

Daniela Ivanov

## La proportionnalité des actes normatifs

---

Pilier de l'Etat de droit, la proportionnalité se retrouve depuis peu régulièrement au centre des débats politiques et juridiques. Cet intérêt assez récent pour un principe dont les origines philosophiques remontent à l'Antiquité est essentiellement lié à certaines initiatives populaires et modifications législatives auxquelles il a notamment été reproché d'être disproportionnées. En tant que principe général régissant l'activité de l'Etat, la proportionnalité lie aussi bien les autorités administratives et judiciaires que le législateur. Son application aux actes normatifs pose toutefois certains problèmes que la contribution se propose d'analyser.

---

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit administratif

Proposition de citation : Daniela Ivanov, La proportionnalité des actes normatifs, in : Jusletter 24 octobre 2016

## Table des matières

1. Notion et développement
2. L'analyse de la proportionnalité
  - 2.1. Les trois principes directeurs
  - 2.2. Problèmes
    - 2.2.1. Le caractère subjectif et interdisciplinaire de l'examen
    - 2.2.2. Le danger d'une application automatique des trois principes directeurs
    - 2.2.3. Inadéquation des trois principes directeurs dans certains cas
3. La proportionnalité des normes juridiques
  - 3.1. En général
  - 3.2. Le rapport entre la proportionnalité et la densité normative
  - 3.3. La proportionnalité des normes constitutionnelles
    - 3.3.1. Problématique
    - 3.3.2. L'utilisation de la législation d'exécution comme correctif
  - 3.4. La proportionnalité des lois
    - 3.4.1. En général
    - 3.4.2. Les raisons supposées du manque de proportionnalité des lois
4. La justiciabilité de la proportionnalité
  - 4.1. Le contrôle de la proportionnalité des normes juridiques fédérales
  - 4.2. Le contrôle de la proportionnalité des normes juridiques cantonales
5. Conclusions

### 1. Notion et développement

[Rz 1] De manière générale, la proportionnalité exige que les moyens employés par un pouvoir étatique se trouvent dans un rapport raisonnable avec le but visé. Dans un Etat de droit, ce principe sert en particulier à limiter le pouvoir de l'Etat en empêchant les comportements excessifs et à garantir un certain équilibre entre les libertés individuelles et l'intérêt général<sup>1</sup>. On peut également considérer la proportionnalité comme un instrument de contrôle servant à « mesurer » les moyens employés par l'Etat pour atteindre un certain objectif, à savoir, un intérêt public<sup>2</sup>.

[Rz 2] Historiquement, l'idée de la proportionnalité est étroitement liée à celle de la justice, de la juste mesure, de la modération ou encore de l'harmonie, par opposition à la démesure, à l'excès ou à l'abus<sup>3</sup>. Il s'agit d'un principe universel que l'on retrouve en partie dans l'Antiquité<sup>4</sup> et

---

<sup>1</sup> PIERRE MOOR, *Systématique et illustration du principe de la proportionnalité*, in : *Les droits individuels et le juge en Europe – Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg 2001, p. 319 ss., 319.

<sup>2</sup> PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. : *Les fondements*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 809.

<sup>3</sup> Cf. ég. BERNHARD RÜTSCHKE, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Rechtsstaatsprinzip und Voraussetzung von Grundrechtseingriffen*, in : *ZeitSchrift Reformatio*, Heft 1, 2001, p. 40 ss., 40; MARKUS MÜLLER, *Proportionnalité*, *Le Rubik's Cube du droit*, Berne 2016, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Ainsi, l'idée de la proportionnalité apparaît déjà chez Aristote, dans son ouvrage « *Ethique à Nicomanque* », où elle est étroitement liée à celle de la justice : « La justice (...) donne à chacun la part proportionnellement égale qui lui revient (...) L'injustice (...) consiste dans un excès ou un défaut disproportionné de ce qui est avantageux ou dommageable » (ARISTOTE, *Ethique à Nicomanque*, nouvelle traduction avec introduction, notes et index, par J. Ticot, onzième tirage, Paris 1997); on la retrouve également dans la tempérance, l'une des quatre vertus cardinales, définie comme « modération » ou « retenue », cf. MÜLLER (n. 3), p. 1 s.; voir ég. RÜTSCHKE (n. 3), p. 41 s. : l'auteur pose l'origine de la proportionnalité dans le concept de la « justice » de Platon et d'Aristote et plus tard dans celui de « l'équité », développé par d'autres philosophes tels que Grotius; voir aussi BENJAMIN SCHINDLER, art. 5 Cst., in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éds.), *Die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle 2014, N 47.

plus tard dans la doctrine du droit naturel<sup>5</sup>. La proportionnalité commence à s'imposer en tant que principe de l'Etat de droit dans la doctrine allemande du XIX<sup>ème</sup> siècle, en particulier dans l'administration dite « de police », avant de s'étendre à tous les autres domaines du droit<sup>6</sup>.

[Rz 3] En Suisse, on retrouve la notion de « proportionnalité » tout d'abord dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la liberté du commerce et de l'industrie (aujourd'hui : liberté économique, art. 27 Constitution fédérale de la Confédération suisse [Cst.]), dont le premier arrêt l'évoquant expressément semble dater de 1939 et contient le passage suivant : « *L'intervention de la police doit en effet être proportionnée au but visé (...) L'autorité n'a pas le droit de s'arrêter à une solution qui rend particulièrement difficile l'exercice d'une profession, alors qu'une solution plus libérale permettrait aussi bien d'atteindre le résultat désiré*<sup>7</sup> ». Initialement limité presque exclusivement au domaine des droits fondamentaux et en particulier à la liberté économique, le champ d'application de la proportionnalité a par la suite été progressivement étendu à l'ensemble du droit public<sup>8</sup>. Aujourd'hui, en tant que principe de l'Etat de droit, la proportionnalité s'adresse à toutes les autorités de l'Etat, à savoir aux autorités législatives, administratives et judiciaires, et doit être respectée indépendamment de la forme de l'acte en question (acte législatif, décision, acte matériel, etc.)<sup>9</sup>.

[Rz 4] La proportionnalité a longtemps constitué un principe non-écrit du droit constitutionnel car ni la Constitution fédérale de 1848, ni celle de 1874 ne l'évoquait explicitement. C'est seulement dans le cadre de la révision totale de 1999 qu'il a été ancré dans la nouvelle Constitution, d'une part en tant que principe de l'Etat de droit (art. 5 al. 2) et d'autre part, en tant que condition que toute restriction à des droits fondamentaux doit respecter pour être constitutionnelle (art. 36 al. 3). La double mention dans la Constitution renforce la portée globale de ce principe, comme c'est le cas également pour l'intérêt public, auquel la proportionnalité est étroitement liée<sup>10</sup>. A noter que la mention explicite de la proportionnalité dans la Constitution n'est pas indispensable, l'Etat de droit étant inconcevable sans ce principe qui pose des limites à l'exercice du pouvoir en imposant aux organes étatiques la prise en considération de l'ensemble des circonstances dans le cadre des activités qu'ils déploient<sup>11</sup>.

## 2. L'analyse de la proportionnalité

[Rz 5] Malgré l'importance que la doctrine et la jurisprudence lui accordent dans un Etat de droit, la proportionnalité reste un terme somme toute très vague, une notion juridique indéterminée dépourvue d'un contenu concret et qui doit encore être précisée, en particulier par la casuistique.

---

<sup>5</sup> Cf. déjà la Magna Charta de 1215 (MC 20) : « Pour une offense mineure faite par un homme libre, l'amende imposée sera proportionnelle à la gravité de l'offense, et il en sera ainsi pour une offense plus grave, mais sans le priver de son gagne-pain » ; voir ég. la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en particulier l'art. 8 (« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... ») ou l'art. 17 (« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »).

<sup>6</sup> RÜTSCHÉ (n. 3), p. 44.

<sup>7</sup> ATF 65 I 65, consid. 3c.

<sup>8</sup> Cf. ATF 94 I 392, consid. 3.

<sup>9</sup> MÜLLER (n. 3), p. 48.

<sup>10</sup> MOOR (n. 1), p. 321.

<sup>11</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 2), p. 811.

En l'absence de critères fiables et d'instruments précis pour la « mesurer » ou la « peser », la question essentielle est celle de savoir comment apprécier la proportionnalité d'un acte législatif ou administratif.

[Rz 6] La solution retenue par la doctrine et la jurisprudence est celle d'un examen en trois étapes, à l'aide de trois principes directeurs. A noter que ces principes servent avant tout à illustrer la proportionnalité, mais non à la structurer ou à lui donner un contenu normatif<sup>12</sup>.

## 2.1. Les trois principes directeurs

[Rz 7] Dans un premier temps, on se demande si la mesure ou l'acte en question est apte à atteindre le but visé, à savoir l'intérêt public que l'Etat souhaite protéger. La pratique du Tribunal fédéral à ce sujet est assez large et admet l'aptitude dès lors qu'une mesure ne paraît pas complètement inadéquate<sup>13</sup>. Pour que l'aptitude soit donnée, il n'est en outre pas nécessaire que le moyen choisi soit plus efficace qu'un autre. En pratique, il est plutôt rare qu'une mesure ou une règle de droit soit reconnue inapte à atteindre l'intérêt public visé ; pour ce qui est des normes juridiques, on peut mentionner en particulier des réglementations dont le but invoqué pourrait être considéré comme légitime, mais dont l'objectif réel est contraire à l'ordre juridique<sup>14</sup>.

[Rz 8] La deuxième étape de l'analyse consiste à se demander si la mesure envisagée est nécessaire pour atteindre le but visé. Autrement dit, la question est de savoir s'il existe des moyens moins contraignants, mais tout aussi efficaces pour protéger l'intérêt public visé.

[Rz 9] Enfin, il est procédé à l'examen de la proportionnalité dite « au sens étroit » qui consiste habituellement en une pesée d'intérêts entre l'intérêt public et les intérêts privés qui sont en jeu. En d'autres termes, il s'agit d'avoir un rapport raisonnable entre la gravité des effets sur la situation du ou des particulier(s) concerné(s) par une mesure et le résultat escompté quant à l'intérêt public visé<sup>15</sup>.

[Rz 10] Lorsqu'une mesure remplit ces trois critères, on considère qu'elle respecte la proportionnalité.

## 2.2. Problèmes

[Rz 11] Cette analyse en trois étapes, à première vue plutôt simple, peut se révéler assez épineuse, du moins lorsqu'elle est pratiquée sérieusement et n'est pas réduite à un simple automatisme.

---

<sup>12</sup> MOOR (n. 1), p. 332.

<sup>13</sup> Cf. p.ex. ATF 130 I 26, consid. 6.3.4.2. (réglementations édictées par le Conseil fédéral et par le Conseil d'Etat du canton de Zurich en vue de limiter l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire) : dans ce cas précis, la réglementation en question semblait inapte à atteindre le but visé, ce qui n'a pas empêché le Tribunal fédéral d'en admettre la proportionnalité ; lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques controversées, le Tribunal fédéral va encore plus loin, en admettant l'inaptitude que lorsque celle-ci paraît manifeste, autrement dit, lorsque la mesure semble arbitraire, cf. ZBI 92/1991, p. 25, arrêt du Tribunal fédéral 2P.279/1989, consid. 3d ou encore ATF 128 I 295, consid. 5b/cc.

<sup>14</sup> Cf. ATF 116 Ia 355 (le fait de soumettre l'inscription dans le registre neuchâtelois des architectes reconnus et par conséquent le libre exercice de la profession dans ce canton à la condition de s'y être créé un domicile professionnel, a été considéré contraire au principe de la proportionnalité) ; voir ég. les exemples chez Moor (n. 1), p. 332 s.

<sup>15</sup> Pour plus de détails MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 2), p. 818 ss.

### 2.2.1. Le caractère subjectif et interdisciplinaire de l'examen

[Rz 12] L'examen de la proportionnalité devrait se dérouler sur la base de critères objectifs et / ou scientifiques. Il exige de ceux qui le pratiquent d'importantes capacités d'abstraction ainsi que la faculté de raisonner objectivement, sans se laisser influencer par des considérants politiques ou des phénomènes de mode et sans céder à la tentation de la facilité. Dans la réalité, il est toutefois à craindre que des réflexions subjectives prennent parfois le dessus sur une analyse objective, comme par exemple lorsque plusieurs opinions scientifiques s'affrontent, ce qui arrive fréquemment : celui qui pratique l'examen peut être tenté de choisir la solution qui se rapproche le plus de ses propres valeurs (subjectives)<sup>16</sup>, sauf peut-être en cas de violation grave et manifeste. Ce risque est d'une part inhérent à la nature même du principe de la proportionnalité qui s'apparente à une coquille vide, dont le contenu dépend en grande partie du système de valeurs de celui qui effectue l'analyse ; d'autre part, la subjectivité de la proportionnalité ressort également de sa proximité avec des valeurs morales ou éthiques et, en particulier, avec l'idée de justice (cf. supra ch. 1). S'ajoute à cela le fait que l'examen de la proportionnalité d'un acte ou d'une mesure nécessite souvent un travail interdisciplinaire que le juriste ne peut le plus souvent pas effectuer tout seul et qui exige(ra)it qu'il fasse appel aux connaissances de tiers ou d'experts<sup>17</sup>.

[Rz 13] Au vu de ce qui précède, il nous paraît essentiel que les personnes chargées de pratiquer l'examen de la proportionnalité gardent à l'esprit le fait que ce dernier sera presque toujours teinté de subjectivité et soient capables de faire preuve d'autocritique. Il sera alors plus facile d'essayer de développer des mécanismes permettant de garder un maximum d'objectivité, comme le fait de chercher des réponses principalement dans le droit écrit ou de motiver les décisions de manière à faciliter leur compréhension et acceptation par les destinataires<sup>18</sup>.

### 2.2.2. Le danger d'une application automatique des trois principes directeurs

[Rz 14] L'examen à l'aide des trois principes directeurs est censé faciliter le travail de ceux qui sont chargés de l'effectuer, en leur fixant un cadre qui convient à un nombre indéterminé de situations différentes. En pratique, le danger est qu'il soit réduit à une application trop automatique ou mécanique des trois maximes, en oubliant presque la question essentielle qui est celle de savoir s'il existe un rapport raisonnable entre la mesure envisagée et le but poursuivi<sup>19</sup>. Ce problème se pose en particulier en relation avec le contrôle direct des actes normatifs qui souffre d'importantes restrictions, comme le démontre l'exemple suivant tiré de la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'affaire<sup>20</sup> a pour objet le contrôle abstrait d'une loi genevoise interdisant l'affichage de publicité pour l'alcool et le tabac sur le domaine public ainsi que sur le domaine privé visible depuis le domaine public. Les recourants avaient entre autres allégué des violations de certains droits fondamentaux, dont la liberté économique.

---

<sup>16</sup> MÜLLER (n. 3), p. 29 s.

<sup>17</sup> A ce sujet, MÜLLER (n. 3), p. 35 ss.

<sup>18</sup> MÜLLER (n. 3), p. 38 ss. ; sur les conditions-cadre susceptibles d'améliorer la qualité de l'examen de la proportionnalité cf. SCHINDLER (n. 4), N 52.

<sup>19</sup> MÜLLER (n. 3) p. 34 ; cf. à ce sujet ATF 130 I 16, consid. 5.4 (médication forcée), où le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait pas eu de pesée globale et complète de tous les intérêts en présence, à savoir les intérêts publics, le caractère indispensable du traitement, les conséquences d'une absence de traitement, les éventuelles alternatives ou encore l'appréciation de la mise en danger de soi et des tiers.

<sup>20</sup> ATF 128 I 295.

[Rz 15] Concernant l'aptitude de la mesure, les recourants avaient mis en doute l'existence d'un lien entre la publicité pour l'alcool et le tabac et la consommation de ces produits. A ce sujet, le Tribunal fédéral retient ce qui suit : « *Il faut en outre souligner que, lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques controversées, le Tribunal fédéral n'admet une violation du principe de proportionnalité que si l'inaptitude de cette mesure à atteindre le résultat recherché paraît manifeste (...). Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce. En effet, on ne saurait admettre que le fait de limiter la publicité pour l'alcool et le tabac sur le domaine public ainsi que sur le domaine privé visible par le public soit une mesure complètement inapte à limiter la consommation de ces produits. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus avant les effets de la publicité sur la consommation d'alcool et de tabac* » (consid. 5b/cc). A l'appui de son argumentation, la Cour invoque un message du Conseil fédéral du 11 décembre 1978 concernant la modification de la loi fédérale sur l'alcool (Lalc), où celui-ci avait considéré qu'une objection de ce type concernant les effets de la publicité « *minimis[ait] l'efficacité de la publicité* », le but de la publicité étant principalement « *de promouvoir les ventes et d'augmenter le chiffre d'affaires. Des milliards de francs ne seraient pas dépensés chaque année à des fins publicitaires, si ce but n'était pas atteint. Or, si la vente de boissons distillées s'accroît, la consommation augmente également* »<sup>21</sup>.

[Rz 16] Ce type d'argument est problématique car il consiste à dire qu'une chose est vraie parce que cela correspond à une pratique ; un état de fait est considéré comme une évidence absolue, n'ayant pas besoin de preuve. En outre, le Tribunal fédéral essaie de donner plus de poids à ses conclusions en renvoyant à une autre autorité, le Conseil fédéral, bien que le passage cité ne fasse pas état d'études ou d'autres éléments aptes à prouver les liens entre la publicité et l'augmentation des ventes et de la consommation. En résumé, les conclusions du Tribunal fédéral quant à l'aptitude de la mesure telles qu'elles résultent de l'arrêt en question semblent reposer plus sur des présomptions des juges que sur des faits scientifiquement prouvés.

[Rz 17] L'examen de la nécessité tient quant à lui en une phrase, le Tribunal fédéral considérant que, « *étant donné que l'Etat de Genève entend mener une politique cohérente de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme sur tout son territoire, on ne voit pas quelle autre mesure moins incisive pourrait être prise pour atteindre les objectifs visés* » (consid. 5b/cc). Enfin, la Cour est d'avis que la restriction contestée « *ne porte aucune atteinte disproportionnée aux intérêts des recourant* » et qu'elle est limitée, ses conséquences concernant « *de la même façon tous les concurrents actifs dans les mêmes branches* » (consid. 5b/cc).

[Rz 18] En conclusion, le Tribunal fédéral retient que l'interdiction mise en cause ne « *limite que très partiellement la possibilité pour les recourants de faire connaître au public leurs produits et n'empêche pas leur commercialisation* » (consid. 5b/dd). A noter que la Cour semble ici vouloir minimiser l'importance de la publicité alors que, plus haut, les arguments invoqués pour démontrer l'aptitude semblent indiquer le contraire.

[Rz 19] Ce n'est pas le but de cet article d'émettre un quelconque jugement quant au bien-fondé des interdictions de la publicité pour certains produits considérés comme nocifs ou d'analyser les liens entre la publicité et le comportement des acheteurs, mais plutôt d'attirer l'attention, à travers un exemple concret, sur le fait que l'examen de la proportionnalité est parfois réduit à un simple automatisme, sans véritable pesée entre les différents intérêts en jeu, ni examen interdisciplinaire approfondi des faits pertinents. A noter toutefois que dans un cas comme celui-ci, la

---

<sup>21</sup> FF 1979 I 57, 82.

tâche du Tribunal fédéral est extrêmement difficile : en effet, en tant que seule et unique instance de recours contre des actes normatifs cantonaux (exception faite des cantons qui connaissent une juridiction constitutionnelle), il n'est pas le mieux placé pour effectuer ce type d'examen détaillé. De plus, par égard au fédéralisme et aux compétences du législateur cantonal, le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue lorsqu'il s'agit de contrôler la constitutionnalité d'une norme juridique cantonale (cf. infra, ch. 4.2.). Dans une constellation comme celle-ci, cette pratique de la Cour, bien qu'elle repose sur des motifs objectifs, a des limites, car elle ne permet pas un contrôle sérieux et détaillé de la proportionnalité d'un acte normatif ; la possibilité de procéder à un nouvel examen de la proportionnalité en relation avec des cas d'application concrets ne peut, selon nous, pas pallier ces problèmes lorsque l'acte normatif en question contient des dispositions particulièrement rigides, telles que des interdictions. Par conséquent, l'inexistence d'instances cantonales habilitées à procéder à un contrôle abstrait ainsi que les restrictions que le Tribunal fédéral s'impose lui-même en matière de cognition empêchent un examen plus approfondi de la proportionnalité des actes normatifs cantonaux et favorisent une application trop automatique des trois principes directeurs dans ce domaine.

### **2.2.3. Inadéquation des trois principes directeurs dans certains cas**

[Rz 20] Dans la doctrine, l'application des trois principes directeurs à tous les examens de la proportionnalité, sans distinction en fonction du domaine du droit concerné ou du type d'acte, est en partie controversée. Hormis son schématisme, on reproche notamment à cette méthode le fait d'avoir été conçue pour l'administration dite « de police » et de moins se prêter à une application dans l'administration dite « de prestation ». Des problèmes se posent également lorsqu'une mesure étatique poursuit plusieurs buts (ou intérêts publics) et qu'elle peut sembler proportionnée par rapport à l'un des buts visés, mais non par rapport à l'autre<sup>22</sup>.

[Rz 21] Pour remédier à cette situation, certains auteurs postulent l'élaboration de nouvelles méthodes qui poseraient des exigences différenciées en matière de proportionnalité et qui seraient mieux à même de tenir compte des besoins spécifiques de chaque domaine du droit ou encore le développement d'une casuistique plus orientée sur les faits concrets<sup>23</sup>. Autrement dit, on propose de réfléchir à des méthodes plus ouvertes, permettant des spécifications suivant le domaine du droit concerné.

## **3. La proportionnalité des normes juridiques**

### **3.1. En général**

[Rz 22] Comme exprimé plus haut, la proportionnalité s'étend à l'ensemble de l'activité étatique et, par conséquent, également au travail du législateur. Ainsi, dans un « monde idéal », toutes les normes juridiques, quel que soit leur auteur, seraient conformes au principe de la proportionnalité. En réalité, la situation est un peu différente, comme nous le verrons plus loin.

---

<sup>22</sup> MÜLLER (n. 3) p. 31 ss.

<sup>23</sup> SCHINDLER (n. 4), N 50.

[Rz 23] En matière de législation, le respect du principe de la proportionnalité se heurte à certains obstacles que l'on ne rencontre pas lorsqu'on est en présence d'actes concrets (décisions individuelles). Une première difficulté réside dans le fait que le choix d'une solution législative est tout d'abord un choix politique. Il appartient en premier lieu au législateur de décider s'il y a lieu d'agir et, le cas échéant, de choisir la solution la mieux adaptée aux circonstances ; pour ce faire, il dispose d'une certaine liberté à laquelle le juge ne saurait se substituer sans outrepasser ses compétences. C'est pour cette raison que la doctrine considère en partie que la portée du principe de la proportionnalité est plus faible dans la législation<sup>24</sup>. Par conséquent, c'est à l'auteur d'une norme (parlement pour les lois formelles, exécutif pour les ordonnances et autres actes de rang inférieur) qu'il incombe principalement de concrétiser le principe de la proportionnalité, en faisant usage de sa liberté d'appréciation<sup>25</sup>. Une autre difficulté résulte de la justiciabilité très limitée de ce principe qui exclut ou rend très difficile le contrôle de son respect par les tribunaux (cf. infra ch. 4). Dans ce contexte, on rappellera que, comme évoqué plus haut, l'examen de la proportionnalité tel qu'il est pratiqué aujourd'hui n'est pas toujours approprié lorsqu'il s'agit de contrôler la proportionnalité des actes normatifs.

[Rz 24] En matière de législation, le principe de la proportionnalité exige d'abord de se poser la question de la nécessité de la norme elle-même<sup>26</sup>. Il va de soi que cette analyse doit intervenir avant le début du processus législatif, dans le but d'éviter l'adoption précipitée de nouvelles règles sous l'influence de l'opinion publique, de certains groupes de pression ou encore par activisme politique (à ce sujet cf. aussi infra ch. 3.4.2.). Lorsque d'autres moyens pourraient tout aussi bien permettre d'atteindre le but visé (acteurs privés, moyens non contraignants tels que les recommandations, etc.), la norme envisagée n'est peut-être pas nécessaire.

[Rz 25] Une fois la nécessité des nouvelles règles de droit établie, le législateur dispose de plusieurs moyens pour garantir leur proportionnalité. L'une des solutions les plus utilisées consiste à prévoir une marge d'appréciation pour les autorités d'application, en réservant à ces dernières la faculté d'accorder des dérogations ou d'assortir leurs décisions de clauses accessoires ou encore en introduisant des clauses de rigueur. Le principe de la proportionnalité peut également exiger que le législateur adopte des règles de droit transitoires pour atténuer la rigidité d'une nouvelle norme juridique sur certaines catégories d'administrés<sup>27</sup>. Cela démontre que la proportionnalité des décisions individuelles est étroitement liée à la proportionnalité des règles de droit sur lesquelles elles reposent. En effet, de par sa nature, le principe de la proportionnalité ne peut intervenir que là où l'autorité dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au choix des moyens à utiliser pour atteindre un certain but<sup>28</sup>. En revanche, lorsque la loi ne laisse aucun choix aux autorités qui l'appliquent, il ne reste quasiment plus de place pour des solutions adaptées au cas concret.

---

<sup>24</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 2), p. 809.

<sup>25</sup> SCHINDLER (n. 4), N 51.

<sup>26</sup> Cf. le Message du Conseil fédéral relatif à la mise à jour formelle du droit fédéral, FF 2007 5789, 5795, où il est notamment question de la qualité de la législation : « Une « bonne » législation est circonscrite et se limite au nécessaire. La qualité présente donc également une *dimension quantitative* : « Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ». Cette maxime de Montesquieu présente deux aspects. Elle invite, premièrement, à se demander si l'intervention du législateur est vraiment nécessaire (...) ».

<sup>27</sup> MOOR (n. 1), p. 334 s.

<sup>28</sup> MOOR (n. 1), p. 322.



[Rz 26] Enfin, un contrôle judiciaire devrait permettre de corriger certaines imperfections inhérentes au système.

### 3.2. Le rapport entre la proportionnalité et la densité normative

[Rz 27] L'application du principe de la proportionnalité aux normes juridiques peut se heurter à un autre pilier de l'Etat de droit, le principe de la légalité, et plus particulièrement à l'exigence d'une densité normative suffisante. Cet aspect de la légalité veut qu'une norme juridique présente un degré de clarté et de précision qui permet aux administrés de comprendre quel est le comportement qu'on attend d'eux, de manière à assurer la prévisibilité du droit et l'égalité de traitement<sup>29</sup>. Le degré de précision qu'on est en droit d'exiger d'une norme juridique n'est toutefois pas absolu, mais se détermine selon certains critères tels que ses destinataires ou la gravité des atteintes aux droits fondamentaux qu'elle autorise<sup>30</sup>. La difficulté réside essentiellement dans le fait qu'une norme juridique est généralement censée perdurer un certain temps et donc présenter une certaine stabilité. En outre, elle doit pouvoir répondre à une multitude de questions qui pourront se poser à l'avenir et qui ne sont pas toujours connues au moment de sa création, tout en restant suffisamment claire et précise pour que les administrés sachent apprécier les conséquences d'un comportement déterminé.

[Rz 28] En résumé, le principe de la légalité exige un certain degré de clarté et de précision des normes juridiques dans l'intérêt de la prévisibilité et donc de la sécurité du droit. Ces conditions ne sont pas toujours compatibles avec celles qui découlent du principe de la proportionnalité, qui, lui, peut demander que le législateur diminue la densité normative afin de permettre aux autorités de tenir compte des circonstances des cas concrets et d'éviter une rigueur excessive. Autrement dit, plus une norme règle une situation de manière exhaustive et absolue, en supprimant toute latitude aux autorités chargée de son application, plus le risque d'obtenir des décisions disproportionnées augmente.

[Rz 29] Bien que du point de vue des administrés des règles moins précises comportent un degré d'incertitude plus élevé quant à la manière dont elles seront effectivement appliquées dans un cas concret<sup>31</sup>, la diminution de la densité normative assortie de l'octroi d'une marge d'appréciation aux autorités d'exécution semble la solution la plus apte à assurer la proportionnalité des actes normatifs et, par la même occasion, des décisions auxquelles ils serviront de base<sup>32</sup>. Alternativement, la loi pourrait elle-même énumérer de façon exhaustive les dérogations et exceptions possibles; cette manière de procéder se heurte toutefois à l'impossibilité pratique de prévoir à l'avance toutes les situations qui pourraient se présenter à l'avenir ainsi qu'à l'exigence de la stabilité de la loi qui veut que les normes juridiques ne soient pas modifiées trop souvent ni trop rapidement<sup>33</sup>.

[Rz 30] Le souci du respect de la proportionnalité ne doit toutefois pas empêcher le législateur de faire son travail, à savoir édicter des règles de droit, sans porter atteinte à la légalité ou à

---

<sup>29</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 2), p. 675.

<sup>30</sup> Cf. p.ex. ATF 123 I 112, consid. 7a.

<sup>31</sup> Cf. ég. MOOR (n. 1), p. 324.

<sup>32</sup> Cf. ég. MOOR (n. 1), p. 328 s.; sur ce paradoxe cf. ég. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 2), p. 809 s., qui évoquent l'accès au juge comme mesure compensatoire.

<sup>33</sup> A ce sujet, FF 2007 5789, 5795.

la prévisibilité et à la sécurité du droit. A noter que le principe de la proportionnalité n'est pas de nature à remplacer les règles de droit matériel et que, de ce fait, il n'est pas non plus apte à combler d'éventuelles lacunes législatives. Dans ce contexte, le danger est surtout celui d'un report de la responsabilité régulatrice du législateur (formel) vers le pouvoir exécutif ou judiciaire et donc d'un conflit avec le principe de la séparation des pouvoirs<sup>34</sup>.

### 3.3. La proportionnalité des normes constitutionnelles

#### 3.3.1. Problématique

[Rz 31] En tant que principe général de l'Etat de droit, la proportionnalité s'applique également aux normes constitutionnelles. Pourtant, ces derniers temps, certaines modifications constitutionnelles soumises au vote suite à des initiatives populaires ont fait couler beaucoup d'encre. Outre l'initiative dite « de mise en oeuvre »<sup>35</sup> qui a enflammé la discussion autour du principe de la proportionnalité, le peuple a été à l'origine d'autres modifications constitutionnelles controversées qui sont depuis entrées en vigueur. Parmi elles, on mentionnera l'exemple éloquent de l'interdiction de construire des minarets sur l'ensemble du territoire suisse (art. 72 al. 3 Cst.), mais aussi l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents qualifiés d'extrêmement dangereux et non amendables (art. 123a Cst.), l'interdiction définitive faite aux personnes ayant été condamnées pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant ou d'une personne d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes (art. 123c Cst.) ou encore la limitation du nombre de résidences secondaires à un maximum de 20% du parc des logements et de la surface brute au sol habitable de chaque commune (art. 75b Cst.). Dans un registre plus léger, on peut également citer l'interdiction de l'absinthe prévue par l'ancienne Constitution et supprimée depuis (art. 32<sup>ter</sup> ancienne Cst.)<sup>36</sup>. Tous ces articles ont en commun le fait de susciter des interrogations quant au respect du principe de la proportionnalité car, tels qu'ils ont été formulés et soumis au vote, ils prévoient des solutions absolues, ne laissant pas ou peu de place à des analyses différenciées ou à des pesées d'intérêts dans des cas concrets.

[Rz 32] L'existence d'articles constitutionnels se heurtant au principe de la proportionnalité s'explique tout d'abord par notre système de démocratie semi-directe et les limites que pose la Constitution à la validité des initiatives populaires. En effet, pour qu'une initiative tendant à modifier la Constitution fédérale soit soumise au vote, il suffit qu'elle respecte l'unité de la forme, l'unité de la matière ainsi que le droit international impératif (art. 139 al. 3 Cst.). Bien qu'il n'existe pas de définition exhaustive du droit international impératif, la majorité de la doctrine considère aujourd'hui que la proportionnalité n'en fait pas partie<sup>37</sup>. Concrètement, cela signifie que l'Assemblée fédérale ne peut pas invalider une initiative populaire uniquement parce qu'elle semble dispropor-

---

<sup>34</sup> MÜLLER (n. 3) p. 64 s.

<sup>35</sup> Initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre) », FF 2015 2487, rejetée en votation populaire le 28 février 2016 (FF 2016 3557).

<sup>36</sup> Cf. l'initiative populaire concernant l'interdiction de l'absinthe du 31 janvier 1907 et les arrêtés du Conseil fédéral y relatifs, FF 1908 II 849 et FF 1908 II 854.

<sup>37</sup> Sur les critères d'invalidation des initiatives populaires et en particulier sur la notion de droit international impératif, cf. Office fédéral de la justice, Conditions de validité des initiatives populaires et limites matérielles à la révision de la Constitution fédérale, in : JAAC 2012 no 4, p. 72 ss., 76 ss. ; toutefois, certains auteurs plaident pour que la proportionnalité soit reconnue en tant que principe du droit international impératif, cf. JÖRG KÜNZLI/ WALTER KÄLIN, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts ?, in : Jusletter 23 juin 2014.

portionnée ; elle peut juste essayer d'attirer l'attention des votants sur ce problème. A noter que les décisions de l'Assemblée fédérale sur la validité des initiatives populaires sont définitives et ne peuvent pas être contestées devant le Tribunal fédéral.

[Rz 33] Par ailleurs, cette situation s'explique par le fait qu'il n'y a pas de hiérarchie proprement dite entre les différentes normes constitutionnelles qui sont donc de rang égal. Ainsi, aucun principe constitutionnel, aussi important qu'il soit, ne prime les autres, exception faite des dispositions qui font partie du droit international impératif, telle que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 10 al. 3 Cst.). En cas de conflit entre plusieurs dispositions constitutionnelles, on tentera autant que possible d'harmoniser les différentes normes constitutionnelles par le biais de l'interprétation. La priorité sera donnée à la méthode qui permettra à la norme en question de s'intégrer au mieux dans le système de la Constitution de manière à avoir un ensemble cohérent et exempt de contradictions. C'est ce qu'on appelle la « concordance pratique »<sup>38</sup>. Cela implique qu'une nouvelle disposition constitutionnelle ne primera pas nécessairement les articles existants et devra s'interpréter à la lumière des principes généraux de l'Etat de droit ainsi que du droit international. Dans ce contexte, la volonté des initiants est à prendre en considération, sans pour autant prévaloir sur les autres critères d'interprétation<sup>39</sup>.

[Rz 34] La recherche de la « concordance pratique » permet de résoudre de nombreux conflits entre des normes constitutionnelles. Il arrive néanmoins que certaines règles s'avèrent « résistantes » à toute interprétation conforme au système de la Constitution, comme c'est le cas de l'interdiction des minarets précitée. Selon un arrêt assez récent du Tribunal fédéral, ce dernier n'exclut pas que certaines dispositions constitutionnelles aient un caractère absolu et ne permettent pas de peser avec d'autres intérêts. Toutefois, selon la Cour, cela n'est possible qu'à des conditions très strictes, en particulier lorsque la norme en question fixe elle-même des règles de collision, en se donnant la primauté sur d'autres principes constitutionnels<sup>40</sup>. Certains auteurs défendent des opinions allant dans ce sens, en exigeant que la norme constitutionnelle en question prévoie explicitement et incontestablement la violation d'un principe fondamental de l'Etat de droit, notamment de la proportionnalité, pour qu'elle puisse être appliquée à la lettre<sup>41</sup>. Une autre partie de la doctrine considère toutefois que l'interprétation de la Constitution a des limites et qu'il n'est pas toujours possible de supprimer toute contradiction sans passer outre la volonté du Constituant et se heurter ainsi aux principes de la démocratie et de la séparation des pouvoirs<sup>42</sup>. Cette controverse prend toute son importance lorsque des dispositions constitutionnelles ne sont pas directement applicables, mais doivent d'abord être concrétisées par la législation (cf. infra ch. 3.3.2.).

---

<sup>38</sup> Cf. MÜLLER (n. 3), p. 69.

<sup>39</sup> Au sujet des règles d'interprétation de la Constitution cf. ég. ATF 139 I 16, consid. 4.2.2.

<sup>40</sup> Cf. ATF 139 I 16, consid. 4.2.2. et 4.2.1.

<sup>41</sup> MÜLLER (n. 3) p. 70 ; *idem*, Radikale Volksinitiativen und Verhältnismässigkeit, in : NZZ du 18 juin 2014.

<sup>42</sup> Cf. au sujet des limites de l'interprétation de la Constitution : GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK ; Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C\_828/2011 (= BGE 139 I 16) vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV), p. 316 ss., 321 ss.

### 3.3.2. L'utilisation de la législation d'exécution comme correctif

[Rz 35] Lorsqu'une norme constitutionnelle n'est pas directement applicable, le législateur édicte des dispositions d'exécution. Celles-ci sont souvent utilisées pour atténuer les effets des règles constitutionnelles jugées trop rigides. Ainsi, suite à l'adoption par le peuple de l'initiative pour le renvoi des étrangers criminels (art. 121 al. 3-6 Cst.), l'Assemblée fédérale, dont la tâche était de concrétiser cette initiative sur le plan législatif<sup>43</sup>, avait décidé d'introduire une clause dite « de rigueur » permettant au juge de renoncer exceptionnellement à une expulsion lorsqu'une telle mesure mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de la personne concernée à demeurer en Suisse<sup>44</sup>. L'un des objectifs de cet ajout, qui ne figure pas dans le texte de l'initiative accepté en votation populaire, était d'éviter les automatismes et par conséquent de tenir compte de la proportionnalité en tant que principe de l'Etat de droit. C'est en particulier cette clause qui a été à l'origine de l'initiative dite « de mise en oeuvre » mentionnée précédemment. Comme autre exemple, on peut citer la Loi fédérale sur les résidences secondaires (LRS) qui, elle aussi, s'écarte en partie du texte qui avait été soumis au vote et qui figure actuellement dans la Constitution, en introduisant certaines exceptions au quota de 20%, p.ex. pour ce qui est des logements affectés à l'hébergement touristique (art. 7 al. 1 let. b), les logements en relation avec des établissements d'hébergement organisés (art. 8), ou encore sur la construction de nouveaux logements dans des bâtiments protégés (art. 9)<sup>45</sup>.

[Rz 36] Le recours à la législation d'application comme correctif à une disposition constitutionnelle dont la proportionnalité est pour le moins discutable constitue une solution pratique et pragmatique. Elle trouve son fondement dans les règles sur l'interprétation de la Constitution et dans la recherche d'équilibre entre les différentes normes constitutionnelles. Cette méthode présente toutefois un désavantage de taille, à savoir, celui d'entrer en conflit avec un autre pilier de l'Etat suisse, la démocratie semi-directe et la volonté que le peuple a exprimée en se prononçant sur une initiative : comme évoqué plus haut, le système démocratique et constitutionnel suisse ne permet pas toujours une interprétation en accord avec les autres principes de la Constitution, certaines normes se révélant « résistantes » à cette démarche. Bien que cette situation puisse paraître insatisfaisante, la maxime de la « concordance pratique » ne devrait pas être utilisée pour écarter le principe démocratique et donc la volonté du Constituant<sup>46</sup>. L'utilisation de la législation d'application comme correctif pourrait par ailleurs, à court ou moyen terme, avoir plus d'effets négatifs que positifs : d'une part, si les administrés ont – à tort ou à raison – l'impression que les autorités s'écartent systématiquement de la volonté exprimée lors des votations populaires, l'Etat court le risque de voir ses citoyens accepter de moins en moins les lois auxquelles ils sont soumis et de perdre confiance en lui et en ses institutions. D'autre part, cette pratique pourrait

---

<sup>43</sup> Dans l'ATF 139 I 16, le Tribunal fédéral avait estimé que l'art. 121 al. 3-6 n'était pas d'application directe et qu'il devait d'abord être transposé par le législateur.

<sup>44</sup> Cf. projet de modification du Code pénal et du Code pénal militaire (mise en oeuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), art. 66a, FF 2013 5457.

<sup>45</sup> Cf. à ce sujet EMANUEL DETTWILER, Der Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes ; die Ausnahme als Regel, in : SJZ 110/2014, p. 341.

<sup>46</sup> BIAGGINI (n. 42) p. 320 s. ; cf. ég. RENÉ RHINOW, Verhältnismässigkeitsprinzip und Umsetzung von Volksinitiativen, in : NZZ no 283 du 5 décembre 2014, p. 11.

avoir comme effet néfaste qu'à l'avenir des initiatives de plus en plus rigides soient proposées au vote, de manière à empêcher tout écart de la volonté des initiants dans l'application<sup>47</sup>.

[Rz 37] Enfin, vu les campagnes qui ont précédé certaines votations où la question de la proportionnalité a souvent été mise en avant explicitement, il nous paraît évident que les citoyens étaient bien informés des problèmes que ces initiatives pouvaient soulever et qu'ils avaient, du moins implicitement, donné leur accord à ce que des normes constitutionnelles contraires à certains principes, dont la proportionnalité, entrent en vigueur<sup>48</sup>. Autrement dit, on peut aussi argumenter qu'en acceptant en toute connaissance de cause des initiatives contraires à certains principes, le peuple voulait implicitement exclure leur application ou définir lui-même leurs contours.

[Rz 38] En résumé, la situation juridique actuelle n'empêche pas le Constituant d'adopter des normes qui violent le principe de la proportionnalité ou d'autres principes de l'Etat de droit. A notre sens, l'utilisation de la législation d'application comme correctif, ne constitue toutefois qu'une « béquille » car elle combat uniquement les symptômes, sans remonter aux origines du problème. Par ailleurs, cette méthode se heurte à la démocratie semi-directe. De ce fait, la priorité devrait plutôt être donnée à l'empêchement de telles situations, p.ex. en intensifiant la communication avant les votations populaires ou, plus radicalement, en réformant les droits populaires<sup>49</sup> : en effet, si on considère que certains principes de l'Etat sont tellement importants qu'ils devraient être respectés en toute circonstance, la solution la plus logique consisterait à modifier les conditions de validité des initiatives populaires ce qui impliquerait la mise en place d'une hiérarchie entre les différentes normes constitutionnelles. Dans ce contexte, on peut citer l'exemple de la Constitution allemande (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* du 23 mai 1949) qui interdit toute modification de cette dernière qui toucherait à l'organisation fédérale, au principe de la participation des Länder à la législation ou à d'autres principes essentiels tels que la dignité humaine, les droits fondamentaux ou encore l'Etat de droit (art. 79 par. 3 et art. 1–20 de la *Grundgesetz*). Autrement, il faut accepter le fait que le système ne permet pas de supprimer toute contradiction entre les différentes normes constitutionnelles et que, par conséquent, le principe de la proportionnalité – aussi important soit-il – ne pourra pas être respecté dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse.

### 3.4. La proportionnalité des lois

#### 3.4.1. En général

[Rz 39] Comme nous l'avons vu plus haut (cf. supra, ch. 3.1. et 3.2.), l'instrument principal pour mettre en oeuvre le principe de la proportionnalité dans la législation consiste en l'octroi d'une

---

<sup>47</sup> Dans ce sens BIAGGINI (n. 42), p. 323.

<sup>48</sup> Cf. p.ex. les explications du Conseil fédéral concernant la votation populaire du 18 mai 2014 portant entre autres sur l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » ; à cette occasion, le Conseil fédéral avait attiré à de nombreuses reprises l'attention sur le non-respect de la proportionnalité par cette initiative, comme le démontre le passage suivant : « Il serait en effet contraire au principe de la proportionnalité que les tribunaux soient tenus de prononcer dans chaque cas et automatiquement une interdiction à vie d'exercer une activité en contact avec des enfants ou des personnes dépendantes – sans faire de distinction entre les infractions graves, tel un viol, et des délits moins graves. Or, c'est exactement ce que demande l'initiative » ; cf. ég. les explications du Conseil fédéral concernant la votation populaire du 28 novembre 2010, dont l'un des objets était « l'initiative sur le renvoi », dans lesquelles le non-respect de la proportionnalité avait plusieurs fois été pointé du doigt. Malgré cela, les deux initiatives ont été acceptées par le peuple.

<sup>49</sup> MÜLLER (n. 3), p. 71 s.

marge d'appréciation aux autorités d'application, par exemple en leur donnant la possibilité de déroger à certaines dispositions de la loi afin de mieux tenir compte des circonstances individuelles.

[Rz 40] Malgré cela, on peut constater que notre législation contient de nombreuses dispositions qui ne laissent pas de place à l'appréciation des circonstances individuelles. Certaines de ces règles, telles que le fait qu'il faut être majeur pour avoir l'exercice des droits politiques au niveau fédéral, l'obligation de prendre sa retraite lorsqu'on a atteint une certaine limite d'âge, ou encore les prescriptions relatives aux heures d'ouverture des magasins, ne suscitent pas beaucoup de controverses et passent quasiment inaperçues dans la discussion sur la proportionnalité, alors qu'on pourrait parfaitement imaginer des cas où elles seraient disproportionnées.

[Rz 41] D'autres règles qui ne laissent pas de place à une appréciation individuelle peuvent avoir des conséquences plus graves sur la situation de certaines personnes. Pour illustrer cela, prenons l'exemple suivant : un chauffeur de taxi se fait flasher à 140 km/h alors qu'il circule au volant de son véhicule privé un dimanche matin sur une section d'autoroute où la vitesse est temporairement limitée à 100 km/h, p.ex. en raison de travaux. Selon la pratique, il s'agit d'une infraction grave à la Loi sur la circulation routière (LCR) qui sera obligatoirement sanctionnée d'un retrait de permis de trois mois au minimum (art. 16c al. 2 let. a LCR), même si au moment des faits le conducteur est tout seul sur le tronçon en question, que la visibilité est très bonne ou qu'il pense à tort, mais en toute bonne foi, que la vitesse autorisée est de 120 km/h et qu'il n'a aucune intention de commettre un excès aussi grave<sup>50</sup>. De même, les éventuelles conséquences de la sanction sur sa situation personnelle ou professionnelle n'ont aucune incidence sur la durée minimale de celle-ci. En effet, la LCR fixe des durées de retrait de permis minimales qui lient les autorités. Ces dernières n'ont pas le droit de descendre au-dessous de ces limites même si, dans un cas tel que celui décrit dans notre exemple, la sanction s'avérerait disproportionnée.

[Rz 42] Enfin, toujours dans le domaine de la circulation routière, on peut citer l'exemple encore plus flagrant de certaines mesures adoptées dans le cadre du programme « via sicura », telle que l'article « contre les chauffards » (art. 90 al. 3 et 4) qui prévoit des peines privatives de liberté d'un à quatre ans pour celui qui, par une violation intentionnelle des règles fondamentales de la circulation, accepte de courir un grand risque d'accident pouvant entraîner de graves blessures ou la mort, notamment en commettant des excès de vitesse particulièrement importants (les dépassements de vitesse constitutifs d'une infraction au sens de l'al. 3 sont définis à l'al. 4). A noter que, après avoir confirmé dans un premier temps le fait que la loi ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux autorités lorsque les conditions de ces articles sont remplies<sup>51</sup>, le Tribunal fédéral a récemment modifié cette jurisprudence, en retenant que le juge doit conserver une marge de manoeuvre restreinte afin d'exclure, dans des circonstances particulières, l'existence d'un comportement intentionnel<sup>52</sup>. La motivation de cet arrêt laisse toutefois entendre que cette nouvelle jurisprudence ne s'appliquera que de manière très exceptionnelle. Toujours dans le contexte de « via sicura », on peut également évoquer la possibilité de confisquer le véhicule, même lorsqu'il est la propriété d'un tiers (art. 90a LCR)<sup>53</sup> ou encore l'interdiction faite aux compagnies d'as-

---

<sup>50</sup> Cf. p.ex. ATF 123 II 37.

<sup>51</sup> Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C\_397/2014, consid. 2.4.1.

<sup>52</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_165/2015 du 1<sup>er</sup> juin 2016.

<sup>53</sup> Cf. sur ce point HANS GIGER, Grundsatzprobleme im Bereich der Sicherungseinziehung von Motorfahrzeugen, in *Circulation routière* 2/2012, p. 4 ss., et en particulier p. 11 concernant la question de la proportionnalité : l'auteur

surance de renoncer à leur droit de recours si le conducteur se trouve en état d'ébriété ou dans l'incapacité de conduire, ou qu'il commet un excès de vitesse au sens de l'art. 90, al. 4. (art. 65 al. 3 2<sup>ème</sup> phrase LCR)<sup>54</sup>.

[Rz 43] Au vu de l'importance de la proportionnalité dans l'ordre juridique, on doit se demander quelles pourraient être les raisons qui conduisent le législateur à adopter des lois pouvant entrer en conflit avec ce principe.

### 3.4.2. Les raisons supposées du manque de proportionnalité des lois

[Rz 44] Un Etat de droit se doit de disposer de mécanismes qui limitent le pouvoir des autorités afin de protéger les individus contre certains abus, mais également de garantir la sécurité du droit et la prévisibilité de l'ordre juridique. Comme il a été montré plus haut (cf. supra, ch. 3.2.), la proportionnalité, qui sert notamment à empêcher certains comportements excessifs de la part de l'Etat et de ses organes, peut toutefois entrer en conflit avec le droit des administrés de connaître les conséquences que l'ordre juridique attache à un comportement déterminé. Une certaine rigidité de la législation sert justement à garantir la sécurité du droit, mais également l'égalité de traitement. Par ailleurs, un certain schématisme est également nécessaire au bon fonctionnement de l'Etat en général. En effet, on peut craindre une paralysie du système si chaque autorité pouvait en toute circonstance examiner chaque cas et rendre une décision qui prend en compte toutes ses particularités. Par exemple, il serait extrêmement laborieux de déterminer si chaque adolescent de moins de 18 ans est suffisamment mature pour avoir l'exercice des droits politiques au niveau fédéral.

[Rz 45] On peut toutefois supposer que le manque de proportionnalité des normes juridiques ne repose pas toujours (principalement) sur ce type de motifs, mais que cela correspond bien à une volonté du législateur. Ceci est notamment le cas lorsque ce dernier pourrait tout aussi bien s'abstenir d'agir, ou, en d'autres mots, lorsque des doutes subsistent quant à la nécessité de nouvelles règles. Ainsi, pour revenir à l'exemple précédent, la loi permettait déjà de sanctionner les excès de vitesse avant l'adoption des nouvelles dispositions contre les « chauffards ».

[Rz 46] Sans vouloir prétendre détenir la vérité, nous pouvons tout d'abord imaginer qu'à l'origine du problème se situe le mythe de la toute-puissance des lois ou l'idée que la loi peut et doit avoir réponse à tout et régler tous les problèmes auxquels la société est confrontée<sup>55</sup> ce qui, selon nous, favorise le développement de l'activité législative et augmente le risque d'aboutir à des normes disproportionnées. S'ajoute à cela les nombreuses pressions extérieures auxquelles le législateur doit faire face. Dans ce contexte, on pensera plus particulièrement aux initiatives populaires : afin d'éviter que des dispositions constitutionnelles encore plus sévères soient acceptées, le législateur peut se sentir obligé de prendre les devants en proposant des lois qui tiennent comptes des préoccupations des initiants, sans toutefois aller aussi loin. Ainsi, les règles susmentionnées adoptées

---

critique et qualifié d'inconstitutionnelle la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il suffit que la mesure (en l'occurrence la confiscation du véhicule) retarde ou entrave la commission de nouvelles infractions la commission d'infractions ultérieures pour qu'elle soit considérée comme apte à atteindre l'intérêt public (ATF 137 IV 249, consid. 4.5.2., confirmé entre autres dans l'arrêt du Tribunal fédéral 1B\_204/2012 du 11 mai 2012, consid. 4.3.).

<sup>54</sup> Cf. à ce sujet CÉDRIC MIZEL, *Quo vadis, via sicura?*, in *Revue de l'avocat* 2015, p. 434 ss., et en particulier sur l'absence de proportionnalité de ces mesures, p. 440 s.

<sup>55</sup> Dans ce sens MARKUS MÜLLER, *Il faut donner du temps au temps : Reflexionen zur zeitlosen Zeitnot in der Gesetzgebung*, in : *LeGes* 2014/3, p. 431 ss., 436.

sous le nom de « via sicura » trouvent leur origine dans différentes initiatives populaires, dont la liste se trouve dans le message du Conseil fédéral y relatif<sup>56</sup>. On mentionnera en particulier l'initiative de la fondation Road Cross « Protection contre les chauffards » qui a été retirée suite à la révision de la LCR<sup>57</sup>. A noter qu'aujourd'hui, certains parlementaires conscients des problèmes que pose « via sicura » en matière de proportionnalité (application d'un tarif excessivement rigide sans égards aux circonstances du cas d'espèce, sévérité des peines encourues, suppression de l'obligation des compagnies d'assurance de faire recours dans certains cas) souhaitent revenir en arrière, en abrogeant certaines dispositions de celle-ci<sup>58</sup>. A ce sujet, il est intéressant de mentionner la réponse du Conseil fédéral à l'un de ces objets : ainsi, le Gouvernement a proposé le rejet d'une motion en balayant les arguments relatifs à la proportionnalité et en arguant que c'est « le législateur – et non les tribunaux – qui détermine quand les conditions « nécessaires » sont remplies<sup>59</sup> ». Cette réponse nous offre par ailleurs un autre début d'explication à l'existence de lois dont la proportionnalité est contestable : celles-ci pourraient également refléter un manque de confiance du législateur à l'égard des juges ce qui le conduirait à restreindre leur pouvoir d'appréciation dans l'application du droit.

[Rz 47] On peut également constater que le législateur a parfois tendance à légiférer dans le but de montrer sa détermination à régler certains problèmes qui semblent préoccuper l'opinion publique. Paradoxalement, dans le contexte politique, l'adoption de nouvelles règles, sans égard à leur nécessité, paraît souvent plus facile que le fait de ne pas agir du tout<sup>60</sup>. Les résultats de cet « activisme politique » sont souvent des interdictions absolues ou des sanctions particulièrement sévères. On parle à ce sujet également de « législation symbolique »<sup>61</sup>. Dans ce contexte, on peut rappeler la vague d'émotion qu'avait déclenchée il y a environ dix ans la mort d'un petit garçonnet tué par trois pitbulls et qui a été à l'origine de longs débats sur l'interdiction de certaines races de chiens<sup>62</sup>. Ces discussions ont failli aboutir à une loi fédérale sur les chiens<sup>63</sup>. Quelques cantons sont allés plus loin, en adoptant des lois interdisant certaines races de chiens réputés dangereux<sup>64</sup>.

---

<sup>56</sup> FF 2010 7703, 7749.

<sup>57</sup> FF 2012 8511 ; cf. également le message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire « Protection contre les chauffards », FF 2012 5057.

<sup>58</sup> Cf. entre autres Motion Jean-Paul Gschwind, « Via sicura. Rétablir la proportionnalité des sanctions pénales et administratives » (no 15.3125) ; ég. initiative parlementaire Regazzi Fabio « Via sicura. Supprimer rapidement les excès et les effets secondaires indésirables associés au délit de chauffard » ( 15.413 ; le Conseil national a décidé de donner suite à cette initiative, mais pas le Conseil des Etats, cf. BO 2015 N 2218 et BO 2016 S 407) ; initiative parlementaire Jean-Luc Addor, « Via sicura. Non à une triple peine ! » (no 15.500)

<sup>59</sup> Réponse du Conseil fédéral du 8 mai 2015 à la Motion Gschwind (n. 57). A noter qu'il a été décidé que l'efficacité du programme « via sicura » fera l'objet d'une évaluation globale qui aboutira peut-être à des modifications législatives, la question de la proportionnalité se trouvant au coeur des débats, cf. le postulat de la commission des transports et de la communication du Conseil des Etats du 14 avril 2016 « Evaluation du programme Via sicura » (MO 16.3267), auquel le Conseil fédéral a répondu favorablement. Le postulat a été adopté par le Conseil des Etats le 8 juin 2016 (BO 2016 S 407).

<sup>60</sup> A ce sujet cf. aussi MÜLLER (n. 55), p. 437 s.

<sup>61</sup> Cf. les exemples chez CHRISTOPH WINZELER, Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung ?, in : RSJ 106/2010, p. 181 ss., 181, n. 7 ; cf. également FF 2010 7703, 7734 : « Dans leurs conditions générales d'assurance, certaines compagnies d'assurance renoncent à faire valoir leur droit au recours en contrepartie d'un léger supplément de primes, même en cas de dommages imputables à un accident causé par négligence grave. Le signal ainsi donné va à l'encontre des intérêts de la sécurité routière ».

<sup>62</sup> Cf. l'initiative parlementaire déposée par Pierre Kohler « Interdiction des pitbulls en Suisse » du 7 décembre 2005 (no 05.453)

<sup>63</sup> Ce projet de loi a finalement été rejeté par le Parlement, BO 2010 N 1845.

<sup>64</sup> Cf. art. 20 Loi sur la détention des chiens (LDCh) du canton de Fribourg (BDLF 725.3), art. 24b Loi d'application de la loi fédérale sur la protection des animaux (LcLPA) du canton du Valais (RS 455.1) ou encore art. 23 Loi sur



[Rz 48] Les interdictions qui ne tolèrent aucune exception sont généralement contraires au principe de la proportionnalité. De plus, leur efficacité n'est pas toujours prouvée<sup>65</sup>, souvent à cause des difficultés à les faire respecter : en effet, une application systématique nécessiterait des moyens de contrôle trop importants et de ce fait disproportionnés. Dans l'esprit du législateur, les interdictions représentent toutefois un signal envoyé à la population que la société n'est pas prête à tolérer ou à « banaliser » un certain comportement<sup>66</sup>, reléguant la question de l'efficacité de l'interdiction ou la recherche d'alternatives à un rang secondaire. De plus, elles comportent certains avantages, dont la facilité à mettre en place et leur popularité : une interdiction constitue souvent la solution la plus simple et la plus rapide à un problème qui préoccupe la population et prouve la détermination des autorités à le régler, alors que des solutions plus nuancées sont plus longues à mettre en place car elles exigent un examen approfondi des différents aspects à prendre en considération, nécessitent plus de moyens, sont plus difficiles à expliquer aux citoyens et donc, moins populaires.

[Rz 49] Plus récemment, ce sont les questions de sécurité et la lutte contre les attaques terroristes qui sont au centre du débat politique. En effet, la protection de la population contre différentes menaces et la prévention des risques en tant que tâche de l'Etat prend de plus en plus d'ampleur et les pressions qui pèsent sur les épaules des autorités pour qu'elles prennent des mesures s'intensifient. Dans ce contexte, la proportionnalité de la Loi sur le renseignement (LRens), adoptée l'année dernière par l'Assemblée fédérale<sup>67</sup>, a été mise en cause, ce qui a entre autres conduit au lancement d'un référendum qui a abouti<sup>68</sup>. Les opposants contestaient tant la nécessité de la loi elle-même par rapport aux moyens dont nous disposons déjà (procédures pénales ordinaires) que celle des différentes mesures envisagées, en particulier de celles qui représentent des atteintes particulièrement importantes à des droits fondamentaux, telles que le stockage de données personnelles de manière préventive ou la surveillance de la sphère privée avec l'aide de nouvelles technologies, sans soupçon fondé d'un crime. Lors des débats parlementaires, le besoin d'agir de manière préventive afin de détecter la préparation d'actes terroristes avant qu'ils n'aient lieu, l'obligation de l'Etat de garantir la sécurité des citoyens ou encore le besoin de se doter d'instruments modernes ont été mis en avant par les défenseurs du projet<sup>69</sup>. A côté de cela, les arguments des opposants qui avaient notamment pointé du doigt le manque de proportionnalité, n'ont pas fait le poids, même si des ajustements ont été apportés au projet initial. On peut supposer que la

---

les chiens (LChiens) du canton de Genève (RSG M 3 45) et art. 17 Règlement d'application de la loi sur les chiens (RChiens; RSG M 3 45.01).

<sup>65</sup> Certaines interdictions peuvent avoir comme effet le développement d'un marché noir et donc d'une certaine criminalité, ce qui est le cas pour la drogue ou la prostitution (lorsque celle-ci est interdite par la loi) ou comme ce fût le cas aux Etats-Unis du temps de la prohibition ; cf. aussi WINZELER (n. 61), p. 183 ; cf. ég. le message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur les stupéfiants, FF 2001 3537, 3540 : « La loi actuelle réprimant la consommation de cannabis, il n'est plus guère possible de l'appliquer avec des moyens raisonnables. Par ailleurs, une consommation modérée de cannabis ne met pas la santé plus en danger que la consommation d'autres substances légalement admises. La dépénalisation de la consommation des stupéfiants de type cannabique et de ses actes préparatoires s'imposent donc logiquement (...) Les faiblesses de la loi actuelle apparaissent au grand jour dès qu'il s'agit de lutter contre la culture du chanvre servant à la production de stupéfiants (...) Dans ce domaine, l'application de la loi est très hétérogène et fort onéreuse ; il en résulte un marché gris très difficile à contrôler (...) ». Le Parlement s'est finalement prononcé contre cette révision.

<sup>66</sup> Cf. le vote de Claude Ruey, BO 2004 N 1055, concernant la dépénalisation de la consommation de cannabis susmentionnée.

<sup>67</sup> Acceptée en votation finale le 25 septembre 2015 ; FF 2015 6597

<sup>68</sup> FF 2016 700.

<sup>69</sup> Cf. BO 2015 N 368 ss., p.ex. votes Borer et Hiltpold pour les défenseurs, vote Vischer pour les opposants.

multiplication des actes terroristes dans le monde au moment où la loi a été débattue n'ont pas été étrangers à l'issue du vote du parlement. A noter que la loi vient d'être acceptée lors de la votation populaire du 25 septembre 2016.

#### **4. La justiciabilité de la proportionnalité**

[Rz 50] L'efficacité d'un principe, aussi important soit-il, dépend toujours de sa justiciabilité, à savoir, de la possibilité d'alléguer sa violation devant un tribunal. Le contrôle juridique joue un rôle essentiel car une règle de droit ou un principe dont le respect ne peut pas être contrôlé ou ne l'est que de manière très restreinte risque en pratique de rester lettre morte.

[Rz 51] Malgré l'importance que l'on attribue à la proportionnalité dans l'Etat de droit, son contrôle en relation avec les actes normatifs est en Suisse très limité, comme nous le démontrerons ci-dessous.

##### **4.1. Le contrôle de la proportionnalité des normes juridiques fédérales**

[Rz 52] Le contrôle juridique de la proportionnalité des actes normatifs fédéraux est extrêmement limité voire inexistant. Tout d'abord, les normes constitutionnelles sont soustraites à tout contrôle de la part des tribunaux. Comme nous l'avons vu plus haut, c'est à l'Assemblée fédérale qu'il incombe de se prononcer sur la validité des initiatives tendant à modifier la Constitution, ses décisions ne pouvant pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

[Rz 53] Pour ce qui est des lois fédérales, on notera que la Suisse ne connaît pas de juridiction constitutionnelle. En vertu de l'art. 190 Cst., les lois fédérales sont « immunisées » ce qui signifie qu'elles doivent être appliquées, même si elles ne sont pas conformes à la Constitution. Par conséquent, il n'est pas possible de refuser d'appliquer une loi fédérale qui violerait le principe de la proportionnalité. La pratique du Tribunal fédéral consistant à contrôler la compatibilité des lois fédérales avec les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et refuser de les appliquer en cas de contradiction avérée<sup>70</sup> ne peut pas s'appliquer en l'occurrence, la proportionnalité ne constituant pas en tant que telle une garantie fondamentale au sens de la CEDH<sup>71</sup>. Il en va de même pour les ordonnances du Conseil fédéral lorsque l'inconstitutionnalité est couverte par la loi sur laquelle elles reposent. Dans les autres cas, la constitutionnalité, y compris la proportionnalité des ordonnances du Conseil fédéral et de ses départements peut bien faire l'objet d'un contrôle (concret) par le Tribunal fédéral, ce dernier se contentant toutefois de vérifier si la réglementation en question n'a pas manifestement dépassé le cadre de la délégation législative<sup>72</sup>. La Cour examine en particulier si l'ordonnance incriminée remplit les buts visés par la loi et si le Conseil fédéral a fait usage de son pouvoir d'appréciation en respectant le principe de la proportionnalité<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Cf. p.ex. ATF 128 III 113.

<sup>71</sup> La proportionnalité peut toutefois faire l'objet d'un contrôle en relation avec la violation alléguée d'un droit fondamental garanti par la CEDH.

<sup>72</sup> ATF 104 Ib 412, consid. 6; ATF 130 I 26, consid. 2.2. et 2.2.1.

<sup>73</sup> Cf. ATF 103 Ib 140 consid. 4c.

[Rz 54] Le contrôle juridique de la proportionnalité des actes normatifs fédéraux est par conséquent soit inexistant soit très limité. Sa mise en oeuvre en droit fédéral est une tâche qui revient principalement au législateur dont les choix ne reposent pas toujours uniquement sur des motifs juridiques.

#### **4.2. Le contrôle de la proportionnalité des normes juridiques cantonales**

[Rz 55] La conformité du droit cantonal au droit fédéral peut faire l'objet d'un contrôle devant chaque instance de recours, y compris devant le Tribunal fédéral (cf. l'art. 95 let. a Loi sur le Tribunal fédéral ; LTF). Pour ce qui est de l'examen de la proportionnalité des mesures et actes fondés sur du droit cantonal, le Tribunal fédéral estime toutefois que l'art. 5 al. 2 Cst. n'a pas de portée propre et qu'il ne peut donc pas être invoqué à lui tout seul ; encore faut-il que la mesure contestée porte atteinte à un droit, ce qui est surtout le cas lorsqu'elle est susceptible de restreindre un droit fondamental. Dans les autres cas, le Tribunal fédéral exige que la violation du principe de la proportionnalité soit « manifeste » et qu'elle soit constitutive d'arbitraire<sup>74</sup>. L'examen du respect de la proportionnalité se confond alors avec celui de l'arbitraire et c'est uniquement si ce grief est recevable qu'une violation « manifeste » de la proportionnalité sera admise<sup>75</sup>. Cela signifie que les violations « simples » de la proportionnalité sont exclues d'un contrôle judiciaire devant la plus haute Cour.

[Rz 56] Pour justifier cette pratique, le Tribunal fédéral invoque en particulier la liberté d'appréciation dont jouit le législateur cantonal en dehors du champ d'application des droits fondamentaux. Par ailleurs, il estime que le contrôle spécifique dont font l'objet les atteintes aux droits fondamentaux serait vidé de son sens si les mêmes principes étaient appliqués à l'ensemble du droit cantonal, uniquement sur la base de l'art. 5 Cst. Eu égard au fait que dans la plupart des cantons il n'existe pas de contrôle abstrait des actes législatifs cantonaux et que ce contrôle ne peut intervenir que devant le Tribunal fédéral en instance unique, cette pratique a notamment pour effet que le contrôle abstrait de la proportionnalité des normes juridiques cantonales est quasiment exclu lorsque des droits fondamentaux ne sont pas touchés.

[Rz 57] Cette jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral a été – à juste titre – critiquée par la doctrine qui considère qu'elle vide l'art. 5 Cst. de toute substance propre en ce qui concerne le droit cantonal, lorsqu'on n'est pas en présence d'une atteinte à un droit fondamental<sup>76</sup>. Parmi les arguments invoqués on peut mentionner le fait que, selon les travaux préparatoires, la violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF inclut bien l'ensemble du droit fédéral, y compris donc le droit constitutionnel et la proportionnalité, et que rien ne laisse penser que cette jurisprudence pourrait correspondre à la volonté du Constituant. On peut aussi se demander si cette limitation de l'examen de la proportionnalité n'est pas elle-même « disproportionnée ».

[Rz 58] Par ailleurs, on notera qu'en pratique le contrôle juridique des actes normatifs cantonaux est restreint, même lorsque des droits fondamentaux sont touchés et que le Tribunal fédéral examine librement leur conformité au droit constitutionnel. Ainsi, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes juridiques cantonales, la Cour s'impose une certaine retenue et ne déclare

---

<sup>74</sup> Cf. ATF 134 I 153, consid. 4.2.1. et 4.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_279/2013 du 14 mai 2013, consid. 3.1.

<sup>75</sup> Cf. p.ex. ATF 134 I 153, consid. 4.1.

<sup>76</sup> MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 2), p. 813.

une norme inconstitutionnelle que si, vu l'ensemble des circonstances, une application conforme à la Constitution semble exclue. Elle justifie sa pratique par le respect du fédéralisme, mais aussi de la proportionnalité : en effet, l'annulation d'un acte normatif cantonal pourrait elle-même s'avérer disproportionnée lorsque celui-ci pourrait se voir attribuer un sens compatible avec la Constitution. Dans sa décision, le Tribunal fédéral tient compte de critères tels que la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée<sup>77</sup>.

[Rz 59] Pour atténuer les effets négatifs des restrictions du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral tout en préservant les marges de manoeuvre cantonales, une partie de la doctrine propose un contrôle de la proportionnalité des actes cantonaux limité aux aspects formels et méthodiques. Il s'agirait uniquement de vérifier si tous les faits pertinents ont été correctement établis, le cas échéant en ayant recours aux compétences de tiers, et si l'examen des trois questions relatives à la proportionnalité (aptitude, nécessité, proportionnalité au sens étroit) par l'instance inférieure s'est déroulé dans les règles de l'art. Enfin, on se poserait la question de savoir si tous les éléments pertinents ont été pris en considération dans l'évaluation de l'autorité inférieure<sup>78</sup>. Cet examen ne concernerait pas les aspects matériels du cas, mais partirait du principe que les chances d'obtenir un résultat matériellement « satisfaisant » augmentent lorsque les autorités inférieures ont bien respecté toutes les exigences quant à la méthode et à la forme. La solution proposée est intéressante et pourrait améliorer sensiblement l'examen de la proportionnalité des décisions ; en revanche, elle paraît moins adaptée au contrôle des actes normatifs, en particulier lorsque celui-ci est abstrait et pratiqué par le Tribunal fédéral en instance unique.

[Rz 60] En résumé, le contrôle de la proportionnalité des actes normatifs cantonaux incombe principalement aux cantons, chaque autorité étant habilitée à examiner si une norme de droit cantonal respecte bien le droit fédéral, y compris les principes généraux de l'Etat de droit. Le plus souvent, ce contrôle interviendra de manière concrète, en relation avec un acte d'application. Sur le plan fédéral, la proportionnalité des actes normatifs cantonaux ne fait l'objet d'un contrôle par le Tribunal fédéral que lorsqu'elle est invoquée en relation avec la violation de droits fondamentaux, et même dans ce contexte, la Cour s'impose une certaine retenue eu égard au fédéralisme et à l'autonomie législative des cantons. Dans tous les autres cas, le grief de la proportionnalité se confond avec celui de l'arbitraire.

## 5. Conclusions

[Rz 61] Le principe de la proportionnalité est considéré comme l'un des piliers de l'Etat de droit, tout comme la légalité ou l'intérêt public. Sa mise en oeuvre, en particulier dans le domaine de la législation, se heurte toutefois à certains obstacles qui tiennent en partie à sa nature particulière, mais aussi au droit constitutionnel suisse qui ne permet qu'un contrôle très limité de la proportionnalité des normes juridiques, ce qui en fait un principe « imparfait », malgré son importance.

[Rz 62] De par sa nature, le principe de la proportionnalité s'apparente à une coquille vide qu'il s'agit de remplir dans chaque cas particulier. Sa concrétisation pour ce qui est des normes ju-

---

<sup>77</sup> Cf. ATF 140 I 2 consid. 4 ; ATF 137 I 31, consid. 2 ; ATF 140 V 574, consid. 3 ; ATF 135 II 243, consid. 2.

<sup>78</sup> MÜLLER (n. 3) p. 102 ss.

ridiques incombe en premier lieu au législateur qui est avant tout un organe politique dont les choix ne reposent pas toujours que sur des motifs juridiques. Il en résulte des lois « symboliques » ou des interdictions absolues, dont l'efficacité ou l'aptitude à atteindre le but visé n'est pas toujours prouvée.

[Rz 63] Un meilleur respect de la proportionnalité dans le domaine de la législation nécessiterait des changements profonds de notre ordre juridique, en particulier une modification des conditions de validité des initiatives populaires ainsi que l'introduction d'une véritable juridiction constitutionnelle pour les lois fédérales. Ces propositions ne sont pas nouvelles et l'expérience a montré que leurs chances d'aboutir sont extrêmement faibles. Même si la situation était différente, il convient de garder à l'esprit le fait que sa proximité avec l'idéal de « justice » fait de la proportionnalité une notion empreinte de subjectivité. Par conséquent, l'appréciation de la proportionnalité d'un acte ou d'une mesure reste un exercice largement subjectif qui dépend en grande partie de l'échelle de valeurs de celui qui pratique l'examen ou des influences qu'il peut subir. L'idée d'une hiérarchie de valeurs généralement reconnue ne serait d'ailleurs pas compatible avec une société démocratique et pluraliste<sup>79</sup>. Dans ce contexte, toute autorité chargée de contrôler la proportionnalité d'un acte normatif s'exposera toujours au reproche de vouloir remplacer la vision du législateur par sa propre appréciation ou son propre jugement de valeurs ce qui l'amènera à s'imposer une certaine retenue lorsqu'elle pratiquera cet examen<sup>80</sup>. Toute tentative de rendre l'analyse de la proportionnalité plus objective a donc des limites inhérentes à la nature même de cette notion. Ce constat ne vise en aucun cas à minimiser l'importance de la proportionnalité, mais, au contraire, à rendre les autorités attentives à la complexité de leur tâche ainsi qu'au soin qu'il convient d'apporter à la mise en oeuvre d'un principe dont le but essentiel est de limiter le pouvoir de l'Etat à tous les niveaux et de protéger les individus contre d'éventuels abus.

---

Dr. iur. DANIELA IVANOV, Maître-assistante et chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

---

<sup>79</sup> RÜTSCHÉ (n. 3), p. 45.

<sup>80</sup> Sur les différents éléments à prendre en compte par le juge lors de l'examen de la proportionnalité des normes juridiques, cf. aussi SCHINDLER (n. 4), N 51.