme fondamentales dans une société libre et démocratique⁶⁸¹. Ces valeurs comprennent entre autres la dignité humaine, la promotion de la justice et de l'égalité sociale, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. La Cour précise également que les valeurs et principes sous-jacents à une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis dans la Charte. Ils constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification puisse être démontrée⁶⁸².

L'expression « dans le cadre d'une société libre et démocratique » établit des limites à l'intérieur desquelles il faut résoudre les conflits entre les intérêts de l'individu et ceux de la société. Les tribunaux peuvent se référer aux sociétés dans lesquelles sont respectés des droits et libertés démocratiques semblables à ceux que prévoit la Charte⁶⁸³. Dans le cas du droit provincial, on se tournera vers les solutions adoptées au niveau fédéral et dans les neuf autres provinces du Canada. Les solutions préconisées par les autres pays anglo-saxons (Etats-Unis, Angleterre, Australie, Nouvelle-Zélande) seront également prises en considération. Parfois, il faudra aussi se tourner vers l'Europe occidentale. Toutefois, le fait que la loi contestée n'ait pas d'équivalent dans d'autres sociétés libres et démocratiques ne doit pas amener forcément au rejet de la solution canadienne pour la simple raison que d'autres n'ont pas choisi la même voie. Si la solution est raisonnable, elle peut être admise en vertu de l'article 1^{er}⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

⁶⁸² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

⁶⁸³ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 983.

⁶⁸⁴ *Southam Inc. c. The Queen*, [1984] 14 D.L.R. (4th) 479 (C.A. Ont).

D'après la Cour suprême, une législation qui se justifie dans une société libre et démocratique n'est pas forcément adoptée par tous les bords politiques. La Charte n'est ni un outil qui doit rendre le Canada monolithique, ni la promulgation d'un plus petit dénominateur commun⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ *Badger et al. c. A.G. Manitoba*, [1986] 30 D.L.R. (4th) 108 (B.R. Man.).

CHAPITRE 4 LA CLAUSE DEROGATOIRE (ARTICLE 33 DE LA CHARTÉ)

L'article 33 de la Charte canadienne concède aux parlements fédéral et provinciaux le pouvoir de déroger à certains droits de la Charte. Cette disposition autorise en effet un parlement à adopter une loi dérogeant à l'article 2 ainsi qu'aux articles 7 à 15 de la Charte. Il se lit ainsi :

(1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la Charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

§ 1 Les origines de l'article 33

L'insertion d'une clause dérogatoire dans un texte constitutionnel est particulière au Canada et n'a d'équivalent dans aucun autre instrument international visant à protéger les droits fondamentaux, ni dans aucun texte national d'une démocratie occidentale⁶⁸⁶. On trouve des précédents législatifs en droit canadien dans la

⁶⁸⁶ GIBSON (1986), p. 125. En 1994, Israël a adopté une clause dérogatoire valable uniquement pour la liberté de l'emploi. Voir la section 4 de la loi fondamentale « Liberté de l'emploi », disponible sur http://www.servat.unibe.ch/icl/is11000_.html

*Déclaration canadienne des droits*⁶⁸⁷, le *Saskatchewan Human Rights Code*⁶⁸⁸, l'*Alberta Bill of Rights*⁶⁸⁹ et dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*⁶⁹⁰.

L'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* se lit ainsi :

« Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* doit s'interpréter et s'appliquer... »

Le libellé de la *Déclaration* autorise expressément l'usage d'une clause dérogatoire. Le législateur a pleine latitude pour y recourir. Il peut donc aller à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* et n'en répond que devant l'électorat.

Cette clause dérogatoire n'a été utilisée qu'une seule fois en 1970 pendant la Crise d'octobre. Le 16 octobre 1970, à la suite de l'enlèvement du ministre Pierre Laporte, le Cabinet fédéral proclame l'urgence nationale. Il adopte la *Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)*. L'article 12 de cette dernière loi se lit ainsi :

« Il est par les présentes déclaré que la présente loi s'applique nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*. »

Cette loi n'est en vigueur que du 3 décembre 1970 au 30 avril 1971 avec effet rétroactif au 16 octobre 1970.

La Saskatchewan est la première province à avoir adopté une charte des droits de la personne. Il s'agit du *Saskatchewan Bill of Rights Act* de 1947⁶⁹¹ qui a été abrogé par le *Saskatchewan Human Rights Code*⁶⁹². Ce dernier texte comporte une clause dérogatoire libellée comme suit :

« Every law of Saskatchewan is inoperative to the extent that it authorizes or requires the doing of anything prohibited by this Act unless it falls within an exemption provided by this Act or unless it is expressly declared by an Act of the Legislature to operate notwithstanding this Act. »

⁶⁸⁷ L.R.C. (1985), appendice III, art. 2.

⁶⁸⁸ C.S.S., chap S-24.1, art. 44.

⁶⁸⁹ R.S.A. 1980, chap. A-16, art. 2.

⁶⁹⁰ L.R.Q., chap C-12, art. 52.

⁶⁹¹ S.S. : 1947, c. 35.

⁶⁹² R.S.S. 1979, c. S-24.1.

L'Alberta Bill of Rights contient également une clause dérogatoire à son article 2 qui se lit ainsi :

« Every law of Alberta shall, unless it is expressly declared by an Act of the Legislature that it operates notwithstanding the Alberta Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared.»⁶⁹³

Il est difficile de déterminer avec précision à quel moment l'idée d'inclure une clause dérogatoire dans la Charte canadienne a été avancée. Les observateurs de cette époque ne s'entendent pas à ce sujet. L'origine de l'article 33 de la Charte peut donc uniquement être retracée dans les grandes lignes⁶⁹⁴.

En été 1980, la Saskatchewan aurait lancé l'idée d'une clause dérogatoire au cours des délibérations du Comité fédéral-provincial permanent des ministres responsables des affaires constitutionnelles. Cette clause est un compromis entre les partisans et les adversaires de l'introduction dans la Constitution d'un catalogue des droits fondamentaux. Les divergences sont cependant trop marquées pour un accord sur le compromis. L'idée d'une clause dérogatoire refait surface au Cours de la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres qui se tient du 8 au 13 septembre 1980 à Ottawa. Le gouvernement du Québec distribue un document de travail intitulé « Proposition de position commune des provinces ». On y propose de protéger les droits fondamentaux et démocratiques et d'assujettir à une clause dérogatoire les garanties juridiques et les droits anti-discrimination. Cette proposition n'a jamais fait l'unanimité et finalement même le Québec y a renoncé⁶⁹⁵. En octobre 1981, les ministres fédéraux et provinciaux se rencontrent pour préparer la Conférence fédérale-provinciale qui doit se tenir du 2 au 5 novembre 1981. L'Alberta, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan proposent à nouveau l'adoption d'une clause dérogatoire. Le 4 novembre 1981, la Conférence est dans une impasse. Jean Chrétien, le ministre fédéral de la justice et les procureurs généraux de la Saskatchewan et de l'Ontario proposent un compromis. Le texte de l'entente, ébauché pendant la nuit du 4 au 5 novembre et sans la participation du Québec prévoit alors une clause dérogatoire applicable aux libertés fondamentales, aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité. Le

⁶⁹³ R.S.A. 2000, c. A-14.

⁶⁹⁴ Voir JOHANSEN/ROSEN (2005), p. 3-5.

⁶⁹⁵ SHEPPARD/VALPY (1981), p. 60-62.

gouvernement fédéral n'avait d'abord accepté que la possibilité de passer outre aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité. Il revient finalement sur sa position à condition que la disposition dans son ensemble soit assujettie à une mesure de réexamen et de réadoption après 5 ans. L'accord est finalement signé le 5 novembre 1981 par tous les gouvernements, mis à part celui du Québec.

Rédigé tel quel, l'article 33 aurait permis de passer outre non seulement à l'article 15 sur les droits à l'égalité, mais également à l'article 28 garantissant l'égalité entre les femmes et les hommes. A la suite d'une vaste campagne féministe organisée dans tout le pays, le gouvernement fédéral et les provinces décident de supprimer la mention de l'article 28 dans la clause dérogatoire.

L'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés est ainsi une institution typiquement canadienne permettant de faire le pont entre la suprématie législative d'origine anglaise, qui prévalait avant l'adoption de la Charte et la suprématie judiciaire à l'américaine instaurée depuis. La clause dérogatoire permet donc de restaurer la souveraineté parlementaire⁶⁹⁶.

§ 2 Les droits et libertés qui peuvent être touchés

Tous les droits et libertés garantis par la Charte ne peuvent pas faire l'objet de dérogations selon l'article 33 de la Charte. La dérogation peut être appliquée aux droits suivants :

- les libertés fondamentales prévues à l'article 2 (conscience, religion, pensée, croyance, opinion et expression, presse, etc.) ;
- les garanties juridiques des articles 7 à 14 (droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne, droit à la protection contre les fouilles, les traitements cruels ou inusités, les lois rétroactives, droits relatifs à l'arrestation, l'inculpation, la détention, à l'impartialité du tribunal etc.) ;

⁶⁹⁶ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 928.

- les droits à l'égalité de l'article 15 (race, origine, couleur, religion, sexe, âge ou déficiences mentales).

Les dispositions qui ne peuvent faire l'objet d'une dérogation sont les droits démocratiques (articles 3 à 5), la liberté de circulation et d'établissement (article 6), les dispositions relatives aux langues officielles du Canada (articles 16 à 22), les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (article 23) et l'égalité des droits pour les deux sexes (article 28).

§ 3 Les autorités habilitées à adopter des clauses dérogatoires

L'article 33 reconnaît explicitement au Parlement fédéral et aux législatures des provinces le pouvoir d'adopter une loi dérogeant aux dispositions de la Charte. Eux seuls agissant dans leur champ de compétence peuvent exercer ce pouvoir. Les organismes subordonnés, tels que le Conseil des ministres, les agences gouvernementales ou les conseils municipaux ne sont pas autorisés à adopter des clauses dérogatoires. Il est bien clair que le mot « loi » ne peut être interprété de manière étendue.

§ 4 Mise en œuvre de l'article 33

I Les conditions d'application de l'article 33

L'adoption de clauses dérogatoires est soumise à trois conditions de forme posées par l'article 33. L'usage de la dérogation expresse n'est soumis à aucune exigence de fond. Si c'était le cas, les tribunaux pourraient en contrôler l'usage pour des raisons de fond et cela équivaldrait à réintroduire une suprématie

judiciaire⁶⁹⁷. La dérogation expresse ne peut donc être contrôlée par les tribunaux que pour des raisons de forme. Premièrement, l'intention de déroger à la Charte doit être énoncée de façon expresse. De l'avis de la Cour suprême, la déclaration est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de la disposition à laquelle on entend déroger⁶⁹⁸. Deuxièmement, l'intention de déroger à la Charte doit être mentionnée dans la loi que le législateur souhaite soustraire à l'application de la Charte. On peut d'ailleurs déroger à plus d'une disposition de la Charte⁶⁹⁹.

II Une clause dérogatoire valide pour 5 ans au maximum

Le législateur peut choisir la durée de validité de la clause dérogatoire. Une telle clause ne peut en aucun cas faire effet plus de 5 ans. La clause peut cependant être renouvelée pour des périodes successives de 5 ans. Cette limite temporelle souligne la volonté du constituant d'assurer que les citoyens ne soient pas privés sans raison valable de leurs droits et libertés. Un examen soigneux et averti doit être mené. Il faut encore noter que les clauses dérogatoires ne peuvent normalement être reconduites qu'après l'élection d'un nouveau gouvernement⁷⁰⁰.

III Effet des clauses dérogatoires

L'adoption d'une clause dérogatoire a pour effet de suspendre l'application de la Charte pour toute la durée prévue de la clause qui, comme nous l'avons vu, ne peut pas dépasser 5 ans. Aucun recours judiciaire ne peut être exercé durant cette période. Dès que la clause cesse d'être en vigueur, la Charte s'applique à nouveau.

⁶⁹⁷ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 928.

⁶⁹⁸ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 741.

⁶⁹⁹ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 741.

⁷⁰⁰ HOGG (2008), p. 863.

IV L'article 33 et la rétroactivité

Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême examine la possibilité de donner une portée rétroactive à l'exercice de l'article 33 de la Charte⁷⁰¹. Le texte législatif peut en effet être interprété de deux façons différentes. Dans le paragraphe 2, l'emploi du présent peut être interprété comme exprimant plusieurs temps. La version anglaise du texte présente la même ambiguïté. La Cour s'appuie sur les principes généraux en matière de non-rétroactivité des lois et en conclut que l'article 33 ne peut avoir d'effet rétroactif.

§ 5 Le pour et le contre du recours à l'article 33

L'existence de la clause dérogatoire pose des problèmes qui sont davantage politiques que juridiques. De nombreux arguments ont été avancés tant en faveur que contre l'utilisation de l'article 33 de la Charte⁷⁰². Les partisans de l'approche judiciaire s'inquiètent du fait que l'on permette aux assemblées législatives de statuer à la majorité simple sur des questions qui mettent en jeu les droits fondamentaux, alors que les partisans de la souveraineté parlementaire considèrent toute délégation de pouvoirs à des juges non élus comme une violation des principes phares de la démocratie.

I Arguments en faveur de l'article 33

Les défenseurs de la clause dérogatoire ne la jugent pas incompatible avec les droits et libertés garantis par la Charte canadienne. Elle donne au pouvoir législatif élu un moyen pour prendre exceptionnellement d'importantes décisions de nature politique et les soustraire à l'examen du pouvoir judiciaire, qui lui n'est pas élu. L'atteinte aux droits fondamentaux n'est que temporaire. En effet, une limite

⁷⁰¹ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 744-745.

⁷⁰² Voir JOHANSEN/ROSEN (2005).

maximale de cinq ans est imposée à l'exercice de tout pouvoir de dérogation⁷⁰³. Par ailleurs, toute clause dérogatoire fait l'objet d'un débat public au moment de son adoption et de son renouvellement. Finalement, seuls certains droits, et non pas tous, peuvent être visés par une clause dérogatoire. La clause dérogatoire entrave le processus de politisation des tribunaux, car elle confère aux élus du peuple la mission de prendre les décisions politiques importantes.

De nombreux auteurs se sont exprimés sur l'article 33 de la Charte.

MACKAY se dit en faveur du maintien de cette disposition :

« La clause dérogatoire doit demeurer, du moins pour l'instant. Elle permet d'ouvrir un débat pour déterminer quels droits sont fondamentaux pour la société canadienne et lesquels devraient primer quand des droits se révèlent incompatibles. Dans une démocratie imprégnée par la tradition de la suprématie parlementaire, le dernier mot doit revenir aux législateurs élus. Mais l'intérêt que présente l'inclusion de droits dans une Charte n'est-il pas justement de protéger ces droits en confiant l'arbitrage final à des tribunaux plutôt qu'à des assemblées législatives? C'est un fait, et malgré la clause dérogatoire, c'est ce qui s'est passé et continuera de se passer, à quelques exceptions près »⁷⁰⁴.

Il ajoute encore que tant que le pouvoir de dérogation n'aura pas été exercé abusivement au moyen d'une « mesure quelconque contrariant les aspirations légitimes d'un groupe vraiment démuni ou marginalisé », il convient de donner aux législateurs le bénéfice du doute de se fier à la Constitution⁷⁰⁵.

CHEVRETTE s'oppose à l'utilisation de l'article 33 qu'en a faite le Québec⁷⁰⁶, ne croyant pas que la langue française soit réellement menacée. Il est pourtant favorable au maintien de la clause dérogatoire dans la Charte canadienne. Au Canada, en effet, l'équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire est très subtil, contrairement aux Etats-Unis qui ne connaissent pas la tradition de la suprématie parlementaire. L'article 33 est donc nécessaire pour maintenir la prédominance du Parlement⁷⁰⁷. En effet l'article 33 permet au pouvoir législatif d'avoir le dernier mot. La décision d'un tribunal est sujette à « révision » par le pouvoir législatif. Dans le

⁷⁰³ Voir HIERBERT (2004), note 27.

⁷⁰⁴ MACKAY (1989), p. 103 (traduction).

⁷⁰⁵ MACKAY (1989), p. 104 (traduction).

⁷⁰⁶ Suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ford*, qui annule certaines dispositions de la Charte de la langue française interdisant l'emploi d'une langue autre que le français dans le domaine de la publicité commerciale et de l'affichage public, le Québec modifie sa législation en matière de langues. Il impose le français pour l'affichage public et la publicité à l'extérieur des commerces tout en permettant le bilinguisme à l'intérieur des commerces, par le recours à une clause dérogatoire.

⁷⁰⁷ MACKAY (1989), p. 104.

cas où une loi est annulée par un tribunal, il suffit à l'organe législatif compétent de réadopter la loi en y incluant une clause dérogatoire⁷⁰⁸.

GOSSELIN voit également dans cette clause un compromis acceptable entre la suprématie du parlement et la suprématie des juges. La clause représente un moyen de rectifier la situation si les juges vont trop loin dans un cas particulier⁷⁰⁹.

RUSSELL avance un argument inhabituel pour la défense de l'article 33⁷¹⁰. Il est d'avis que cette clause reconnaîtrait un rôle au pouvoir législatif dans l'interprétation de la Constitution. MANFREDI affirme également que la clause dérogatoire doit être comprise comme un moyen permettant au pouvoir législatif de s'engager dans l'interprétation constitutionnelle⁷¹¹. Il propose d'ailleurs un certain nombre d'amendements pour renforcer cette fonction. Il s'agit notamment d'obtenir une approbation parlementaire plus grande que celle qui est exigée actuellement (3/5 des parlementaires)⁷¹².

BRUN, TREMBLAY et BROUILLET affirment que la Charte canadienne s'insère dans un régime fédéral et que chaque province, en acceptant de former une fédération, a tout de même voulu conserver intact le pouvoir de décider librement dans certaines matières⁷¹³. Ils expliquent que les principes fondamentaux du droit sont les mêmes pour tout le pays et que le pouvoir politique d'interpréter et d'appliquer ces principes est confié à un pouvoir judiciaire essentiellement fédéral, contrairement aux pouvoirs législatifs et exécutifs. Selon ces auteurs, dans ce contexte, la clause dérogatoire permet de restaurer ponctuellement la démocratie parlementaire et fédérative qui formait jusqu'en 1982 l'essentiel du régime constitutionnel comme il en avait été convenu en 1867. Ils ajoutent qu'il est particulièrement important pour le Québec de conserver le droit au dernier mot qu'il possédait jusqu'à cette époque dans certains domaines et qui sont vitaux pour lui vu sa situation particulière en Amérique du Nord et au Canada. Ils soulèvent que l'utilisation de la clause dérogatoire a toutefois un coût politique

⁷⁰⁸ HOGG (2008), p. 868.

⁷⁰⁹ GOSSELIN (1991), p. 256.

⁷¹⁰ RUSSELL (1991), p. 298-301.

⁷¹¹ MANFREDI (2001), p. 191-193.

⁷¹² A ce sujet voir les explications de KAHANA (2004), p. 194.

⁷¹³ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 929.

énorme, étant donné qu'une dérogation est souvent perçue comme une volonté de ne pas respecter les droits fondamentaux.

II Arguments contre l'article 33

Les opposants à l'article 33 de la Charte le jugent incompatible avec l'intégration des droits et libertés dans la Constitution⁷¹⁴. Les droits et libertés peuvent être interprétés par les tribunaux, mais doivent toujours être protégés des abus éventuels du pouvoir législatif. L'article 1^{er} de la Charte affirme que les droits et libertés ne sont pas absolus, mais qu'ils peuvent être limités sous certaines conditions. Cette disposition offre suffisamment de marge de manœuvre pour répondre aux préoccupations des législatifs. L'article 33 est superflu. Sa seule présence dans la Charte peut en inciter l'usage. Ainsi, s'il n'avait pas pu recourir à l'article 33, le gouvernement de la Saskatchewan aurait pu invoquer l'article 1^{er} pour adopter une loi exigeant le retour au travail des grévistes. En 1984 à Winnipeg, l'association du Barreau canadien conclut que le pouvoir législatif est suffisamment protégé par l'article 1^{er} de la Charte et recommande l'abrogation de l'article 33. Si cet article n'est pas abrogé, des directives sévères doivent réglementer le pouvoir de dérogation⁷¹⁵.

D'autres arguments portent sur le fait que l'article 33 établit une hiérarchie des droits protégés. En effet, seules les libertés fondamentales, les garanties juridiques et les droits à l'égalité (article 15) peuvent faire l'objet de clauses dérogatoires⁷¹⁶.

MANNING note que les droits et libertés auxquels on peut déroger sont si importants (c'est par exemple le cas du droit à la vie) qu'il faut se questionner sur la nature de la liberté qui subsiste⁷¹⁷.

FORSEY dénonce également l'article 33 :

⁷¹⁴ Voir JOHANSEN/ROSEN (2005), p. 17.

⁷¹⁵ Annual Meeting Resolutions, *National*, ABC, septembre 1984, p. 27, Résolution 84-01-A.

⁷¹⁶ JOHANSEN/ROSEN (2005), p. 17.

⁷¹⁷ MANNING (1983), p. 55 (traduction).

« La clause dérogatoire est un poignard planté dans le cœur de nos libertés fondamentales, et il faut l'abolir. Bien qu'elle ne concerne pas toute la Charte des droits et libertés, elle vise un très grand nombre de droits et libertés qui sont par ailleurs garantis. [...] Manifestement, cet article confère aux législateurs fédéraux et à ceux des provinces de très vastes pouvoirs qui leur permettent de faire ce que bon leur semble pour limiter ou nier ces droits et libertés. La Charte n'aurait pas protégé les Canadiens d'origine japonaise qui ont été internés de force pendant la Seconde Guerre mondiale. Elle ne protégera pas non plus quiconque défend aujourd'hui une cause impopulaire. Peut-être qu'aucune assemblée législative n'invoquera à nouveau la clause dérogatoire. Mais elle existe. Et si ce poignard est dégainé, les tribunaux seront tout aussi incapables de protéger nos droits qu'ils l'étaient avant l'adoption de la Charte »⁷¹⁸.

BEAUDOIN estime que c'était une erreur d'introduire une clause dérogatoire dans la Charte. Son usage peut restreindre considérablement la mise en œuvre de la Charte dans trois secteurs cruciaux. La clause limitative de l'article 1^{er} suffisait. Le seul mérite que l'on peut reconnaître à l'article 33 est de sauvegarder le principe de la souveraineté parlementaire au cas où les tribunaux iraient vraiment trop loin⁷¹⁹.

WHYTE est l'un des plus ardens opposant à la clause dérogatoire, malgré le fait qu'il était le conseiller constitutionnel d'Allan Blakeney, premier ministre de la Saskatchewan (province à l'origine de cette clause) en 1981 au moment de l'adoption de cette disposition⁷²⁰. Il affirme qu'une clause dérogatoire est inappropriée dans une démocratie constitutionnelle, bien que l'article 33 puisse être une concession à la longue tradition canadienne de la suprématie parlementaire. WHYTE suggère que la question de savoir si une telle clause doit subsister dans la Charte doit être déterminée notamment sur la base des principes juridiques fondamentaux qui sont la primauté du droit, la démocratie et le fédéralisme. Il soutient que le Canada, en adoptant la Charte, a opté pour un contrôle judiciaire des choix politiques. Il relève que ce contrôle judiciaire peut être contourné par l'utilisation de la clause dérogatoire. Il affirme également que le pouvoir judiciaire est moins sujet aux caprices politiques que le pouvoir législatif et craint que l'autorité politique puisse être exercée de manière à imposer de sérieuses limitations des droits fondamentaux sans justification rationnelle à certains groupes de citoyens vulnérables.

⁷¹⁸ FORSEY (1989), p. 101-102 (traduction).

⁷¹⁹ BEAUDOIN (1986), p. 149.

⁷²⁰ WHYTE (1990), p. 349 ss.

§ 6 Utilisation de l'article 33

L'usage de l'article 33 de la Charte canadienne est extrêmement limité. Les parlements se sont montrés très réticents à utiliser cette clause en dépit de la férocité du débat ayant entouré son adoption. Seules les provinces du Québec, de la Saskatchewan et de l'Alberta l'ont invoquée. Le Yukon avait prévu une clause dérogatoire dans une loi de 1982 qui n'est finalement jamais entrée en vigueur⁷²¹. Le parlement fédéral n'a jamais invoqué cette disposition.

I Utilisation de l'article 33 par le Québec

Par l'accord constitutionnel de 1981, le gouvernement fédéral et toutes les provinces, à l'exception du Québec, s'entendent sur la modification de la Constitution. Pour manifester son opposition, le Parlement du Québec « réadopte » toutes les lois québécoises alors en vigueur en assortissant chacune d'elles d'une clause dérogatoire dans une loi du mois de juin 1982⁷²². A noter que cette loi ne déroge pas à la Charte québécoise des droits et libertés. Il apparaît donc clairement que le but n'est pas d'abroger les libertés, mais uniquement de protester contre l'adoption d'une charte nationale. Tous les textes législatifs proposés à l'Assemblée nationale québécoise contiennent également une clause dérogatoire. Cette pratique durera jusqu'en 1985 lorsque le nouveau gouvernement libéral y met fin et s'engage à n'utiliser cette clause que de façon sélective et ponctuelle.

Entre temps, les tribunaux examinent la validité de la Loi 62. La Cour supérieure du Québec la juge valable⁷²³. La discrétion du législateur est en effet absolue et il ne répond qu'à l'électorat. La loi 62 est déclarée invalide par la Cour d'appel du Québec qui se prononce contre un usage systématique et global de la clause dérogatoire⁷²⁴. Cependant, une telle disposition dérogatoire type, utilisée dans

⁷²¹ Land Planning and Development Act, S.Y. 1982, c. 22, section 39(1).

⁷²² Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L. Q. 1982, c. 2, appelée Loi 62.

⁷²³ *Alliance des professeurs c. Québec (procureur général)*, [1985] C.S. 1272.

⁷²⁴ *Alliance des professeurs c. Québec (procureur général)*, [1985] C.S. 1272.

toutes les lois adoptées jusqu'en novembre 1985, constitue, de l'avis de la Cour suprême, un exercice valable du pouvoir conféré par l'article 33⁷²⁵.

Le gouvernement libéral du Québec emploie la clause dérogatoire à cinq reprises⁷²⁶. En 1988, son usage est extrêmement controversé. Suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ford*⁷²⁷, qui annule certaines dispositions de la Charte de la langue française interdisant l'emploi d'une langue autre que le français dans le domaine de la publicité commerciale et de l'affichage public, le Québec modifie sa législation en matière de langues (Loi 178). Il impose le français pour l'affichage public et la publicité à l'extérieur des commerces tout en permettant le bilinguisme à l'intérieur des commerces, par le recours à une clause dérogatoire conformément à l'article 33 de la Charte canadienne⁷²⁸. Alors que cette action est extrêmement populaire au Québec, le reste du Canada réagit de manière très négative. Beaucoup pensent qu'il faut chercher là l'échec de l'accord du Lac Meech⁷²⁹. En effet, cette affaire donne des arguments aux provinces (Manitoba, en particulier) qui craignent que le Québec dispose de plus de pouvoirs que les autres provinces et puisse ainsi limiter, ou supprimer, les droits et libertés garantis dans la Charte canadienne. En 1993, suite à l'adoption de la Loi 86, le bilinguisme est finalement permis, en matière d'affichage commercial, sous certaines conditions⁷³⁰.

II Utilisation de l'article 33 par la Saskatchewan

En 1985, un différend oppose le gouvernement de la Saskatchewan et ses employés représentés par l'Union des employés de la Saskatchewan (SGEU). À l'automne, la SGEU fait pression sur le gouvernement en mettant sur pied des grèves par rotation. En janvier, un médiateur présente un rapport qui est rejeté par

⁷²⁵ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁷²⁶ voir BAYEFISKY (1986), p. 791-833.

⁷²⁷ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁷²⁸ L.Q., 1988, ch. 54, art. 10.

⁷²⁹ L'Accord du Lac Meech est un ensemble de proposition de modification de la Loi de 1982 sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1982 effectué par le Québec en 1987 et tendant à reconnaître le caractère distinct du Québec au sein de la fédération canadienne et à renforcer le rôle des provinces dans leurs relations avec le gouvernement fédéral. Cet accord n'a pas été ratifié.

⁷³⁰ S.Q. 1993, c. 40.

le syndicat. Le gouvernement décide alors de mettre fin au conflit par la voie législative. Le 30 janvier 1986, il introduit une loi obligeant les fonctionnaires à retourner à leur travail⁷³¹. La loi contient une clause dérogatoire à la Charte canadienne des droits et libertés ainsi qu'au *Saskatchewan Human Rights Code*.

Cette action prend racine dans une décision judiciaire de 1984 invalidant une disposition de la législation sur le travail⁷³². La loi en question ordonne aux travailleurs du secteur laitier en grève de regagner leur travail. Elle est invalidée par la Cour d'appel de la Saskatchewan pour la raison qu'elle viole la liberté d'association garantie par la Charte canadienne. Finalement en 1978, la Cour suprême du Canada se prononce sur la loi concernant le retour au travail⁷³³. Elle conclut que la loi ne viole pas la Charte. Dans ce cas, l'utilisation de la clause dérogatoire était inutile.

III Utilisation de l'article 33 par l'Alberta

En 1988, une clause dérogatoire est retirée par le parlement après un tollé général : elle aurait permis de limiter la compensation due aux victimes du programme provincial de stérilisation⁷³⁴. En 2000, l'Alberta utilise la clause dérogatoire pour protéger une loi interdisant le mariage entre homosexuels⁷³⁵. KAHANA relève toutefois que cette loi est probablement inconstitutionnelle comme le mariage et le divorce sont des domaines de compétence fédérale⁷³⁶.

⁷³¹ Saskatchewan Government Employees Union Dispute Settlement Act, Bill 144, S.S. 1984-85-86, c. 111.

⁷³² *Retail, Wholesale and Department Store Union (RWDSU) c. Government of Saskatchewan*, [1985] 5 W.W.R. 97 (Sask. C.A.).

⁷³³ *Retail, Wholesale and Department Store Union (RWDSU) c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

⁷³⁴ Voir HOGG (2008), p. 862.

⁷³⁵ Marriage Amendment Act, S.A. 2000, c. 3.

⁷³⁶ KAHANA (2004), p. 210.

§ 7 Pourquoi si peu de Parlements ont-ils eu recours à cet outil législatif ?

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'usage que l'on a fait de l'article 33 de la Charte a été jusqu'à maintenant extrêmement parcimonieux. LEESON, dans une étude intitulée *Section 33, The Notwithstanding clause : A Paper Tiger ?*⁷³⁷, se demande notamment comment expliquer la faible utilisation de cet outil législatif depuis son adoption en 1982.

Cet auteur énumère plusieurs facteurs. Il relève d'abord le grand respect et l'appui populaire dont jouissent les tribunaux – nettement plus grands que celui accordé aux législateurs. Il soutient ensuite que les législateurs sont peu enclins à utiliser la clause dérogatoire car elle est souvent perçue comme étant une solution extrême et démesurée – une option « nucléaire ». L'auteur rappelle d'ailleurs que les législatures possèdent d'autres moyens d'atteindre leurs objectifs en dehors de la clause dérogatoire, un instrument qui, en vérité, ne fait que retarder la résolution du problème pour une période de cinq ans. Il suggère finalement que les législatures hésitent à utiliser la clause, car les décisions rendues par les tribunaux sont généralement perçues comme étant justes et ne nécessitant pas de recours.

A ces explications, il faut ajouter qu'en invoquant la clause dérogatoire, le législateur prend un risque politique important. Il permet aux partis d'opposition de faire de la législation controversée un argument pour leur prochaine campagne électorale. Par ailleurs, la réputation de la province qui fait appel à la clause dérogatoire risque d'être entachée tant sur le plan interne que sur le plan international. La législation québécoise interdisant l'affichage en anglais à l'extérieur des commerces (Loi 178) est en effet dénoncée par un citoyen québécois au Comité des droits de l'homme de l'ONU⁷³⁸. En avril 1993, le Comité fait connaître son opinion selon laquelle cette loi contrevient à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui protège la liberté d'expression. Il indique que s'il est légitime qu'un Etat choisisse une ou plusieurs

⁷³⁷ LEESON (2000).

⁷³⁸ Le Canada a signé le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques en 1976.

langues officielles, il n'est pas admissible qu'il supprime, en dehors de la vie publique, la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix⁷³⁹.

⁷³⁹ SABOURIN/MERETTE (2009), p. 523-524.

CHAPITRE 5

CLASSIFICATION DES DROITS PROTEGES PAR LA CHARTÉ CANADIENNE

La Charte canadienne des droits et libertés classe les droits énoncés en plusieurs catégories : les libertés fondamentales (art. 2), les droits démocratiques (art. 3-5), la liberté de circulation et d'établissement (art. 6), les garanties juridiques (art. 7-14) les droits à l'égalité (art. 15 et 28), les droits linguistiques (art. 16-22) et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23).

I Les libertés fondamentales

Les libertés fondamentales sont décrites à l'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés. Les libertés fondamentales protégées sont au nombre de trois : la liberté d'expression, la liberté d'association et la liberté de religion. La Charte énonce également certains préalables et certains corollaires de ces trois droits. Ainsi la liberté de pensée, la liberté de la presse et des autres moyens de communication sont rattachées à la liberté d'expression. La liberté de réunion pacifique est directement liée à la liberté d'association alors que la liberté de croyance découle de la liberté religieuse.

II Les droits démocratiques

Les droits démocratiques sont protégés aux articles 3 à 5 de la Charte. Ils garantissent aux Canadiens un gouvernement démocratique.

L'article 3 garantit aux citoyens canadiens le droit de participer à l'élection de leur gouvernement. Cet article prévoit que les citoyens ont le droit de voter aux élections fédérales, provinciales ou territoriales et le droit de poser leur candidature à ces élections.

L'article 4 garantit aux citoyens canadiens le droit de se prononcer au moins tous les 5 ans sur le choix de leurs députés.

L'article 5 affirme que le Parlement et les législatures doivent tenir au moins une séance annuelle.

III La liberté de circulation et d'établissement

Le paragraphe 6(1) garantit à tout citoyen canadien le droit de se déplacer à sa guise.

Le paragraphe 6(2) confère aux citoyens canadiens et aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays et de s'établir dans toute province ou tout territoire. Ces citoyens et résidents peuvent également y chercher un emploi ou créer une entreprise.

Le paragraphe 6(3) prévoit clairement que les provinces peuvent décider de donner des prestations sociales, comme le bien-être social (assistance sociale), seulement aux personnes ayant résidé dans la province pendant un laps de temps minimum.

De plus, le paragraphe 6(4) permet aux provinces dans lesquelles le taux de chômage est supérieur à la moyenne nationale de mettre en œuvre des programmes destinés à améliorer la situation de leurs résidents.

IV Les garanties juridiques

Les articles 7 à 14 de la Charte traitent de la justice fondamentale⁷⁴⁰. Ils s'adressent surtout à l'appareil judiciaire et aux forces de l'ordre, particulièrement dans le contexte du droit pénal. Dans la tradition anglo-américaine, le droit fondamental à la justice est exprimé en rapport avec certaines valeurs, à savoir, la vie, la liberté, la sécurité et la libre jouissance de sa propriété. Les décisions étatiques affectant l'une ou l'autre de ces valeurs doivent respecter certains principes de procédure. Peu à peu, les tribunaux ont reconnu à ces valeurs une portée juridique autonome. Les droits protégés par l'article 7 interdisent aujourd'hui à l'Etat de dépasser certaines bornes lorsqu'il leur porte atteinte. La Charte canadienne des droits et libertés énonce maintenant de façon distincte et autonome d'une part les droits à la vie, à la liberté, à la sécurité et à la propriété et d'autre part le droit d'être jugé par une autorité indépendante et impartiale.

La Charte canadienne comprend une clause générale de justice fondamentale à son article 7. Suivent des dispositions qui précisent sur certains points particuliers le sens de la justice fondamentale (articles 8 à 14)⁷⁴¹. On peut distinguer deux catégories de garanties juridiques : les droits qui contiennent des limitations intrinsèques⁷⁴² et les droits qui n'en contiennent pas. Cette distinction prendra son sens lorsque sera examinée la question de l'applicabilité de l'article 1^{er} de la Charte aux différents droits protégés par la Charte.

A Les droits qui contiennent une limitation intrinsèque

Certaines garanties contiennent leur propre limitation exprimée le plus souvent par le concept de « raisonabilité ». Ces droits sont les suivants : le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (art. 7), la protection contre les fouilles, saisies ou perquisitions abusives (art. 8), la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (art. 9), la protection des droits de l'inculpé (art. 11)

⁷⁴⁰ Voir BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1098.

⁷⁴¹ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1102.

⁷⁴² HOGG (2008), p. 852 ss.

et le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (art. 12).

B Les droits ne contenant pas de limitation intrinsèque

Les articles 10 (droits en cas d'arrestation ou de détention), 13 (droit à la non-utilisation d'un témoignage incriminant) et 14 (droit à l'assistance d'un interprète) ne contiennent pas de limitation intrinsèque.

V Les droits à l'égalité

Les droits à l'égalité sont protégés par les articles 15 et 28 de la Charte.

L'article 15 de la Charte affirme clairement que toutes les personnes – sans distinction de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique, de couleur, de sexe, d'âge ou de déficiences mentales ou physiques – sont égales devant la loi. Par conséquent, les lois et les programmes gouvernementaux ne doivent pas être discriminatoires.

Tout en garantissant l'égalité, la Charte permet également l'adoption de lois ou de programmes destinés à aider les personnes ou les groupes défavorisés. Par exemple, le paragraphe 15(2) autorise les programmes visant à améliorer les chances d'emploi pour les femmes, les Autochtones, les minorités visibles ou les personnes atteintes de déficiences mentales ou physiques.

L'article 28 consacre l'égalité des hommes et des femmes. Son adoption résulte d'un lobbying très intense des organisations féministes⁷⁴³. L'égalité des sexes étant déjà reconnue par l'article 15 de la Charte, cette disposition insiste sur le fait qu'il ne doit y avoir aucune distinction fondée sur le sexe.

⁷⁴³ Voir HOSEK (1983).

VI Les droits linguistiques

Les droits linguistiques sont protégés par les articles 16 à 22 de la Charte.

L'article 16 affirme que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et que ces deux langues ont un statut égal quant à leur usage au sein de l'administration fédérale.

L'article 16.1 a été ajouté à la Charte en 1993. Il précise que les communautés linguistiques française et anglaise du Nouveau-Brunswick ont des droits égaux et que le rôle du gouvernement du Nouveau-Brunswick est de protéger et de promouvoir ces droits.

Les articles 17, 18, 19 et 20 traitent de questions similaires : l'égalité du français et de l'anglais dans certaines situations : emploi du français ou de l'anglais au Parlement, publication des lois fédérales, emploi du français ou de l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada. Par ailleurs, l'administration centrale et les autres bureaux du gouvernement fédéral doivent fournir leurs services dans les deux langues. Enfin, le public a le droit d'employer le français ou l'anglais pour communiquer avec le gouvernement fédéral.

Les articles 16 à 20 précisent que les droits linguistiques s'appliquent au gouvernement fédéral et au gouvernement provincial du Nouveau-Brunswick. L'objet de l'article 21 est de protéger les droits linguistiques qui sont déjà reconnus par d'autres dispositions de la Constitution. L'article 22 garantit que les droits d'utiliser le français ou l'anglais, qui sont énoncés dans la Charte, ne portent pas atteinte au droit d'utiliser d'autres langues, qui peut être conféré par d'autres lois.

VII Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité

L'article 23 oblige les gouvernements des provinces à assurer l'instruction des Canadiens dans la langue de leur choix et ce, même dans les régions où seulement une minorité de résidents parlent cette langue.

Dans les neuf provinces où l'anglais est la langue de la majorité ainsi que dans le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, les citoyens canadiens ont le droit de faire instruire leurs enfants en français dans l'une des trois situations suivantes :

- leur langue maternelle est le français;
- ils ont reçu leur propre instruction au niveau primaire en français au Canada;
- ils ont un enfant qui a reçu ou reçoit son instruction en français au Canada.

Au Québec, où la plupart des gens parlent le français, les citoyens canadiens ont le droit de faire instruire leurs enfants en anglais :

- s'ils ont reçu leur propre instruction au niveau primaire en anglais au Canada;
- s'ils ont un enfant qui a reçu ou reçoit son instruction en anglais au Canada.

Le troisième paragraphe pose la condition du nombre suffisant d'enfants. Cette condition s'applique tant à la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité qu'au droit d'obtenir des établissements d'enseignement propres.

A noter que d'après l'article 59 de la Loi constitutionnelle de 1982, le droit des personnes dont la langue maternelle est l'anglais de faire instruire leurs enfants en anglais (art 23(1)a)) ne s'applique pas au Québec tant que celui-ci ne l'aura pas accepté.

Les droits garantis par l'article 23 ne sont pas de la même nature que la majorité des droits et libertés garantis par la Charte. Alors que ces derniers n'imposent qu'un devoir d'abstention à l'Etat, les droits de l'article 23 imposent au gouvernement de prendre les mesures appropriées pour donner un sens effectif à cette disposition. L'article 23 édicte donc des droits créances qui impliquent une intervention positive. La preuve d'un nombre d'enfants suffisant devrait permettre au tribunal d'imposer au gouvernement ou à la législature l'obligation de mettre sur pied les établissements garantis par la Constitution. Jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux ont toujours été réticents à reconnaître l'obligation pour un

gouvernement ou un parlement d'intervenir pour assurer le respect du droit à l'instruction dans la langue de la minorité⁷⁴⁴.

VIII Les droits sociaux

Les droits sociaux ne sont pas protégés par la Charte canadienne des droits et libertés.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême n'avait pourtant pas fermé la porte à la reconnaissance de certaines dimensions économiques et sociales du droit à la sécurité garanti par l'article 7 de la Charte canadienne :

« [L'exclusion des droits relatifs à la propriété ne signifie pas] qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression « sécurité de sa personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales – tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquat – que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la Charte »⁷⁴⁵.

Par la suite, les tribunaux ont limité le domaine d'application de cette disposition aux rapports entre l'individu, le système judiciaire et l'administration de la justice⁷⁴⁶. Sans grand succès, on a essayé de convaincre les tribunaux de donner au droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte canadienne une portée économique et sociale⁷⁴⁷. L'attitude des tribunaux s'explique en premier lieu par le contexte dans lequel se trouvent les droits consacrés par l'article 7. Celui-ci se situe en effet dans un chapitre consacré principalement aux affaires pénales et les principes de justice fondamentale qui y sont mentionnés régissent avant tout le système judiciaire⁷⁴⁸. L'absence de la garantie de la propriété dans la Charte canadienne est aussi invoquée pour juger que l'article 7 ne peut s'étendre à des intérêts de nature économique.

⁷⁴⁴ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 872.

⁷⁴⁵ *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1003-1004.

⁷⁴⁶ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) (c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1172-1175.

⁷⁴⁷ voir notamment *Re Becker and the Queen in Right of Alberta*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 539 (C.A. Alb.) et *Gosselin*, [1992] R.J.Q. 1647].

⁷⁴⁸ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1) (c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1171-1173.

Récemment, dans l'arrêt *Gosselin*, la Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si l'article 7 de la Charte comportait des aspects positifs⁷⁴⁹. Cet arrêt porte sur la constitutionnalité d'un règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participent pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail. La majorité de la Cour conclut qu'il n'est pas possible d'affirmer que l'article 7 de la Charte s'applique exclusivement dans un contexte juridictionnel. Toutefois, jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'article 7 impose une obligation positive à l'État de garantir un niveau de vie adéquat. On a toujours considéré que l'article 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La juge ARBOUR n'est toutefois pas de cet avis⁷⁵⁰. Elle soutient que l'article 7 impose à l'État l'obligation positive d'assurer à ses citoyens une protection élémentaire en ce qui concerne la vie, la liberté et la sécurité de leur personne. De nombreux arguments étayaient cette position. La Cour n'a effectivement jamais décidé qu'elle devait rejeter toute action demandant à l'État d'intervenir concrètement pour assurer aux citoyens une protection élémentaire en ce qui touche à la vie et à la sécurité. Au contraire, la Cour a constamment choisi de ne pas écarter la possibilité de tirer de l'article 7 des droits positifs comme le droit à des moyens élémentaires de subsistance. Les interprétations téléologique, textuelle ou contextuelle de l'article 7 permettent de conclure que le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne comporte une dimension positive. La juge ARBOUR explique que les droits positifs ne sont pas incompatibles avec la Charte canadienne. En effet, celle-ci impose à l'État l'obligation d'agir concrètement en vue d'assurer la protection de plusieurs droits : le droit de vote (art. 3), le droit à l'assistance d'un interprète dans les procédures pénales (art. 14) et le droit des minorités francophone ou anglophone de faire instruire leurs enfants dans leur langue (art. 23). Les droits positifs ne constituent donc pas une exception dans la Charte. Au contraire, la Charte a une dimension positive. De plus, le droit à un niveau minimal d'aide sociale se rattache clairement à la vie et à la sécurité de la personne. La juge ARBOUR affirme donc que le droit à un niveau minimal d'aide sociale est inclus dans les droits protégés par l'article 7.

⁷⁴⁹ *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429.

⁷⁵⁰ *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429, § 307 ss.

La doctrine est partagée sur le bien-fondé ou non de l'introduction de droits sociaux dans la Constitution.

Le silence de la Charte canadienne sur les droits économiques et sociaux a été déploré notamment par CREPEAU qui propose de s'inspirer de la Constitution de l'Afrique du Sud⁷⁵¹ et de prendre ces droits en considération⁷⁵². OSBERG et PHIPPS affirment qu'une charte sociale doit être un élément essentiel dans une réforme de la constitution du Canada. Principalement à cause de changements sociaux rapides, une charte sociale doit fournir un cadre légal qui garantit des valeurs sociales durables et inclut le principe que tous les Canadiens ont le droit à la nourriture, à l'habillement, à un logement, à des soins de santé et à l'éducation⁷⁵³.

BRUN, TREMBLAY et BROUILLET affirment au contraire que seuls des droits civils et politiques peuvent être protégés par la Charte. Ces droits peuvent effectivement être mis en œuvre par les tribunaux. Des droits économiques, sociaux ou culturels n'ont pas leur place dans la Charte. Leur réalisation nécessite en effet une intervention étatique⁷⁵⁴. RICHARDS, quant à lui, assure que l'adoption d'une charte sociale contraindrait les gouvernements à augmenter les dépenses sociales et générerait de larges déficits⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ Voir par exemple l'article 26 (droit à un logement) ou l'article 27 (droit aux soins de santé, nourriture, eau et sécurité sociale).

⁷⁵² Voir à ce sujet DENONCOURT (2002).

⁷⁵³ OSBERG/PHIPPS (1992), p. 12-16.

⁷⁵⁴ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET, (2008), p. 902-903.

⁷⁵⁵ RICHARDS (1992), p. 64-66.

CHAPITRE 6

APPLICATION DE L'ARTICLE 1^{ER} DE LA CHARTE AUX CATEGORIES SUSMENTIONNEES

La question de savoir si la clause limitative de l'article 1^{er} est applicable à chaque droit garanti par la Charte a préoccupé la doctrine et les tribunaux canadiens immédiatement après l'adoption du texte fondamental.

Comme nous le verrons, il existe un mouvement à la fois jurisprudentiel et doctrinal qui tend à soustraire certains droits à l'emprise de la clause limitative, soit parce que les dispositions qui les consacrent sont exceptionnellement précises et détaillées, soit parce qu'elles comportent leur propre limitation dans leur formulation.

L'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec* est l'une des premières décisions importantes qui ait été rendue sous l'empire de la Charte. On y traite de l'application de l'article 1^{er}. Les requérants et le procureur général du Canada, qui intervient devant la Cour supérieure du Québec avec son autorisation, cherchent à démontrer que l'article 1^{er} doit recevoir une application moins étendue que celle qu'il n'y paraît à première vue⁷⁵⁶. Ils exposent plusieurs arguments pour démontrer que l'article 1^{er} de la Charte ne s'applique pas aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité (article 23).

Premièrement, l'un des buts de la Charte était de corriger la situation insatisfaisante au Canada dans le domaine de la langue de l'enseignement. Or, il n'est pas concevable qu'après avoir atteint ce résultat par le biais de l'article 23, les auteurs de la Charte aient laissé la porte ouverte à la mise en échec de cette disposition par une législation provinciale conforme à l'article 1^{er}.

⁷⁵⁶ *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1982] C.S. 673, 683.

Deuxièmement, l'article 23 comporterait ses propres limites claires et détaillées et ne laisserait plus de place pour l'application de l'article 1^{er}.

Finalement, un troisième argument peut être tiré de l'article 59 de la Loi constitutionnelle de 1982 (droits linguistiques au Québec). En adoptant l'article 59 et en différant l'application de l'article 23 (1) a) de la Charte au Québec seulement, le Parlement fédéral a montré qu'il était prêt à accepter un compromis sur la situation du Québec. Une restriction additionnelle de l'article 23 nécessiterait un amendement constitutionnel, ce que l'article 1^{er} ne peut permettre.

Le juge en chef DESCHENES réfute ces arguments et affirme que le texte de l'article 1^{er} « dit bien ce qu'il dit et que sa portée est générale ». Il se refuse d'y lire « une qualification restrictive qui ne s'y trouve pas »⁷⁵⁷. La Cour d'appel du Québec confirme la position de la Cour supérieure quant à l'article 1^{er}⁷⁵⁸.

Sur recours, la Cour suprême laisse entendre que la clause limitative pourrait avoir un champ d'application moins étendu qu'il n'y paraît à la simple lecture. Elle affirme à cinq reprises que c'est uniquement à des fins de discussion et sans toutefois en décider qu'elle considère que la clause limitative s'applique à l'article 23 de la Charte⁷⁵⁹.

D'après MOREL, tous les droits et libertés de la Charte sont à une exception près susceptibles d'être restreints⁷⁶⁰. L'idée que la clause limitative ne concerne pas tous les droits et libertés de la Charte heurte de front le texte même de l'article 1^{er}. Cette disposition est d'application générale⁷⁶¹. MOREL affirme également, dans un article écrit en 1983, qu'il ressort clairement du texte de l'article 1^{er} que celui-ci est tout à fait général et que les deux propositions qu'il contient - aussi bien celle qui garantit les droits énoncés que celle qui prévoit la possibilité de les restreindre – visent exactement le même objet. Tous les droits énoncés sont garantis et

⁷⁵⁷ *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1982] C.S. 673, 684 et 686.

⁷⁵⁸ *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1983] C.A. 77, 78-79.

⁷⁵⁹ *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 66, 71, 78, 84, 85, 86.

⁷⁶⁰ Il s'agit de l'article 28 de la Charte. Voir ci-dessous.

⁷⁶¹ MOREL (1986), p. 121.

peuvent être restreints dans certaines limites. Les termes utilisés, tant dans la version française qu'anglaise, sont dépourvus de toute ambiguïté⁷⁶².

MOREL évoque aussi l'idée que si le législateur avait voulu restreindre à certains droits l'application de la clause limitative, rien ne l'empêchait de le faire. En effet, c'est ainsi qu'il a procédé pour l'article 33 de la Charte. Cet article 33 confère aux Parlement fédéral et provinciaux un pouvoir de dérogation qui porte uniquement les articles 2 et 7 à 15 de la Charte. Or l'article 1^{er} de la Charte ne contient aucune restriction semblable⁷⁶³.

GIBSON et TREMBLAY affirment également que la clause limitative s'applique à tous les droits de la Charte⁷⁶⁴.

Nous allons donc examiner ci-dessous chaque catégorie de droits protégés par la Charte canadienne.

I Les libertés fondamentales

Le système de limitation prévu à l'article 1^{er} de la Charte canadienne s'applique à toutes les libertés garanties par l'article 2, mais avec une intensité variable pour chacune d'entre elles. Il n'existe pas de controverse sur ce sujet. La restriction est licite tant qu'elle respecte les trois conditions cumulatives. Dès que l'une d'elles n'est pas remplie, la limitation de la liberté se transforme en violation.

II Les droits démocratiques

L'article 4 de la Charte garantit aux Canadiens le droit de se prononcer au moins tous les 5 ans sur le choix de leurs députés. Il s'agit d'un droit démocratique essentiel. Etant donné la nature de ce droit, MOREL se demande s'il peut être

⁷⁶² MOREL (1983), p. 84.

⁷⁶³ MOREL (1983), p. 84.

⁷⁶⁴ GIBSON (1986), p. 135-142 et TREMBLAY (2000), p. 385.

limité⁷⁶⁵. Le droit d'élire les députés, s'il est restreint, l'est par une prolongation éventuelle de la durée de la législature. Ce type de restriction est prévu par le second paragraphe qui énonce les cas admis : guerre, invasion, insurrection, réelles ou appréhendées. Cette disposition peut être interprétée comme interdisant toute autre restriction que celle qu'énonce l'article 4. L'article 4 (2) pourrait donc constituer une clause limitative spécifique et se substituerait à la clause limitative générale de l'article 1^{er}. MOREL conclut toutefois que cette idée pourrait se justifier uniquement si les deux dispositions étaient incompatibles, ce qui n'est pas le cas. Au contraire, les deux paragraphes se complètent. L'article 4 (2) détermine quand et suivant quelle procédure le droit d'élire les députés peut être restreint. Il ne pose aucune limite quant à la durée de la prolongation du mandat parlementaire. Dans le cas où la prolongation est exagérée, l'article 1^{er} permettrait un contrôle par les tribunaux de la décision prise par le législatif en application de l'article 4 (2).

III La liberté de circulation et d'établissement

Le droit de demeurer au Canada garanti par le paragraphe 6 (1) n'est pas un droit absolu. Il est sujet aux limitations admissibles d'après l'article 1^{er}⁷⁶⁶.

IV Les garanties juridiques

A Les droits qui contiennent une limitation intrinsèque

L'article 1^{er} de la Charte s'applique-t-il aux droits de la Charte qui contiennent déjà leur propre limitation ? Cette question est controversée, mais d'une grande importance pour deux raisons.

D'une part, la preuve de l'existence d'une atteinte relève de la personne qui invoque la Charte, alors que la preuve de la raisonnable de l'atteinte relève de

⁷⁶⁵ MOREL (1983), p. 87.

⁷⁶⁶ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 158.

celui qui défend la règle de droit attaquée, c'est-à-dire, en pratique du gouvernement ou d'une autre instance de l'administration. Il y a donc une différence considérable dans le fardeau de la preuve si la raisonnable d'une limite est traitée comme faisant partie du champ de protection d'un droit ou doit être traitée dans le cadre d'une analyse selon l'article 1^{er} de la Charte.

D'autre part, d'après l'article 1^{er}, une limite raisonnable doit être prescrite par la loi. Cette condition n'est pas requise par les articles 7, 8, 9, 11 et 12.

BENDER, constitutionnaliste américain s'exprimant sur le droit canadien, considère que l'article 1^{er} de la Charte est une disposition subsidiaire qui s'applique uniquement aux droits et libertés ne contenant pas de limitation intrinsèque⁷⁶⁷. BENDER s'appuie sur son expérience américaine. Le *Bill of Rights* américain, qui ne contient pas de disposition limitative, n'a pas été interprété comme garantissant de façon absolue les droits et libertés énoncés. La pondération des intérêts contradictoires a été faite lors de la définition des droits et libertés. Il estime donc qu'il serait préférable que les tribunaux canadiens créent des standards internes adaptés aux besoins de chaque droit et réservent l'article 1^{er} à des situations très particulières. Cette proposition permettrait d'éviter le raisonnement absurde auquel doivent se livrer les tribunaux lorsqu'ils constatent qu'une personne a fait l'objet d'une fouille, perquisition ou saisie abusives et qu'ils doivent ensuite déterminer si cette dernière constitue une limite raisonnable au sens de l'article 1^{er} de la Charte, comme nous le verrons ci-dessous.

AUBERT, constitutionnaliste suisse ayant étudié le droit canadien, est également réservé sur l'application de la clause limitative aux droits qui contiennent leur propre limitation⁷⁶⁸. En effet, lorsque l'on inclut des droits extrêmement précis dans le texte fondamental, il est très difficile de voir quelles restrictions pourraient encore affecter ces droits.

GIBSON, au contraire, affirme que la clause limitative s'applique généralement à tous les droits de la Charte⁷⁶⁹. Il s'oppose clairement à l'argument de BENDER

⁷⁶⁷ BENDER (1983), p. 669.

⁷⁶⁸ AUBERT (1986), p. 191-192.

⁷⁶⁹ GIBSON (1986), p. 135-142.

mentionné ci-dessus⁷⁷⁰. D'après lui, le terme « raisonnable » utilisé dans la Charte a deux significations distinctes, selon qu'il est utilisé dans l'article 1^{er} ou dans un article mentionnant l'une des garanties de la justice fondamentale. Dans l'article 8, par exemple, le terme « *unreasonable search or seizure* » se réfère à l'impact sur la victime de la fouille ou saisie en question. Est-ce raisonnable qu'un citoyen doive supporter les inconvénients découlant de cette intrusion ? Lorsque le mot « raisonnable » est utilisé dans l'article 1^{er}, il pose la question d'une justification spéciale. Existe-t-il des circonstances justifiant que le gouvernement limite les droits des citoyens par une loi qui requiert des fouilles ou saisies considérées comme abusives ? GIBSON conclut qu'il n'est pas absurde d'appliquer le critère de la raisonnable à deux phases différentes lors de l'analyse. La victime expliquera donc en premier lieu pourquoi elle n'a pas été traitée de manière raisonnable, puis il appartiendra au gouvernement de démontrer qu'il existe certaines circonstances justifiant une loi qui autorise la fouille ou la saisie abusive dans telle situation⁷⁷¹.

Pour LANGLOIS aussi, certains droits garantis par la Charte canadienne sont assujettis à des restrictions en provenance de deux sources, à savoir l'article 1^{er} et les restrictions découlant du texte même de la Charte qui énoncent ou décrivent le droit visé⁷⁷².

a. L'article 7

D'après le texte de l'article 7 de la Charte, il peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne en conformité avec les principes de justice fondamentale. La jurisprudence a eu l'occasion de s'exprimer à de nombreuses reprises sur les liens entre l'article 7 et l'article 1^{er} de la Charte.

Dans l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, la Cour suprême déclare qu'une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne contraire aux principes de la justice fondamentale, peut néanmoins se justifier au sens de l'article 1^{er} de la Charte, mais uniquement dans les cas

⁷⁷⁰ GIBSON (1985), p. 31.

⁷⁷¹ Nous reviendrons sur cette problématique au moment où nous parlerons de chacun des droits.

⁷⁷² LANGLOIS (1986), p. 164.

résultant de conditions extraordinaires comme l'état de guerre, les désastres naturels ou les épidémies⁷⁷³. Deux raisons expliquent ce raisonnement. D'abord, les intérêts protégés par l'article 7 – la vie, la liberté et la sécurité de la personne – revêtent une grande importance et des exigences sociales concurrentes ne peuvent prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale est rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁷⁷⁴. Le juge WILSON va même plus loin et affirme qu'une loi violant les principes de justice fondamentale ne peut pas être « raisonnable », ni se justifier dans une société libre et démocratique⁷⁷⁵. Il confirme son point de vue dans plusieurs jugements⁷⁷⁶.

Dans l'affaire *R. c. Heywood*, la Cour suprême exprime des doutes quant à la justification d'une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale, sauf peut-être en cas de guerre ou d'urgence nationale⁷⁷⁷.

Dans l'arrêt *R. c. Ruzic*, la Cour d'appel de l'Ontario note qu'il n'existe aucun cas dans lequel la Cour suprême du Canada a affirmé la constitutionnalité d'une restriction au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité non conforme aux principes de justice fondamentale⁷⁷⁸.

Dans l'affaire *J. G. c. New Brunswick*⁷⁷⁹, la Cour écrit que les violations de l'article 7 ne peuvent se justifier facilement au regard de l'article 1^{er} de la Charte, ce, pour les deux mêmes raisons déjà mentionnées par la Cour suprême dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*⁷⁸⁰.

⁷⁷³ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486, 520.

⁷⁷⁴ Voir notamment *Nouveau-Brunswick c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 et *Suresh c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3.

⁷⁷⁵ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486, 523.

⁷⁷⁶ *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 322 ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1223 et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 1034.

⁷⁷⁷ *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 802. Voir également *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 909.

⁷⁷⁸ *R. v. Ruzic* (1998), 128 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.).

⁷⁷⁹ *J. G. v. New Brunswick et al.*, S.C.C. N° 26005, 10 septembre 1999.

⁷⁸⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique*, [1985] 2 R.C.S. 486, 523.

Finalement, dans deux cas datant du début des années 2000, la Cour suprême écrit que l'application de l'article 1^{er} à l'article 7 de la Charte est rare⁷⁸¹ ou qu'elle nécessite des conditions exceptionnelles⁷⁸². En 2007, elle indique que les atteintes aux droits protégés par l'article 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article 1^{er}, mais que toutefois, leur justification n'est pas nécessairement impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes⁷⁸³.

La doctrine s'accorde sur la position des tribunaux. D'après BRUDNER, les valeurs sous-jacentes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité sont l'autonomie et la dignité de la personne⁷⁸⁴. En conséquence, les limites doivent être cohérentes et ne peuvent être en contradiction avec le droit protégé. BRUN, TREMBLAY et BROUILLET affirment que des situations d'urgence pourraient rendre raisonnables et justifiables certaines entorses à la justice fondamentale⁷⁸⁵. Les deux auteurs mentionnent également la lutte contre le terrorisme. Ils ajoutent toutefois que de telles mesures ne pourraient passer la barrière de l'article 1^{er} que si elles sont temporaires.

b. L'article 8

L'article 8 de la Charte garantit le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies arbitraires⁷⁸⁶. Une perquisition ou une détention arbitraire au sens de l'article 8 de la Charte peut-elle être justifiée par l'article 1^{er} de la Charte ?

D'après HOGG, bien que l'article 1^{er} et l'article 8 emploient tous deux le terme « *unreasonable* », celui-ci a deux significations distinctes. Son sens est beaucoup plus restreint dans l'article 8 de la Charte. Il se peut donc qu'une loi qui

⁷⁸¹ *United States c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, § 133.

⁷⁸² *Suresh c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3, § 128.

⁷⁸³ *Charkaoui c. Canada* [2007] 1 R.C.S. 350, § 66.

⁷⁸⁴ BRUDNER (1998), p. 287.

⁷⁸⁵ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1102.

⁷⁸⁶ “unreasonable search or seizure” dans le texte anglais de la Charte.

ne satisfasse pas le test de raisonabilité de l'article 8 passe celui de l'article 1^{er}⁷⁸⁷.

c. L'article 9

L'article 9 de la Charte garantit le droit de ne pas être détenu ou emprisonné de manière arbitraire. La question de savoir si une détention arbitraire peut se justifier sur la base de l'article 1^{er} s'est posée dans l'affaire *Hufsky*⁷⁸⁸.

L'arrêt au hasard de véhicules à moteur par des agents de police dans le cadre d'un programme de vérification routière largement médiatisé enfreint le droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'article 9 de la Charte. D'après la Cour, cette procédure est toutefois justifiée par l'article 1^{er} de la Charte :

« Vu l'importance de la sécurité routière et du rôle qu'est appelé à jouer à ce sujet le pouvoir d'arrêter au hasard afin d'accroître tant la détection que la perception du risque de détection des infractions à la circulation automobile, dont plusieurs sont indétectables par la simple observation de la façon de conduire, la restriction [qui est imposée] à la protection contre la détention arbitraire est raisonnable et sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique [...] »⁷⁸⁹.

BIGENWALD critique le raisonnement de la Cour qui se serait laissée séduire par un « objectif aveuglant »⁷⁹⁰. Selon lui, le test se réduit à l'examen de l'objectif législatif et omet de procéder à l'analyse de la proportionnalité.

Dans l'arrêt *Ladouceur*, concernant une problématique similaire, la Cour applique également le test de l'article 1^{er} à l'article 9 de la Charte⁷⁹¹.

AUBERT, de son côté, pense que l'article 1^{er} ne peut s'appliquer à l'article 9⁷⁹². Il part du principe que la définition de la détention arbitraire se fait selon une démarche intellectuelle qui se rapproche de celle que préconise l'article 1^{er} de la Charte : la détention est qualifiée d'arbitraire si elle ne se fonde pas sur une loi, si elle est injustifiée, si elle est disproportionnée. Il serait donc très curieux qu'après avoir suivi une démarche semblable à celle de l'article 1^{er}, et conclu au caractère

⁷⁸⁷ HOGG (2008), p. 853 ; voir également FINKELSTEIN (1985), p. 197.

⁷⁸⁸ *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

⁷⁸⁹ *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, 623-624.

⁷⁹⁰ BIGENWALD (1992), p. 108.

⁷⁹¹ *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

⁷⁹² AUBERT (1986), p. 192.

arbitraire de la détention, on procède une deuxième fois à la démarche spécifique de l'article 1^{er} pour dire qu'une détention arbitraire est néanmoins constitutionnelle.

d. L'article 11

Plusieurs des droits de l'article 11 contiennent une référence à la notion de « raisonnable ». Un inculpé a le droit « d'être informé sans délai anormal⁷⁹³ de l'infraction précise qu'on lui reproche » (art. 11 (a)), le droit « d'être jugé dans un délai raisonnable » (art. 11 (b)), et le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable » (art. 11 (e)). HOGG accepte l'idée qu'une limitation de l'un de ces droits puisse être justifiée par l'article 1^{er} de la Charte dans des cas très rares⁷⁹⁴.

Dans un arrêt récent, la Cour suprême affirme que la garantie de l'article 11 est renforcée par le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire. Ce principe a un rôle vital au sein de l'organisation judiciaire canadienne. L'article 1^{er} ne peut à lui seul en justifier l'atteinte⁷⁹⁵. La majorité de la Cour souligne d'ailleurs que la loi contestée poursuit des buts légitimes, mais n'applique pas le traditionnel test *Oakes*⁷⁹⁶.

e. L'article 12

L'article 12 offre une protection contre tous les traitements ou les peines cruels et inusités. Les tribunaux rechignent à lui appliquer l'article 1^{er}.

En 1984, un juge ontarien émet l'opinion que l'article 1^{er} de la Charte ne peut être invoqué pour tenter de légitimer une loi qui porte atteinte à l'interdiction des traitements ou peines cruels ou inusités. Il étend son raisonnement à toutes les dispositions de la Charte qui comportent leurs propres limitations ou restrictions :

⁷⁹³ « unreasonable delay » dans le texte anglais de la Charte.

⁷⁹⁴ HOGG (2008), p. 854.

⁷⁹⁵ *Mackin c. New Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, § 72.

⁷⁹⁶ *Mackin c. New Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, § 70.

« Where the particular Charter provision contains its own modifier, e.g. unreasonable, arbitrary or cruel reasonable limitation and unusual, the provision is self-defined as to what constitutes a reasonable limitation »⁷⁹⁷.

Dans l'affaire *Lyons*, le juge LA FOREST affirme que seul un « objectif social transcendant » pourrait justifier une peine jugée exagérément disproportionnée⁷⁹⁸. Le juge CORY partage cette opinion dans l'affaire *Kindler*. Une telle situation ne se conçoit qu'en temps de guerre ou d'urgence⁷⁹⁹.

D'après HOGG, l'article 12 est un droit absolu. Il ne peut donc être limité. Il s'agirait du seul droit absolu de la Charte⁸⁰⁰.

B Les droits qui ne contiennent pas de limitation intrinsèque

La limitation des garanties de procédure qui ne contiennent pas de limitation intrinsèque ne pose pas de problème.

V Les droits à l'égalité

Dans un arrêt de 1989, la Cour suprême juge que les conditions de restriction des droits et libertés s'appliquent à la garantie de l'égalité lorsque la distinction attaquée repose sur l'un des critères énumérés à l'article 15(1) de Charte ou sur un critère analogue⁸⁰¹. Dans cette affaire, la Cour doit déterminer si l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique, porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte. A la même époque, la doctrine se prononce également pour une application de l'article premier aux droits à l'égalité⁸⁰².

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, la Cour affirme que l'emploi, dans une mesure législative, de la citoyenneté comme motif de distinction entre

⁷⁹⁷ *Re More et La Reine*, [1984] 10 C.C.C. (3d), 306, 313.

⁷⁹⁸ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 336.

⁷⁹⁹ *Kindler c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 779, 884.

⁸⁰⁰ HOGG (2008), p. 855.

⁸⁰¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁸⁰² DUPLÉ (1989), p. 106.

individus, ici comme condition d'accès à l'exercice de la profession d'avocat, comporte le risque d'affaiblir les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont affirmées à l'article 15. Une mesure législative qui pose la citoyenneté comme condition peut, parfois, être acceptable, mais le gouvernement doit justifier une telle mesure en vertu de l'article 1^{er} de la Charte. En l'espèce, la mesure législative en cause n'est pas justifiée au sens de l'article 1^{er}. En effet, le critère de proportionnalité n'est pas respecté. L'obligation d'être citoyen canadien n'est pas adaptée à l'objectif que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes. La plupart des citoyens, canadiens ou non, sont engagés envers la société canadienne, mais la citoyenneté ne garantit pas cet engagement. De même, ceux qui ne possèdent pas la citoyenneté peuvent être fortement engagés envers le Canada. La citoyenneté ne garantit pas que les avocats vont s'acquitter de leurs fonctions de manière consciencieuse ; ils vont le faire parce qu'ils sont des avocats compétents et non parce qu'ils sont citoyens canadiens.

Le tribunal établit en premier lieu l'application de l'article 15(1) de la Charte, puis il examine si la distinction se justifie en vérifiant les conditions de l'article 1^{er}. Cette jurisprudence sera confirmée par la suite à plusieurs reprises⁸⁰³.

D'accord sur le principe de l'application de l'article 1^{er} à la garantie de l'égalité, certains juges préconisent toutefois l'utilisation de critères d'analyse plus souples que ceux mis en place par l'arrêt *Oakes*.

Le juge McINTYRE, dans une opinion en partie dissidente, affirme que le test *Oakes* est trop strict pour s'appliquer dans tous les cas :

« Dans l'arrêt *Oakes*, on a décidé que pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Charte, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations « urgentes et réelles » dans une société libre et démocratique. Cependant, étant donné la vaste portée des mesures législatives qui doivent être adoptées pour répondre à divers aspects du droit civil qui se rapportent dans une large mesure à des questions administratives et réglementaires, et compte tenu de la nécessité que la législature établisse de nombreuses distinctions entre les individus et les groupes à ces fins, il est possible que la norme des préoccupations « urgentes et réelles » soit trop stricte pour s'appliquer dans tous les cas. Prétendre le contraire aurait souvent pour effet de priver l'ensemble de la collectivité des bénéfices liés à une loi socio-économique juste. À mon avis, en abordant une affaire comme celle qui nous est soumise, la première question que devrait se poser le tribunal doit porter sur la nature et l'objet de la mesure législative en vue de décider si la restriction constitue un

⁸⁰³ Voir ci-dessous.

exercice légitime du pouvoir législatif visant à réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution»⁸⁰⁴.

Toujours selon lui, il n'existe pas de critère unique en vertu de l'article 1^{er}. Au contraire, la Cour doit peser soigneusement de nombreux facteurs pour décider s'il s'agit d'une violation raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Ainsi, en appliquant un critère plus flexible, le juge McINTYRE soutient que l'obligation d'être citoyen canadien est raisonnable et défendable au sens de l'article 1^{er} de la Charte.

« On l'a choisie en vue d'atteindre un objectif social souhaitable: un aspect de la réglementation et des compétences nécessaires de la profession juridique. Il s'agit d'un objectif important et la mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif à atteindre. Le délai maximal imparti à celui qui n'a pas la citoyenneté pour devenir citoyen canadien est de trois ans à compter de la date où il acquiert son statut de résident permanent. Ce délai est souvent moindre. L'obtention de la citoyenneté n'est contrecarrée par aucun obstacle. D'ailleurs, la politique du gouvernement du Canada est d'encourager les nouveaux arrivants à devenir citoyens canadiens. À mon avis, il est raisonnable de s'attendre à ce que les nouveaux arrivants, qui cherchent à obtenir les privilèges et le statut propres au pays et le droit d'exercer les vastes pouvoirs que confère l'admission à la pratique du droit, acceptent la citoyenneté et ses obligations au même titre que ses avantages et bénéfices »⁸⁰⁵.

Ainsi, l'obligation de posséder la citoyenneté canadienne est raisonnable et défendable en vertu de l'article 1^{er} étant donné l'importance de la profession d'avocat dans le gouvernement du pays⁸⁰⁶. Le juge LA FOREST approuve l'approche du juge MACINTYRE. Le test *Oakes* est trop strict. Toutefois, même sur la base d'un standard plus souple que celui du test *Oakes*, l'exigence de la citoyenneté ne peut être justifiée. Le critère de l'atteinte minimale n'est pas rempli. L'exigence de la citoyenneté serait acceptable si elle se limitait aux procureurs de la Couronne ou aux avocats travaillant directement pour le gouvernement.

La même année, la Cour suprême applique le raisonnement suivi dans *Andrews c. Law Society of British Columbia* à l'affaire *Turpin*⁸⁰⁷, puis en 1991 dans le cas *Swain*⁸⁰⁸. Toutefois, dans ces deux jugements, elle ne poursuit pas son raisonnement jusqu'au bout du fait qu'il est impossible d'établir le caractère discriminatoire de la distinction.

Nous pouvons encore mentionner quelques exemples.

⁸⁰⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 184.

⁸⁰⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 191-192.

⁸⁰⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 147.

⁸⁰⁷ *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

⁸⁰⁸ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

Dans *Weatherall contre Canada*, la Cour Suprême juge que l'affectation de femmes à la surveillance et aux fouilles de détenus de sexe masculin alors que les détenues dans les prisons pour femmes ne sont pas soumises à une surveillance par des personnes du sexe opposé, se justifie en vertu de l'article 1^{er} de la Charte :

« La réalisation des objectifs gouvernementaux importants de la réadaptation des détenus et de la sécurité de l'établissement est favorisée par l'effet humanisant de la présence des femmes dans ces postes. En outre, cette initiative constitue une application concrète de l'idéal visé par le Parlement, soit l'équité en matière d'emploi. La proportionnalité des moyens utilisés par rapport à l'importance de ces fins justifierait donc la violation du par. 15(1), le cas échéant »⁸⁰⁹.

Dans l'affaire *M. c. H.*, la Cour suprême décide que la non-application aux couples homosexuels des dispositions du droit de la famille relatives aux obligations d'entretien entre les époux viole l'article 15(1) de la Charte⁸¹⁰. Il s'agit d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle. Ce critère est analogue aux caractéristiques expressément mentionnées à l'article 15(1). Cette différence de traitement établit réellement une discrimination en portant atteinte à la dignité humaine des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Par ailleurs, les conditions de limitation posées par l'article 1^{er} ne sont pas satisfaites.

La troisième partie de la *Loi sur le droit de la famille*⁸¹¹ (qui contient la disposition incriminée) « vise à corriger l'inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent »⁸¹². En effet, les femmes mariées tendent à se retrouver financièrement dépendantes de leur partenaire en raison de la division traditionnelle du travail entre mari et femme. Le critère du lien rationnel n'est pas rempli. Rien ne démontre que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* pourrait contribuer à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles. Bien qu'il y ait des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas caractérisées par les mêmes inégalités économiques que celles qui touchent les couples de personnes de sexe différent, cela

⁸⁰⁹ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, 878.

⁸¹⁰ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁸¹¹ *Loi sur le droit de la famille*, L.O. 1986.

⁸¹² *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, § 86.

n'explique pas pourquoi le droit à une pension est limité aux hétérosexuels. En effet, d'après les juges,

« le fait que les membres des unions entre personnes de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines »⁸¹³.

La disposition législative incriminée ne passe pas non plus le test de l'atteinte minimale, ni celui de la proportionnalité au sens étroit. Nous ne rapportons ici que les arguments de la Cour relatifs au critère de l'atteinte minimale. D'après celle-ci, on ne peut pas soutenir que l'exclusion des couples de même sexe porte une atteinte minimale aux droits garantis par l'article 15 étant donné que d'autres recours pourraient raisonnablement être exercés en cas de dépendance financière au sein d'unions homosexuelles. D'après la Cour, tant les recours en *equity*, que le droit des contrats n'offre pas de solution acceptable. En ce qui concerne les recours en *equity*, le demandeur doit apporter la preuve d'un enrichissement de son conjoint, d'un appauvrissement personnel correspondant et de l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Par rapport aux ordonnances alimentaires à l'égard d'un conjoint, les recours en *equity* sont donc moins souples. Par ailleurs, le contrat selon lequel les partenaires de même sexe auraient pu s'engager à se fournir mutuellement des aliments n'équivaut pas à un droit reconnu par la loi pour demander une ordonnance alimentaire. Les partenaires de même sexe n'ont pas nécessairement songé aux conséquences économiques de la rupture et se voient refuser la protection supplétive que la loi accorde.

Nous pouvons finalement mentionner l'arrêt *Lavoie contre Canada* dans lequel la Cour conclut que la préférence donnée aux citoyens canadiens pour l'accès à la fonction publique fédérale constitue une discrimination au sens de l'article 15(1), mais se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article 1^{er} de la Charte⁸¹⁴. La préférence donnée aux citoyens canadiens est un moyen proportionné de promouvoir et de valoriser la citoyenneté canadienne. En effet, la portée de cette préférence est limitée, la naturalisation est relativement aisée au Canada et n'implique pas l'abandon de la nationalité précédente.

⁸¹³ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁸¹⁴ *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769.

C'est dans cet arrêt que certains juges ont plaidé pour une application restrictive de l'article 1^{er} de la Charte, même s'ils n'ont pas contesté le principe de son application à l'article 15. Le juge ARBOUR laisse entendre que les droits garantis par le paragraphe 15(1) sont presque absolus, en ce que leur violation ne serait justifiable que dans de rares circonstances comme la nécessité de protéger les droits garantis d'autrui ou les valeurs phares de la Charte⁸¹⁵.

Peut-on appliquer la clause limitative à l'article 28 (égalité des sexes) de la Charte ? Cette disposition s'applique à tous les droits et libertés de la Charte, en garantissant à toute personne leur reconnaissance sans distinction fondée sur le sexe.

MOREL explique que cette disposition n'énonce pas un droit, ce qui se confirme d'ailleurs par sa place parmi les dispositions générales. D'après la systématique de la Charte, l'article 28 n'est donc pas susceptible d'être touché par l'article 1^{er}⁸¹⁶. Si on admettait l'idée que l'article 28 pouvait être restreint conformément à l'article 1^{er}, il aurait tout de même pour effet d'en réduire la portée⁸¹⁷. En effet, l'article 28 empêcherait que l'article 1^{er} ne soit utilisé afin de créer une inégalité sexuelle. Une telle inégalité serait d'avance considérée comme une limite non raisonnable.

D'après BEAUDOIN, l'article 1^{er} se trouve écarté par le libellé non équivoque de l'article 28 qui débute par une clause dérogatoire⁸¹⁸. DUPLÉ partage cette opinion⁸¹⁹.

BRUN, TREMBLAY et BROUILLET ne partagent pas cet avis. L'article 28 n'empêche pas l'application de l'article 1^{er} dans le cas de la discrimination sexuelle. Si tel était le cas, cela signifierait que toute intervention positive en faveur des femmes (ou éventuellement des hommes) serait impossible⁸²⁰.

GIBSON affirme que l'article 1^{er} s'applique à l'égalité entre sexes⁸²¹. Il donne l'exemple d'une loi interdisant aux femmes enceintes d'exercer des emplois

⁸¹⁵ *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, § 91. Voir également le juge en chef MC LACHLIN, § 6.

⁸¹⁶ MOREL (1983), p. 88.

⁸¹⁷ MOREL (1983), p. 88.

⁸¹⁸ BEAUDOIN (2000), p. 715 : « Indépendamment des autres dispositions de la présente Charte... ».

⁸¹⁹ DUPLÉ (1989), p. 106.

⁸²⁰ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 963.

⁸²¹ GIBSON (1986), p. 135.

exposant les fœtus à des radiations. Il est inimaginable dans un tel cas que les tribunaux annulent la loi sans examiner si la limite est raisonnable⁸²².

VI Les droits linguistiques

Les articles 16 à 22 de la Charte canadienne peuvent être limités conformément à l'article 1^{er} de la Charte⁸²³.

VII Droits à l'instruction dans la langue de la minorité

Dans l'affaire *Québec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*⁸²⁴, l'un des motifs allégués par les recourants est que l'article 23 de la Charte canadienne est un article compréhensif et détaillé et qu'il exclut l'application de l'article 1^{er}. La Cour suprême ne tranche pas la question, mais précise à cinq reprises que c'est à des fins de discussion seulement qu'elle considère comme établie la proposition suivant laquelle la clause limitative s'applique à l'article 23 de la Charte⁸²⁵.

Aujourd'hui, BRUN, TREMBLAY et BROUILLET considèrent que les droits à l'instruction dans la langue de la minorité peuvent être affectés par des limites raisonnables aux termes de l'article 1^{er}⁸²⁶.

⁸²² GIBSON (1986), p. 70.

⁸²³ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 875.

⁸²⁴ *Québec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1983] C.A. 77 et devant la Cour suprême, [1984] 2 R.C.S. 66.

⁸²⁵ *Québec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 66, 71, 78, 84, 85, 86.

⁸²⁶ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 867.

VIII La clause dérogatoire

L'article 1^{er} de la Charte permet-il de limiter l'article 33 ?

Certains auteurs soutiennent qu'une loi dérogeant à certains droits protégés par la Charte, adoptée sous l'empire de l'article 33 doit subir un examen judiciaire afin de déterminer s'il s'agit d'une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique⁸²⁷.

SLATTERY explique que l'utilisation de l'article 33 de la Charte pose une limite aux droits ou aux libertés. Comme toutes les limitations doivent répondre aux exigences de l'article 1^{er}, il en découle que toutes les limites résultant de l'emploi de la clause dérogatoire doivent être examinées au regard de l'article 1^{er}. De telles limites doivent donc être raisonnables et justifiables dans une société démocratique⁸²⁸.

D'après GIBSON, cet argument est tout à fait plausible d'un point de vue littéraire⁸²⁹. En effet, l'article 33 de la Charte énumère les droits qui peuvent faire l'objet de clauses dérogatoires. Or l'article 1^{er} ne figure pas dans cette liste. Le Parlement ou l'assemblée législative provinciale qui adopte une loi en dérogation à la Charte devrait donc pouvoir démontrer que cette loi est raisonnable et se justifie dans une société libre et démocratique.

Dans l'affaire *Alliance des professeurs de Montréal*, le juge en chef DESCHENES affirme au contraire que l'article 33 n'est pas sujet au contrôle de l'article 1^{er} de la Charte⁸³⁰. Il explique que cet article 1^{er} permet aux tribunaux d'examiner la raisonnablement des lois ainsi que leur justification et, selon les circonstances, de les annuler. La situation n'est pas identique sous l'empire de l'article 33. Cette disposition impose en effet certaines conditions de forme auxquelles le législatif doit se conformer. Une fois que ces conditions sont remplies, le législatif assume la responsabilité de sa souveraineté dans ses domaines de compétence. La loi

⁸²⁷ Voir notamment ARBESS (1983).

⁸²⁸ SLATTERY (1983).

⁸²⁹ GIBSON (1986), p. 130.

⁸³⁰ *Alliance des Professeurs de Montréal c. A.G. Québec* [1983] 5 D.L.R. (4th) 157, révisé 21 D.L.R. (4th) 354 (Québec C.A.). La Cour d'appel du Québec réforme le jugement du juge Deschênes sur d'autres points, mais ne traite pas de ce problème.

adoptée doit donc échapper au contrôle des tribunaux. Il n'est nul besoin de prouver que le recours à la clause dérogatoire se justifie dans une société libre et démocratique. Autrement, l'article 33 n'aurait aucune raison d'exister.

IX Les droits sociaux

Comme nous l'avons mentionné, les droits sociaux ne sont à l'heure actuelle pas protégés par la Charte canadienne des droits et libertés. Toutefois, dans l'arrêt *Gosselin*, la juge dissidente ARBOUR milite pour la reconnaissance d'un droit à un niveau minimal d'aide sociale⁸³¹. Elle affirme ensuite que la violation du droit des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ne se justifie pas au sens de l'article 1^{er}. Elle reconnaît l'existence d'un objectif urgent et réel. Il s'agit de « prévenir l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes et à favoriser leur intégration dans la population active ». Toutefois, le critère du lien rationnel n'est pas rempli. La négation des moyens élémentaires de subsistance ne peut avoir de lien rationnel avec les valeurs qu'on tend à favoriser, à savoir la liberté et la dignité des jeunes adultes.

⁸³¹ *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429.

CHAPITRE 7

BREVE SYNTHÈSE

Dans cette partie relative au droit canadien, nous avons brièvement traité de l'évolution constitutionnelle au Canada ainsi que des sources des droits de la personne. Nous avons ensuite exposé les origines de la clause limitative des droits fondamentaux et chacune des conditions de limitation (base légale, intérêt public, proportionnalité). Après cela, nous avons présenté une spécificité canadienne ; la clause dérogatoire. Puis, nous avons fait la liste des différentes catégories de droits fondamentaux protégés par la Charte canadienne, avant d'examiner l'applicabilité de la clause limitative à chacune des catégories de droits fondamentaux.

En ce qui concerne les conditions de limitation des droits fondamentaux, deux points feront l'objet d'une étude plus approfondie dans notre synthèse : la qualité que doit revêtir la base légale – il nous semble en effet que le droit canadien a une approche de ce concept différente de la Suisse – et le critère de la proportionnalité, étant donné qu'il existe une controverse doctrinale quant à l'utilité de la sous-condition de la proportionnalité au sens étroit.

Nous avons également découvert que la Charte canadienne contient une clause autorisant un parlement provincial ou le Parlement fédéral à voter une loi dérogeant aux libertés fondamentales, aux garanties juridiques ou aux droits à l'égalité pour une période de 5 ans. Pour un observateur suisse, il s'agit là d'un élément très curieux dans une charte des droits fondamentaux qui fera l'objet d'une discussion à la fin notre travail.

La question de savoir si la clause limitative s'applique à tous les droits protégés préoccupe également les tribunaux et la doctrine canadiens depuis l'entrée en vigueur de la Charte. Nous reviendrons sur cette question dans notre synthèse et

tout particulièrement sur les réflexions de deux auteurs étrangers (AUBERT et BENDER) à propos des droits contenant des limitations intrinsèques. Ces analyses nous semblent intéressantes pour résoudre les questions qui se posent dans le droit suisse.

Finalement, la clause limitative est applicable à l'égalité de traitement. Il n'existe pas de controverse à ce sujet en droit canadien. Ce constat nous servira de point de départ pour une réflexion sur le droit suisse.

**PARTIE 3 SYSTEME DE RESTRICTION DES DROITS
FONDAMENTAUX DANS LA CONVENTION
EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

CHAPITRE 1 INTRODUCTION

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été signée à Rome en 1950 et est entrée en vigueur au sein du Conseil de l'Europe en 1953. Elle s'inspire de la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée par l'ONU en 1948, mais elle est adaptée à la spécificité du continent européen et prévoit un système supranational de contrôle judiciaire du respect des droits de l'Homme, que les individus peuvent mettre en mouvement par-delà les Etats.

Dès la création du Conseil de l'Europe en 1949, la volonté des pays membres était de créer un outil de référence en matière de droits de l'Homme, afin de réaliser une union plus étroite entre ses membres. Cette Convention devait constituer un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, l'axe autour duquel devaient s'unir les pays européens, respectueux de la démocratie et des droits de l'Homme. Effectivement, aujourd'hui, lorsque le Conseil de l'Europe examine les nouvelles demandes d'adhésion, il s'attache tout d'abord à vérifier si le pays candidat respecte les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cependant, comme ce fut le cas en 1996 pour la Russie, le Conseil de l'Europe préfère accueillir en son sein un pays auquel on peut reprocher le non-respect des droits de l'Homme, pour essayer, par la suite, de faire pression de l'intérieur afin que la situation s'améliore.

La Convention européenne des droits de l'Homme et les Protocoles n° 1, 4, 6 et 7 reconnaissent un certain nombre de droits dont la personne humaine est titulaire. Ces textes visent en priorité à protéger la liberté et la dignité de l'Homme, c'est-à-dire ceux qu'on appelle traditionnellement les droits civils et politiques. Les droits économiques et sociaux sont reconnus et protégés par la Charte sociale européenne, signée à Turin en 1961. Toutefois, la Cour européenne des droits de

l'homme précise dans l'arrêt *Airey* que « nulle cloison étanche » ne sépare la « sphère des droits économiques et sociaux » du domaine de la Convention européenne des droits de l'homme et que certains droits civils et politiques garantis par cette dernière « ont des prolongements d'ordre économique et social »⁸³². Grâce à une dynamique interprétative, la Cour a dégagé des droits existants certains droits à caractère social, comme le droit à l'assistance judiciaire.

La Convention européenne des droits de l'homme a été ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 et elle est entrée en vigueur immédiatement pour notre pays. L'arrêté d'approbation du 3 octobre 1974 n'a pas été soumis au référendum, la réglementation alors en vigueur ne le prévoyant pas⁸³³. Le référendum facultatif a été élargi par une révision constitutionnelle du 13 mars 1977⁸³⁴. Ainsi, d'après l'article 89 al. 3 aCst., cet arrêté d'approbation devrait aujourd'hui être soumis au référendum facultatif (voir maintenant art. 141 al. 1, let. d Cst.).

La Convention européenne des droits de l'homme est directement applicable en Suisse. Les droits qui y sont protégés peuvent donc être directement invoqués devant les tribunaux suisses, du moins pour les garanties des articles 2 à 18 CEDH.

⁸³² ACEDH Airey du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 26.

⁸³³ La proposition de soumettre l'adhésion à la CEDH au référendum a toutefois été faite à l'Assemblée fédérale. Voir JAAC 1975, n° 42.

⁸³⁴ Il s'agissait d'un contreprojet opposé à une initiative de l'Action nationale qui demandait que tous les traités soient soumis au référendum, y compris ceux déjà en vigueur au moment de la révision

CHAPITRE 2

SYSTEME DE RESTRICTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA CEDH

La Convention européenne des droits de l'homme renferme des clauses d'application générale dans ses articles 15, 16 et 17 ainsi que des clauses de limitation rattachées aux articles 8 à 11 et à certaines dispositions des Protocoles additionnels. En plus de ces limitations expresses, certaines limitations implicites ont été reconnues par la jurisprudence.

§ 1 Clauses de limitation générales

La section I de la Convention énumère les droits garantis dans les articles 2 à 14. Les articles 15 à 18 qui complètent cette partie sont considérés comme des dispositions générales qui s'appliquent à tous les droits énoncés.

I Article 15 CEDH

L'article 15 CEDH permet aux Etats de déroger à certains droits consacrés par la Convention. Contrairement à la restriction d'un droit ou d'une liberté que l'on peut définir comme un traitement diminutif, la dérogation apparaît comme une « paralysie complète du droit en question »⁸³⁵. Une telle dérogation n'est admissible que dans des circonstances exceptionnelles et bien définies, et doit suivre des procédures précises. L'article 15 ne saurait être invoqué à la légère. Il se distingue des autres clauses dérogatoires qui autorisent des dérogations

⁸³⁵ Voir ERGEC (1987), p. 34.

permanentes, en ce qu'il ne permet que des dérogations temporaires. L'article 15 CEDH permet à toute Partie contractante de déroger, en cas de danger pour la nation, aux droits consacrés par la Convention.

Les travaux préparatoires de la Convention sont relativement succincts sur la question des origines de l'article 15 CEDH⁸³⁶. Il apparaît néanmoins que cette disposition a été introduite à la demande de la Grande-Bretagne et malgré les réticences de certains Etats. D'après le rapport du comité d'experts au comité des ministres (16 mars 1950), les représentants de la France et de l'Italie s'étaient opposés à l'insertion d'une telle clause qui risquait de faire double emploi avec d'autres. La proposition britannique fut retenue grâce au soutien de la Grèce et de la Belgique. Ces deux pays ont fait valoir la nécessité de mesures d'exception notamment en cas de guerre civile tout en insistant sur la garantie capitale concernant le caractère intangible de certains droits.

L'article 15 CEDH énonce des conditions strictes que doivent respecter les Etats qui veulent déroger à la Convention européenne des droits de l'homme. Il y a deux types de conditions : les conditions de forme et les conditions de fond.

Les conditions de forme sont précisées au paragraphe 3 de l'article 15 CDEH. Ce texte impose à l'Etat qui exerce son droit de dérogation une obligation d'information. Cet Etat doit en effet tenir pleinement informé le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des mesures prises, des motifs qui les ont inspirées et de la date à laquelle ces mesures ne seront plus en vigueur. Ces exigences favorisent le contrôle de la conformité des mesures dérogatoires à la Convention.

Les conditions de fond concernent à la fois les hypothèses dans lesquelles l'Etat pourra déroger à la Convention et les mesures que l'Etat pourra prendre. Les conditions de fond sont les suivantes :

- une période de guerre ou un danger public menaçant la vie de la nation ;
- les mesures prises pour y faire face doivent être strictement requises par la situation ;

⁸³⁶ Voir TAVERNIER (1999), p. 490.

- les mesures prises ne doivent pas être en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ;
- ces mesures ne doivent pas donner lieu à des dérogations aux droits qualifiés, par le deuxième paragraphe, de non dérogeables.

A Existence d'un cas de guerre

L'interprétation des termes « cas de guerre » ne soulève pas de question particulière. Toute déclaration de guerre de la part ou contre l'Etat en question ou toute implication de l'Etat dans un conflit armé international entre en compte. Une guerre civile est également considérée comme un « cas de guerre »⁸³⁷.

B Existence d'un danger public menaçant la vie de la nation

La jurisprudence indique de manière assez claire les conditions requises pour permettre une application de l'article 15 CEDH. Dans son jugement *Lawless*⁸³⁸, la Cour explique qu'un danger public menaçant la vie d'une nation est une « situation exceptionnelle de crise ou de danger qui affecte toute la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat ». Cette disposition contient donc le principe de la nécessité. La Cour soutient que le gouvernement irlandais pouvait raisonnablement affirmer l'existence d'un danger public à un moment donné sur la base d'une combinaison des facteurs suivants : (1) l'existence dans le territoire de la République d'une armée secrète (Irish Republican Army – IRA) engagée dans des activités inconstitutionnelles et usant de la violence pour parvenir à ses fins ; (2) le fait que cette armée opère également à l'extérieur du territoire de l'Etat, ce qui met en péril les relations de la République avec ses voisins et (3) l'augmentation constante et alarmante des activités terroristes dans la période précédant le moment décisif⁸³⁹.

⁸³⁷ VAN DIJK/VAN HOOFF (1998), p. 735.

⁸³⁸ ACEDH *Lawless* du 11 juillet 1961, série A n° 3, p. 56.

⁸³⁹ ACEDH *Lawless* du 11 juillet 1961, série A n° 3, p. 56.

Dans *l’Affaire grecque*, la Commission affine la définition donnée et précise que l’expression « danger public » renferme la notion d’un danger imminent. Dès lors, les éléments suivants sont nécessaires pour que la règle posée à l’article 15 CEDH puisse s’appliquer⁸⁴⁰ :

- le danger public doit être actuel ou imminent ;
- il doit avoir des répercussions sur toute la nation ;
- il doit constituer une menace pour la vie organisée de la communauté ;
- la crise ou le danger doivent être exceptionnels en ce que les mesures habituelles prévues par la Convention pour le maintien de la sécurité, de la santé et de l’ordre public sont manifestement insuffisantes.

Les arguments du gouvernement grec en faveur d’un danger public sont les suivants : (1) un danger communiste ; (2) une crise constitutionnelle du gouvernement ; (3) une crise de l’ordre public⁸⁴¹. Le gouvernement grec insiste tout particulièrement sur les faits suivants : les communistes préparent une révolte armée de l’intérieur du pays, mais également depuis l’extérieur, les autres partis politiques sont corrompus et collaborent avec les communistes, les nombreux changements de gouvernement ont rendu l’administration du pays impossible, les nombreuses grèves ont mené la Grèce au bord de la faillite et les manifestations violentes ont mené à l’anarchie⁸⁴².

D’après la Commission, le gouvernement grec n’a pas suffisamment démontré que la situation du pays correspondait aux conditions listées ci-dessus⁸⁴³. Les dérogations ne sont donc pas admissibles.

C Les mesures prises doivent être strictement requises par la situation

Les mesures dérogatoires doivent revêtir un caractère de nécessité absolue et être strictement indispensables pour faire face au danger public. Un lien concret doit exister entre la mesure dérogatoire et la menace pesant sur la vie de la

⁸⁴⁰ Rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire XII (1969), p. 72.

⁸⁴¹ Rapport de la Commission de 5 novembre 1969, Annuaire XII (1969), p. 45.

⁸⁴² Rapport de la Commission de 5 novembre 1969, Annuaire XII (1969), p. 46-71.

⁸⁴³ Rapport de la Commission de 5 novembre 1969, Annuaire XII (1969), p. 76 et 100.

communauté. Il s'agit ici d'une application du principe de la proportionnalité⁸⁴⁴. Dans son arrêt *Brannigan and McBride*, la Cour précise qu'il faut donner un poids approprié aux facteurs suivants : la nature des droits affectés par la dérogation, les circonstances menant à la situation d'urgence et la durée de la situation d'urgence⁸⁴⁵. Dans ce cas précis, après avoir reconnu que les activités terroristes constituent un « danger public menaçant la vie de la nation » au sens de l'article 15 CEDH, la Cour estime que les détentions allant jusqu'à sept jours sans possibilité de comparaître devant un tribunal sont justifiées par la nécessité de combattre le danger public en Irlande du Nord. Par conséquent, la violation de l'article 5 CEDH est couverte par l'article 15 CEDH.

Les autorités nationales bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si les mesures correspondent aux exigences de la situation. Ce principe découle de l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* :

« les autorités nationales sont en principe dans une meilleure position que le juge international pour décider (...) de la présence d'un tel danger (...) L'article 15 laisse aux autorités une large marge d'appréciation »⁸⁴⁶.

D Respect des autres obligations découlant du droit international

L'article 15 CEDH exige que soient respectées les autres obligations découlant du droit international. Il s'agit essentiellement des obligations découlant des autres instruments relatifs aux droits de l'homme, en particulier du Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques et des Conventions de Genève relatives au droit humanitaire et au droit des conflits armés. Les obligations peuvent également être contenues dans des règles coutumières.

Il est intéressant de noter que l'article 4 du Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques permet également des dérogations aux droits fondamentaux en cas de danger public, mais contient une liste plus longue que la Convention de droits auxquels on ne peut pas déroger. L'article 4 (2) du Pacte inclut l'interdiction d'emprisonner celui qui n'est pas en mesure d'exécuter une obligation

⁸⁴⁴ VAN DIJK/VAN HOOFF (1998), p. 737.

⁸⁴⁵ ACEDH *Brannigan and McBride* du 26 mai 1993, série A. 258-B, p. 50.

⁸⁴⁶ ACEDH *Ireland* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 78.

contractuelle (art. 11) et la liberté de pensée, de conscience et de croyance (art. 18). Il en découle qu'un Etat contractant qui a également ratifié le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques⁸⁴⁷ ne peut adopter de mesure dérogatoire basée sur l'article 15 CEDH qui suspende l'exercice de ces deux droits (11 et 18 Pacte II), sauf pour les limitations permises par le paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte II.

E L'exception des articles insusceptibles de dérogation

Le paragraphe 2 de l'article 15 CEDH établit une liste de droits auxquels aucune dérogation n'est autorisée ni en temps de guerre, ni en temps de paix. Ces droits forment donc le noyau dur de la Convention. Ils sont considérés comme tout à fait essentiels :

- le droit à la vie, sauf le cas de décès résultant d'actes licites de guerre (art. 2 CDEH) ;
- l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH) ;
- l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 4 par. 1 CEDH) ;
- le principe de la non-rétroactivité en matière pénale (art. 7 CEDH).

Cette liste a été allongée par l'adoption des Protocoles additionnels. Le noyau dur est donc extensible. Entrent ainsi en compte l'abolition de la peine de mort (art. 3 du Protocole n° 6) et la règle *ne bis in idem* (art. 4 du Protocole n° 7). On peut même aller plus loin et considérer que certaines dispositions sont implicitement soustraites au droit de dérogation⁸⁴⁸, notamment l'article 14 relatif à la non-discrimination, l'article 17 (destruction des droits et libertés) et l'article 18 (respect du but prévu par la Convention en matière de restrictions), voire l'article 13 (droit à un recours effectif)⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ Ci-après Pacte II.

⁸⁴⁸ En ce sens, ERGEC (1987), p. 278 ss.

⁸⁴⁹ TAVERNIER (1999), p. 499.

II Article 16 CEDH

L'article 16 CEDH autorise les Etats à imposer des limitations à l'activité politique des étrangers en matière de liberté d'expression (art. 10 CEDH) et de liberté d'association ou de réunion (art. 11 CEDH). Les autres libertés ne sont pas concernées par cette disposition. Par exemple, la privation de liberté doit être conforme à l'article 5 CEDH, et ce, tant pour les nationaux que les étrangers.

Cette disposition implique donc que les Etats ne portent pas atteinte aux principes de la Convention lorsqu'ils restreignent « l'activité politique des étrangers », soit dans le domaine de la liberté d'expression, soit dans celui de la liberté d'association. Toutefois, l'article 16 CEDH ne signifie pas que l'Etat peut limiter les droits des étrangers comme bon lui semble. Trois justifications principales permettent l'application de l'article 16 CEDH.

La première justification est le cas où un étranger se livre à des activités de nature à détériorer les rapports entre l'Etat hôte et un Etat étranger. Il s'agit souvent d'opposants pratiquant des activités subversives pour le pays d'origine⁸⁵⁰.

La deuxième justification est celle qui renvoie au devoir de retenue pesant sur les étrangers bénéficiant de l'hospitalité d'un pays ; ils doivent éviter de s'occuper de la vie politique de l'Etat qui les accueille.

La troisième justification tient à la volonté d'éviter que l'Etat d'accueil ne soit en proie à des conflits importés de l'étranger⁸⁵¹.

Jamais invoqué devant les instances de contrôle de la Convention, l'article 16 CEDH a une portée très limitée. Ce fait est confirmé par la Cour dans l'affaire *Piermont*⁸⁵². L'article 16 CEDH ne pourrait pas être invoqué pour justifier des restrictions de la liberté d'expression en Polynésie, aux citoyens de l'Union européenne protestant contre les essais nucléaires français.

⁸⁵⁰ VAN DIJK/VAN HOOF (1998), p. 747.

⁸⁵¹ WÖLKER (1987), p. 114.

⁸⁵² ACEDH *Piermont* du 27 avril 1995, série A n° 314, §§ 60-64.

III Article 17 CEDH

L'article 17 CEDH reprend la maxime selon laquelle il n'y a « pas de liberté pour les ennemis de la liberté »⁸⁵³. Il faut attendre le milieu du XX^e siècle pour que cet adage soit consacré par le droit. On ne trouve en effet aucun précédent dans les principaux textes ayant illustré l'histoire des droits de l'homme jusqu'à cette période. Les premières consécutions écrites de ce principe sont faites en Italie dans la Constitution du 27 décembre 1947⁸⁵⁴ et en Allemagne dans la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949. L'article 9 al. 2 de la Loi fondamentale dispose :

« les groupements dont les buts ou dont l'activité seraient contraires aux lois pénales, dirigés contre l'ordre constitutionnel ou contre l'idée d'entente entre les peuples sont prohibés ».

L'article 18 de la Loi fondamentale ajoute :

« quiconque abuse de la liberté d'expression ou d'opinion, en particulier de la liberté de presse, de la liberté de l'enseignement, de la liberté de réunion, de la liberté d'association, du secret des correspondances postales, télégraphiques et téléphoniques, du droit de propriété ou du droit d'asile pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique encourt la déchéance de ses droits fondamentaux. Il appartient au juge constitutionnel de prononcer cette déchéance et d'en fixer l'étendue ».

C'est surtout l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948 qui marque le couronnement de ce courant et est l'inspirateur direct de l'article 17 CEDH :

« aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque à se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ».

Le but principal de l'article 17 CEDH est d'empêcher des groupes totalitaires de tirer profit des droits protégés par la Convention, plus particulièrement des libertés d'expression, de réunion et d'association, à des fins anti-démocratiques⁸⁵⁵. L'article 17 CEDH interdit à un Etat, un groupement ou un individu d'agir de quelque manière que ce soit pour détruire ou limiter les droits et libertés reconnus dans la Convention au-delà de ce que prévoit la Convention elle-même. Il en

⁸⁵³ Cette citation est attribuée à Antoine de Saint-Just.

⁸⁵⁴ Article 18 : « Les citoyens ont le droit de s'associer librement, sans autorisation, pour des fins qui ne sont pas interdites aux individus par la loi pénale. Sont interdites les associations secrètes et celles qui poursuivent, même indirectement, des buts politiques par des organisations de caractère militaire. ».

⁸⁵⁵ CAMERON (2003), p. 135.

découle que cette disposition ne peut être invoquée qu'en relation avec une allégation de violation d'un ou plusieurs des droits fondamentaux protégés par la Convention.

La Commission et la Cour ne connaissent qu'un nombre limité d'affaires dans lesquelles un Etat a invoqué l'article 17 CEDH. Dans l'affaire la plus ancienne, le Parti communiste de la République fédérale d'Allemagne soutient que le fait d'avoir été déclaré inconstitutionnel constitue une violation des articles 10 CEDH (liberté d'expression) et 11 CEDH (liberté d'association). La Commission relève que le parti communiste avait pour objectif de renverser le gouvernement par une révolution violente et d'instaurer une dictature du prolétariat. La Commission confirme l'interdiction, estimant que le recours à une dictature en vue de modifier un régime politique est incompatible avec la Convention européenne, dès lors qu'il impliquerait la suppression de nombreux droits et libertés garantis par elle⁸⁵⁶.

Dans l'affaire *Lawless*, le requérant se plaint du fait qu'une détention longue de plusieurs mois sans procès constitue une violation des articles 5 et 6 CEDH⁸⁵⁷. Le gouvernement irlandais fait valoir que le requérant est impliqué dans les activités de l'IRA, une organisation visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention et que dès lors, l'article 17 s'oppose à ce que le recourant invoque une violation de ses propres droits au titre de la Convention. La Commission, dans son rapport du 19 décembre 1959 ne souscrit pas à cette thèse et déclare :

« L'article 17 n'ôte en aucune façon la garantie générale des droits et libertés assurés par la Convention à ceux qui tentent de détruire ces droits et libertés. Il rend simplement impossible le fait que des personnes, qui visent un tel résultat, puissent tirer de la Convention un droit leur permettant de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte tendant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention. Cela signifie qu'une personne par exemple, ne peut invoquer le droit à la liberté d'opinion, à la liberté de presse, à la liberté de réunion ou d'association si elle veut abuser de ces droits pour détruire l'ordre d'une démocratie libre, telle que la protège la Convention. Par contre, les droits énumérés dans les articles 5 et 6 ne sont en aucune manière réduits par l'article 17 »⁸⁵⁸.

Dans l'affaire *De Becker*, la Commission déclare que l'article 17 CEDH ne peut être invoqué pour priver une personne de manière permanente de ses droits et

⁸⁵⁶ Rapport de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire I (1957), p. 222.

⁸⁵⁷ Pour la Commission, requête n° 332/57, B n°1 ; pour la Cour, ACEDH *Lawless* du 11 juillet 1961, série A n°3.

⁸⁵⁸ Avis de la Commission européenne des droits de l'homme n° 141, rapport p. 180.

libertés au seul motif qu'à un moment donné, elle a manifesté des convictions totalitaires et a agi en conséquence⁸⁵⁹. De Becker, journaliste et écrivain belge, est condamné par le Conseil de guerre de Bruxelles en juin 1946 pour collaboration avec les autorités allemandes et est privé des droits civils et politiques pour infraction à la sûreté supérieure de l'Etat. La Commission considère à l'unanimité que l'article 17 CEDH ne s'applique pas en l'espèce. En effet, cette disposition ne justifie que les limitations nécessaires à la prévention des actes de destruction des droits et libertés de la Convention. Son application doit satisfaire au principe de la proportionnalité :

« L'article 17 possède par conséquent en un sens une portée assez limitée : il ne s'applique qu'à ceux qui menacent le régime démocratique des Parties contractantes, et ce dans une mesure strictement proportionnée à la gravité et à la durée de pareille menace, ainsi que le confirme l'article 18. »⁸⁶⁰.

Dans ces premières affaires, les organes de la Convention apportent les précisions essentielles concernant l'article 17 CEDH. Un certain nombre de décisions faisant application de ces principes suivront⁸⁶¹. Récemment, la Cour s'est fondée sur l'article 17 CEDH pour dénier à un écrivain le droit d'invoquer la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH pour couvrir ses écrits niant l'existence de l'Holocauste pendant la seconde guerre mondiale. Elle estime que de telles dénégations sont destructrices des valeurs sur lesquelles repose la Convention, à savoir la justice et la paix⁸⁶².

§ 2 Limitations prévues par des clauses d'exception (articles 8 à 11 CEDH)

Lors des travaux préparatoires relatifs à l'adoption de la Convention, le ministre français de la justice, Pierre-Henri Teitgen, a présenté un projet contenant une clause de limitation générale des droits protégés. Ce projet a été adopté dans une

⁸⁵⁹ Pour la Commission, requête n° 214/56, B. n° 2 ; pour la Cour, ACEDH *De Becker* du 23 juillet 1962, série A n° 4.

⁸⁶⁰ Requête n° 214/56, B. n° 2

⁸⁶¹ Voir par exemple *Kühnen c. RFA*, Commission, DR 56, requête n° 12 194/86.

⁸⁶² ACEDH *Garaudy* du 24 juin 2003, Recueil 2003-IX.

résolution de l'Assemblée consultative le 9 septembre 1949⁸⁶³. Cette clause limitative figurait à l'article 6 du projet et était libellée comme suit :

« Dans l'exercice des droits et la jouissance de libertés garantis par la Convention, chacun ne sera soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre et de la sécurité public dans une société démocratique ».

Le projet a été examiné par un Comité d'experts du 2 au 8 février et du 6 au 10 mars 1950. Différentes remarques et propositions ont alors été faites. Le Royaume-Uni et les Pays-Bas ont indiqué que les droits fondamentaux et les limitations devaient être définis dans la Convention de manière aussi détaillée que possible, considérant qu'il serait impossible pour les Etats de s'engager à respecter des droits dont le contenu n'était pas suffisamment précisé⁸⁶⁴. La France et l'Italie se sont élevées contre cette proposition.

Le Comité d'experts a élaboré un nouveau projet se fondant sur celui de l'Assemblée consultative, tenant compte de toutes les observations et réserves formulées au cours des discussions. La requête du Royaume-Uni n'a toutefois pas été satisfaite. Concernant la clause limitative, le Comité d'experts a ajouté aux intérêts supérieurs, dont les exigences peuvent justifier la limitation des droits fondamentaux, deux autres réserves, à savoir l'intégrité territoriale et le bon fonctionnement et l'administration de la justice⁸⁶⁵. Le premier élément a été ajouté sur la proposition de la Turquie pour tenir compte de la nécessité qu'il y a pour les Etats de pouvoir se défendre contre toute activité qui risquerait de conduire à la désintégration de la nation. La seconde réserve a été introduite sur demande de la Suède pour tenir compte du fait que les intérêts administratifs de l'Etat et les intérêts de la justice exigent parfois le secret de certaines informations.

Le Royaume-Uni, insistant particulièrement sur une définition aussi complète que possible des droits fondamentaux, a fait parvenir au Comité d'experts une série d'amendements⁸⁶⁶. Les droits protégés sont définis de manière précise et contiennent des clauses limitatives spécifiques.

⁸⁶³ Recueil des travaux préparatoires, volume II, p. 279.

⁸⁶⁴ Recueil des travaux préparatoires, volume II, p. 255.

⁸⁶⁵ Recueil des travaux préparatoire, volume III, p. 265-267.

⁸⁶⁶ Recueil des travaux préparatoires, Volume III, p. 281 ss.

La clause limitative de la liberté de pensée, de conscience et de religion est la suivante :

«La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

Concernant le droit à la liberté d'expression, la clause limitative prévue est la suivante :

«L'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut, en conséquence, être soumis à certaines sanctions, conditions, ou restrictions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité nationale ou la sûreté publique, à la lutte contre le désordre ou le crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir. »

Cette formulation proposée par le Royaume-Uni rappelle beaucoup un amendement présenté par le gouvernement britannique à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies en janvier 1950 concernant le projet de Pacte relatif aux droits de l'homme⁸⁶⁷.

La clause limitative de la liberté de réunion pacifique est rédigée ainsi :

« L'exercice de ce droit ne pourra faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité nationale ou la sûreté publique, à la lutte contre le désordre ou le crime, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Cette proposition se réfère également au projet de Pacte relatif aux droits de l'homme des Nations Unies⁸⁶⁸. La proposition britannique ne consacre pas la liberté personnelle.

Ces propositions britanniques ont été soumises à un Comité de rédaction composé de Sir Oscar Dowson, Messieurs Le Quesne, Dons Moeller et Salen. Le texte des clauses limitatives a été quelque peu modifié⁸⁶⁹.

La clause limitative relative à la liberté de pensée, de conscience et de religion a été rectifiée ainsi :

⁸⁶⁷ Voir les travaux préparatoires rassemblés article par article de la Convention sur le site internet [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-FR1338896.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-FR1338896.pdf), p. 9.

⁸⁶⁸ Voir les travaux préparatoires rassemblés article par article de la Convention sur le site internet [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH\(56\)16-FR1338897.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH(56)16-FR1338897.pdf), p. 6.

⁸⁶⁹ Recueil des travaux préparatoires, Volume III, p. 289.

« La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui, sous réserve qu'aucune des dispositions de la présente Convention ne puisse être considérée comme portant atteinte aux réglementations nationales déjà existantes qui s'appliquent aux institutions et fondations religieuses, ou à l'appartenance à certaines confessions ».

La clause limitative relative à la liberté d'expression a été formulée comme tel :

« L'exercice de ces libertés, comportant des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines sanctions, conditions ou restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, à la lutte contre le désordre ou le crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits et libertés d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles, ou pour garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Enfin, la clause limitative relative à la liberté de réunion et d'association est libellée comme suit :

« L'exercice de ce droit ne pourra faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires à la sécurité nationale ou la sûreté publique, à la lutte contre le désordre et le crime, la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; sous réserve que le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ce droit par les membres des forces armées, ou de la police ou de l'administration de l'Etat. »

Face à l'impossibilité de coordonner ces amendements avec le texte fondé sur la proposition de l'Assemblée consultative, le Comité d'experts a proposé deux variantes au Comité des ministres⁸⁷⁰. La variante A contient une clause générale de limitation prenant en compte les ajouts susmentionnés avec une simple énumération des droits protégés, alors que la variante B contient une définition de chaque droit fondamental avec les limitations qui s'y rattachent. Cette variante B se fonde sur le texte des amendements britanniques.

Le Comité d'experts a relevé que le choix entre ces deux projets doit être déterminé par des considérations politiques plutôt que juridiques.

Le Comité des ministres a décidé de convoquer pour le mois de juin 1950 une Conférence de hauts fonctionnaires, munis d'instructions de leurs gouvernements ayant pour tâche de préparer la décision des ministres sur le plan politique⁸⁷¹. Lors de cette conférence, la France, l'Irlande, l'Italie et la Turquie se sont prononcées en faveur du système de l'énumération des droits (variante A). La Grèce, la

⁸⁷⁰ Recueil des travaux préparatoires, Volume IV, p. 17 ss.

⁸⁷¹ Recueil des travaux préparatoires, Volume IV, p. 85.

Norvège, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont soutenu le système de la définition des droits (variante B). Les délégués du Danemark et de la Suède ont proposé d'entreprendre une tentative pour amalgamer les deux variantes⁸⁷². La Conférence a ainsi pris comme base de travail la variante B et préparé un projet de Convention⁸⁷³. La Conférence a introduit dans la variante B le droit au respect de la vie privée, familiale, du domicile et de la correspondance qui figurait dans la variante A, mais pas dans la variante B. En ce qui concerne les clauses limitatives propres à chacun des droits protégés, la référence à la notion de « société démocratique » a été ajoutée pour la détermination des intérêts justifiant des limitations⁸⁷⁴.

Le projet présenté protège la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance. La clause limitative relative à cette garantie est la suivante :

« Il ne peut y avoir d'ingérences d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit pour autant que ces ingérences soient prévues par la loi et qu'elle constituent des mesures qui, dans une société libre et démocratique sont nécessaires à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, ou la protection de la santé ou de la morale. »

La clause limitative relative à la liberté de pensée, de conscience et de religion est rédigée ainsi :

« La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

La clause limitative de la liberté d'expression se lit comme suit :

« L'exercice de ces libertés, comportant des devoirs et des responsabilités, peut être soumis à certaines sanctions, conditions ou restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, à la protection de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits et libertés d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles, ou pour garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Enfin, la clause limitative relative à la liberté de réunion et d'association est la suivante :

⁸⁷² Recueil des travaux préparatoires, Volume IV, p. 249.

⁸⁷³ Recueil des travaux préparatoires, Volume IV, p. 259. Pour le projet, voir p. 275 ss.

⁸⁷⁴ Recueil des travaux préparatoires, Volume IV, p. 259.

« L'exercice de ces droits ne pourra faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale ou la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; sous réserve que le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ce droit par les membres des forces armées, ou de la police ou de l'administration de l'Etat. »

Lors de sa séance du 23 juin 1950, la Commission des questions juridiques et administratives a discuté du projet élaboré par la Conférence des hauts fonctionnaires. Elle a approuvé le compromis proposé entre les systèmes de l'énumération et de la définition des droits fondamentaux sans pour autant approuver le détail de chaque article⁸⁷⁵.

Lors de sa cinquième session qui s'est déroulée du 3 au 9 août 1950, le Comité des ministres s'est penché sur le projet de Convention qui lui a été soumis et a examiné le détail des articles. Concernant l'article 8, consacré au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, le gouvernement britannique a proposé la modification suivante :

« ... est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, *au bien-être économique* du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, *ou la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Il a relevé en effet que cet article ne visait ni les règles selon lesquelles une des parties à une action civile peut être contrainte de donner communication de ses pièces à l'autre partie, ni les pouvoirs de contrôle nécessaires à la sauvegarde des intérêts économiques du pays. En effet, certaines lettres peuvent contenir des devises que l'on cherche à importer en infraction à la réglementation sur le contrôle des changes⁸⁷⁶. Cet amendement a été accepté par les différents pays et intégré au projet du 7 août 1950 adressé par le Comité des ministres à l'Assemblée consultative⁸⁷⁷.

Le 26 août 1950, l'Assemblée consultative a émis un avis favorable sur le projet présenté par le Comité des ministres. Elle a proposé quelques compléments et modifications, mais aucune ne concernait les clauses limitatives⁸⁷⁸. Le texte définitif de la Convention adopté le 4 novembre 1950 à Rome par les

⁸⁷⁵ Recueil des travaux préparatoires, Volume V, p. 9.

⁸⁷⁶ Recueil des travaux préparatoires, Volume V, p. 67-69.

⁸⁷⁷ Recueil des travaux préparatoires, Volume V, p. 145 ss.

⁸⁷⁸ Recueil des travaux préparatoires, Volume VI, p. 199 ss.

gouvernements des membres du Conseil de l'Europe n'a pas été modifié concernant les clauses limitatives des articles 8 à 11.

Les articles 8 à 11 CEDH ont donc une structure similaire. Dans leur premier paragraphe, ces dispositions définissent un large éventail d'éléments et de valeurs qui constituent des droits essentiels à protéger : la vie privée, la vie familiale, la conscience, l'expression, l'association... Elles énoncent dans leur deuxième paragraphe les lignes directrices et les motifs que l'Etat peut invoquer pour restreindre les droits garantis. Les articles 1 du Protocole n° 1, 2 du Protocole n° 4 et 1 du Protocole n° 7 sont construits de manière semblable mais diffèrent quelque peu par leur détail, tout en se fondant sur des théories juridiques identiques. Le but de ces clauses est de protéger les droits individuels en subordonnant la licéité de l'intervention étatique à certaines conditions. Il s'agit de protéger les individus contre l'arbitraire.

Dans chaque cas, la clause de limitation suit un schéma identique. Il n'y a aucune restriction possible des droits en question sauf si trois conditions sont réalisées. Premièrement, la restriction doit être contenue dans une loi. Deuxièmement, elle doit avoir un but légitime - les objectifs légitimes sont énumérés dans chaque article. Troisièmement, il doit exister un lien de proportionnalité entre le but légitime poursuivi et les moyens employés.

L'article 1 du Protocole n° 1 traite du droit à la protection de la propriété. Le régime de restriction prévu par cet article vise principalement les cas d'expropriations formelles ou matérielles. Les conditions de limitation de la garantie de la propriété sont identiques à celles des articles 8 à 11 CEDH, quoique formulées un peu différemment. On exige en effet que la restriction soit légitimée par un « but d'utilité publique ». Les divers buts admissibles ne sont pas expressément mentionnés dans cette disposition. Selon l'arrêt *James*, la condition exigeant un respect de la proportionnalité n'est pas exprimée par la « nécessité dans une société démocratique », mais domine l'article 1^{er} du Protocole n° 1 tout entier : « Il doit exister un rapport entre les moyens employés et le but visé »⁸⁷⁹. Finalement, l'expropriation doit se faire dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

⁸⁷⁹ ACEDH *James et autres* du 21 février 1986, série A n° 98.

L'article 2 du Protocole n° 4 contient un paragraphe qui, par rapport aux intérêts légitimant les restrictions des articles 8 à 11 CEDH, ajoute un titre : « l'intérêt public dans une société démocratique ». Entrent dans cette notion la sauvegarde de la nature, l'urbanisme ou l'aménagement du territoire. Ce paragraphe 4, toutefois, ne permet de limiter que la liberté de circulation et de résidence, pas le droit de quitter son pays. Le droit de quitter son pays ne peut être limité que par les motifs prévus au paragraphe 3.

I La base légale

L'expression « prévue par la loi » figure dans le texte français de la Convention au second paragraphe des articles 8 à 11. De son côté, le texte anglais comporte les expressions « in accordance with the law » et « prescribed by the law ». Dans l'arrêt *Sunday Times*, la Cour a considéré que les deux textes de la Convention faisant également foi, ces différentes expressions doivent être interprétées d'une manière « qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité »⁸⁸⁰.

L'exigence de la légalité trouve son fondement dans le principe général de la sécurité juridique⁸⁸¹. La Cour affirme en premier lieu qu'un tel principe est « nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire »⁸⁸². Tout récemment, elle précise que ce principe est « implicite dans la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit »⁸⁸³.

La notion de base légale devant s'appliquer à tous les Etats signataires, la Cour ne pouvait pas choisir des critères purement formels. Les Etats ont en effet des traditions juridiques très différentes. C'est pourquoi, elle prend le terme « loi » dans son acceptation matérielle et non formelle⁸⁸⁴. Ainsi, un acte administratif peut

⁸⁸⁰ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30.

⁸⁸¹ ACEDH *Baranowski* du 28 mars 2000, Recueil 2000-III, § 52.

⁸⁸² ACEDH *Marckx* du 13 juin 1979, série A n° 31, § 58.

⁸⁸³ ACEDH *Riad et Idiab* du 24 janvier 2008, § 78.

⁸⁸⁴ La Cour inter-américaine, au contraire, exige une base légale formelle. Voir à ce sujet COUSSIRAT-COUSTERE (1999), p. 334.

fournir une base légale à une ingérence. C'est le cas notamment du rapport d'un travailleur social interdisant à une mère d'avoir des contacts téléphoniques avec son fils⁸⁸⁵. Par contre, la Cour juge qu'une circulaire n'est rien d'autre qu'une « instruction de service adressée, en vertu de son pouvoir hiérarchique, par une autorité administrative supérieure à des agents subordonnés » et qu'on ne saurait donc voir dans un tel texte, « édicté en dehors de l'exercice d'un pouvoir normatif », une loi au sens de la CEDH⁸⁸⁶. Sont inclus dans le concept de loi au sens matériel les lois au sens formel, les conventions internationales applicables en droit interne⁸⁸⁷ et les règlements pris sur la base d'une loi formelle⁸⁸⁸. Répond également au principe de la base légale un acte pris par un ordre professionnel sur délégation du législateur⁸⁸⁹. Pour les pays de *Common Law*, la Cour reconnaît également les décisions jurisprudentielles⁸⁹⁰. Toutefois, pour ne pas créer d'inégalité entre les parties contractantes de *Common Law* et celles de *Civil Law*, la Cour admet également que la base légale puisse aussi être constituée par la jurisprudence interprétant une loi écrite⁸⁹¹.

Dans un premier temps, la Cour s'est satisfaite d'une ingérence conforme à la loi⁸⁹². Progressivement, elle s'est montrée plus exigeante. Il est acquis aujourd'hui que, pour valoir comme « loi », un texte doit revêtir certaines qualités. Deux exigences supplémentaires ont ainsi émergé dans l'arrêt *Sunday Times* de 1979. La base légale doit être « suffisamment accessible » et « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »⁸⁹³.

La condition de l'accessibilité est remplie lorsque les textes législatifs et la jurisprudence sont publiés⁸⁹⁴ ou du moins signalés à leurs destinataires qui peuvent alors les consulter⁸⁹⁵. Le citoyen doit en effet pouvoir disposer de renseignements suffisants sur les normes juridiques applicables à un cas donné.

⁸⁸⁵ ACEDH *Andersson* du 25 février 1992, série A n° 226, § 84-85.

⁸⁸⁶ ACEDH *Frérot* du 12 juin 2007, Recueil, § 52 ss.

⁸⁸⁷ ACEDH *Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990, série A n° 173.

⁸⁸⁸ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 1983/63, rec. 18.

⁸⁸⁹ ACEDH *Barthold* du 25 mars 1985, série A n° 90.

⁸⁹⁰ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30, § 48.

⁸⁹¹ ACEDH *Kruslin* du 24 avril 1990, série A n° 176.

⁸⁹² voir par ex. Req. n° 1747762, Rec. 13, p. 42 ou encore *Hendricks c. Pays Bas*, rapport de la Commission du 8 mars 1982, DR 29, p. 38 §§ 113 et 114.

⁸⁹³ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30, § 49.

⁸⁹⁴ ACEDH *Observer et Guardian* du 26 novembre 1991, série A n° 216, § 52.

⁸⁹⁵ ACEDH *Autronic AG* du 22 mai 1990, série A n° 178, §§ 36 et 57.

Dans l'arrêt *Silver*, par exemple, la Cour juge que les instructions et les directives envoyées par le Ministre de l'intérieur britannique aux directeurs de prisons ne satisfont pas au critère d'accessibilité car elles ne sont pas publiées, ne sont pas transmises aux prisonniers et leur contenu n'est pas expliqué dans des notes affichées dans les cellules⁸⁹⁶. Elles ne peuvent donc pas être considérées comme des lois au sens de l'article 8 paragraphe 2 CEDH.

La prévisibilité de la loi doit être considérée au regard de la clarté et de la précision de la « loi » qu'il s'agisse de droit écrit⁸⁹⁷ ou de normes jurisprudentielles⁸⁹⁸. Toutefois, le législateur peut employer des termes généraux, notamment dans certains domaines où la précision absolue n'est pas possible ou pas souhaitable. Il ressort de la jurisprudence que l'emploi de termes généraux n'est pas prohibé, pour autant que divers moyens existent pour réduire l'incertitude : travaux préparatoires de la loi⁸⁹⁹ ou jurisprudence constante. Tel est le cas de l'ancien article 204 du Code pénal suisse qui incriminait la « publication d'objets obscènes », sans autre précision. Cette disposition n'a pas pu être taxée d'imprécise du fait qu'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral éclairait sa lettre⁹⁰⁰. De ce fait, les principes qui se dégagent d'une jurisprudence constante peuvent pallier l'imprécision de la loi⁹⁰¹.

Les exigences d'accessibilité et de précision varient toutefois selon le contenu de la loi, son champ d'application, le nombre et le statut des destinataires⁹⁰². L'arrêt *Groppera Radio AG*, examine une ordonnance faisant référence à des dispositions techniques du droit international des télécommunications et destinée aux sociétés radiophoniques. D'après la Cour, on est en droit d'attendre d'une société commerciale désireuse d'exercer une activité transfrontalière de radiodiffusion qu'elle se renseigne sur les règles applicables en Suisse, au besoin avec l'aide d'un spécialiste⁹⁰³. En matière militaire, par exemple, la Cour admet

⁸⁹⁶ ACEDH *Silver* du 25 mars 1983, série A n° 61, §§ 87 et 93.

⁸⁹⁷ ACEDH *Ezelin* du 26 avril 1991, série A n° 202, § 45.

⁸⁹⁸ ACEDH *Chappell* du 30 mars 1989, série A n° 152, § 56.

⁸⁹⁹ ACEDH *Eriksson* du 22 juin 1989, A no 156, § 60.

⁹⁰⁰ ACEDH *Müller et autres* du 24 mai 1988, série A n° 133, § 29.

⁹⁰¹ Cette disposition est aujourd'hui abrogée ainsi que les anciens articles 201 à 210 et 212 CP. Ils sont remplacés par les articles 195, 196, 197, 198 et 199 CP. Cf. Message du Conseil fédéral, FF 1985 II 1021.

⁹⁰² CAMERON (2003), p. 93.

⁹⁰³ ACEDH *Groppera Radio AG* du 28 mars 1990, A n° 173, § 68.

également une formulation plus large des textes⁹⁰⁴. Dans d'autres cas où les destinataires sont des citoyens ordinaires et où l'atteinte aux droits fondamentaux est plus sérieuse, la Cour est plus exigeante quant à l'accessibilité et la précision des normes⁹⁰⁵.

Quand la base légale est constituée par une norme jurisprudentielle, l'existence de cette norme ne doit pas être douteuse et son contenu pas incertain. Il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un précédent⁹⁰⁶.

La Cour exige une précision qualifiée de la loi dans les domaines où les autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation dans l'application du droit. La loi doit en effet prévoir de façon nette l'étendue et les modalités du pouvoir d'ingérence. C'est le cas notamment pour le placement des enfants dont le développement se trouve menacé⁹⁰⁷ et les restrictions à la correspondance des détenus⁹⁰⁸.

II Le but légitime

N'importe quel objectif ne peut justifier une restriction aux droits et libertés. « Les restrictions sont explicitement formulées par référence à des intérêts de la vie étatique ou des droits d'autrui au sein de la société »⁹⁰⁹.

Les buts en vertu desquels une limitation est admissible sont énumérés dans les paragraphes 2 des articles 8 à 11 CEDH.

Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, les travaux préparatoires de la Convention ont été influencés par le projet de Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques. En effet, les amendements présentés par le Royaume-Uni au Comité d'experts, qui sont à la base de la variante B finalement adoptée, s'inspirent grandement des travaux de l'ONU.

⁹⁰⁴ ACEDH *Vereinigung Demokratischer Soldaten Oesterreichs et Gubi* du 19 décembre 1994, série A n° 302, § 31.

⁹⁰⁵ Voir par exemple dans le domaine des écoutes téléphoniques ACEDH *Huvig* du 24 avril 1990, série A n° 176-B, §§ 29-35.

⁹⁰⁶ ACEDH *Observer et Guardian* du 26 novembre 1991 série A n° 216, § 53.

⁹⁰⁷ ACEDH *Olsson* du 24 mars 1988, série A n° 130, §§ 30-31.

⁹⁰⁸ ACEDH *Silver et autres* du 23 mars 1983, série A n° 61, §§ 88 ss.

⁹⁰⁹ ERGEC (2004), p. 162.

Concernant l'article 8 CEDH, jusqu'en 1953, le projet de Pacte relatif aux droits civils et politiques ne prévoyait pas la protection de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Il n'existe donc pas, concernant cette disposition, d'affinités aussi étroites entre la Convention et le Pacte qu'avec les autres articles. Toutefois, la clause limitative de l'article 8 CEDH s'inspire vraisemblablement également du projet de pacte de l'ONU.

Pour ce qui est de l'article 9, il existe des affinités évidentes entre la Convention et le projet de Pacte⁹¹⁰. Il ressort des travaux préparatoires du Pacte que les clauses limitatives des libertés de religion, d'expression, de réunion et d'association ont été élaborées à des époques différentes et emploient des expressions différentes telles que « sécurité nationale » ou « ordre public »⁹¹¹. Certaines voix se sont élevées pour pointer la nécessité d'adopter une rédaction uniforme, sauf lorsque l'on entend donner un sens particulier à ces expressions, afin d'éviter que ces clauses ne soient par la suite mal interprétées et mal appliquées. Cependant, aucune décision n'a été prise à ce sujet. Certaines clauses de restriction du projet de Pacte contiennent l'expression « sécurité publique », d'autres « sécurité nationale » ou encore « sûreté publique ». L'expression « ordre public » a également été l'objet de vives discussions. La formulation anglaise « public order » ne correspondrait pas à la traduction française « ordre public ». En anglais, dans les pays appliquant la Common Law, cette formule se rapporte à l'idée de prévenir le désordre, alors qu'en français, dans les pays de droit civil, on vise un concept juridique que l'on invoque pour annuler des contrats, ou pour exercer des pouvoirs de police. Il a été proposé de remplacer cette expression par les mots « pour prévenir le désordre », mais sans succès.

Concernant l'article 10 CEDH, il existe aussi des similitudes entre la Convention et le projet de Pacte de l'ONU⁹¹². Dans les discussions relatives au Pacte, deux visions se sont affrontées pour la rédaction de la clause limitative de la liberté

⁹¹⁰ Voir les travaux préparatoires de la Convention article par article sur le site [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH\(56\)14-FR1338893.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH(56)14-FR1338893.pdf), p. 9

⁹¹¹ Voir les travaux préparatoires de la Convention article par article sur le site [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH\(56\)14-FR1338893.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH(56)14-FR1338893.pdf), p. 17 ss. (annexe).

⁹¹² Voir les travaux préparatoires de la Convention article par article sur le site [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-FR1338896.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-FR1338896.pdf), p. 15.

d'expression⁹¹³. Selon certains, la clause de limitation devait décrire brièvement les restrictions admissibles, alors que selon les autres, il convenait d'énumérer plus de trente restrictions. Le choix s'est porté sur une brève énumération générale des restrictions admissibles. La formulation « ordre public » a également été discutée.

Enfin, l'article 11 CEDH est également fortement inspiré des travaux relatifs aux libertés de réunion et d'association du Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques⁹¹⁴. Concernant les restrictions admissibles, les mêmes critiques se sont élevées que pour les articles précédents concernant les mots « ordre public » et la disparité des expressions employées⁹¹⁵.

L'énumération des intérêts décrits dans les articles 8 à 11 CEDH est exhaustive⁹¹⁶, sauf en ce qui concerne la radiodiffusion qui peut être soumise à un régime d'autorisation (art. 10 par. 1, 3^{ème} phrase). Les buts légitimes varient d'un droit à l'autre. Les ingérences étatiques peuvent répondre à un ou plusieurs buts énumérés par la disposition en question.

Les différents motifs justificatifs peuvent être résumés dans le tableau ci-dessous :

⁹¹³ Voir les travaux préparatoires de la Convention article par article sur le site

[http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH\(56\)15-FR1338896.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART10-DH(56)15-FR1338896.pdf), p. 1

⁹¹⁴ [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH\(56\)16-FR1338897.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH(56)16-FR1338897.pdf), p. 13.

⁹¹⁵ [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH\(56\)16-FR1338897.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH(56)16-FR1338897.pdf), p. 17 (annexe).

⁹¹⁶ Voir CAMERON (2003), p. 91.

Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8)	Liberté de pensée, conscience et religion (art. 9)	Liberté d'expression (art. 10)	Liberté de réunion et d'association (art. 11)
Sécurité nationale		Sécurité nationale	Sécurité nationale
Sûreté publique		Sûreté publique	Sûreté publique
Bien-être économique du pays			
Défense de l'ordre et prévention des infractions pénales	Protection de l'ordre	Défense de l'ordre et prévention du crime	Défense de l'ordre et prévention du crime
Protection de la santé	Protection de la santé	Protection de la santé	Protection de la santé
Protection de la morale	Protection de la morale	Protection de la morale	Protection de la morale
Protection des droits et libertés d'autrui	Protection des droits et libertés d'autrui	Protection des droits d'autrui	Protection des droits et libertés d'autrui
	Sécurité publique		
		Intégrité territoriale	
		Protection de la réputation d'autrui	
		Empêcher la divulgation d'informations confidentielles	
		Garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire	

A noter que l'article 9 CEDH se caractérise par la formulation différente de la clause de restriction. A la différence du second paragraphe des articles 8, 10 et 11 CEDH, qui englobe l'ensemble des droits mentionnés au premier paragraphe, celui de l'article 9 ne concerne que « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ». Le libellé de cette disposition semble également plus restrictif. Contrairement à l'article 8 paragraphe 2 CEDH, par exemple, le deuxième paragraphe de l'article 9 CEDH n'autorise de restrictions ni pour des motifs de

sécurité nationale, ni pour sauvegarder le bien-être économique. La prévention des infractions pénales n'y figure pas non plus. Elle pourrait être englobée dans la notion de protection de l'ordre. L'économie de l'article 9 paragraphe 2 CEDH quant aux motifs de restrictions postule selon nous une interprétation rigoureuse des restrictions admissibles. Comme indiqué ci-dessus, il ressort de l'étude des travaux préparatoires de la Convention que les clauses limitatives trouvent leur source dans le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques. Les différentes formulations existant en particulier en ce qui concerne les intérêts justifiant une restriction entre les quatre clauses limitatives de la Convention ne sont pas fondées sur une volonté délibérée de donner un sens particulier à ces termes, mais résultent uniquement du fait que ces clauses n'ont pas été formulées simultanément.

Dans la détermination du contenu des buts légitimes, les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation. La Cour européenne des droits de l'homme s'impose une grande retenue en la matière et ne constate qu'exceptionnellement la violation d'une garantie de la Convention pour défaut de but légitime. Souvent, elle se limite à émettre des doutes concernant le fait que l'objectif invoqué par le gouvernement défendeur n'est pas admissible⁹¹⁷. COUSSIRAT-COUSTERE classe les intérêts justifiant les atteintes en trois catégories⁹¹⁸ :

- intérêts de l'Etat ;

Dans la catégorie des intérêts de l'Etat, figurent la sécurité nationale ou publique, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la divulgation d'informations confidentielles, la défense de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

- intérêts de la société toute entière ;

Sont des intérêts de la société, le bien-être économique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et du crime, la santé publique et la moralité publique.

- intérêts privés ;

Dans la catégorie des intérêts privés, on trouve les droits et libertés d'autrui et la réputation et les droits d'autrui.

⁹¹⁷ SUDRE (2008), p. 219.

⁹¹⁸ COUSSIRAT-COUSTERE (1999), p. 336.

De notre côté, nous proposons une simple distinction entre les intérêts publics (A) et les intérêts privés (B).

A Les intérêts publics

La catégorie des intérêts publics se divise en dix sous-catégories.

a. La sécurité nationale (art. 8, 10 et 11 CEDH)

Pour définir le concept de « sécurité nationale », il faut examiner séparément chacun des termes. La « sécurité » concerne les intérêts généraux de l'Etat, notamment des menaces extérieures ou la subversion dans un sens politique⁹¹⁹. Le terme « national » indique un niveau étatique et pas uniquement régional ou local. Ce motif de limitation correspond donc à une menace d'une certaine envergure⁹²⁰.

Les affaires les plus importantes dans lesquelles la défense de la sécurité nationale a été mise en avant se rapportent à des atteintes au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance du fait d'une surveillance secrète.

L'arrêt *Klass* éclaire la portée des termes « sécurité nationale »⁹²¹. La Cour examine une loi allemande autorisant la surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications. Elle estime que les sociétés démocratiques se trouvant menacées par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire. L'existence des dispositions législatives incriminées est donc nécessaire à la protection de la sécurité nationale.

⁹¹⁹ KISS (1984), p. 125.

⁹²⁰ KISS (1984), p. 125.

⁹²¹ ACEDH *Klass et autres* du 6 septembre 1978, série A n° 28.

Dans l'affaire *Leander*, le requérant se plaint du fait que les informations figurant dans un registre secret tenu par le Conseil national de la Police suédois, auquel on lui avait refusé l'accès, avaient conduit à considérer qu'il représentait un danger pour la sécurité, ce qui entraîné son renvoi d'un poste temporaire de technicien au musée jouxtant la base navale de Karlskrona et a empêché sa nomination à un poste important⁹²². La Cour conclut à une atteinte à l'article 8 paragraphe 1 CEDH, justifiée car nécessaire à la défense nationale. Le système de surveillance secrète, réglementé par une ordonnance, fait l'objet de garanties adéquates.

Dans l'affaire *Vogt*, la Cour se penche sur le cas d'une enseignante d'un lycée public exclue de la fonction publique en raison de ses activités politiques au sein du Parti communiste allemand⁹²³. Le gouvernement allemand considère que cette mesure constitue une exception à la liberté d'expression et au droit à la liberté d'association nécessaire pour la sécurité nationale. Les dispositions législatives pertinentes imposent en effet aux fonctionnaires de se désolidariser clairement des organisations visant à saper la Constitution. La Cour décide à une courte majorité que l'exclusion de la requérante n'est pas proportionnée.

Dans l'affaire *Rekvényi*, la Cour soutient la validité d'un amendement constitutionnel prévoyant l'interdiction pour les membres des forces armées, des services de police et de sécurité de s'affilier à un parti politique et de se livrer à des activités politiques au nom de la protection de la sécurité nationale notamment⁹²⁴. Le rôle crucial de la police dans la société ne doit pas être compromis par l'érosion de la neutralité politique de ses fonctionnaires.

La protection de la sécurité nationale légitime la condamnation pénale d'un officier ayant divulgué des connaissances techniques pouvant fournir des indications sur le degré d'avancement de la fabrication et des informations scientifiques dans un secteur de recherche de pointe⁹²⁵. L'interdiction d'une réunion visant à nier le

⁹²² ACEDH *Leander* du 26 mars 1987, série A n° 116.

⁹²³ ACEDH *Vogt* du 26 septembre 1995, série A 323.

⁹²⁴ ACEDH *Rekvényi* du 20 mai 1999, Recueil 1999-III.

⁹²⁵ ACEDH *Hadjianastassiou* du 16 décembre 1992, série A n° 252.

concept de nation autrichienne et à prôner l'union de l'Autriche avec l'Allemagne est également nécessaire à la protection de la sécurité nationale⁹²⁶.

Dans l'affaire récente *Sidabras et Dziautas*, la Cour se penche sur le cas de deux ex-agents du KGB lituanien qui ont travaillé dans l'administration depuis l'indépendance de leur pays⁹²⁷. Une loi adoptée en 1999 leur interdit désormais de travailler dans la fonction publique ou dans différents domaines du secteur privé, et ce, jusqu'en 2009. La Cour considère qu'une telle législation a pour but de protéger la sécurité nationale. Ainsi, les restrictions imposées aux deux ex-agents ne violent pas la Convention. En effet, les activités du KGB étaient contraires à la Constitution lituanienne. La Lituanie souhaite éviter une répétition de son expérience passée en fondant l'Etat sur l'idée qu'il faut établir une démocratie capable de se défendre elle-même. De telles législations ont d'ailleurs été adoptées dans plusieurs autres Etats qui ont ratifié la Convention et qui ont réussi à sortir d'un régime totalitaire.

b. La sécurité publique (art. 9 CEDH)

Des ingérences dans la vie privée des détenus peuvent s'appuyer sur le motif de la sécurité publique. C'est le cas lorsque les détenus sont astreints au port de l'uniforme ou lorsqu'un détenu est empêché de rencontrer d'autres détenus en raison de son attitude de révolte permanente⁹²⁸. Un détenu condamné pour ses activités terroristes peut subir des restrictions plus importantes au droit de recevoir des visites de sa femme que les autres⁹²⁹.

La dissolution d'une association d'obédience fasciste est une ingérence dans la liberté d'association qui est toutefois légitimée par la protection de la sécurité publique⁹³⁰.

⁹²⁶ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 9905/82, DR 36.

⁹²⁷ ACEDH *Sidabras et Dziautas* du 27 juillet 2004, Recueil 2004-VIII.

⁹²⁸ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8231/78, DR 28.

⁹²⁹ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8065/77, DR 14.

⁹³⁰ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 6741/74, DR 5.

Dans les cas d'inondations, d'incendies ou de catastrophes ou autres désastres naturels, les impératifs de la sûreté publique peuvent dicter des atteintes à l'inviolabilité du domicile pour porter secours aux victimes⁹³¹.

c. L'intégrité territoriale (art. 10 CEDH)

Dans l'affaire *Ceylan*, la Cour affirme que la préservation de l'intégrité territoriale légitime la condamnation pénale d'un syndicaliste ayant publié un article accusant l'Etat turc de pratiquer le terrorisme dans le Sud-Est de la Turquie⁹³². La situation régnant dans le Sud-Est de la Turquie en matière de sécurité étant extrêmement sensible, les autorités doivent être vigilantes face à des actes susceptibles d'accroître la violence.

d. La sûreté publique (art. 8, 10 et 11 CEDH)

La condamnation d'un officier pour insulte à l'armée est légitimée notamment par la protection de la sûreté publique⁹³³. Le fonctionnement efficace d'une armée ne se conçoit pas sans des règles juridiques destinées à empêcher de saper cette discipline. Il est alors justifié de réprimer l'officier qui affirme que « l'armée est une machine tournée contre l'homme et la société et, par nature, contraire à la paix »⁹³⁴. Toutefois, la Cour décide que la condamnation de l'intéressé n'est pas proportionnée.

e. La divulgation d'informations confidentielles (art. 10 CEDH)

Cette exception est citée uniquement à l'article 10 paragraphe 2 de la Convention. Elle a fait l'objet d'une étude poussée dans l'affaire *Gaskin* qui est pourtant principalement consacrée à l'article 8 CEDH⁹³⁵. Le requérant souhaite consulter

⁹³¹ VELU/ ERGEC (1990), p. 111.

⁹³² ACEDH *Ceylan* du 8 juillet 1999, Recueil 1999-IV.

⁹³³ ACEDH *Grigoriades* du 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII.

⁹³⁴ ACEDH *Grigoriades* du 25 novembre 1997, Recueil 1997-VII, § 14.

⁹³⁵ ACEDH *Gaskin* du 7 juillet 1989, série A n° 160.

des renseignements officiels rassemblés à son sujet pendant son enfance et son adolescence alors qu'il était placé à l'assistance. Il prétend que cela lui permettra de comprendre les graves problèmes psychologiques dont il souffre en tant qu'adulte. Le gouvernement britannique refuse de lui communiquer les renseignements au motif que cela nuirait à la confidentialité liant les personnes ayant rassemblé ces renseignements. Le requérant soutient qu'il est illégitime de lui refuser l'accès à ces données. La Cour estime qu'un système qui subordonne l'accès au dossier à l'acceptation des informateurs est compatible avec l'article 8 CEDH. Toutefois, quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque doivent être sauvegardés par un organe indépendant et faute d'un tel système, en l'espèce, il y a violation de l'article 8 CEDH. Quant à l'article 10 CEDH, la Cour explique que la liberté de recevoir des informations interdit à un gouvernement d'empêcher des personnes de s'en procurer auprès de celles qui sont désireuses de les transmettre, mais ne veut pas dire que l'Etat doit obligatoirement fournir les informations recherchées à ceux qui en font la demande⁹³⁶.

f. La défense de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire (art. 10 CEDH)

La défense de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire peut justifier des atteintes à la liberté d'expression. Cette exception est au centre d'affaires dans lesquelles des journalistes ont subi des contraintes ou des poursuites pour des comptes-rendus de procès prétendument préjudiciables⁹³⁷.

La liberté de la presse peut être entravée par des injonctions judiciaires de ne pas publier certaines informations. Une telle mesure peut être justifiée par le bon déroulement d'un procès en cours et par la volonté d'assurer aux plaideurs un procès équitable. Il faut toutefois un motif pertinent pour imposer le silence à la presse. Le risque de porter atteinte aux droits des plaideurs doit être réel. Dans l'affaire *Sunday Times*, la Cour examine l'interdiction faite au périodique de publier un historique de la tragédie de la thalidomide alors que le procès civil est en

⁹³⁶ ACEDH *Laender* du 26 mars 1978, série A n° 116.

⁹³⁷ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 217 ; ACEDH *Guardian et Observer* du 26 novembre 1991, série A n° 216; ACEDH *Sunday Times* (n° 2) du 26 novembre 1991, série n° A 217.

cours⁹³⁸. Ce médicament absorbé par des femmes durant leur grossesse a eu pour conséquence de graves malformations chez les nourrissons. La Chambre des Lords ayant déclaré que la publication tendrait à amener le public à préjuger du résultat de la procédure judiciaire pendante et pourrait avoir des effets négatifs sur un éventuel règlement à l'amiable, la Cour conclut que l'ingérence répond à un but légitime au regard de l'art 10 paragraphe 2 CEDH. L'interdiction vise à garantir l'autorité du pouvoir judiciaire.

L'affaire *Guardian et Observer* traite du même problème⁹³⁹. Les deux périodiques se voient interdire la publication d'informations sur le livre *Spycatcher*, écrit par un ancien agent secret britannique et contenant des informations sur les structures, les méthodes, le personnel et les activités soi-disant illégales des services de sécurité, alors qu'un procès est pendant entre l'auteur du manuscrit et le Gouvernement britannique. La Cour affirme à nouveau que la mesure interdisant la publication sert à garantir l'autorité du pouvoir judiciaire. Elle permet que le litige entre le Gouvernement britannique et l'auteur du manuscrit soit résolu sans qu'entre-temps l'accomplissement de l'acte même que le tribunal entendait empêcher se produise. Par ailleurs, l'interdiction de la publication vise à protéger la sécurité nationale. Il faut empêcher de saper le fonctionnement des services secrets.

g. Le bien-être économique (art. 8 CEDH)

La question de la protection du bien-être économique du pays n'a que peu été examinée à Strasbourg avant 1993, date des affaires françaises *Funke*, *Crémieux* et *Mialhe*⁹⁴⁰.

A l'occasion d'une visite domiciliaire, des douaniers enquêtant sur des irrégularités présumées en matière de relations financières avec l'étranger saisissent des documents aux domiciles des requérants, situés à Strasbourg, Bordeaux et Marseille respectivement. La Cour admet que les visites domiciliaires et la saisie de documents peuvent se justifier en cas d'infraction à la législation sur le contrôle

⁹³⁸ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30.

⁹³⁹ ACEDH *Observer et Guardian* du 21 mars 1991, série A n° 216.

⁹⁴⁰ ACEDH *Funke / Crémieux / Mialhe* du 25 février 1993, série A n° 256-A, B et C respectivement.

des changes⁹⁴¹. Toutefois, la loi doit offrir des garanties adéquates et suffisantes contre les abus, ce qui n'a pas été le cas dans cette affaire. En effet, l'administration des douanes avait, elle seule, la compétence d'apprécier l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle, un mandat judiciaire n'étant pas nécessaire.

L'affaire *Berrehab* illustre également la problématique de la protection du bien-être économique. Lorsqu'en raison de la densité de la population, les restrictions au séjour des étrangers tendent à régulariser le marché du travail, elles poursuivent un but légitime consistant dans la défense du bien-être économique⁹⁴².

Dans l'affaire *Hatton et autres*, la Cour examine la politique en matière de vols de nuit à l'aéroport de Heathrow⁹⁴³. A cet égard, elle considère qu'il était légitime pour l'Etat de prendre en compte les intérêts économiques des compagnies aériennes et ceux du pays de son ensemble. Il y a lieu en effet de maintenir un service plein entre Londres et les pays lointains. Ainsi, un système fixant un quota de bruit pour chaque compagnie aérienne durant la nuit poursuit comme but légitime le bien-être économique du pays.

h. La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et du crime (art. 8, 9, 10 et 11 CEDH)

La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et du crime sont invoquées fréquemment. Elles l'ont été avec succès dans des affaires traitant de la réglementation de différents aspects de la vie carcérale⁹⁴⁴, des ingérences dans

⁹⁴¹ ACEDH *Funke* du 25 février 1993, série A n° 256-A, § 56.

⁹⁴² ACEDH *Berrehab* du 21 juin 1988, série A n° 138.

⁹⁴³ ACEDH *Hatton* du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII.

⁹⁴⁴ Requête n° 8231/78, DR 28 (1982), pp. 29-30 (défense de l'ordre et de la sûreté justifiant le port obligatoire de l'uniforme pénitentiaire) ; requête n° 1753/63, Annuaire VIII (1965), p. 184 (protection de l'ordre public justifiant le rasage obligatoire d'un bouddhiste et constituant une atteinte légitime au droit de la liberté de pensée, de conscience et de religion) ; requête n° 5270/72, Recueil 46 (1974), p. 54 (défense de l'ordre justifiant l'interdiction, contenue dans le règlement pénitentiaire, de tout journal non britannique dans l'enceinte de la prison) ; requête n° 1753/63, Annuaire VIII (protection de l'ordre en prison justifiant le refus d'autoriser un prisonnier à se laisser pousser la barbe, nécessité de pouvoir identifier le prisonnier) ; requête n° 8231/78, DR 28, p. 5 (participation obligatoire des prisonniers au nettoyage des cellules, même si cette tâche est contraire aux prescriptions de leur religion).

la correspondance d'un détenu⁹⁴⁵, d'examens psychiatriques obligatoires⁹⁴⁶, de la surveillance secrète de personnes soupçonnées d'infractions pénales⁹⁴⁷, de perquisitions en quête de preuves⁹⁴⁸, de réglementation de la radio-diffusion⁹⁴⁹ ou encore de l'expulsion d'étrangers reconnus coupables de crimes graves⁹⁵⁰.

La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et du crime ne permettent toutefois pas l'interdiction d'un magazine militaire critiquant la vie à l'armée⁹⁵¹, ni l'emprisonnement et la condamnation à une amende de Témoins de Jéhovah grecs ayant demandé tardivement l'autorisation d'utiliser des locaux privés à des fins religieuses⁹⁵², ni l'interdiction faite à une société suisse d'électronique de capter des émissions de télévision soviétique en provenance d'un satellite soviétique afin de démontrer les prouesses techniques de l'un de ses produits, une antenne parabolique destinée à des particuliers⁹⁵³.

Des considérations tenant à la défense de l'ordre public peuvent justifier l'interdiction de manifestations. La Cour laisse une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales dans l'appréciation du danger pesant sur l'ordre public. Une interdiction totale de manifester peut se justifier dans certaines circonstances, mais elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace. A ainsi été acceptée une interdiction de toute manifestation autre que traditionnelle, frappant tout le territoire londonien pour une période de deux mois. L'interdiction survient en effet dans une période d'émeutes et de troubles occasionnés par les défilés publics de l'extrême droite et les contre-manifestations qui en résultent⁹⁵⁴.

⁹⁴⁵ ACEDH *Golder* du 21 février 1975, série A n° 18 et ACEDH *Silver et autres* du 25 mars 1983, série A n° 61 pour des lettres contenant notamment des menaces.

⁹⁴⁶ ACEDH *Murray* du 28 octobre 1994, A 300-A.

⁹⁴⁷ Requête n° 8170/78, Annuaire XXII (1979), p. 308.

⁹⁴⁸ ACEDH *Murray* du 28 octobre 1994, A 300-A ; requête 530/59, Annuaire II (1960), p. 184.

⁹⁴⁹ ACEDH *Groppera Radio AG* du 28 mars 1990, A n° 173.

⁹⁵⁰ ACEDH *Bouchelkia* du 29 janvier 1997, Recueil 1997-I.

⁹⁵¹ ACEDH *Vereinigung Demokratischen Soldaten Österreichs et Gubi* du 19 décembre 1994, A 302.

⁹⁵² ACEDH *Manoussakis* du 26 septembre 1996, Recueil 1996-IV.

⁹⁵³ ACEDH *Autronic AG* du 22 mai 1990, série A n° 178.

⁹⁵⁴ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8440/78, DR 21.

i. La protection de la santé publique (art. 8, 10 et 11 CEDH)

La « santé publique » est un motif très fréquent de limitation des droits garantis par la Convention. Il est généralement admis qu'un Etat peut apporter des restrictions aux libertés en faveur de la santé des enfants, de l'amélioration des conditions d'hygiène, de la prévention, du traitement et de la surveillance des maladies épidémiques ou des maladies du travail⁹⁵⁵. Les décisions relatives à la santé publique ont jugé admissibles l'obligation de se soumettre ou de soumettre ses enfants à l'épreuve de sensibilité cutanée à la tuberculine ou à un examen radiologique du thorax⁹⁵⁶, l'obligation pour les soldats de se faire couper les cheveux de façon à ce qu'ils ne touchent pas le col⁹⁵⁷, ou encore l'interdiction de vendre des boissons spiritueuses dans des lieux accessibles au public⁹⁵⁸.

j. La protection de la moralité publique (art. 8, 10 et 11 CEDH)

La protection de la moralité publique est souvent invoquée en rapport avec des atteintes à l'expression de la sexualité dans des publications et des œuvres d'art ou encore dans le cadre du droit au respect de la vie privée du fait de la pénalisation du comportement homosexuel entre adultes consentants.

Dans l'affaire *Handyside*, la Cour effectue une étude approfondie de la question de la moralité publique. Elle juge qu'on ne peut dégager du droit interne des divers Etats une notion uniforme de la moralité car celle-ci varie dans le temps et dans l'espace, spécialement « à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière »⁹⁵⁹. Les autorités nationales sont plus à même que le juge international de se prononcer sur la nécessité d'une mesure

⁹⁵⁵ voir KISS (1984), p. 128.

⁹⁵⁶ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 1043/83, DR 40.

⁹⁵⁷ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8209/78, DR 16, p. 166.

⁹⁵⁸ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8307/78, DR 21.

⁹⁵⁹ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 48.

particulière prise pour protéger la moralité. Ainsi, la Cour admet que la saisie d'un livre destiné à des enfants en âge scolaire et contenant des conseils dans le domaine sexuel et dans d'autres matières et l'assignation de son éditeur au pénal a pour but essentiel de protéger la moralité des jeunes. Dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour signale que lorsqu'une affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée, « il doit exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitime, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, les ingérences des pouvoirs publics »⁹⁶⁰.

A la fin des années 50, la Commission considère que toute pratique homosexuelle doit être interdite dans le but de protéger la santé et la morale⁹⁶¹. Elle ne motive toutefois pas cette décision, ni n'entreprend d'enquête indépendante pour déterminer si l'ingérence est nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Dans des décisions plus récentes, la Commission et la Cour passent outre la marge d'appréciation nationale pour élever au rang de norme européenne le droit, pour les adultes homosexuels consentants d'avoir des relations sexuelles en privé sans crainte de poursuites⁹⁶².

B Les intérêts privés

La catégorie des intérêts privés peut être scindée en deux groupes justifiant une limitation des droits fondamentaux.

a. Les droits et libertés d'autrui (art. 8, 9 et 11 CEDH)

Les organes de Strasbourg se servent principalement de cette exception au cas par cas et n'ont dégagé que peu de principes généraux. Des affaires pertinentes ont porté sur la pénalisation du comportement homosexuel entre mineurs⁹⁶³, des tests sanguins obligatoires au titre de la police de la circulation routière en vue de protéger les victimes potentielles des accidents de la route⁹⁶⁴, la saisie d'un film

⁹⁶⁰ ACEDH *Dudgeon* du 22 octobre 1981, série A n° 45, § 52.

⁹⁶¹ Requête n° 104/55, Annuaire 1 (1955-1957), p. 228.

⁹⁶² Voir le texte de HELFER (1990). Voir également ACEDH *Dudgeon* du 22 octobre 1981, série A n° 45.

⁹⁶³ ACEDH *Dudgeon* du 22 octobre 1981, série A n° 45.

⁹⁶⁴ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8239/78, DR 16.

offensant le sentiment religieux de la majorité de la population⁹⁶⁵, des poursuites contre une militante anti-avortement qui avait distribué illégalement des tracts donnant les points de vue sur l'avortement des candidats aux élections générales de 1992 au Royaume-Uni⁹⁶⁶ ou encore la révocation d'une enseignante au motif de son appartenance au parti communiste allemand⁹⁶⁷.

Le retrait d'un enfant de sa famille biologique et son placement peuvent être justifiés par l'intérêt de l'enfant. De telles mesures, qui représentent des ingérences dans le droit au respect de la vie familiale, peuvent s'accompagner de restrictions de contact entre les parents biologiques et l'enfant⁹⁶⁸. De même, dans le domaine des assurances, la Commission affirme que l'assurance responsabilité civile est nécessaire à la protection des droits des victimes éventuelles des accidents causés par son titulaire et peut être imposée⁹⁶⁹. Elle réfute ainsi les arguments d'un Néerlandais prétendant que ses croyances religieuses s'opposent à toute forme d'assurance, en particulier à l'assurance responsabilité civile pour les véhicules automobiles au motif que : « c'est Dieu qui dispense aux hommes la prospérité comme l'adversité et il n'est pas permis de chercher à prévenir ou à limiter par avance les effets des catastrophes éventuelles ». Un autre exemple de restriction licite au nom de la protection des droits d'autrui est la décision validant le licenciement d'un employé en raison de son activité au sein d'un parti politique. La mesure était nécessaire à la protection des droits de l'employeur, le parti politique en question poursuivant des buts hostiles à ceux de l'employeur, une fondation en faveur des immigrés⁹⁷⁰.

Dans une affaire récente, la Cour examine la question de la publication dans la presse à sensation de photos concernant la vie privée d'une princesse⁹⁷¹. Elle indique qu'il s'agit de mettre en balance la protection de la vie privée de cette dernière et la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général. La Cour constate que dans le cas particulier, une telle

⁹⁶⁵ ACEDH *Otto-Preminger-Institut* du 20 septembre 1994, série A n° 295.

⁹⁶⁶ ACEDH *Bowman* du 19 février 1998, Recueil 1998-I. Voir aussi arrêt *Vogt* du 2 septembre 1996, recueil 1996-IV.

⁹⁶⁷ ACEDH *Vogt* du 2 septembre 1996, recueil 1996-IV.

⁹⁶⁸ ACEDH *Eriksson* du 21 juin 1989, série A n° 156 et ACEDH W. du 8 juillet 1987, série A n° 121.

⁹⁶⁹ Requête Commission européenne des droits de l'homme n° 2988/66, Ann. Conv., vol. X.

⁹⁷⁰ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 11002/84, DR 41.

⁹⁷¹ ACEDH *Von Hannover* du 24 juin 2004, Recueil 2004-IV.

contribution fait défaut. Les photos et écrits se rapportent exclusivement à des détails de la vie privée et le public n'a pas un intérêt légitime à savoir comment la princesse en question se comporte dans sa vie privée.

b. Réputation ou droits d'autrui (art. 10 CEDH)

La protection de la réputation ou des droits d'autrui peut uniquement être utilisée pour justifier des atteintes à la liberté d'expression. Cette exception est au centre d'affaires dans lesquelles il est question de la protection de la réputation de magistrats⁹⁷², du PDG d'une grande société anonyme refusant de dévoiler son salaire alors qu'il avait refusé les augmentations de salaire revendiquées par le personnel de la société⁹⁷³, de McDonald's⁹⁷⁴ ou encore du président du parti libéral autrichien⁹⁷⁵.

L'affaire *Barfod* donne une illustration de la limitation de la liberté d'expression au nom de la protection de la réputation d'autrui⁹⁷⁶. Un citoyen danois publie un article consacré à un jugement relatif à un litige fiscal. Il y met en doute l'aptitude de deux juges non professionnels à se prononcer dans une instance introduite contre leur employeur. D'après la Cour européenne, la sanction infligée à ce citoyen vise à préserver la réputation d'autrui, c'est-à-dire des deux magistrats et indirectement à sauvegarder l'autorité du pouvoir judiciaire.

III La nécessité dans une société démocratique

Il ne suffit pas qu'une restriction soit justifiée par un but légitime pour être admissible. Il faut également que les mesures prises soient proportionnées au but poursuivi. Dans la Convention européenne des droits de l'Homme, la

⁹⁷² Notamment ACEDH *Prager et Oberschlick* du 26 avril 1995, série A 313 et ACEDH *De Haed et Gijssels* du 24 février 1997, Recueil 1997-I ; ACEDH *Perna* du 6 mai 2003, Recueil 2003-V.

⁹⁷³ ACEDH *Fressoz et Roire* du 21 janvier 1999, Recueil 1999-I.

⁹⁷⁴ ACEDH *Steel et Morris* du 15 février 2005, Recueil 2005-II.

⁹⁷⁵ ACEDH *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* du 26 février 2002, Recueil 2002-I.

⁹⁷⁶ ACEDH *Barfod* du 22 février 1989, série A n° 149.

proportionnalité est exprimée par le concept de « nécessité dans une société démocratique ».

A Signification de « nécessaire »

La Cour a exploré la signification du terme « nécessaire » dans l'arrêt *Handyside*⁹⁷⁷. Avant cet arrêt, la « nécessité dans une société démocratique » ne jouait pas grand rôle dans le contrôle de la conformité des restrictions. La Cour affirme que l'adjectif « nécessaire » n'a pas la souplesse d'autres termes comme « utile », « admissible », « normal », « opportun », « raisonnable ». Elle exige que l'ingérence réponde à un « besoin social impérieux »⁹⁷⁸, que les « formalités », « sanctions », « conditions » et « restrictions » soient « proportionnées au but légitime poursuivi »⁹⁷⁹ et que l'ingérence se justifie par des « motifs pertinents et suffisants »⁹⁸⁰. Le défaut de besoin social impérieux prive la mesure de toute validité. La présence de cet élément doit s'apprécier concrètement. En effet, ce n'est pas parce qu'aucune mesure restrictive n'a été prise en d'autres temps ou d'autres lieux qu'elle ne doit pas l'être dans la situation donnée⁹⁸¹. Il ne faut, par ailleurs, pas confondre la nécessité d'une mesure avec sa légitimité. Le fait qu'elle émane d'une assemblée représentative du peuple ne signifie pas qu'elle soit forcément nécessaire.

B Le principe de la proportionnalité

La triple exigence formulée par la Cour de « besoin social impérieux », de « proportionnalité » et de « motifs pertinents et suffisants » a été régulièrement confirmée dans la jurisprudence. L'arrêt *Sunday Times* est l'un des premiers à illustrer l'utilisation de cette triple exigence⁹⁸². Depuis ce jugement, l'approche de

⁹⁷⁷ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24.

⁹⁷⁸ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 48.

⁹⁷⁹ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49.

⁹⁸⁰ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 50.

⁹⁸¹ ACEDH *Müller et autres* du 24 mai 1988, série A n° 133.

⁹⁸² ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30, § 67.

la Cour demeure inchangée en matière de liberté d'expression. La Cour explique dans l'arrêt *Barfod* que :

« la proportionnalité appelle à mettre en balance les impératifs des fins énumérés à l'article 10 § 2 avec ceux d'une libre discussion des problèmes d'intérêts publics [...] [aux fins] d'établir entre eux un juste équilibre »⁹⁸³.

La Cour applique généralement les mêmes critères en relation avec les autres droits protégés. En ce qui concerne l'article 8 CEDH, la Cour reprend telle quelle la formule de la triple exigence de « besoin social impérieux », de « proportionnalité » et de « motifs pertinents et suffisants »⁹⁸⁴. Cette formule sera complétée par la suite dans deux arrêts. Dans l'affaire *Z c. Finlande*, la Cour affirme qu'il doit exister un « juste équilibre des intérêts en présence »⁹⁸⁵. Dans *Mac Leod*, on peut lire qu'il s'agit de mettre en balance les différents intérêts concurrents⁹⁸⁶. En matière de liberté de pensée, de conscience et de religion, ce n'est qu'en 1993 que la Cour applique les exigences de « proportionnalité » et de « besoin social impérieux »⁹⁸⁷. Le critère de la suffisance des motifs est plutôt implicite. Dans le domaine de la liberté de réunion et d'association, seule la condition de la proportionnalité a été appliquée dans un premier temps⁹⁸⁸. L'utilisation des deux autres critères est apparue plus tardivement⁹⁸⁹. En matière de droit de propriété, la Cour estime qu'une « mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. En particulier, il doit exister un rapport de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé par toute mesure privant une personne de la propriété »⁹⁹⁰.

Il faut toutefois noter que la formule de l'arrêt *Handyside* n'est pas toujours appliquée de manière systématique par la Cour. ERGEC explique que la règle de la

⁹⁸³ ACEDH *Barfod* du 22 février 1989, série A n° 149, § 29.

⁹⁸⁴ ACEDH *Dudgeon* du 22 octobre 1981, série A n° 45, §§ 45-53.

⁹⁸⁵ ACEDH *Z* du 25 février 1997, Recueil 1997-I, § 96.

⁹⁸⁶ ACEDH *Mac Leod* du 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, § 53.

⁹⁸⁷ ACEDH *Kokkinakis* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, §§ 47 et 49.

⁹⁸⁸ ACEDH *Young, James et Webster* du 13 août 1981 série A n° 44, § 63.

⁹⁸⁹ ACEDH *Chassagnou* du 29 avril 1999, Recueil 1999-III, § 113 pour le « besoin social impérieux » et ACEDH *Sidiropoulos* et autres du 10 juillet 1998, Recueil 1998-IV, § 40 pour les motifs pertinents et suffisants.

⁹⁹⁰ ACEDH *Pressos Compania Naviera S.S.* du 20 novembre 1995, série A n° 332.

proportionnalité postule l'exclusivité du moyen⁹⁹¹. La limitation de la liberté doit donc apparaître comme le seul moyen apte à atteindre le but autorisé. Parmi les mesures qui s'offrent à elle, l'autorité doit choisir la moins restrictive. L'autorité doit également réaliser un équilibre entre les inconvénients liés à la restriction et le but légitime poursuivi. D'après VAN DROOGHENBROECK, il faut retenir que la « nécessité dans une société démocratique » implique un « arbitrage entre intérêts conflictuels », ce qui est d'ailleurs la « fonction dévolue à la proportionnalité »⁹⁹². Le même auteur note que la Cour européenne des droits de l'homme observe un certain mutisme quant à la question du contenu de la proportionnalité⁹⁹³. Il relève, dans la jurisprudence relative à la Convention, la présence des trois composantes de la proportionnalité connues en droit suisse ou allemand que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict⁹⁹⁴. Constatant que le raisonnement de la Cour de Strasbourg accuse des carences méthodologiques quant à l'analyse de ces critères, il affirme que cette situation est préjudiciable à la sécurité juridique et plaide en faveur d'une clarification des exigences de la proportionnalité⁹⁹⁵.

Dans de nombreuses affaires, la Cour conclut à une violation du principe de la proportionnalité: législation pénale d'Irlande du Nord interdisant les relations homosexuelles masculines, même en privé et entre adultes consentants⁹⁹⁶, condamnation d'un journaliste en Autriche pour diffamation du Chancelier fédéral⁹⁹⁷, décision interdisant à une mère de sortir sa fille d'une maison de placement pour une durée indéterminée, maintien de cette interdiction pendant plus de 6 ans, restrictions aux visites et non-réunion des intéressées par les autorités⁹⁹⁸, expulsion d'un Marocain de Belgique, bien qu'il soit arrivé dans ce pays très jeune et que toute sa famille y vive⁹⁹⁹, interdiction de communiquer à des femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement, sans tenir compte de l'âge, de la santé, ni des raisons de solliciter des conseils sur

⁹⁹¹ ERGEC (2004), p. 163.

⁹⁹² VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 86.

⁹⁹³ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 167.

⁹⁹⁴ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 224-312.

⁹⁹⁵ VAN DROOGHENBROECK (2001), voir chapitre III.

⁹⁹⁶ ACEDH *Norris* du 26 novembre 1988, série A n° 45.

⁹⁹⁷ ACEDH *Lingens* du 8 juillet 1986, série A n° 204.

⁹⁹⁸ ACEDH *Eriksson* du 22 juin 1989, série A n° 156.

⁹⁹⁹ ACEDH *Moustaquim* du 18 février 1991, série A n° 193.

l'interruption de grossesse¹⁰⁰⁰, révocation d'une enseignante en raison de ses activités politiques au sein du parti communiste, considérées comme une violation de l'obligation de loyauté des fonctionnaires¹⁰⁰¹.

Sont par contre proportionnées la saisie et la confiscation de publications obscènes faites sous l'empire d'une loi anglaise¹⁰⁰², la surveillance secrète de la correspondance et du téléphone autorisée à certaines conditions par la législation allemande¹⁰⁰³, la condamnation d'un officier pour avoir divulgué des renseignements d'importance mineure mais classés secrets¹⁰⁰⁴, la brève privation de liberté subie par un militant pacifiste qui avait manifesté pendant une parade militaire¹⁰⁰⁵, l'interdiction faite à une société titulaire d'une concession d'antenne collective de retransmettre par câble des programmes radiodiffusés à partir de l'Italie¹⁰⁰⁶.

C La société démocratique

Les clauses de restriction reposent sur le concept de « société démocratique », comme toute la Convention d'ailleurs. Le préambule de cette dernière proclame en effet l'attachement général des Etats contractants à un « régime politique véritablement démocratique ». La Cour n'a donné aucune définition de la « société démocratique ». Certains arrêts en précisent toutefois quelques caractéristiques : pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture, respect dû aux minorités¹⁰⁰⁷, prééminence du droit¹⁰⁰⁸. La notion de société démocratique apparaît également en relation avec l'article 6 CEDH qui garantit le droit à un procès équitable. Dans l'affaire *Campbell*, la Cour affirme que cet article est un des principes fondamentaux de toute société démocratique¹⁰⁰⁹. La référence à la « société

¹⁰⁰⁰ ACEDH *Open Door* du 29 octobre 1992, série A n° 246.

¹⁰⁰¹ ACEDH *Vogt* du 26 septembre 1995 série A n° 323.

¹⁰⁰² ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24.

¹⁰⁰³ ACEDH *Klass et autres* du 6 septembre 1978, série A n° 269.

¹⁰⁰⁴ ACEDH *Hadjianasassiou* du 16 décembre 1992, série A n° 252.

¹⁰⁰⁵ ACEDH *Chorherr* du 25 août 1993, série A n° 266-B.

¹⁰⁰⁶ ACEDH *Groppera Radio AG* du 28 mars 1990, série A n° 173.

¹⁰⁰⁷ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49.

¹⁰⁰⁸ ACEDH *Klass et autres* du 6 septembre 1978, série A n° 269.

¹⁰⁰⁹ ACEDH *Campbell* du 28 juin 1984, série A n° 80.

démocratique », ici, est un moyen de souligner l'importance de l'intérêt d'être protégé.

DELPEREE explique que le sens de la référence à une « société démocratique » peut être envisagé de trois manières différentes¹⁰¹⁰.

La première interprétation possible est la perspective sociale. Les auteurs de la Convention se réfèrent à une « société » démocratique et non pas à un « Etat » démocratique. Ils ont sans doute voulu montrer que la démocratie n'est pas qu'une affaire d'institutions, mais aussi de mentalités et de comportements. En effet, la démocratie ne se vit pas que dans les institutions étatiques. La démocratie gagne à s'instaurer dans une dimension horizontale, entre les personnes.

La deuxième perspective dégagée par DELPEREE est la perspective libérale. La Convention se réfère aux exigences d'une société démocratique. A la différence de la Charte canadienne des droits et libertés, elle ne précise pas qu'une telle société doit également être libre. Dans son esprit pourtant, la Convention européenne exprime l'idée que la liberté est l'une des dimensions constitutives de la société démocratique. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme consacre également cette perspective libérale. Dans l'arrêt *Handyside*, la Cour considère qu'il lui appartient de « prêter une extrême attention aux principes propres à une société démocratique »¹⁰¹¹. Elle en donne l'illustration dans le domaine de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention :

« La liberté d'expression constitue l'une des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. [...] Elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ».

La troisième perspective expliquée par DELPEREE est selon lui la plus originale et la plus significative. Il s'agit de la perspective conflictuelle. La référence à la démocratie aboutit à restreindre les droits et libertés. Il faut limiter l'exercice de la liberté pour en garantir à chacun la jouissance. On peut expliquer cette perspective par un raisonnement en trois étapes. Premièrement, afin de tenir

¹⁰¹⁰ DELPEREE (1992), p. 100 ss.

¹⁰¹¹ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24.

compte des impératifs de la société démocratique, une liberté particulière est proclamée. Elle est définie dans son principe et ses modalités. Dans un deuxième temps, on s'aperçoit que l'exercice incontrôlé de la liberté peut faire courir un danger à d'autres individus et éventuellement à la société démocratique elle-même. Il faut donc limiter les libertés pour en rendre possible l'exercice simultané par la société toute entière. Donc dans un troisième temps, il faut définir quelles limites imposer. Seules sont acceptables les limites qui sont nécessaires à l'organisation et au fonctionnement de la société démocratique. Comme le résume DELPERÉE,

« La « société démocratique » [...] sert de soutien à la liberté, elle sert de justification aux limites à la liberté ; elle sert encore de frein aux limites à la liberté. Elle définit, somme toute, « les limites des limites » à la liberté »¹⁰¹².

¹⁰¹² DELPÉRÉE (1992), p. 104.

CHAPITRE 3

EXCEPTIONS CONTENUES DANS L'ENONCE DE DROITS PARTICULIERS

L'exception peut être définie comme une technique de limitation consistant à disqualifier certains faits ou situations de manière à les exclure totalement du champ normatif d'une disposition consacrant un droit ou une liberté¹⁰¹³. Contrairement à la restriction qui est une intrusion dans le champ d'application d'un droit ou d'une liberté, l'exception est une « restriction du champ d'application »¹⁰¹⁴. Semblables exceptions se rencontrent au niveau des articles 2 paragraphe 2, 4 paragraphe 3, 5 paragraphe 1, 6 paragraphe 1 et 7 paragraphe 2 CEDH.

§ 1 Article 2 CEDH

L'article 2 CEDH protège le droit à la vie. D'après la deuxième phrase du premier paragraphe, la mort peut être valablement infligée « en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». La Convention dans sa version originelle n'abolit donc pas la peine de mort¹⁰¹⁵. Toutefois, la sentence capitale est assujettie à certaines conditions.

En premier lieu, le délit en question doit être puni de peine de mort par la loi. Il s'agit d'une expression du principe de la légalité des délits et des peines, énoncé à l'article 7 de la Convention. Il ressort de ce principe qu'une sanction capitale prononcée pour un fait qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas une infraction engendrerait une violation de la Convention. Il en irait de même si la

¹⁰¹³ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 89.

¹⁰¹⁴ ERGEC (1987), p. 28 ss.

¹⁰¹⁵ ACEDH *Soering* du 7 juillet 1989, série A n° 161.

peine de mort était prononcée pour un fait qui au moment où il a été commis constituait une infraction moins grave.

Deuxièmement, la sentence capitale doit être prononcée par un tribunal. D'après l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp*, ce terme désigne des organes se caractérisant par l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties et présentant les garanties d'une procédure judiciaire¹⁰¹⁶. D'après la doctrine majoritaire, lorsqu'il y a application de la peine capitale, on ne peut déroger à l'application intégrale de l'article 6 CEDH par l'application de l'article 15 CEDH. La peine de mort ne peut être prononcée qu'à l'issue d'une procédure conforme à l'article 6 CEDH.

D'autres conditions non expressément prévues par l'article 2 CEDH découlent de la cohérence du système général de protection relatif aux droits de l'homme. Il faut bien évidemment que la juridiction qui prononce la peine de mort soit compétente (art. 6 par. 2 Pacte ONU I). De même, l'exigence selon laquelle le jugement donnant lieu à la sentence capitale doit avoir un caractère définitif découle également du Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques. Enfin, il faut que la peine de mort ne soit pas contraire à l'article 3 CEDH. Dans certaines conditions, la peine de mort pourrait heurter l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Il en serait ainsi lorsque l'exécution prend des formes ignominieuses comme une exécution en public. Peuvent également entrer en compte les conditions de détention d'un condamné comme l'exposition au syndrome du couloir de la mort¹⁰¹⁷.

Le 28 avril 1983, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont signé un Protocole concernant l'abolition de la peine de mort. L'article 1^{er} de ce Protocole oblige les Etats à abolir la peine capitale et confère un droit subjectif aux particuliers en spécifiant que « nul ne peut être condamné à une telle peine, ni exécuté ». Il y a toutefois une exception à l'abolition qui réside dans la faculté laissée aux Etats de prévoir la peine de mort « pour les actes commis en temps de guerre ». On vise ici un conflit armé international et non pas un conflit interne.

D'après l'article 6 du Protocole n° 6, les dispositions de l'article 2 CEDH ne sont ni supprimées, ni amendées. Les parties contractantes qui prévoient la peine de

¹⁰¹⁶ ACEDH *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A n° 12.

¹⁰¹⁷ ACEDH *Soering* du 7 juillet 1989, série A n° 161.

mort en temps de guerre doivent respecter les conditions mentionnées dans le paragraphe 1, dernière phrase, c'est-à-dire le principe de la base légale et le fait que la sentence doit être infligée par un tribunal.

Outre la peine capitale prévue par le premier paragraphe, le paragraphe 2 de l'article 2 énonce trois exceptions supplémentaires bien circonscrites à l'interdiction générale d'infliger la mort intentionnellement. Elles concernent la nécessité d'assurer la défense de toute personne contre la violence illégale, la nécessité d'effectuer une arrestation régulière ou d'empêcher l'évasion d'un détenu et la nécessité de réprimer une émeute ou une insurrection. L'énumération est exhaustive¹⁰¹⁸. La Commission a indiqué que le paragraphe 2 interdisait tout recours non nécessaire, par les autorités, à la force qui entraîne la mort¹⁰¹⁹, que le résultat soit voulu ou non. Le recours à la violence doit être absolument nécessaire aux fins mentionnées aux lettres a à c du deuxième paragraphe. Ce recours doit être strictement proportionné au but légitime poursuivi. La proportionnalité doit s'apprécier en fonction de la nature du but recherché, du danger pour les vies humaines et l'intégrité corporelle inhérent à la situation et de l'ampleur du risque que la force employée conduise à la mort¹⁰²⁰.

I La légitime défense

Cette exception s'adresse donc non seulement à l'Etat et à ses agents, mais également aux individus dans leurs relations mutuelles. Elle a un effet horizontal.

La doctrine est divisée concernant la protection des biens, par contre elle est unanime concernant la protection des individus : entre en compte non seulement sa propre vie, mais également celle d'autrui. Serait donc licite le fait de tuer un preneur d'otages pour sauvegarder la vie de personnes captives¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ La question de savoir si l'article 2 est assorti de limitations implicites a été soulevée, mais non résolue par la Commission dans le cadre de la problématique tout à fait particulière du droit à la vie de l'enfant à naître. Voir requête à la commission européenne des droits de l'homme n° 8416/79, DR 19, p. 244 ss.

¹⁰¹⁹ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 10044/82, DR 39, p.174.

¹⁰²⁰ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 11257/84, DR 49.

¹⁰²¹ En ce sens, FROWEIN/PEUKERT (1985), p. 20.

Dans l'affaire *McCann*, la Cour a évalué les mesures prises par le gouvernement britannique concernant trois membres de l'IRA¹⁰²². Dans ce cas, des militaires rattachés aux forces britanniques de sécurité à Gibraltar avaient abattu trois membres d'une unité active de l'Armée républicaine irlandaise. Les personnes abattues étaient un expert en explosifs et des personnes condamnées précédemment comme poseurs de bombes. A l'époque où ces personnes ont été abattues, les autorités du Royaume Uni dans la région avaient été informées de leur devoir de protection de la vie des personnes à Gibraltar et de l'obligation, pour remplir ce devoir, de n'utiliser la force entraînant la mort que dans la mesure où cela était « absolument nécessaire ». En même temps, l'avertissement préalable leur donnait largement le temps de planifier leurs réactions possibles et de les coordonner avec les autorités locales de Gibraltar. La Cour a identifié deux questions distinctes à examiner : le point de savoir si la force utilisée par les militaires était strictement proportionnée au but de la protection des personnes contre la violence illicite, et celui de savoir si l'opération anti-terroriste dans son ensemble avait été planifiée et contrôlée par les autorités de manière à réduire au minimum le recours à la force entraînant la mort. Pour ce qui est de la proportionnalité de l'intervention des militaires, ces derniers avaient été informés qu'ils devaient s'attendre à l'explosion immédiate d'une bombe placée dans une voiture si les autorités s'opposaient aux suspects. La Cour a disculpé les militaires du fait que ceux-ci pensaient de bonne foi, compte tenu des informations reçues, qu'il était nécessaire de tirer sur les suspects pour les empêcher de déclencher la bombe et ainsi causer d'importantes pertes en vies humaines. La Cour s'exprime négativement à propos du contrôle et de l'organisation anti-terroriste dans son ensemble. Pour respecter le droit à la vie des suspects, les autorités devaient évaluer avec la plus grande prudence les informations en leur possession avant de les transmettre à des militaires qui, lorsqu'ils se servent d'armes à feu, tirent automatiquement pour tuer. Il s'agit à ce jour de la seule affaire dans laquelle la Cour a conclu à l'existence d'une violation de l'article 2 CEDH.

¹⁰²² ACEDH *McCann et autres* du 27 septembre 1995, Série A n° 324, p. 58, § 199.

II L'arrestation régulière et l'évasion

La lettre b rend la mort licite « pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ».

La doctrine limite considérablement la portée de cette disposition. Il découle du principe de la proportionnalité que tous les autres moyens doivent avoir été vains et la mort doit avoir été précédée de sommations. « L'emploi des armes pour opérer une arrestation ou prévenir une évasion ne doit jamais procéder d'une intention de tuer. La mort ne peut être que la conséquence involontaire de cette utilisation »¹⁰²³. Les tirs doivent donc d'abord être dirigés vers les jambes de la personne ou vers les pneus de la voiture dans laquelle elle se trouve. Il faut encore que la personne représente un danger grave pour la société ou que les infractions mises à sa charge représentent une certaine gravité¹⁰²⁴.

La question de l'interprétation de la lettre b de l'article 2 paragraphe 2 CEDH ne s'est posée que rarement aux instances de Strasbourg. Une des principales affaires a été réglée à l'amiable¹⁰²⁵. Les autorités britanniques en Irlande du Nord, informées d'une attaque de banque, postent une patrouille sur le toit d'un immeuble voisin. Trois hommes s'approchent de clients déposant de l'argent dans le coffre de nuit. Une bagarre éclatant entre les trois hommes et les clients, un des soldats crie qu'il est prêt à tirer. Les trois hommes prenant la fuite, le soldat tire et atteint mortellement l'un d'eux. Aucun des suspects n'était armé. Le gouvernement britannique a accordé un dédommagement à la veuve pour des motifs de compassion, sans reconnaître toutefois une violation de la Convention.

III La répression d'une insurrection ou d'une émeute

La troisième exception prévue à la lettre c autorise la mort « pour réprimer conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ». D'après la doctrine, on

¹⁰²³ FOWEIN/PEUKERT (1985), p. 26.

¹⁰²⁴ VAN DIJK/VAN HOOFF (1999), p. 189.

¹⁰²⁵ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 9013/80, DR 30, p. 109.

ne peut exiger que les forces de l'ordre se trouvent dans un état de légitime défense. En effet, la lettre c ferait alors double emploi avec la lettre a. Toutefois, elle exige que la situation soit d'une gravité telle que si elle n'était pas maîtrisée, elle pourrait causer aux personnes ou aux biens un préjudice exceptionnel¹⁰²⁶.

C'est par rapport à cette disposition que se sont produits la plupart des litiges au titre de l'article 2 CEDH. Dans l'affaire Chypre contre Turquie¹⁰²⁷, par exemple, la Commission a conclu que l'armée turque avait, dans au moins douze cas recensés, tué des civils en violation de l'article 2 CEDH. Par ailleurs, de nombreux indices permettaient de déduire que la Turquie s'était rendue coupable d'un nombre largement supérieur d'homicides illicites.

§ 2 Article 4 CEDH

L'article 4 CEDH interdit l'esclavage, la servitude et le travail obligatoire ou forcé. Le paragraphe 3 énumère limitativement les cas qui échappent au champ d'application de la notion de travail forcé ou obligatoire. Toutefois, la Cour a souligné que « le paragraphe 3 n'a pas pour rôle d'autoriser à limiter l'exercice du droit garanti par le paragraphe 2, mais de délimiter le contenu même de ce droit : il forme un tout avec le paragraphe 2 et mentionne ce qui n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire, ce que ses termes n'englobent pas. Il contribue de la sorte à l'interprétation du paragraphe 2 »¹⁰²⁸.

I Le travail des personnes soumises à la détention

Le travail imposé aux détenus ne constitue pas un travail forcé pour autant qu'il s'agisse d'un travail normalement requis et que la détention réponde aux conditions prévues à l'article 5 CEDH. Ce même article autorise la détention

¹⁰²⁶ VELU/ERGEC (1990), p.189.

¹⁰²⁷ Chypre c. Turquie, Rapport de la Commission du 10.07.1976, § 352-355, non publié.

¹⁰²⁸ ACEDH *Van der Mussele* du 23 novembre 1983, série A n° 70.

administrative. Les détenus administratifs comme les vagabonds peuvent dès lors être astreints à un travail¹⁰²⁹. L'article 4 paragraphe 3 CEDH n'impose aucune obligation en ce qui concerne la rémunération. Dès lors sont irrecevables les requêtes tendant à critiquer le montant de la rémunération¹⁰³⁰.

II Service militaire et service civil

La deuxième catégorie d'exceptions concerne le service militaire ou le service imposé aux objecteurs de conscience dans les pays où ceux-ci sont reconnus.

III Service requis dans les cas de crise ou de calamité

Si la vie ou le bien-être de la communauté sont menacés par une situation d'urgence ou une catastrophe, un « service » peut être imposé. Ces circonstances sont plus larges que le « danger public menaçant la vie de la nation » de l'article 15 CEDH. Entrent souvent dans cette catégorie les catastrophes naturelles.

IV Travail ou service faisant partie des obligations civiques normales

Cette catégorie vise les fonctions à accomplir dans l'intérêt de la société comme l'obligation de siéger en tant que juré dans un tribunal, l'obligation de veiller à la propreté des rues, la protection civile, l'obligation de participer au dépouillement des scrutins, le fait de remplir des documents officiels à des fins fiscales.

¹⁰²⁹ ACEDH *Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A n° 12.

¹⁰³⁰ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 833/60, Ann. Conv., vol. III.

§ 3 Article 5 CEDH

L'article 5 paragraphe 1 CEDH garantit le droit à la liberté et à la sûreté. Toutefois, il mentionne également six catégories de privation admissibles de liberté. La liste est exhaustive et doit être interprétée de manière restrictive¹⁰³¹. Les différentes catégories prévues ne s'excluent pas mutuellement. Une personne peut être privée de liberté au titre de plusieurs motifs. Globalement, ces six catégories relèvent du droit pénal ou de la procédure pénale ou encore de la détention administrative.

§ 4 Article 6 CEDH

L'article 6 CEDH énumère un certain nombre de composantes d'une bonne administration de la justice. Il formule notamment l'exigence de la publicité. La publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public. Elle constitue l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les tribunaux¹⁰³². Dans tous les cas, le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être restreint. Pour ce, il faut que l'une des conditions mentionnées (par exemple l'intérêt de la moralité, l'ordre public, la sécurité nationale ou la protection de la vie privée) l'emporte.

§ 5 Article 7 CEDH

L'article 7 paragraphe 1 CEDH pose le principe de la non-rétroactivité des lois pénales. Il garantit à l'individu qu'il ne peut être condamné pour une infraction pénale qui n'existait pas en droit au moment où il a commis son acte. Le

¹⁰³¹ ACEDH *Guzzardi* du 6 novembre 1980, Série A n° 39, § 98.

¹⁰³² Voir ACEDH *Helmers* du 29 octobre 1991, série A n° 212-A §§ 33 et 36 ; ACEDH *Sutter* du 22 février 1984, Série A n° 74, § 26.

paragraphe 2 de cette disposition pose une exception. Son origine est liée à la conjoncture de l'après-guerre. Il n'avait pas été prévu initialement mais a été introduit par un amendement luxembourgeois¹⁰³³. L'expert luxembourgeois a fait remarquer que la prohibition de la rétroactivité posée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme était trop sévère et pouvait paraître comme une condamnation des législations d'après-guerre qui ont poursuivi les crimes de guerre et les criminels nazis. Un argument britannique s'est ajouté à ces observations. Il fallait éviter de paraître condamner le procès de Nuremberg et de mettre en doute la validité de ses jugements¹⁰³⁴. Dans les années cinquante, on s'est demandé si l'exception de l'article 7 paragraphe 2 CEDH était clairement fixée et concernait donc uniquement les crimes de guerre nazis¹⁰³⁵. Aujourd'hui, ROLLAND affirme qu'on ne peut plus s'en tenir à une conception purement conjoncturelle de l'article 7 paragraphe 2¹⁰³⁶. Le concept de « principes généraux » du droit qui recouvre en quelque sorte la « morale internationale » a fait l'objet de nombreux développements ces dernières années. On peut donc considérer que l'exception ne vaut pas que pour la période historique de 1939-1945.

¹⁰³³ Recueil des travaux préparatoires, volume III, p. 193-195.

¹⁰³⁴ Recueil des travaux préparatoires, volume II, p. 163.

¹⁰³⁵ Voir ACEDH *De Becker* du 9 juin 1958, Annuaire 2, p. 227 et ACEDH *X.* du 18 septembre 1961, Annuaire 4, p. 335-337.

¹⁰³⁶ ROLLAND (1999), p. 301

CHAPITRE 4 LES LIMITATIONS IMPLICITES

Les limitations aux droits garantis par la Convention sont énoncées de manière relativement précise. Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'y a pas de place pour des limitations implicites. Lorsqu'un droit est garanti sans réserve expresse et spécifique, cela implique souvent une limitation sous-entendue¹⁰³⁷.

Dans l'affaire *Golder*, la Cour fait référence à la possibilité d'une limitation implicite¹⁰³⁸. Sidney Elmer Golder, détenu pour vol à main armée, se voit refuser le droit de consulter son avocat suite à une affaire de mutinerie dans sa prison. Il soutient que ce refus l'empêche d'introduire une requête et donc, par là, enfreint l'article 6 paragraphe 1 CEDH qui garantit un droit d'accès aux tribunaux en matière civile. La Cour estime que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. Lorsque la Convention reconnaît un droit sans le définir, il y a de la place pour les limitations implicites, même en dehors des limites qui définissent le contenu de tout droit. La Cour admet l'applicabilité des limitations implicites au droit d'accès à un tribunal concernant les mineurs, les aliénés et les détenus. La restriction dont se plaint le requérant constitue un exemple de limitation implicite. La Cour refuse toutefois d'échafauder une théorie générale de ces limites implicites et s'en tient à une appréciation du cas concret. Elle relève que Golder voulait être innocenté d'une accusation portée contre lui par un membre du personnel pénitentiaire et pouvait donc légitimement vouloir prendre contact avec son avocat afin de s'adresser à une juridiction. En l'espèce, il n'appartient pas au Ministre d'évaluer les chances de succès de l'action envisagée, mais à un tribunal indépendant et impartial. Le Ministre a méconnu le droit du détenu de saisir un tribunal tel que garanti par l'article 6 CEDH.

¹⁰³⁷ CONSEIL DE L'EUROPE (1974), p. 35.

¹⁰³⁸ ACEDH *Golder* du 21 février 1975, série A n° 18, particulièrement § 44.

La doctrine des limitations implicites a aussi été appliquée au droit à des élections libres, reconnu par l'article 3 du Protocole additionnel n° 11. Dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, la Cour souligne que cet article implique des droits individuels de vote et d'éligibilité, mais que ces derniers ne sont pas absolus¹⁰³⁹. L'article 3 ne les énonçant pas en termes exprès et ne les définissant pas, il y a de la place pour des limitations implicites. Les Etats contractants entourent en effet souvent le droit de vote et d'éligibilité de certaines conditions. La Cour ajoute qu'il lui faut « s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés ». Il ressort de cette jurisprudence que les limitations implicites doivent obéir à des règles analogues à celles des restrictions explicites prévues aux articles 8 à 11 paragraphe 2 CEDH. Elles ne peuvent s'appliquer que s'il n'existe pas de limitation explicite. Les limitations implicites sont donc exclues pour les articles 8 à 11 CEDH¹⁰⁴⁰. Par ailleurs, il faut comprendre que l'application de la doctrine des limites implicites est exclue pour les droits non dérogeables.

¹⁰³⁹ ACEDH *Mathieu-Mohin et Clerfayt* du 2 mars 1987, série A n° 113.

¹⁰⁴⁰ CAMERON (2003), p. 91.

CHAPITRE 5 LIMITATIONS IMPOSEES PAR LA CONVENTION A L'APPLICATION DE RESTRICTIONS

Mis à part la limitation de caractère général de l'article 17, la Convention contient deux droits qui limitent l'application de restrictions : la protection générale contre tout traitement discriminatoire (art. 14) et l'interdiction d'appliquer des restrictions dans un autre but que celui pour lequel elles ont été prévues (art. 18).

§ 1 Article 14 CEDH

En vertu de l'article 14 CEDH, sont interdites non seulement les discriminations dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, mais aussi de ceux reconnus par les Protocoles additionnels.

Jusqu'à récemment, l'article 14 CEDH n'avait pas d'existence indépendante. Les dispositions de la Convention en matière de protection contre la discrimination étaient de portée limitée du fait qu'elles interdisaient la discrimination seulement lorsqu'elle s'appliquait à l'un des droits reconnus par la Convention. Le Protocole n° 12 lève cette limitation et garantit que personne ne doit faire l'objet d'une quelconque forme de discrimination par aucune autorité publique et sous quelque motif que ce soit. Le Protocole n° 12 a été ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe signataires de la Convention, à Rome, le 4 novembre 2000. Son entrée en vigueur, qui était conditionnée par le nombre de dix ratifications, a eu lieu le 1^{er} avril 2005¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴¹ A l'heure actuelle, 17 Etats ont ratifié le Protocole n° 12. La Suisse ne l'a pas ratifié.

I Différences de traitement licites

Les termes « sans distinction aucune » ne doivent pas être pris à la lettre. En effet, l'article 14 n'interdit pas toute différence de traitement. Premièrement, il existe certaines situations qui, à cause de leurs caractéristiques propres, appellent des différenciations. Deuxièmement, dans d'autres domaines, l'Etat est appelé à créer des inégalités de droit pour corriger des inégalités de fait. C'est le cas du prélèvement d'un impôt progressif¹⁰⁴² ou de la protection des minorités. Ainsi, le système électoral peut être différent en Irlande du Nord et dans le reste du Royaume-Uni. La représentation proportionnelle employée en Irlande du Nord permet à la minorité catholique d'être représentée¹⁰⁴³.

II Différences de traitement prohibées

La différence de traitement ne devient une discrimination prohibée selon l'article 14 CEDH que lorsque sont introduites des distinctions entre situations semblables ou analogues sans qu'elles soient fondées sur une justification objective et raisonnable.

L'interdiction de discrimination de l'article 14 CEDH ne protège pas des personnes placées dans des situations différentes, mais celles qui sont placées dans des situations analogues ou comparables. Les situations n'ont pas besoin d'être identiques¹⁰⁴⁴. La jurisprudence donne beaucoup d'exemples où les situations ne sont pas comparables.

La sécurité sociale peut prévoir des prestations différentes pour les couples et les personnes célibataires¹⁰⁴⁵. La situation d'une personne dont les biens sont nationalisés n'est pas la même que celle dont les biens sont expropriés¹⁰⁴⁶. Les conditions et les impératifs de la vie militaire se distinguent totalement de ceux de

¹⁰⁴² Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 5168 /71, DR 42.

¹⁰⁴³ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 8364/78, DR 15.

¹⁰⁴⁴ ACEDH *Lithgow* du 8 juillet 1980, série A n° 102.

¹⁰⁴⁵ Requête à la Commission européenne des droits de l'homme n° 4130/69 Ann. Conv., vol. XIV.

¹⁰⁴⁶ ACEDH *Lithgow* du 8 juillet 1980, série A n° 102.

la vie civile, les militaires peuvent donc être astreints à un régime disciplinaire beaucoup plus rigoureux que certaines professions civiles¹⁰⁴⁷.

La Cour a par contre reconnu l'existence de situations comparables dans certaines affaires et conclu que la distinction n'était pas justifiée : le fait que la législation anglaise permette plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation d'obtenir pour son conjoint non national l'autorisation d'entrer ou rester dans le pays¹⁰⁴⁸, ou la réglementation différente des rapports familiaux et successoraux entre l'enfant et sa mère selon que la filiation est naturelle ou légitime¹⁰⁴⁹.

Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des traitements dissemblables, mais son étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte¹⁰⁵⁰. Lorsqu'une différence de traitement est réalisée entre hommes et femmes, sur la base de la nationalité, de la religion ou encore de l'orientation sexuelle, des motifs particulièrement importants doivent justifier cette différence de traitement¹⁰⁵¹. La marge d'appréciation de l'Etat contractant est donc faible. Par contre, en matière fiscale, la marge d'appréciation est grande¹⁰⁵².

III Caractère objectif et raisonnable de la différence de traitement

L'article 14 CEDH, contrairement aux articles 8 à 11 CEDH, n'est pas suivi d'une clause limitative. Les conditions de limitation que sont la base légale, le but légitime et la proportionnalité ne semblent donc pas s'y appliquer. La Cour considère toutefois, en s'appuyant sur la jurisprudence de la majorité des Etats contractants, que :

¹⁰⁴⁷ ACEDH *Engel et autres* du 8 juin 1976, série A n° 22.

¹⁰⁴⁸ ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, série A n° 94.

¹⁰⁴⁹ ACEDH *Marckx* du 13 juin 1979, série A n° 31.

¹⁰⁵⁰ ACEDH *Rasmussen* du 28 novembre 1984, série A n° 87, § 40.

¹⁰⁵¹ OVEY/WHITE (2001), p. 358.

¹⁰⁵² ACEDH *Affaire National and Provincial Building Society et autres* du 23 octobre 1997, Recueil 1997-VII.

« L'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé... L'essentiel est que l'autorité, en s'inspirant de l'intérêt public, ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »¹⁰⁵³.

Le caractère raisonnable et objectif de la distinction doit donc s'apprécier au regard de deux critères : la poursuite d'un but légitime et l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but ainsi visé. La doctrine approuve d'ailleurs cette jurisprudence pratiquement unanimement¹⁰⁵⁴.

Lorsqu'un Etat défendeur cherche à justifier une différence de traitement, il doit non seulement démontrer qu'il existe un but légitime, c'est-à-dire un intérêt public, mais aussi expliquer comment le but légitime pourrait être servi par la différence de traitement. Il doit donc démontrer le lien entre le but légitime recherché et la différence de traitement¹⁰⁵⁵.

Dans l'affaire *Gillow*, la Cour considère qu'un traitement de faveur pour les personnes ayant avec l'île de Guernesey des liens étroits ou y occupant un emploi essentiel pour la collectivité est un but légitime qui permet un octroi différencié de la qualité pour résider¹⁰⁵⁶. Dans l'affaire *Darby*, la Cour conclut que le refus d'exonérer de l'impôt ecclésial le recourant pour la seule raison qu'il n'est pas officiellement enregistré comme résident suédois, contrairement à d'autres individus eux aussi non-membres de l'Eglise, mais enregistrés de la sorte, au motif que cela donnerait lieu à des complications administratives, ne constitue pas un but légitime¹⁰⁵⁷.

Le test de proportionnalité doit rechercher si la différence de traitement se justifie dans son étendue¹⁰⁵⁸. L'affaire *Abdulaziz, Cabales, Balkandali* concerne trois requérantes établies au Royaume-Uni¹⁰⁵⁹. Leurs époux de nationalité étrangère,

¹⁰⁵³ ACEDH *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, série A n° 6.

¹⁰⁵⁴ Voir notamment EISSEN (1993), p. 141 ; FROWEIN/PEUKERT (1996), p. 447 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (2006b), p. 485 et 494.

¹⁰⁵⁵ ACEDH *Larkos* du 18 février 1999, Recueil 1999-I.

¹⁰⁵⁶ ACEDH *Gillow* du 24 novembre 1986, série A n° 109.

¹⁰⁵⁷ ACEDH *Darby* du 23 octobre 1990, série A n° 187.

¹⁰⁵⁸ ACEDH *Affaire Syndicat nationale de la police belge* du 27 octobre 1975, série A n° 19, § 49.

¹⁰⁵⁹ ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, série A n° 94.

en l'application des dispositions sur l'immigration, ne sont pas autorisés à y rester avec elles ou à les rejoindre. Or, en vertu des mêmes dispositions, il est plus facile pour des hommes établis au Royaume-Uni d'obtenir l'autorisation en question pour leurs épouses que l'inverse. Le Gouvernement britannique expose que les hommes ont une propension plus grande que les femmes à chercher un emploi. La différence de traitement sert donc à protéger le marché national du travail en période de chômage. La Cour admet la légitimité de l'objectif poursuivi. Toutefois, à la lumière des statistiques, il apparaît que la différence sur le marché du travail entre le poids respectif des femmes et des hommes n'était pas suffisamment importante pour justifier l'inégalité de traitement incriminée. La différence de traitement n'est donc pas proportionnée.

L'affaire *Salguero da Silva Mouta*, concerne l'attribution de la garde d'un enfant refusée au père en raison de son homosexualité¹⁰⁶⁰. La Cour constate que la différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle est justifiée par un but légitime, à savoir la protection de la santé et des droits de l'enfant¹⁰⁶¹. Toutefois, il n'existe pas de rapport de proportionnalité entre les moyens et le but visé du fait de la teneur discriminatoire du jugement attribuant l'enfant à sa mère¹⁰⁶².

§ 2 Article 18 CEDH

L'article 18 est une clause anti-détournement. L'Etat ne peut, en effet, exercer son droit de limitation dans un but autre que celui pour lequel il a été prévu¹⁰⁶³. Cette disposition ne peut être invoquée que simultanément avec d'autres dispositions de la Convention qui autorisent des restrictions de l'exercice dudit droit ou liberté.

L'arrêt *Lingens* précise effectivement que l'article 18 CEDH est conçu pour protéger contre le détournement de pouvoir¹⁰⁶⁴. La disposition déclenchant la mise en œuvre de l'article 18 est un article garantissant un droit, mais permettant à

¹⁰⁶⁰ ACEDH *Salguero da Silva Mouta* du 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX, p. 301.

¹⁰⁶¹ ACEDH *Salguero da Silva Mouta* du 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 30.

¹⁰⁶² ACEDH *Salguero da Silva Mouta* du 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX, § 31.

¹⁰⁶³ CAMERON (2003), p. 136.

¹⁰⁶⁴ ACEDH *Lingens* du 8 juillet 1986, série A n° 103.

l'Etat de le limiter, par exemple : l'article 5 paragraphe 1 concernant la privation de liberté, les paragraphes 2 des articles 8 à 11 CEDH autorisant les ingérences étatiques dans le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, dans la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, dans la liberté d'expression et dans celles de réunion pacifique et d'association, l'article 11 du Protocole relatif à la réglementation de la propriété. Il faut répartir entre la garantie individuelle et l'article 18 CEDH les buts de la restriction : la conformité à la CEDH quant au but de la norme restrictive relève de l'article autorisant l'Etat à restreindre un droit, par contre l'article 18 CEDH concerne l'application in casu de la norme.

Par exemple, d'après l'arrêt *Lawless*, il peut y avoir violation de l'article 5 CEDH par le fait qu'une personne arrêtée n'a pas été conduite devant l'autorité judiciaire mais pas de l'article 18 CEDH si la privation de liberté a été infligée dans le but de prévenir la commission d'une infraction pénale¹⁰⁶⁵.

L'application de l'art 18 CEDH est rare. Souvent le juge recherche, sans citer l'article 18 CEDH, si la restriction a été appliquée *in casu* d'une manière non contraire à la Convention. On arrive au même résultat que si la victime avait soulevé l'article 18 CEDH. Dans un arrêt récent, la Cour se penche sans équivoque sur cette disposition¹⁰⁶⁶. La Cour constate que l'on a imposé au requérant une restriction de sa liberté – permise par l'article 5 CEDH – non seulement en vue de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente parce qu'il y avait des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction, mais aussi pour des motifs d'intimidation, soit le contraindre à vendre le média dont il était propriétaire. Elle conclut dès lors à une violation de l'article 18 de la Convention combiné avec l'article 5.

¹⁰⁶⁵ ACEDH *Lawless* du 11 juillet 1961, série A n° 3.

¹⁰⁶⁶ ACEDH *Goussinski* du 19 mai 2004, Recueil 2004-IV, § 70 ss.

Dans cette partie relative à la Convention européenne des droits de l'homme, nous avons rapidement retracé l'historique de l'adoption de ce texte et expliqué sa structure (droits protégés énumérés par les articles 2 à 14, clauses d'application générale des articles 15 à 17 et clauses de limitation spécifiques prévues dans les droits protégés par les articles 8 à 11). Puis, nous avons examiné les clauses d'application générales (art. 15 à 17 CEDH) et exposé dans le détail les clauses limitatives des droits protégés aux articles 8 à 11 CEDH, notamment leur historique et les conditions de limitation (base légale, intérêt public et proportionnalité). Nous avons ensuite analysé certaines dispositions contenant des exceptions limitant leur champ d'application (art. 2, 4, 5, 6 et 7 CEDH). Enfin, nous avons étudié la protection offerte par la Convention contre tout traitement discriminatoire.

L'article 15 a tout particulièrement retenu notre attention puisqu'il permet aux Etats de déroger à certains droits consacrés par la Convention en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. Cette disposition sera mise en regard de la clause dérogatoire canadienne dans notre synthèse.

Lors de l'étude des clauses limitatives des articles 8 à 11 CEDH, nous avons constaté que l'analyse de la proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement peu rigoureuse. Nous examinerons dans notre synthèse si les critères appliqués par les instances de Strasbourg correspondent à ceux du droit suisse et du droit canadien. Nous nous demanderons aussi si le système de clauses de limitation spécifiques aux droits protégés présente des avantages par rapport aux clauses suisse et canadienne.

Enfin, la Convention européenne interdit, à son article 14, tout traitement discriminatoire. Cette disposition n'est pas suivie d'une clause limitative contrairement aux articles 8 à 11. Toutefois, la Cour considère que lorsqu'un Etat

cherche à justifier une différence de traitement, il doit démontrer qu'il existe un but légitime et un lien entre le but recherché et la différence de traitement, ce qui revient à appliquer des critères identiques à ceux prévus par les articles 8 à 11. Cette spécificité sera mise en regard du droit suisse aux côtés du droit canadien dans notre analyse comparative.

PARTIE 4 SYNTHÈSE

Après avoir présenté dans le détail les systèmes de limitation des droits fondamentaux en Suisse, au Canada et dans la Convention européenne des droits de l'homme, nous allons les confronter les uns aux autres. Cette comparaison nous permettra de proposer des réponses aux controverses existant en droit suisse et plus particulièrement de répondre à la question de savoir si l'article 36 Cst. s'applique à tous les droits fondamentaux du catalogue.

Les trois textes examinés reconnaissent que les droits fondamentaux ne sont pas absolus. Ils contiennent des clauses de limitation de ces droits fondamentaux. Ces clauses fixent en règle générale des limites *externes* ou *extrinsèques*^{1067, 1068}. On distingue effectivement les limites *internes* ou *intrinsèques*¹⁰⁶⁹ des limites *externes* ou *extrinsèques*. Une limite *interne* découle de la sphère de protection du droit fondamental. Les droits fondamentaux ne protègent pas tout comportement humain quel qu'il soit. Chaque droit protège certaines valeurs juridiques et a donc une sphère de protection déterminée. Une fois le domaine de protection défini, les limites *externes* entrent en jeu. Le droit fondamental est exposé à des limitations consécutives à l'activité étatique. Ces limites doivent permettre d'atteindre divers buts que l'Etat considère comme légitimes. En règle générale, plus le domaine de protection d'un droit est défini, moins il y a de place pour des limitations externes. Nous reviendrons sur ce point lors de l'examen de l'application de l'article 1^{er} de la Charte canadienne.

Les clauses limitatives ont pour rôle de fixer des bornes au législateur. Celui-ci n'est pas libre d'opposer n'importe quelle restriction à un droit fondamental. Pour limiter les abus éventuels du législateur, l'ingérence dans la sphère protégée par un droit fondamental n'est licite que si elle respecte certaines conditions.

¹⁰⁶⁷ Selon la terminologie de AUBERT. Voir AUBERT (1986), p. 189.

¹⁰⁶⁸ Comme il a été mentionné plus haut, la Charte canadienne des droits et libertés énumère également des droits qui renferment des limites intrinsèques, par exemple l'article 9.

¹⁰⁶⁹ Voir note précédente.

La Constitution suisse, la Constitution canadienne et la Convention européenne des droits de l'homme contiennent toutes une ou des clauses limitatives expresses. La Constitution suisse contient une clause de limitation générale située à la fin du catalogue des droits fondamentaux (art. 36). La Constitution canadienne a également choisi une clause de limitation générale qui se trouve, quant à elle, au début du catalogue des droits fondamentaux (art. 1). La Convention européenne se distingue des deux textes précédents. Elle renferme des clauses d'application générale dans ses articles 15, 16 et 17. Les autres limitations sont spécifiques à chaque droit garanti. Ces clauses limitatives sont intégrées dans l'énoncé même des droits protégés (art. 8 à 11 CEDH). Comme nous l'avons mentionné plus haut, lors des travaux préparatoires de la Convention, une clause unique de limitation était ordinairement prévue. Elle a été remplacée par des clauses détaillées sur l'insistance du Royaume-Uni qui exigeait des définitions précises des droits protégés. En plus de ces limitations expresses, certaines limitations implicites ont été reconnues. Nous nous concentrons dans cette synthèse sur l'examen des clauses de limitation des articles 8 à 11 CEDH. La solution des clauses spécifiques à chaque droit présente l'avantage incontestable d'éviter la question qui se pose en droit suisse et canadien, soit, celle de savoir si la clause limitative est applicable à tous les droits fondamentaux protégés par le texte fondamental. Toutefois, le système de limitation choisi dans la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas exempt de défauts puisque la Cour a admis que lorsqu'un droit était garanti sans réserve expresse, cela impliquait souvent une limitation implicite. Il existe ainsi le risque que le législateur omette de prévoir une clause limitative pour tel ou tel droit garanti.

CHAPITRE 2 LES CONDITIONS DE LIMITATION

Il ressort de l'examen détaillé des clauses limitatives que les conditions de restriction des droits fondamentaux sont très semblables dans les trois systèmes juridiques. Ces conditions peuvent être résumées de la manière suivante :

- la limitation doit reposer sur une base légale ;
- elle doit être justifiée par un intérêt légitime ;
- elle doit respecter le principe de la proportionnalité.

Le droit suisse connaît une condition supplémentaire, à savoir que la limitation ne doit pas violer la substance du droit fondamental.

§ 1 La base légale

La condition de la base légale pose plusieurs questions. Faut-il une loi écrite ? Une ordonnance de l'exécutif peut-elle suffire ? Que penser d'une pratique jurisprudentielle ? Les réponses sont différentes dans chacun des trois systèmes examinés.

A l'intérieur du Conseil de l'Europe, la notion de base légale doit pouvoir s'appliquer à tous les Etats signataires. Comme les Etats membres ont des traditions juridiques très différentes, un critère purement formel ne pouvait pas être choisi. Le terme « loi » a donc une acception matérielle. Les décisions jurisprudentielles sont également reconnues comme base légale par la Cour européenne des droits de l'homme du fait que le Conseil de l'Europe comprend des pays de *Common law*.

Dans le système canadien, où se côtoient *Common law* et *Civil law*, tout comme au sein du Conseil de l'Europe, le terme « loi » englobe également les principes de *Common law*. La jurisprudence s'est prononcée à maintes reprises sur les actes qui constituent une règle de droit et sur ceux qui n'en sont pas une. Toutefois, on ne trouve pas dans le droit canadien la nécessité d'une loi formelle pour les atteintes graves comme c'est le cas en droit suisse. A cet égard, le droit suisse est plus exigeant. En effet, l'exigence de la base légale repose sur plusieurs principes : sécurité et prévisibilité du droit, égalité, séparation des pouvoirs et démocratie. Seule une loi formelle satisfait à ces quatre principes. Une atteinte qui se fonde sur une base légale formelle a donc une légitimité beaucoup plus grande.

Tant dans la CEDH qu'en droit suisse et canadien, la base légale doit, de surcroît, revêtir certaines qualités. Dans l'arrêt *Sunday Times* de 1979, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la base légale doit être « suffisamment accessible » et « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »¹⁰⁷⁰. En droit suisse, il faut aussi que la base légale soit suffisamment claire et précise¹⁰⁷¹. Toutefois, le Tribunal fédéral, comme la Cour européenne des droits de l'homme, affirment que cette exigence n'est pas absolue et que le législateur n'est pas tenu de renoncer à des notions générales et plus ou moins vagues. Le degré de précision d'une base légale ne peut être déterminé de manière abstraite, mais doit plutôt être fixé dans le cas concret, à l'aide d'une multitude de critères, notamment du cercle des destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux¹⁰⁷². Au Canada, la Cour suprême exige également une certaine qualité des règles de droit. La norme doit constituer un « guide suffisant pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques »¹⁰⁷³. Dans son analyse, la Cour suprême du Canada fait référence aux principes dégagés par la Cour européenne dans l'affaire du *Sunday Times*¹⁰⁷⁴. Toutefois, il nous semble le droit canadien donne une portée très différente au

¹⁰⁷⁰ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n° 30, § 49.

¹⁰⁷¹ ATF 123 I 112, 124, *Rolf Himmelberger*, Voir également un arrêt récent à ce sujet : ATF 128 I 327, 339, *Botta und Mitb.*

¹⁰⁷² ATF 128 I 327, 339, *Botta und Mitb.* ; 128 I 113, 121, *Verein des Bündner Staatspersonals und Mitb.*

¹⁰⁷³ *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 639.

¹⁰⁷⁴ ACEDH *Sunday Times* du 26 avril 1975, série A n° 30, p. 31.

concept de précision d'une loi. En effet, les droits européen et suisse exigent que le justiciable puisse donner un sens à la règle alors qu'en droit canadien, ce sont les tribunaux qui doivent pouvoir découvrir la signification de cette dernière. A notre avis, la jurisprudence canadienne a une vision nettement plus élitiste du concept de l'accessibilité d'une règle de droit et oublie que le premier destinataire de la règle de droit est le citoyen.

§ 2 La légitimité

N'importe quel objectif ne peut justifier une restriction aux droits fondamentaux. L'atteinte au droit doit être justifiée par un but légitime.

Dans la Convention européenne des droits de l'homme, les buts justifiant une limitation sont énumérés dans les paragraphes 2 des articles 8 à 11. Les buts légitimes mentionnés varient d'un droit à l'autre. Certains intérêts se recoupent d'un droit à l'autre. La rédaction n'est toutefois pas uniforme et des formulations diverses coexistent. Nous avons procédé à une étude des travaux préparatoires de la Convention afin de déterminer si ces différences de rédaction pouvaient être expliquées. Nous avons découvert que les différentes formulations des intérêts justifiant restrictions des droits protégés aux articles 8 à 11 CEDH ne sont pas fondées sur une volonté délibérée de donner un sens particulier à ces termes, mais résulte uniquement du fait que ces clauses n'ont pas été formulées simultanément. L'énumération des intérêts est exhaustive¹⁰⁷⁵. Seuls les buts mentionnés peuvent donc légitimer la restriction d'un droit. Les lignes directrices sont très strictes dans le droit européen, bien plus qu'au Canada comme nous le verrons ci-dessous. Toutefois, comme nous l'avons mentionné dans le chapitre relatif à la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme s'impose une grande retenue et ne constate qu'exceptionnellement la violation d'une garantie de la Convention pour défaut de but légitime¹⁰⁷⁶. Du fait de son statut de cour supranationale, une importante obligation de retenue judiciaire pèse effectivement

¹⁰⁷⁵ voir CAMERON (2003), p. 91.

¹⁰⁷⁶ SUDRE (2008), p. 219.

sur elle. Les organes de Strasbourg peuvent ainsi difficilement condamner un choix législatif ou judiciaire pour faute d'intérêt public. L'examen des conditions de la légalité et de la proportionnalité occupe donc une place prépondérante dans le contrôle européen.

En droit canadien, le libellé de l'article 1^{er} de la Charte est plutôt vague. Une limitation doit être raisonnable et se justifier dans une société libre et démocratique. C'est la Cour suprême qui a explicité le texte de cette disposition¹⁰⁷⁷. Premièrement, l'objectif de la mesure contestée doit être « suffisamment important ». Deuxièmement, la condition de la proportionnalité doit être remplie. Les objectifs admissibles n'ont pas été mentionnés à cette occasion par la Cour suprême du Canada qui n'a pas non plus adopté de méthode systématique lui permettant d'apprécier la validité de ces buts législatifs. Elle semble utiliser au contraire une méthode empirique. Le test de la validité de l'objectif est très peu rigoureux et semble avoir perdu beaucoup d'importance depuis l'arrêt *Oakes*. Les exigences de la Cour se sont amoindries.

En pratique, les tribunaux canadiens ne rejettent pratiquement jamais la validité des objectifs législatifs visés par le pouvoir législatif. Seuls des cas particulièrement grossiers semblent donner lieu à une intervention des tribunaux. Le critère de l'objectif admissible n'est pas l'élément central du contrôle de la conformité de la restriction des droits fondamentaux. Comme nous l'avons mentionné dans la partie relative au droit canadien, il y a des cas où l'objectif est si imprécis qu'il pourrait sans peine justifier un grand nombre de dispositions législatives. Les tribunaux semblent réticents à s'ingérer dans le domaine de compétence du pouvoir législatif et à juger de la pertinence des objectifs des lois. La retenue des tribunaux a pour effet de rétablir une certaine suprématie parlementaire. Le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif entretiennent, au Canada, des relations ambiguës. Comme nous le verrons plus loin, l'article 33 de la Charte canadienne est d'ailleurs un pur produit de la particularité de la relation entre ces deux pouvoirs. L'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés devait faire passer le système canadien de la suprématie parlementaire à la suprématie de la Constitution, mais cette transition semble s'effectuer avec peine.

¹⁰⁷⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139.

La Constitution suisse ne précise pas à son article 36 quelles sont les légitimations admissibles. Elle se contente d'affirmer que la restriction doit être justifiée par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui. C'est au Tribunal fédéral que l'on doit la définition de l'intérêt public. De manière générale, il reconnaît, sous l'angle de l'intérêt public, des motifs de police pour la protection de la tranquillité, de l'ordre, de la sécurité, de la santé et de la moralité publics, ainsi que pour la protection de la bonne foi dans les affaires¹⁰⁷⁸. Les intérêts publics peuvent également avoir pour origine des buts (prévus constitutionnellement) de politique sociale, de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire, de protection de la nature et des monuments ou de protection de la langue. A noter que lors de la révision de la Constitution, des voix se sont élevées pour délimiter de manière plus détaillée les intérêts publics susceptibles de justifier une limitation des droits fondamentaux¹⁰⁷⁹. Cette proposition n'a pas été suivie. Le juge procède à la vérification de l'intérêt public avec une certaine prudence et fait preuve de retenue lorsqu'il doit apprécier des circonstances locales ou des politiques publiques qui sont de la compétence des cantons, ce qui à notre avis s'explique par notre système fédéral.

Dans les systèmes européen et suisse, les intérêts publics qui peuvent justifier des ingérences dans les droits fondamentaux sont décrits de manière très précise soit dans le texte fondamental, soit dans la jurisprudence. L'absence de telles directives en droit canadien offre une très grande latitude au pouvoir législatif, donc au pouvoir politique. Comme l'explique AUBERT, la question de l'intérêt légitime est au carrefour du droit et de la politique. « Car si la notion d'intérêt légitime est bien une notion de droit, il est clair que l'ensemble des intérêts qu'une société tient pour légitimes permet de définir sa nature politique »¹⁰⁸⁰. Il peut donc en découler une certaine instabilité dans le temps au gré du changement de majorité politique.

¹⁰⁷⁸ ATF 109 Ia 33, 36, *Wirteverband des Kantons Bern und Mitbeteiligte*.

¹⁰⁷⁹ BO CE 53-55.

¹⁰⁸⁰ AUBERT (1986), p. 196.

§ 3 La proportionnalité

Le principe de la proportionnalité se rencontre dans les trois ordres juridiques examinés.

En droit suisse, la condition de la proportionnalité est expressément mentionnée à l'article 36 Cst. Au Canada et dans la Convention européenne des droits de l'homme, la situation est différente. Le principe de la proportionnalité ne figure pas en tant que tel dans l'énoncé des clauses limitatives, mais a été affirmé par la jurisprudence.

En droit suisse, le principe de la proportionnalité se décompose en trois critères : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité proprement dite.

En droit canadien, l'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés exige que la restriction soit raisonnable et puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. C'est la Cour suprême, qui en 1986, a affirmé que le texte l'article 1^{er} exigeait que le principe de la proportionnalité soit respecté¹⁰⁸¹. La Cour a dégagé trois sous-conditions à ce principe : le lien rationnel entre le moyen et l'objectif, l'atteinte minimale au droit touché et la proportionnalité proprement dite. A notre avis, le constituant avait retenu, avec la « raisonabilité » une norme nettement moins exigeante que le test qui sera finalement appliqué par la Cour suprême.

Bien qu'exprimées un peu différemment, les trois composantes de la proportionnalité au sens strict sont semblables en droit suisse et canadien.

D'après la règle suisse de l'aptitude, la mesure restrictive doit être propre à atteindre le but visé. Le moyen mis en œuvre par l'autorité doit effectivement permettre de réaliser l'objectif d'intérêt public. En droit canadien, les mesures qui portent atteinte à un droit doivent avoir un lien rationnel et logique avec les objectifs qu'elles servent. Dans les deux cas, la limitation doit donc permettre de satisfaire l'intérêt qui la justifie.

¹⁰⁸¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139.

En droit suisse, l'exigence de nécessité requiert qu'entre les différents moyens similaires aptes à réaliser un objectif, l'autorité choisisse celui qui génère le moindre préjudice pour les droits concernés. En droit canadien, le moyen choisi pour atteindre l'objectif visé doit porter la plus petite atteinte possible au droit touché. L'objectif doit être nécessaire pour atteindre le but recherché. Dans les deux systèmes juridiques, la deuxième étape du test de proportionnalité signifie que les restrictions sont inconstitutionnelles s'il est possible d'atteindre l'intérêt légitime par une mesure moins restrictive. L'Etat doit donc s'en tenir au strict nécessaire et limiter le moins possible les droits fondamentaux. Au Canada, ce critère s'est avéré être le pilier central de l'analyse de la limitation des droits fondamentaux. Toutefois, rapidement après l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême reconnaît la nécessité de tempérer quelque peu sa jurisprudence, les critères posés étant très sévères. Ainsi, les tribunaux accordent une certaine latitude ou marge d'appréciation au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, elle ne sera pas invalidée au motif qu'il existe une solution alternative mieux adaptée à l'objectif, notamment dans les domaines où la loi est destinée à protéger un groupe vulnérable, où elle alloue des ressources rares et où elle concilie des intérêts opposés.

En droit suisse, la règle de la proportionnalité au sens étroit met en balance la gravité des effets de la mesure choisie et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public. La restriction apte et nécessaire doit peser plus lourd dans le cas particulier que le respect de la liberté. Cela revient à dire que les avantages induits par la restriction de la liberté doivent avoir un poids plus important que le préjudice causé au droit fondamental. En droit canadien, à son origine, le test de la proportionnalité proprement dite exigeait un équilibre entre les effets de la mesure contestée et l'objectif visé par cette mesure. Ces dernières années, les tribunaux ont précisé qu'il faut déterminer si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables¹⁰⁸². En conséquence, les avantages doivent peser plus lourd que le préjudice causé à la liberté. L'exigence de la Cour suprême est donc devenue un peu plus élevée.

¹⁰⁸² *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur general)*, [1998] 1 R.C.S. 877, § 125.

Dans les deux ordres juridiques, il faut dès lors déterminer si les effets positifs de la restriction sont plus importants que l'entorse à la liberté. Plus une mesure porte atteinte aux droits fondamentaux, plus l'intérêt public qu'elle représente doit être élevé. La comparaison des différentes valeurs juridiques est donc le pilier de la condition de la proportionnalité au sens strict. AUBERT exprime clairement le test de la proportionnalité au sens strict :

« Il faut que la satisfaction donnée à l'intérêt légitime pèse plus lourd que la lésion infligée au droit fondamental »¹⁰⁸³.

Au Canada, le critère de la proportionnalité au sens strict est controversé. Plusieurs auteurs soutiennent que cette condition est inutile¹⁰⁸⁴. Il ne s'agirait que d'une reformulation du critère de l'importance de l'objectif. Si les critères de l'objectif, du lien rationnel et de l'atteinte minimale sont remplis, les effets de la loi ne peuvent pas être trop sévères. Si les effets d'une loi sont trop sévères, cela signifierait nécessairement que l'objectif n'était pas suffisamment important. AUBERT et MAHON ont également formulé une remarque concernant la proportionnalité au sens strict concernant le droit suisse. Ils soulèvent qu'une restriction disproportionnée au sens étroit est le signe que l'intérêt public n'est pas prépondérant¹⁰⁸⁵. L'exemple qu'ils mentionnent le démontre bien¹⁰⁸⁶. Une interdiction totale de construire sur un terrain est décidée. Elle seule permet de préserver la vue. Bien que d'un certain intérêt local, le paysage n'en vaut pas vraiment la peine. L'interdiction totale est donc disproportionnée. Si le paysage n'est pas vraiment digne d'intérêt, cela signifie qu'il y a absence d'intérêt public. Comme ces deux auteurs, nous pensons que les conditions de la proportionnalité au sens strict et de l'intérêt public sont extrêmement proches. Lorsqu'une mesure n'est pas proportionnée au sens strict, cela signifie généralement que l'objectif n'était pas suffisamment important. Nous ne pouvons toutefois nous rallier à la doctrine canadienne qui affirme l'inutilité de cet examen. En effet, le conflit entre l'intérêt de l'Etat à la réalisation du but fixé et l'intérêt du particulier à ne pas être atteint dans sa liberté ne peut être résolu de manière adéquate qu'en étant analysé dans le cadre d'une pesée des intérêts. Cette dernière étape implique un indispensable examen des circonstances de fait dans lesquelles la mesure

¹⁰⁸³ AUBERT (1986), p. 1997.

¹⁰⁸⁴ Voir HOGG (2008), p. 849-850 et TREMBLAY (2000), p. 399-400.

¹⁰⁸⁵ AUBERT/MAHON (2003) p. 329.

¹⁰⁸⁶ AUBERT/MAHON (2003), p. 329, notes 35-37.

concernée est appelée à développer ses effets. Par ailleurs, comme le dit AUBERT, l'intérêt légitime a un caractère un peu plus politique alors que la proportionnalité au sens strict a un caractère un peu plus technique¹⁰⁸⁷.

La Convention européenne, quant à elle, parle de restriction « nécessaire dans une société démocratique ». Restant très vague sur le contenu de la proportionnalité, la jurisprudence a indiqué que cette formule impliquait la présence d'un besoin social impérieux, de motifs pertinents ainsi que la proportionnalité de la mesure¹⁰⁸⁸. Ces conditions ne sont d'ailleurs pas appliquées de manière systématique par la Cour dans son analyse. Dans l'affaire *Refah Partisi*, par exemple, elle n'examine pas la question des motifs pertinents et suffisants¹⁰⁸⁹. Par ailleurs, la Cour de Strasbourg ne donne pas de définition claire des notions de « besoin social impérieux » et de « motifs pertinents et suffisants ». Ainsi dans l'arrêt *Cumpana et Mazare*, l'analyse des deux exigences n'est pas clairement séparée¹⁰⁹⁰. Aucun critère permettant de déterminer ce que sont un « besoin social impérieux » et un « motif pertinent et suffisant » n'est mentionné. Une constante se dégage tout de même de la jurisprudence européenne : la « nécessité dans une société démocratique » implique une mise en balance de différents intérêts concurrents. Nous retrouvons donc dans la jurisprudence européenne l'idée contenue dans le contrôle de la proportionnalité au sens strict en Suisse et au Canada.

Etant donné le silence de la Cour, il faut se tourner vers la doctrine pour trouver une analyse du contenu de la proportionnalité. Comme nous l'avons déjà mentionné, ERGEC soutient qu'une limitation doit être le seul moyen apte à atteindre le but autorisé¹⁰⁹¹. Parmi les mesures qui s'offrent à elle, l'autorité doit choisir la moins restrictive. L'autorité doit également réaliser un équilibre entre les inconvénients liés à la restriction et le but légitime poursuivi. ERGEC préconise donc une analyse de la proportionnalité qui se décompose selon les trois sous-conditions que l'on connaît en Suisse. Nous avons brièvement évoqué les travaux de VAN DROOGHENBROECK sur la proportionnalité dans la Convention dans le

¹⁰⁸⁷ AUBERT (1986), p. 190.

¹⁰⁸⁸ ACEDH *Handyside* du 7 décembre 1976, série A n° 24.

¹⁰⁸⁹ ACEDH *Refah Partisi et autres* du 13 février 2003, Recueil 2003-II.

¹⁰⁹⁰ ACEDH *Cumpana et Mazare* du 17 décembre 2004, Recueil 2004-XI, §§ 84-110.

¹⁰⁹¹ ERGEC (2004), p. 163.

chapitre précédent. Il s'agit maintenant d'y revenir plus en détail, cet auteur ayant effectué une étude très pointue de la jurisprudence de Strasbourg en la matière.

Partant du constat que la jurisprudence de Strasbourg n'offre aucun arrêt de principe détaillant le contenu de la règle de la proportionnalité, cet auteur formule l'hypothèse qu'elle se décompose selon les trois conditions posées par les droits allemand et suisse et en recherche les traces dans la jurisprudence européenne^{1092, 1093}. Ainsi, VAN DROOGHENBROECK note que la condition de l'adéquation fait son apparition dans l'arrêt relatif à l'affaire linguistique belge aux côtés de la notion de proportionnalité¹⁰⁹⁴ et sera mentionnée par la suite dans de nombreuses autres affaires. Il relève que le contrôle de cette exigence dépend de la marge d'appréciation plus ou moins large octroyée à l'Etat défendeur. Cet auteur affirme également que la règle de la proportionnalité impose l'obligation de choisir, parmi les moyens aptes à réaliser l'objectif souhaité, la mesure la moins attentatoire aux droits et libertés en cause et que le respect de cette exigence sera également contrôlé ou non par la Cour selon l'amplitude de la marge d'appréciation laissée à l'Etat¹⁰⁹⁵. Il cite à titre d'exemple notamment les arrêts *Andronicou et Constantinou*¹⁰⁹⁶, *Gaskin*¹⁰⁹⁷ ou encore *Ahmed et autres*¹⁰⁹⁸. Enfin, concernant la proportionnalité au sens strict, il note que cette exigence est celle qui ressort le plus clairement de la pratique de la Cour de Strasbourg qui ne décline jamais sa compétence en se fondant sur la marge d'appréciation nationale pour l'examiner¹⁰⁹⁹. Il déplore toutefois les carences méthodologiques du raisonnement du juge européen concernant la détermination des intérêts mis en balance¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹² VAN DROOGHENBROECK (2001), chapitre III.

¹⁰⁹³ Nous nous limitons à mentionner que VAN DROOGHENBROECK établit une distinction entre la "règle de la proportionnalité" qui se décompose en trois sous-conditions et le "contrôle de proportionnalité" qui "désignerait quant à lui la compétence que se reconnaît le juge européen ... pour juger de l'observation par l'Etat de la règle de proportionnalité". Le "contrôle de la proportionnalité" ne sera pas examiné dans le cadre de ce travail.

¹⁰⁹⁴ ACEDH *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, série A n°6, § 10 ; VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 174 ss.

¹⁰⁹⁵ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 190 ss.

¹⁰⁹⁶ ACEDH *Andronicou et Constantinou* du 9 octobre 1997, Recueil 1997-VI, § 181 (refus de contrôler la nécessité).

¹⁰⁹⁷ ACEDH *Gaskin* du 7 juillet 1989, série A n° 160, § 49.

¹⁰⁹⁸ ACEDH *Ahmed et autres* du 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, §§ 63-64 (contrôle de la nécessité).

¹⁰⁹⁹ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 226.

¹¹⁰⁰ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 307.

L'analyse effectuée par VAN DROOGHENBROECK met en exergue un manque de rigueur flagrant des organes de Strasbourg dans l'application du principe de la proportionnalité que nous avons déjà relevé plus haut. Il en découle une certaine insécurité juridique qui a pour effet d'empêcher les Etats membres du Conseil de l'Europe d'anticiper les décisions de la Cour lors de l'adoption de mesures limitant les droits fondamentaux. Il manque en effet des jalons non équivoques dans la jurisprudence. Comme l'a relevé GRAY, le droit produit ne se révèle qu'à l'issue de la décision de justice¹¹⁰¹.

§ 4 L'inviolabilité de l'essence des libertés ou le noyau intangible

L'essence d'une liberté est la partie de cette liberté qui ne tolère aucune atteinte. La condition de l'inviolabilité de l'essence des libertés est apparue dans le droit positif au lendemain de la Seconde Guerre mondiale dans la *Grundgesetz* allemande en réaction aux atrocités commises par le régime nazi.

Cette condition est importée dans le droit suisse par le Tribunal fédéral dans un arrêt de 1962¹¹⁰². Elle fait ensuite son apparition dans le projet pour la préparation de la révision totale de la Constitution en 1977 et figure actuellement à l'article 36 alinéa 4 de notre Constitution. En 1986, AUBERT affirmait que le concept du noyau intangible était une condition essentiellement théorique¹¹⁰³. Actuellement, cette notion semble s'affirmer dans la jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹⁰⁴, bien que celui-ci n'en ait pas donné de définition abstraite¹¹⁰⁵. Dans la doctrine, cette notion est controversée. Le débat a trait aux rapports entretenus par le principe d'intangibilité de la substance et le principe de la proportionnalité. Il existe trois courants doctrinaux : le premier considère que les principes de la proportionnalité et du noyau dur se recoupent¹¹⁰⁶, le deuxième affirme que les deux principes se

¹¹⁰¹ GRAY (1963), p. 100, cité par VAN DROOGHENBROECK (2001), note n° 603.

¹¹⁰² ATF 88 I 248, 255, *Dafflon*.

¹¹⁰³ AUBERT (1986), p. 195.

¹¹⁰⁴ Voir à ce sujet quelques arrêt récents : ATF 126 I 112, 115, *S.* ; ATF 127 I 6, 30, *P.* ; SJ 2005 I 205 (voir note n° 208) ; ATF 123 I 296, 301, *X.*

¹¹⁰⁵ ATF 90 I 37, cité par MALINVERNI (1981), p. 176.

¹¹⁰⁶ Voir notamment ; MASTRONARDI (1978), p. 167 ss.

recouvrent partiellement¹¹⁰⁷ et le troisième soutient que les deux conditions sont indépendantes¹¹⁰⁸. A notre avis, la condition du noyau intangible n'est que partiellement indépendante de la proportionnalité. En effet, une atteinte à la substance d'un droit fondamental sera nécessairement disproportionnée. La doctrine peine à trouver des exemples de mesures qui portent atteinte au noyau dur d'un droit fondamental, mais respectent toutes les autres conditions de limitation¹¹⁰⁹. Le seul exemple généralement mentionné est celui de la torture¹¹¹⁰. La torture est inacceptable même dans le cas d'un terroriste qui connaît une information capitale pouvant sauver la vie de nombreuses personnes et refuse de parler. La torture porte atteinte au noyau dur de l'intégrité physique du terroriste, même s'il existe une base légale, un intérêt public et qu'elle est proportionnée au but de sauver des vies humaines. Par contre une restriction disproportionnée ne porte pas nécessairement atteinte au noyau dur du droit en question. En effet, dans son arrêt 113 la 325, par exemple, le Tribunal fédéral considère qu'un règlement de prison qui interdit l'envoi de denrées alimentaires aux prisonniers sauf à Noël et à Pâques viole le principe de la proportionnalité au sens étroit¹¹¹¹. Les détenus doivent pouvoir recevoir au moins six envois de nourriture répartis sur l'année. Un détenu incarcéré peu après Pâques ne pourrait ainsi recevoir aucun envoi de denrées alimentaires avant d'avoir été détenu pendant presque huit mois. Bien que justifiée par un intérêt public indéniable, soit éviter l'introduction clandestine d'objets métalliques ou de stupéfiants à l'intérieur de la prison, et respectant le principe de la nécessité, cette situation est excessivement rigoureuse et disproportionnée par rapport au but que l'on cherche à atteindre. Toutefois, le noyau dur du droit protégé n'est pas touché. Ainsi, même si l'exigence de l'intangibilité de la substance est liée à celle de la proportionnalité, un examen indépendant de ces deux points nous semble nécessaire. On notera tout de même que l'un des arguments soulevés par MORAND pour défendre l'indépendance complète de ces deux concepts est séduisant. Cet auteur voit dans le principe d'intangibilité de la substance en particulier une fonction idéologique capitale :

¹¹⁰⁷ Voir notamment WILDHABER (1986), p. 55 et SCHEFER (2001), p. 83-84.

¹¹⁰⁸ Voir notamment MORAND (1991), p. 56.

¹¹⁰⁹ AUBERT/MAHON (2003), p. 330.

¹¹¹⁰ AUBERT/MAHON (2003), p. 330.

¹¹¹¹ ATF 113 Ia 325, *Dame T.*

« Même si la défense d'un noyau irréductible se confondait avec le principe de proportionnalité, elle conserverait une double fonction symbolique, une prise de conscience par la collectivité de l'obligation de ne pas toucher à l'irréductible. Cette prise de conscience est parfaitement apte à produire des effets réels, en ce sens qu'elle peut guider le législateur, le gouvernement, l'administration et le juge. Elle peut en particulier servir à modeler le contenu de la proportionnalité. La deuxième fonction est de simplification. Certaines formes de mesures étatiques comme la torture, l'emprisonnement pour cause de dissidence ou en raison de la race sont d'emblée inconstitutionnelles sans qu'on ait même à s'interroger sur les buts poursuivis »¹¹¹².

La Charte canadienne ne fait pas allusion à cette quatrième condition de limitation des droits fondamentaux.

La Convention européenne des droits de l'homme n'offre pas non plus de consécration explicite de ce principe. VAN DROOGHENBROECK affirme que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît néanmoins l'existence de ce concept dans sa jurisprudence, et ce, dès l'affaire linguistique belge en 1968^{1113, 1114}, mais sans en avoir donné de définition¹¹¹⁵. Dans cette affaire, la Cour a en effet affirmé que :

« [L]e droit à l'instruction [...] appelle de par sa nature même une réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits garantis par la Convention »¹¹¹⁶.

VAN DROOGHENBROECK s'est essayé à répertorier dans la jurisprudence de Strasbourg la présence du concept de noyau dur et, concernant les garanties des articles 8 à 11 CEDH, en a conclu que « la référence explicite à la notion de « substance » est soit trop marginale pour que l'on puisse sur sa base ériger quelque principe général [...], soit vecteur de confusion [...] »¹¹¹⁷. Il explique qu'une référence explicite à la substance des droits fondamentaux n'a pas été introduite dans la Convention parce qu'elle était inutile, la logique de la proportionnalité occupant déjà le terrain, et il propose deux interprétations à ce phénomène¹¹¹⁸. Selon la première interprétation, il y a assimilation totale entre la proportionnalité et le principe de l'intangibilité de la substance, ce qui justifie que le juge ne vérifie pas si ces deux conditions sont respectées. Ainsi, s'il y a atteinte à

¹¹¹² MORAND (1991), p. 56

¹¹¹³ ACEDH *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, série A n°6.

¹¹¹⁴ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 377.

¹¹¹⁵ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 462.

¹¹¹⁶ ACEDH *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, série A n°6, § 5.

¹¹¹⁷ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 440.

¹¹¹⁸ VAN DROOGHENBROECK (2001), p. 476 ss.

la substance d'un droit, l'atteinte est disproportionnée et inversement. Dans un tel schéma, la substance d'un droit est le résultat d'une pesée des intérêts. Selon la deuxième interprétation, à laquelle adhère l'auteur, l'intangibilité de la substance n'est pas assimilée à la disproportion des limitations qui l'affectent, mais il existe un recouvrement fonctionnel entre ces deux notions. Ainsi, toute disproportion n'est pas nécessairement une atteinte à la substance, mais toute atteinte à la substance est nécessairement disproportionnée du moment que l'on suppose que la substance pèse, dans la balance des intérêts, plus lourd que n'importe quel intérêt qui peut lui être opposé.

Même si on retrouve effectivement dans la jurisprudence européenne quelques allusions au principe de l'essence des droits fondamentaux¹¹¹⁹, la Cour de Strasbourg n'a effectivement jamais développé de théorie relative à ce concept. Au contraire, dans les affaires *Müller*¹¹²⁰ et *Vogt*¹¹²¹, alors que les requérants avaient allégué le non-respect de l'essence des libertés protégées, la Cour a résolu les litiges sur la base de la proportionnalité. Elle a évité de se prononcer sur la question de la pertinence des arguments tirés de l'intangibilité de la substance. En conséquence, il faut donc en déduire que les organes de Strasbourg ne jugent pas indispensable la condition du respect du noyau dur des droits fondamentaux et s'en tiennent à l'analyse de la proportionnalité. Comme déjà mentionné ci-dessus, on regrette néanmoins l'analyse flottante et peu rigoureuse qui en est faite.

¹¹¹⁹ Voir notamment ACEDH *Lingens* du 8 juillet 1986, série A, n° 102, § 46 ; ACEDH *Young, James et Webster* du 13 août 1981, série A n° 44, § 52.

¹¹²⁰ ACEDH *Müller* du 24 mai 1988, série A n° 133.

¹¹²¹ ACEDH *Vogt* du 26 septembre 1995, série A n° 323.

CHAPITRE 3 LES DIFFERENTS TYPES DE DROITS PROTEGES

Les différentes catégories de droits fondamentaux protégés en droit suisse, canadien et dans la Convention européenne des droits de l'homme sont résumées dans le tableau suivant. Comme mentionné dans la partie relative au droit suisse, nous avons renoncé à analyser les droits politiques.

Suisse	Canada	CEDH
Libertés fondamentales ou classiques	Libertés fondamentales Liberté de circulation et d'établissement	Libertés civiles
Garanties de l'Etat de droit et garanties de procédure	Garanties juridiques Droits à l'égalité	Droit à l'égalité (non autonome) Garanties de procédure (art. 5 et 6)
Droits sociaux	Droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23)	Protégés par la Charte sociale européenne
	Droits linguistiques	

Ce tableau démontre que, à quelques exceptions près, les catégories de droits protégés en Suisse et au Canada se recoupent. La Convention européenne des droits de l'homme protège les libertés dites classiques, les garanties de l'Etat de droit et de procédure. Elle ne contient pas de droits sociaux. Ces derniers sont protégés par la Charte sociale européenne adoptée en 1961 et révisée en 1996. Il s'agissait de combler un vide laissé par la Convention européenne des droits de l'homme. La Charte sociale a pour but d'améliorer le niveau de vie des populations européennes et d'assurer leur bien-être social. Le système des traités du Conseil de l'Europe offre donc une protection des libertés classiques et des droits sociaux.

La Charte canadienne des droits et libertés ne contient pas de droits sociaux. Comme nous l'avons mentionné, la doctrine est d'ailleurs partagée sur le bien-fondé ou non de l'introduction de droits sociaux dans le texte fondamental.

Comme nous l'avons également expliqué, dans un arrêt de l'année 2002, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si l'article 7 de la Charte comportait des aspects positifs¹¹²². Le problème à résoudre était celui de savoir si le droit à la sécurité de la personne peut aussi être interprété comme protégeant le droit aux prestations d'aide sociale et interdisant les suppressions de prestations ayant pour effet de priver les bénéficiaires d'un niveau de vie décent. La Cour affirme que l'article 7 de la Charte ne protège pas un tel droit et ne se prononce donc pas sur la question de la constitutionnalité de la suppression de l'aide sociale. A noter que la juge minoritaire ARBOUR n'est pas de cet avis¹¹²³. Elle soutient que l'article 7 impose à l'Etat l'obligation positive d'assurer à ses citoyens une protection élémentaire en ce qui concerne la vie, la liberté et la sécurité de leur personne. Nous partageons cette position. Les droits sociaux ne sont pas exclus de la Charte canadienne. Plusieurs dispositions imposent à l'Etat des obligations d'agir, notamment l'article 23 qui affirme le droit des minorités francophone ou anglophone de faire instruire leurs enfants dans leur langue. Selon nous, le droit à un niveau minimal d'aide sociale se rattache clairement au droit à la vie et à la sécurité de la personne (art. 7). Cette disposition comporte une dimension positive. Le droit à la vie exige de l'Etat non seulement un comportement passif d'abstention, mais lui impose également l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à assurer la vie des personnes qui se trouvent sous sa juridiction. L'article 7 implique que l'Etat doit garantir aux citoyens un minimum nécessaire à une vie dans la dignité.

Il est également intéressant de se pencher sur la nature de l'article 23 de la Charte canadienne qui protège le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Cette disposition oblige les gouvernements des provinces à assurer l'instruction des Canadiens dans la langue de leur choix. Les garanties offertes par l'article 23 n'ont pas la même nature que la plupart des autres droits consacrés par la Charte. Ceux-ci protègent les comportements humains contre les actions de l'Etat.

¹¹²² *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429.

¹¹²³ *Gosselin c. Québec*, [2002] 4 R.C.S. 429, § 307 ss.

L'article 23, au contraire, impose à l'Etat de prendre les mesures appropriées pour donner un sens effectif à cette disposition. L'article 23 édicte des droits-créances impliquant une intervention étatique positive. Cette disposition présente donc toutes les caractéristiques d'un droit social.

CHAPITRE 4 APPLICABILITE DES CLAUSES LIMITATIVES

La question de l'applicabilité des clauses limitatives à tous les droits protégés par les textes fondamentaux préoccupe la doctrine et les tribunaux tant en Suisse qu'au Canada. Une telle question ne se pose pas dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme puisque les clauses limitatives figurent dans l'énoncé même des droits protégés (art. 8 à 11). Il n'existe donc aucune ambiguïté sur le fait de savoir si l'une de ces garanties peut être limitée¹¹²⁴. La solution des clauses limitatives spécifiques à chaque droit garanti présente donc un avantage incontestable de ce point de vue.

En Suisse et au Canada, la réponse à la question de l'applicabilité des clauses limitatives n'est pas claire. Tant le texte de l'article 36 de la Constitution suisse que celui de l'article 1^{er} de la Charte canadienne ne permettent pas de trancher la controverse. Par ailleurs, la jurisprudence et la doctrine ne s'accordent pas nécessairement. Après avoir formulé quelques remarques préalables, chaque catégorie de droits fondamentaux sera examinée dans le détail.

I Remarques préalables

A titre préliminaire, il est intéressant de mettre en avant les réflexions d'AUBERT et de BENDER concernant la Charte canadienne. Ces dernières sont en effet particulièrement pertinentes et vont nous servir de fils rouge dans l'examen de l'applicabilité des clauses limitatives aux différents droits fondamentaux. Le premier auteur soutient qu'il est difficile de voir quelles restrictions peuvent encore

¹¹²⁴ Il existe toutefois une certaine ambiguïté sur la question des limites implicites pour les autres droits.

affecter les droits fondamentaux dont le contenu est extrêmement précis¹¹²⁵. Il illustre son raisonnement par l'étude du cas de l'article 9 de la Charte canadienne (protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire) et affirme que l'article 1^{er} de la Charte ne peut pas s'appliquer à l'article 9¹¹²⁶. En effet, selon lui, la définition de la détention arbitraire se fait selon une démarche intellectuelle qui se rapproche de celle de l'article 1^{er} de la Charte. Après avoir suivi une première fois cette démarche, il n'est pas possible de procéder une deuxième fois à la démarche spécifique de l'article 1^{er} pour dire qu'une détention arbitraire est néanmoins constitutionnelle. Le second auteur affirme que l'article 1^{er} de la Charte canadienne est une disposition subsidiaire qui s'applique uniquement aux droits ne contenant pas de limitations intrinsèques¹¹²⁷.

II Les libertés fondamentales ou classiques

En ce qui concerne les libertés classiques, il n'y a pas de contestation sur l'application de la clause limitative tant en Suisse qu'au Canada. Le système de restriction s'applique bien entendu avec une intensité variable pour chacun des droits protégés. Les limitations ne sont pas identiques pour toutes les libertés. On ne peut évidemment pas imposer les mêmes motifs de limitation à la liberté économique qu'à la liberté personnelle par exemple.

III Les garanties d'un Etat de droit et les garanties de procédure (Suisse) et les garanties juridiques (Canada)

Nous allons examiner ici uniquement les garanties d'un Etat de droit et les garanties de procédure suisses ainsi que les garanties juridiques canadiennes. L'égalité, bien qu'intégrée en droit suisse dans cette catégorie, sera traitée à part.

¹¹²⁵ AUBERT (1986), p. 191-192.

¹¹²⁶ AUBERT (1986), p. 192.

¹¹²⁷ BENDER (1983), p. 669.

En droit canadien, où on distingue deux catégories de garanties juridiques - celles qui contiennent des limitations intrinsèques et celles qui n'en contiennent pas – une certaine confusion règne quant à l'application de la clause limitative. La Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer concernant certaines garanties juridiques. Elle semble souvent hésitante sur l'application de l'article 1^{er} à cette catégorie de droits. A propos de la protection de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne (article 7), elle indique par exemple que l'application de l'article 1^{er} à cette disposition nécessite des conditions exceptionnelles comme un état de guerre. La doctrine est aussi souvent réticente à appliquer la clause limitative aux garanties juridiques contenant des limitations intrinsèques. Par contre, en ce qui concerne les garanties qui ne contiennent pas de limitations intrinsèques, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire que la clause limitative s'applique. A notre avis, sur la base des raisonnements de AUBERT et BENDER, il faut retenir que l'article 1^{er} de la Charte canadienne ne s'applique pas aux droits et libertés contenant des limitations intrinsèques. Il en va ainsi des articles 7, 8, 9, 11 (en particulier les garanties faisant référence au concept de raisonnable) et 12 de la Charte canadienne. Leur champ de protection est très clairement défini, ne laissant plus aucune place pour d'autres restrictions. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, plus le domaine de protection d'un droit est défini, moins il y a de place pour des limitations externes.

L'article 7 de la Charte canadienne garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans le cadre de l'examen des « principes de justice fondamentale », les tribunaux ont le pouvoir de déterminer si la règle est fondamentalement juste ou injuste en elle-même, mais également du point de vue de sa mise en œuvre procédurale¹¹²⁸. Dans trois arrêts de l'année 1993, la Cour suprême indique que la détermination de ce qui est juste et injuste relève d'un exercice de pondération des droits individuels et des intérêts collectifs de la société afin de voir si se justifie l'atteinte au droit à la vie, la liberté ou à la

¹¹²⁸ Voir BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1111ss. Nous ne nous penchons pas sur cette distinction dans le cadre de cette étude. Les références jurisprudentielles citées ont trait à l'examen du contenu de la norme et pas à l'examen de la façon dont la règle est appliquée.

sécurité qu'entraîne la norme ou l'acte en cause¹¹²⁹. BRUN, TREMBLAY et BROUILLET expliquent que la Cour suprême n'a pas immédiatement fixé sa jurisprudence relative à la pondération des intérêts, mais qu'elle a hésité entre la simple pertinence et la stricte nécessité pour finalement adopter le critère de la raisonnabilité. Ainsi, pour être jugé juste fondamentalement, l'acte ou la norme portant atteinte aux droits de l'article 7 ne doit pas s'avérer strictement nécessaire, ni seulement pertinent, mais il doit apparaître comme raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif sociétal poursuivi¹¹³⁰. Ces trois auteurs estiment que le test imposé par l'article 7 est similaire dans sa substance à celui de l'article 1^{er} de la Charte¹¹³¹. Ils sont également d'avis que dans des circonstances particulières, comme la guerre, l'article 1^{er} pourrait permettre aux tribunaux de considérer raisonnable ce qu'ils auraient d'abord jugé injuste¹¹³². La Cour suprême partage cette position. A l'instar des trois auteurs cités, nous sommes d'avis que le test imposé par l'article 7 de la Charte est clairement semblable à celui de la clause limitative de l'article 1^{er}. Il s'agit en effet de déterminer l'objectif visé par la norme, puis de mettre en balance l'intérêt de la société avec l'intérêt privé, ce qui revient à examiner la proportionnalité. Toutefois, il nous semble incohérent, après avoir dit qu'une norme n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, de considérer qu'elle est néanmoins constitutionnelle sur la base de l'article 1^{er}.

Un observateur suisse peut faire des réflexions similaires pour les articles 8 (protection contre les fouilles, perquisition et saisies abusives), 9 (protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire) et 11 (divers droits de la personne accusée) de la Charte. En ce qui concerne l'interdiction de l'emprisonnement ou la détention arbitraire, comme AUBERT, nous estimons qu'il est très curieux qu'après avoir suivi une démarche semblable à celle de l'article 1^{er} pour conclure au caractère arbitraire de la détention, on procède une deuxième fois à la démarche spécifique de l'article 1^{er} pour dire qu'une détention arbitraire est néanmoins constitutionnelle. Un juriste suisse qualifie une détention d'arbitraire si elle ne se fonde pas sur une loi, si elle est injustifiée et si elle est disproportionnée. Au

¹¹²⁹ *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143 ; *Rodrigues c. Colombie Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519 et *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475. Ces trois arrêts sont cités par BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1113.

¹¹³⁰ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1114-1115.

¹¹³¹ BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1115.

¹¹³² BRUN/TREMBLAY/BROUILLET (2008), p. 1102.

Canada, dans plusieurs cas, les tribunaux ont affirmé qu'une détention arbitraire était conforme à l'article 1^{er} de la Charte¹¹³³. Il faut toutefois relever la « faiblesse » du critère « arbitraire » qui peut expliquer l'application subséquente de l'article 1^{er} de la Charte. Ainsi, la détention était arbitraire du fait qu'elle consistait en l'arrestation de véhicules automobiles au hasard à des fins de contrôle routier. C'est ensuite dans le cadre de l'article 1^{er} de la Charte que la Cour suprême a pointé l'importance de l'objectif poursuivi, soit la sécurité routière, et la légèreté de l'atteinte par rapport à l'objectif (proportionnalité). Il semble donc que la Cour suprême n'a procédé qu'à une seule analyse des critères de l'intérêt public et de la proportionnalité. De notre point de vue, il serait plus cohérent avec le texte même de cette disposition, qui contient clairement une limitation intrinsèque, d'effectuer une analyse rigoureuse du critère « arbitraire » et de renoncer à l'application subséquente de la clause limitative.

Concernant l'article 8, la problématique est similaire. Cette disposition interdit les fouilles, perquisitions et saisies abusives (*unreasonable* en anglais). Dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, la Cour suprême indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public à ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi¹¹³⁴. Elle précise également que l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal autorisant la fouille, perquisition ou saisie. HOGG se fonde sur cette décision pour affirmer que le critère « *unreasonable* » de l'article 8 de la Charte a une portée différente du critère de raisonabilité de l'article 1^{er} de la Charte et que, partant, l'application de la clause limitative reste possible¹¹³⁵. A notre avis, il découle de ce jugement que pour déterminer si une fouille, perquisition ou saisie est abusive, il faut procéder à une mise en balance des intérêts privés et publics, ce qui revient à appliquer le principe de la proportionnalité. Des cours d'appel provinciales ont d'ailleurs affirmé que le

¹¹³³ Voir *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621 ; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257 ; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291.

¹¹³⁴ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

¹¹³⁵ HOGG (2008), p. 853.

caractère abusif d'une fouille, saisie ou perquisition se juge en fonction de la proportionnalité qui existe entre le droit de la personne et l'intérêt public¹¹³⁶. L'article 8 de la Charte implique une analyse de principes similaires à ceux posés par l'article 1^{er}. A nouveau, nous estimons pour le moins curieux qu'après avoir examiné les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité, on soumette la mesure incriminée à la clause limitative.

Finalement, à l'instar de HOGG¹¹³⁷, nous sommes d'avis que l'interdiction des traitements ou peines cruels et inusités est un droit absolu qui ne peut être limité.

En ce qui concerne les garanties de procédure suisses (articles 29, 29a 30, 31 et 32 Cst.), il s'agit de garanties minimales et subsidiaires¹¹³⁸. En effet, les règles de procédure sont fixées par le droit ordinaire fédéral ou cantonal qui offre généralement des garanties plus étendues. A ce titre, ces droits, dont le contenu est clairement défini, ne peuvent pas être limités aux conditions de l'article 36 Cst. Dans certains cas, des exceptions sont prévues par la garantie elle-même. Ainsi, le texte de l'article 29a (garantie de l'accès au juge) précise que « la Confédération et les cantons, peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels ». Selon le Message du Conseil fédéral, sont visés notamment des décisions peu ou difficilement justiciables, comme les actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques » ainsi que les actes qui, en raison des principes de séparation des pouvoirs ou de la démocratie directe, se prêtent mal à un contrôle juridictionnel^{1139, 1140}. La lecture du Message laisse apparaître que les « exceptions » mentionnées dans le texte constitutionnel répondent à certains buts pratiques. Se pose alors la question de la légitimité de ces buts. En effet, ce n'est pas n'importe quel but qui peut justifier une entorse à la garantie de l'accès au juge. Certains garde-fous doivent être posés. C'est ainsi que les conditions de limitation de l'article 36 Cst. peuvent jouer le rôle de lignes directrices. Il faut la présence d'un intérêt public pour limiter la garantie de l'article

¹¹³⁶ *Re Milton and The Queen*, [1987] 37 D.L.R. (4th) 694 (C.A. C.-B) et *R. c. Heisler*, [1984] 8 D.L.R. (4th) 764 (C.A. Alta).

¹¹³⁷ HOGG (2008), p. 855.

¹¹³⁸ AUBERT/MAHON (2003), p. 263.

¹¹³⁹ Voir maintenant un arrêt du Tribunal fédéral non publié du 14 décembre 2009 [2C_99/2009]. Dans cet arrêt, la Haute Cour précise la notion de « caractère politique prépondérant ». Il préconise une interprétation restrictive et précise que la garantie de l'accès au juge ne doit être exclue que de manière très exceptionnelle.

¹¹⁴⁰ FF 1997 I 531.

29a Cst. Par ailleurs, il convient également de vérifier que le but visé est assez important pour justifier l'atteinte. Nous rejoignons ainsi notamment KIENER et KÄLIN¹¹⁴¹.

En ce qui concerne la détention préventive (art. 31 Cst.), le Tribunal fédéral a dégagé certaines conditions permettant de déterminer si celle-ci est justifiée. Elles ne sont toutefois pas précisées dans le texte constitutionnel. Ainsi, la personne touchée doit être fortement suspectée d'avoir commis une infraction grave et il doit exister des raisons suffisamment fortes de craindre un risque de collusion, de fuite ou de récidive. Ces conditions concrétisent les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité. On remarque une nouvelle fois que l'article 36 Cst, bien qu'il ne s'applique pas directement, joue un rôle de guide.

En ce qui concerne le principe de la bonne foi, comme il a été exposé plus haut, ce dernier est soumis à la réalisation de cinq conditions cumulatives. On voit mal dans quelles situations la bonne foi d'un administré pourrait être limitée après qu'il ait été affirmé qu'elle devait être garantie étant donné la réalisation des conditions de protection. Dans cette optique, le raisonnement de AUBERT mis en avant concernant le droit canadien est particulièrement pertinent¹¹⁴². Il faut également souligner que l'exigence de la bonne foi est un principe de base de l'activité de l'Etat régi par le droit. D'après le Tribunal fédéral, il s'agit même d'une « condition essentielle à tout rapport juridique »¹¹⁴³. Il s'agit là d'un deuxième argument en faveur de l'inapplicabilité de l'article 36 à la bonne foi. Vue sous cet angle, la protection de la bonne foi représente un noyau dur qui ne peut subir de limitations.

L'arbitraire est défini par AUBERT et MAHON comme la négation du droit et de la justice et la prohibition de l'arbitraire comme la garantie d'un minimum de justice qui protège les particuliers contre les violations grossières du droit ou de l'équité¹¹⁴⁴. En se fondant sur cette définition, il est possible d'affirmer que l'article 9 Cst. représente un noyau dur et ne peut subir de limitations. C'est d'ailleurs l'opinion de KIENER et KÄLIN¹¹⁴⁵.

¹¹⁴¹ KIENER/KÄLIN (2007), p. 77-78.

¹¹⁴² AUBERT (1986), p. 192.

¹¹⁴³ ATF 108 Ib 377, 385-388, *Posewitz*.

¹¹⁴⁴ AUBERT/MAHON (2003), p. 93.

¹¹⁴⁵ KIENER/KÄLIN (2007), p. 77 et 337.

Après avoir constaté ci-dessus que les droits dont le contenu est clairement défini ne peuvent pas être soumis aux clauses limitatives des articles 36 de la Constitution suisse et 1^{er} de la Charte canadienne, il est intéressant de se pencher sur les droits qui contiennent des exceptions limitant leur champ d'application dans la Convention européenne des droits de l'homme (art. 2, 4, 5, 6 et 7). On notera que contrairement aux articles 8 à 11 CEDH, ces dispositions ne sont pas suivies d'une clause limitative. Il faut donc voir là un élément venant appuyer notre théorie selon laquelle les droits contenant des limitations intrinsèques ne sont pas sujets à des limitations externes.

IV L'égalité

Au Canada, la doctrine¹¹⁴⁶ et la jurisprudence¹¹⁴⁷ s'accordent depuis la fin des années quatre-vingt sur l'application de la clause limitative à l'égalité de traitement. Ainsi, il faut rechercher en premier lieu si la loi impose une différence de traitement puis examiner si la distinction se justifie en vérifiant les conditions de l'article 1^{er}. La distinction poursuit-elle un objectif suffisamment important ? L'atteinte portée à l'égalité est-elle raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif visé (critère de la proportionnalité) ? Depuis 2002, certains juges de la Cour suprême ont plaidé pour une application plus restrictive de l'article 1^{er} de la Charte dans le cadre de l'égalité, même s'ils n'ont pas contesté le principe de son application¹¹⁴⁸. Les droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte sont effectivement pratiquement absolus. Leur restriction ne se justifie que dans de rares circonstances comme la nécessité de protéger les droits d'autrui ou les valeurs phares de la Charte.

Dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 n'est pas suivi d'un alinéa détaillant les conditions permettant sa limitation. Néanmoins, l'analyse des distinctions et assimilations passe également par l'examen de leur but et de leur proportionnalité. La Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine

¹¹⁴⁶ DUPLÉ (1989), p. 106.

¹¹⁴⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹¹⁴⁸ *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, § 91. Voir également le juge en chef MC LACHLIN, § 6.

s'entendent sur cette méthode d'analyse^{1149, 1150}. Lorsqu'un Etat défendeur cherche à justifier une différence de traitement ou une assimilation, il doit démontrer qu'il existe un but légitime. Le test de proportionnalité doit ensuite permettre de déterminer si la différence de traitement se justifie dans son étendue¹¹⁵¹.

La doctrine et la jurisprudence canadiennes et européennes appliquent donc les conditions classiques de limitation à l'égalité.

En Suisse, l'application de la clause limitative de l'article 36 Cst à l'égalité est largement rejetée par la doctrine. Le Tribunal fédéral partage généralement cette position et affirme que le principe de l'égalité de traitement est violé lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente¹¹⁵². Seuls MARTENET, SCHEFER et WIEDERKEHR adoptent une position novatrice en préconisant l'application des critères de limitation de l'article 36 Cst. à l'égalité de traitement¹¹⁵³.

A notre avis, les droits canadien et européen doivent servir de modèle au système suisse. Ainsi, le postulat adopté par la doctrine majoritaire, selon lequel l'article 36 ne s'applique pas à l'égalité, doit être revu. Il n'existe pas de barrière à l'application de l'article 36 à l'égalité. L'existence de décisions, certes marginales, du Tribunal fédéral relatives à l'égalité, mentionnant les principes de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité appuie aussi notre position¹¹⁵⁴. On postule généralement que seules les différences de traitement fondées sur des critères pertinents sont admissibles. Pourtant toute la difficulté réside dans la manière d'apprécier la pertinence d'un critère. A quelles conditions un critère est-il pertinent ? L'application de l'article 36 Cst. permet de passer outre cet obstacle. L'intérêt public et la proportionnalité sont des critères relativement précis qui constituent un guide fiable et strict permettant d'analyser les assimilations ou les distinctions effectuées par les autorités. On évite ainsi que n'importe quelle

¹¹⁴⁹ Voir notamment ACEDH *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, série A n° 6.

¹¹⁵⁰ Voir notamment EISSEN (1993), p. 141.

¹¹⁵¹ ACEDH *Affaire Syndicat national de la police belge* du 27 octobre 1975, série A n° 19, § 49.

¹¹⁵² ATF 118 Ia 1, 2-3, *F*. Il existe toutefois certaines décisions dans lesquelles le Tribunal fédéral examine la présence d'un intérêt public ou le respect de la proportionnalité en relation avec l'égalité. Voir ci-dessus.

¹¹⁵³ MARTENET (2003), p. 335 ; SCHEFER (2006), p. 106 ss; WIEDERKEHR (2008), p. 396-412.

¹¹⁵⁴ Voir notamment ATF 131 II 361, *B.*, et 126 V 70, *Office AI de Schwytz*.

justification ne suffise à opérer une distinction ou une assimilation. La sécurité du droit s'en trouve renforcée. L'existence de la justification de l'assimilation ou de la distinction doit s'apprécier au regard du but de la mesure considérée. La mesure doit poursuivre un but légitime. Il faut donc la présence d'un intérêt public pour fonder un traitement différent ou une assimilation. Par ailleurs, le fait d'examiner si la distinction ou l'assimilation faite est soutenable ou non revient à rechercher l'existence d'un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé. Ce n'est rien d'autre que l'examen de la proportionnalité de la distinction établie. Par ailleurs, le noyau dur de l'égalité doit être respecté. En effet, à notre avis, il existe bel et bien un noyau dur dans l'égalité. Il s'agit de l'interdiction de la discrimination, du moins pour certains critères¹¹⁵⁵. Pour ces derniers, une distinction dépréciative est toujours interdite. L'interdiction de la discrimination constitue en effet un seuil à ne pas franchir. Cette partie de la garantie de l'égalité a une telle importance qu'aucun intérêt public ne justifiera jamais qu'on y porte atteinte.

V Les droits sociaux

La question de l'application de la clause limitative aux droits sociaux est discutée en Suisse. Alors que, dans un premier temps, le Tribunal fédéral s'est prononcé pour une application de la clause limitative au droit à des conditions minimales d'existence¹¹⁵⁶, la doctrine s'est opposée à cette position, affirmant que la clause limitative était dessinée pour les libertés fondamentales¹¹⁵⁷. En 2004, le Tribunal fédéral est revenu sur sa position concernant la limitation de l'article 12 Cst¹¹⁵⁸, se fondant sur la position de MÜLLER¹¹⁵⁹. Selon la doctrine actuelle, le droit à des conditions minimales d'existence ne peut être limité étant donné que son champ de protection correspond à son noyau dur¹¹⁶⁰. Pour ce qui est des autres droits

¹¹⁵⁵ A noter que ce n'est pas l'avis du Tribunal fédéral selon lequel une distinction fondée sur l'un des motifs de l'article 8 alinéa 2 Cst. peut être justifiée par des motifs particulièrement pertinents. Voir à ce sujet les ATF 126 V 70, 73-74, IV-Stelle Schwytz ; 126 II 377, 392-394, F.A. et A. A. ; 129 I 217, A und Mitb ; 129 I 232, Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich.

¹¹⁵⁶ ATF 122 II 193, B.

¹¹⁵⁷ Notamment AUER (1997), p. 42 ; WEBER-DÜRLER (2000), p. 133 ; KIENER (2003), p. 672.

¹¹⁵⁸ ATF 130 I 71, X. et 131 I 166, X.

¹¹⁵⁹ MÜLLER (1999), p. 178.

¹¹⁶⁰ Voir SCHEFER (2006), p. 102 ss ; MÜLLER/SCHEFER (2008), p. 776 ; KIENER/KÄLIN (2007), p. 398 ; BIAGGINI (2007), p. 130 ; HALLER (2009), p. 213.

sociaux, de plus en plus nombreux sont les auteurs qui n'excluent pas l'application de l'article 36 Cst., à tout le moins de certaines de ses composantes¹¹⁶¹. SCHEFER affirme d'ailleurs que l'article 36 Cst. n'est pas un programme d'examen fermé qui doit dans tous les cas être appliqué dans son intégralité, mais au contraire que cette disposition formule un catalogue des exigences possibles qu'une limitation d'un droit fondamental doit satisfaire¹¹⁶².

Le droit à des conditions minimales d'existence garantit les besoins élémentaires que sont l'habillement, la nourriture ou le logement ou encore les soins médicaux de base. Il s'agit d'une protection minimale dont la finalité est de préserver la dignité humaine. La simple logique pose que ce qu'on nomme « minimum » ne peut pas être raboté, sous peine de ne plus avoir aucune signification. Ainsi, la diminution des prestations minimales de l'Etat ne peut que mener à la suppression de la reconnaissance de ce droit. La garantie est vidée de son sens. La personne visée par une mesure restrictive pourrait alors être réduite à l'état de mendicité ou à vivre de la charité, or c'est bel et bien ce que semblait vouloir éviter notre Haute Cour en reconnaissant un droit à des conditions minimales d'existence.

Selon nous, le droit à des conditions minimales d'existence est un droit qui ne peut subir de limitations, non pas parce qu'il s'agit d'un droit social et que les droits sociaux ne devraient pas être limités de par leur nature, mais parce que le champ de protection de ce droit coïncide avec son noyau intangible. Cette garantie protège uniquement les besoins élémentaires indispensables à une existence décente. Il n'est donc ni possible, ni concevable de restreindre un minimum. Cela vaut indépendamment de la cause de la situation de détresse. Le droit à des conditions minimales d'existence ne doit donc pas être réduit, et ce, même en cas de faute de l'intéressé. Dans cette optique, les arrêts récents dans lesquels le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence étaient bienvenus¹¹⁶³. Enfin, le dernier arrêt rendu en la matière répète de manière très claire que le droit à l'aide en situation de détresse ne pouvait être réduit ou refusé même si la personne qui requiert l'aide était responsable de son état¹¹⁶⁴. On peut toutefois regretter que la

¹¹⁶¹ Voir notamment MÜLLER (2001), p. 641 ; SCHEFER (2006), p. 9-10 ; FEUZ (2002), p. 133.

¹¹⁶² SCHEFER (2006), p. 9-10.

¹¹⁶³ ATF 130 I 71, X. et 131 I 166, X.

¹¹⁶⁴ ATF 134 I 65, C.

Haute Cour n'ait pas profité de ces occasions pour se prononcer de manière générale sur les droits sociaux.

Le droit à l'assistance judiciaire gratuite ne peut pas non plus être limité par le biais de l'article 36 Cst. Il s'agit d'une garantie qui contient des limitations intrinsèques. Si les conditions d'octroi sont remplies, le requérant a droit à l'assistance judiciaire. L'intérêt public apparaît dans le fait que le bénéfice de l'assistance judiciaire doit permettre au justiciable de ne pas entamer son minimum vital. Le concept de la proportionnalité se retrouve dans le fait de soumettre l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite aux conditions que la cause ne doit pas être dépourvue de chance de succès et que la défense doit être nécessaire concernant l'assistance d'un avocat. Après avoir défini le champ de protection de ce droit de manière stricte, il n'est plus possible de le limiter. Le principe exposé par AUBERT selon lequel les droits qui contiennent des limitations intrinsèques ne peuvent faire l'objet de limitations extrinsèques est donc aussi pertinent concernant cette garantie¹¹⁶⁵. Nous rejoignons ici la position de MEICHSSNER¹¹⁶⁶.

La doctrine est assez partagée au sujet l'applicabilité de la clause limitative au droit à un enseignement de base. KIENER et KÄLIN estiment que le droit à un enseignement gratuit est une garantie minimale non susceptible de limitations¹¹⁶⁷. Selon ces deux auteurs, des mesures pédagogiques spéciales doivent s'appliquer aux jeunes à problème et non pas une exclusion scolaire.

SCHEFER, de son côté, affirme que le droit à un enseignement de base ne peut être limité que dans le cas où il s'agit de résoudre une collision avec les droits fondamentaux de tiers¹¹⁶⁸, en particulier quand un élève dérange l'enseignement d'une manière tellement intensive que les autres élèves sont menacés dans leur droit et qu'ils ne peuvent pas être protégés d'une autre manière. Il peut être justifié d'exclure temporairement le perturbateur¹¹⁶⁹. Les principes de la base légale et de

¹¹⁶⁵ AUBERT (1986), p. 192.

¹¹⁶⁶ MEICHSSNER (2008), p. 151-152.

¹¹⁶⁷ KIENER/KÄLIN (2007), p. 393.

¹¹⁶⁸ SCHEFER (2006), p. 100-1011 ; MÜLLER/SCHEFER (2008), p. 799.

¹¹⁶⁹ SCHEFER (2006), p. 101 et 103. Voir aussi RHINOW/SCHEFER (2009), p. 688 et MÜLLER/SCHEFER (2008), p. 799.

la proportionnalité jouent alors un rôle central¹¹⁷⁰. BIAGGINI affirme également que le droit à un enseignement de base trouve ses limites dans la liberté d'autrui et que sans tous les cas, la collectivité reste responsable de l'élève concerné durant la période d'exclusion¹¹⁷¹.

Si l'on suit la position selon laquelle le droit à un enseignement gratuit ne peut pas être limité, les mesures disciplinaires comme l'exclusion temporaire ou définitive des élèves perturbateurs prévues par certaines législations scolaires cantonales seraient inconstitutionnelles.

L'article 19 Cst. a pour but de donner à chacun les connaissances et les moyens nécessaires afin de participer à la vie de la collectivité et d'apprendre une profession et ce, de manière gratuite¹¹⁷². D'un point de vue pratique, les législations scolaires prévoyant l'exclusion d'élèves perturbateurs sont nécessaires, voire indispensables. Pour assurer qu'aucun élève ne soit entravé dans l'exercice de son droit, les perturbateurs doivent pouvoir être exclus. De telles mesures doivent être envisagées sous l'angle des limitations intrinsèques et non sous celui des limitations externes. Dans une décision de 1998, le Conseil fédéral indique que l'enseignement de base doit être suffisant et gratuit¹¹⁷³. La notion d'enseignement suffisant constitue un concept juridique indéterminé qui laisse aux cantons chargés de la mettre en œuvre une certaine marge d'appréciation :

« L'exigence de l'instruction suffisante implique notamment la fréquentation régulière de l'école. Si l'accès à l'école est défavorable au point qu'il en résulte une atteinte inadmissible aux droits fondamentaux de l'enfant et propre à perturber l'instruction de celui-ci, l'impératif de la suffisance n'est alors pas respecté ».

Ce raisonnement doit être suivi concernant la présence d'élèves perturbateurs dans les classes. Si la qualité de l'enseignement est perturbée par certains élèves au point qu'il en résulte une atteinte inadmissible au droit des autres élèves, l'impératif de la suffisance de l'enseignement n'est également plus respecté. Dans le cadre de leur marge de manœuvre, les cantons doivent prévoir des mesures de suspension pour que la qualité de l'instruction réponde aux exigences de la

¹¹⁷⁰ MÜLLER/SCHEFER (2008), p. 799.

¹¹⁷¹ BIAGGINI (2007), p. 162.

¹¹⁷² voir AUBERT/MAHON (2003), p. 179.

¹¹⁷³ JAAC 64.1, p. 17 et 24.

Constitution. Les mesures de suspension ou d'exclusion font donc partie du cadre général de l'enseignement. L'article 19 Cst. est une disposition qui contient ses propres limites internes et qui ne souffre pas de restrictions au sens de l'article 36 Cst. Les critères posés par la clause limitative sont néanmoins sous-jacents dans le cadre des limitations internes. En effet, la protection des droits fondamentaux de tiers, à savoir des autres élèves justifie l'exclusion ou la suspension qui doivent être proportionnées.

Au Canada, bien qu'il soit admis que la Charte ne protège pas les droits sociaux, comme nous l'avons déjà expliqué, l'article 23 présente, toutes les caractéristiques d'un droit-créance. Cette disposition impose en effet au gouvernement de prendre les mesures appropriées pour lui donner un sens. Or, la question de sa limitation est controversée. L'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards* traite de ce problème. Il s'agit d'examiner la constitutionnalité d'une législation québécoise en matière de langue de l'enseignement selon laquelle l'enseignement a lieu en français à tous les niveaux scolaires sous réserve de quelques exceptions. Devant la Cour supérieure du Québec, les requérants affirment que la clause limitative ne peut s'appliquer à l'article 23 de la Charte¹¹⁷⁴. L'argument principal tient au fait que l'un des buts de la Charte était de corriger la situation insatisfaisante au Canada dans le domaine de la langue de l'enseignement. Il n'est pas concevable qu'après avoir atteint ce résultat par le biais de l'article 23, les auteurs de la Charte aient laissé la porte ouverte à sa limitation par l'application de l'article 1^{er}. La Cour suprême du Canada, s'exprimant à son tour sur cette affaire, a laissé entendre que la clause limitative pourrait avoir un champ d'application moins étendu qu'il n'y paraît à la simple lecture. Elle affirme à cinq reprises que c'est uniquement à des fins de discussion et sans toutefois en décider qu'elle considère que la clause limitative s'applique à l'article 23 de la Charte¹¹⁷⁵. Sur le fond, la Cour suprême retient que la législation québécoise redéfinit, pour le Québec, les personnes qui ont droit à l'enseignement dans la langue de la minorité, ce qui a pour effet de déroger à l'article 23 et de modifier la Charte. Elle ajoute que la clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte ne vise pas les droits à l'instruction dans la langue de la

¹¹⁷⁴ *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1982] C.S. 673, 683.

¹¹⁷⁵ *Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 66, 71, 78, 84, 85, 86.

minorité et que ce n'est qu'en suivant la procédure de modification constitutionnelle que l'on peut valablement remodeler les catégories des personnes protégées par l'article 23 de la Charte.

Selon nous, l'article 23 ne peut être limité pour deux raisons. En premier lieu, une restriction de ce droit irait à l'encontre même de son but et équivaldrait à une négation du droit. Cette disposition oblige, en effet, les gouvernements provinciaux à assurer l'instruction des Canadiens dans la langue de leur choix et ce, même dans les régions où seulement une minorité de résidents parle cette langue. Deuxièmement, l'article 23 contient une limite intrinsèque. Il exige que le nombre des enfants soit suffisant pour justifier la dépense de fonds publics. Or, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la clause limitative n'est pas applicable aux droits qui contiennent leurs propres limitations. Le seul fait que la condition du nombre d'enfants suffisant soit remplie doit conduire au respect de la garantie à l'enseignement dans la langue de la minorité.

CHAPITRE 5 LES CLAUSES DEROGATOIRES

D'après la définition de AUER, MALINVERNI et HOTTELIER, une dérogation à une liberté est

« une mesure étatique qui, sur la base d'une disposition expresse de la constitution ou d'une convention internationale, met la liberté entre parenthèses dans un domaine spécifique ou dans une situation particulière »¹¹⁷⁶.

La Constitution suisse contient quelques dispositions qui autorisent la Confédération et les cantons à déroger à la liberté économique ou à la garantie de la propriété. La Constitution suisse ne contient toutefois pas de clause dérogatoire générale au même titre que la Charte canadienne ou la CEDH. On peut d'ailleurs se demander si une dérogation, même temporaire, aux droits fondamentaux ne viole pas le principe de l'intangibilité de leur essence.

L'article 33 de la Charte canadienne concède aux parlements fédéral et provinciaux le pouvoir de déroger à l'article 2 ainsi qu'aux articles 7 à 15 de la Charte, ce qui signifie que les droits qui ne font pas partie de cette liste ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation.

L'article 15 CEDH permet aux Etats de déroger à certains droits consacrés dans la Convention. Le paragraphe 2 de l'article 15 établit une liste de droits auxquels aucune dérogation n'est autorisée. Il s'agit des articles 2, 3, 4 § 1, 7 CEDH, 3 du Protocole n° 6 et 4 du Protocole n° 7.

Ces deux clauses dérogatoires sont toutefois bien différentes. Alors que la clause canadienne autorise des dérogations valables en tout temps, la clause européenne n'autorise des dérogations qu'en situation de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. De plus, dans le droit européen, les mesures

¹¹⁷⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, (2006b), p. 119.

doivent être strictement exigées par la situation. La Charte canadienne ne commande donc que le respect de conditions de forme, tandis que la CEDH ordonne le respect de conditions de forme et de fond. La différence la plus frappante, et particulièrement choquante selon nous, entre la clause canadienne et la clause européenne réside toutefois dans le noyau dur des droits protégés. Les droits intangibles ne concordent pas dans les deux ordres juridiques. La Charte canadienne permet en effet des dérogations aux droits les plus importants, à savoir le droit à la vie, le principe de la non-rétroactivité des lois, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants et l'interdiction de l'esclavage¹¹⁷⁷. Elle interdit par contre les dérogations aux droits démocratiques et politiques, à la liberté de circulation et aux droits linguistiques.

Ces différences s'expliquent par l'origine et le rôle des clauses dérogatoires et il est toujours délicat de comparer des ordres juridiques différents. La clause dérogatoire européenne a été introduite dans la Convention suite à une proposition britannique soutenue par la Grèce et la Belgique. Ces pays ont fait valoir la nécessité de mesures d'exception notamment en cas de guerre civile, tout en insistant sur la garantie capitale concernant le caractère intangible de certains droits. Au Canada, la clause dérogatoire est le fruit d'un compromis destiné à faire accepter la loi constitutionnelle de 1982. Elle a pour but de préserver la souveraineté des parlements et de permettre à ceux-ci d'échapper au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. L'adoption de la Charte en 1982 a effet marqué un changement politique majeur en faisant passer le Canada du système de la suprématie parlementaire, héritée de l'Angleterre, à celui de la suprématie constitutionnelle. Cette clause tente de créer un équilibre ces deux systèmes.

Dans la pratique, l'usage de la clause dérogatoire est extrêmement limité étant donné un coût politique très élevé, si bien que les réflexions qui suivent sont essentiellement théoriques. Toutefois, une clause dérogatoire telle que la clause canadienne qui autorise des dérogations en l'absence de situation particulière ne devrait pas avoir sa place dans le texte constitutionnel. D'une part, son usage restreint considérablement la mise en œuvre de la Charte dans le domaine des libertés fondamentales et des garanties institutionnelles. D'autre part, dans un

¹¹⁷⁷ A noter que le Pacte de l'ONU, relatif aux droits civils et politiques, ratifié par le Canada, contient une disposition similaire à celle de la CEDH à son article 4.

système démocratique, les tribunaux ont pour rôle de protéger la primauté du droit, notamment la Constitution. La clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte permet de passer outre ce contrôle judiciaire et crée un déséquilibre des rôles respectifs des trois pouvoirs. Finalement, une clause limitative suffit. L'article 1^{er} de la Charte affirme déjà que les droits et libertés ne sont pas absolus et qu'ils peuvent être limités sous certaines conditions. Cette disposition offre suffisamment de marge de manœuvre au pouvoir législatif pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixé.

Quant à la question de savoir si la clause limitative de l'article 1^{er} de la Charte canadienne peut s'appliquer à la clause dérogatoire, il faut y donner une réponse négative à notre avis. La clause limitative et la clause dérogatoire ont des finalités tout à fait différentes. La clause limitative répond au fait que les libertés ne sont pas absolues et doivent être limitées dans la nécessité de protéger juridiquement l'intérêt général, ou pour assurer leur équilibre mutuel. La clause limitative a pour rôle de fixer des bornes au législateur. Celui-ci n'est pas libre d'opposer n'importe quelle restriction à un droit fondamental. Pour limiter les abus éventuels du législateur, la restriction d'une liberté n'est licite que si elle respecte certaines conditions. En ce qui concerne la clause dérogatoire, sous réserve du respect de conditions formelles, l'application de la Charte est suspendue dans certains domaines. L'application de l'article 1^{er} à la clause dérogatoire n'est pas cohérente, cette dernière rétablit un contrôle judiciaire alors que le but de l'article 33 est justement de soustraire certaines lois au contrôle des tribunaux.

PARTIE 5 CONCLUSION

Notre étude de droit comparé nous a permis de constater que les trois ordres juridiques examinés reconnaissent l'idée que les droits fondamentaux ne sont pas absolus et contiennent des clauses de limitation de ces derniers. Si la technique de limitation diffère (clause générale en Suisse et au Canada et clauses spécifiques aux droits protégés dans la Convention européenne des droits de l'homme), les conditions de limitation se recoupent dans les trois ordres juridiques et peuvent être résumées ainsi :

- la limitation doit reposer sur une base légale ;
- elle doit être justifiée par un intérêt légitime ;
- elle doit respecter le principe de la proportionnalité.

En droit suisse et en droit canadien, la proportionnalité se décompose en trois sous-conditions : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité proprement dite. Le critère de la proportionnalité proprement dite se distingue peu de la condition de l'intérêt légitime. Il s'agit malgré cela d'un test technique utile qui implique une pesée d'intérêts nécessaire à la résolution du conflit entre l'intérêt de l'Etat à la réalisation du but fixé et l'intérêt du particulier à ne pas être atteint dans sa liberté. L'analyse de la proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme manque cruellement de rigueur et crée une certaine insécurité juridique. Il est cependant possible de retrouver les différentes composantes de la proportionnalité dans certains arrêts de la Cour.

Le système suisse de limitation des droits fondamentaux contient une quatrième exigence : la limitation ne doit pas violer la substance du droit fondamental. Cette condition est étroitement liée à la proportionnalité, mais nécessite tout de même un examen indépendant.

Les différentes catégories de droits protégés en Suisse et au Canada sont semblables, sauf en ce qui concerne les droits sociaux. Le droit canadien ne protège en principe pas les droits-créances. A notre avis, toutefois, l'article 23 de la Charte canadienne qui consacre le droit à l'instruction dans la langue de la minorité présente les caractéristiques d'un droit social. La Convention européenne des droits de l'homme protège les libertés dites classiques et les garanties de

procédure. Elle ne contient pas de droits sociaux. Ces derniers sont protégés par la Charte sociale européenne.

L'applicabilité des clauses limitatives à tous les droits protégés est controversée en Suisse et au Canada. Une telle question ne se pose pas dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme puisque les clauses limitatives figurent dans l'énoncé même des droits protégés (art. 8 à 11), du moins dans certains d'entre eux.

Les clauses limitatives des trois textes examinés fixent des limites externes ou extrinsèques. On distingue les limites externes ou extrinsèques des limites internes ou intrinsèques. Les limites internes ou intrinsèques découlent de la définition de la sphère de protection du droit fondamental. Les limites externes ou extrinsèques entrent en considération lorsque le droit fondamental est exposé à des limitations résultant de l'activité étatique.

Lors de l'examen du droit canadien, nous avons pris connaissance d'un écrit d'AUBERT, constitutionnaliste suisse, concernant la Charte canadienne. Cet auteur s'exprime sur certains droits de la Charte canadienne contenant des limites intrinsèques et affirme qu'il est difficile de voir quelles limitations peuvent encore affecter les droits fondamentaux dont le contenu est extrêmement précis. Les réflexions d'AUBERT ont représenté un élément essentiel dans notre travail et nous ont permis d'élaborer une théorie concernant l'applicabilité de la clause limitative de la Constitution suisse.

Ainsi à la question de départ de notre travail, soit celle de savoir si l'article 36 Cst. s'applique à tous les droits fondamentaux du catalogue constitutionnel, nous répondons comme suit.

La clause limitative s'applique aux libertés classiques, bien entendu avec une intensité variable pour chacun des droits protégés.

Les garanties de procédure ne peuvent pas être limitées aux conditions de l'article 36 Cst. puisque leur contenu est clairement défini. Les conditions de limitation de l'intérêt public et de la proportionnalité se retrouvent toutefois dans les limitations internes contenues par ces dispositions.

Les principes de l'arbitraire et de la bonne foi ne peuvent pas subir de limitations étant donné que leur champ de protection se confond avec leur noyau dur. En ce qui concerne le principe de la bonne foi, il est aussi possible d'affirmer que cette garantie contient des limitations intrinsèques rendant l'application de la clause limitative impossible.

Concernant l'égalité de traitement, nous préconisons l'application de la clause limitative. Dans le système actuel appliqué par le Tribunal fédéral, toute la difficulté réside dans la manière d'apprécier la pertinence d'une différence de traitement. En lieu et place de ce test, il convient d'examiner si la distinction se justifie en vérifiant les conditions de l'article 36 Cst. La sécurité juridique se trouvera renforcée par l'application de critères clairs.

Pour ce qui est des droits sociaux, le droit à des conditions minimales d'existence ne peut pas être limité parce que son champ de protection correspond à son noyau dur. La clause limitative ne s'applique pas au droit à l'assistance judiciaire gratuite car cette garantie contient des limitations intrinsèques. L'intérêt public et la proportionnalité apparaissent dans les conditions d'octroi posées par l'article 29 al. 3 Cst. Finalement, le droit à un enseignement de base est une disposition qui contient ses propres limites et qui ne peut être soumis à l'article 36 Cst. Les limites intrinsèques de cette garantie sont exprimées par le concept de suffisance impliquant que la qualité de l'enseignement ne doit pas être perturbée par certains élèves au détriment des autres et nécessitant de ce point de vue des mesures aptes à garantir cette qualité, notamment la possibilité d'exclure et de suspendre les perturbateurs.

L'étude effectuée nous permet ainsi de poser la règle générale suivante : l'article 36 Cst. ne s'applique ni aux droits dont le noyau coïncide avec leur champ de protection (on ne peut pas limiter un minimum), ni aux droits qui contiennent des limitations intrinsèques dans la définition de leur champ de protection. Dans ce deuxième cas, les conditions de limitations posées par les clauses limitatives, spécialement l'intérêt public et la proportionnalité, sont néanmoins sous-jacentes dans les limitations internes. Cette règle concernant l'application de la clause limitative suisse est également valable pour la clause limitative canadienne.