Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 94 (1975)

Artikel: Le recours de droit public : facteur d'unification des droits cantonaux et d'émiettement du droit fédéral

Autor: Knapp, Blaise

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896236

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

BLAISE KNAPP

Le recours de droit public

Facteur d'unification des droits cantonaux et d'émiettement du droit fédéral

Introduction

Plutôt que de reprendre dans un rapport à la Société Suisse des Juristes, les thèmes familiers des moyens invocables en recours de droit public, de la qualité pour agir, de la décision susceptible d'être entreprise, du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, thèmes qui ont été abondamment et excellemment traités[1], il nous a paru utile de nous pencher sur une question à la fois plus large et moins étudiée.

C'est pourquoi nous avons choisi de nous interroger sur les effets des jugements, rendus par le Tribunal fédéral sur recours de droit public, sur le droit de fond. Il nous est aussi apparu d'emblée que ces effets revêtent deux aspects: d'une part, ces jugements ont un

[1] Voir parmi les ouvrages généraux consacrés au recours de droit public, W. BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zurich 1950; CL. BONNARD, Problèmes relatifs au recours de droit public, Rapport à la Société suisse des juristes (SSJ) et RDS 1962, vol. 81, t. II, p. 381; Z. GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts, Zurich 1933; H. HUBER, Die Verfassungsbeschwerde, reproduit dans: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Berne 1971, p. 111; H. MARTI, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, Rapport à la SSJ et RDS 1962, vol. 81, t. II, p. 1, repris dans son ouvrage Die staatsrechtliche Beschwerde, 2e édition, Bâle 1971; A. PANCHAUD, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, Rapport à la SSJ et RDS 1950, vol. 69, p. 1a; H. NEF, Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde, Rapport à la SSJ et RDS 1950, vol. 69, p. 133a; H. HUBER, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Rapport à la SSJ et RDS 1936, vol. 55, p. 1a; A. FAVRE, L'évolution des droits individuels de la Constitution, Rapport à la SSJ et RDS 1936, vol. 55, p. 291a, ainsi que les nombreux articles parus dans RDS, Zbl et JT.

effet unificateur des droits cantonaux, d'autre part, ils ont un effet de régionalisation du droit fédéral.

Il nous est aussi apparu, dès l'abord, que le Tribunal fédéral avait dégagé (créé ou affirmé?) des principes, des règles et des notions et concepts juridiques généraux sur la nature exacte desquels on peut hésiter.

L'intérêt actuel de notre recherche nous a été confirmé par quelques déclarations récentes du Tribunal fédéral lui-même. Ainsi, dans l'arrêt *Minelli*[2], le Tribunal fédéral déclare que[3], s'il doit établir certaines exigences minima quant au contenu d'un Règlement des prisons, telles qu'elles résultent de la liberté personnelle, il ne lui appartient pas de déduire de la Constitution une réglementation unique, valable pour toute la Suisse et de «légiférer, dans une certaine mesure, en lieu en place du législateur cantonal compétent selon l'art. 64bis Cst». Ceci ne l'empêche pas d'examiner[4] en détail le Règlement des prisons zurichoises et de déclarer «il est urgent que les prisons soient construites de telle sorte que les prisonniers puissent se promener au moins une demi-heure par jour». Dans l'arrêt *Andersen*[5], le Tribunal fédéral se réfère, en matière de délégation du pouvoir législatif au Grand Conseil seul, à des «principes de droit fédéral ou général». Dans l'arrêt *Emmenegger*[6], le Tribunal fédéral conscient de la portée de ses jugements, déclare: «Pour éviter tout malentendu, il faut ajouter que les considérations ci-dessus ne doivent pas être entendues comme modifiant la jurisprudence pour *tous* les émoluments». Enfin, dans l'arrêt *Demont*[7], le Tribunal fédéral déclare: «Le principe que consacre l'art. 28 LPA s'impose dès lors aux cantons... il n'y a pas lieu de réserver... d'éventuelles lois cantonales moins favorables à l'administré».

[2] ATF 99, 1973, Ia 262 (ZH). (NB: nous indiquerons dans notre étude, le canton en cause selon les abréviations usuelles.)

[3] Ibidem, p. 271.

[4] Ibidem, p. 281.

[5] ATF 100, 1974, Ia 60 (VS); comp. ATF 100, 1974, Ia 345 *(Cimiotti)* (TI) et 352 *(Schmid)* (ZG).

[6] ATF 99, 1973, Ia 697 (SO).

[7] ATF 100, 1974, Ia 97 (GE).

[7bis] Après rédaction du présent rapport, nous avons reçu une réponse de la direction de la justice, des communes et des paroisses de Fribourg.

Pour nous assurer que notre impression n'était pas fausse, nous avons adressé aux autorités exécutives de tous les cantons un questionnaire, dont on trouvera le texte en annexe I et aux tribunaux administratifs cantonaux une lettre dont on trouvera aussi le texte en annexe II. Ce questionnaire a été très aimablement accueilli et nous tenons à remercier ici les personnes qui ont bien voulu nous répondre, soit directement, soit après avoir consulté les divers départements du gouvernement cantonal. Il s'agit de: la chancellerie d'Etat de Zurich, le Tribunal administratif de Zurich, la Direction de la justice de Berne (transmettant des réponses de la chancellerie d'Etat, de la Direction de l'agriculture, de l'intendance cantonale des impôts, de la Commission cantonale des recours, de la Direction des œuvres sociales et du Professeur H. SCHULTZ), le Tribunal administratif de Berne, le Département de la justice de Lucerne, le Département de la justice de Schwyz, le Département de la justice d'Obwald, la Direction de la justice et de la police de Zoug[7bis], le Tribunal administratif de Soleure, le Département de la justice de Bâle-Ville, la Direction de la justice de Bâle-Campagne, le Tribunal administratif de Bâle-Campagne, la Direction de la justice de Schaffhouse, le Tribunal supérieur de Schaffhouse, la Chancellerie d'Etat d'Appenzell (Rhodes extérieures), le Tribunal administratif de Saint-Gall, le Département de justice et de police des Grisons, le Tribunal administratif des Grisons, la Direction du service juridique du Conseil d'Etat d'Argovie, le Tribunal administratif d'Argovie, la Chancellerie d'Etat de Thurgovie, le Département de la justice du Tessin, le Tribunal administratif du Tessin, le Service de justice et de législation du Département de la justice, de la police et des affaires militaires de Vaud (transmettant les résultats d'une enquête effectuée par circulaire dans l'administration vaudoise), le Département de justice et police et de la santé publique du Valais, le Service juridique de Neuchâtel, le Département de justice et police de Genève, le Tribunal administratif de Genève.

Ces réponses ont confirmé au delà de tout espoir notre sentiment et les références que nous leur ferons le montreront aux lecteurs. Elles ont aussi apporté au professeur de droit que nous sommes, un certain réconfort, en ce sens que très souvent, elles

attirent l'attention sur le fait que l'influence du Tribunal fédéral sur les cantons ne vient pas toujours directement des jugements eux-mêmes, mais passe souvent par la doctrine qui s'en inspire[8]. A cet égard, les ouvrages de nos illustres collègues M. IMBODEN et A. GRISEL[9] sont particulièrement cités. Il n'y a là, rien de particulièrement surprenant, non seulement en raison de la qualité de ces œuvres, mais surtout en raison du fait que ces deux auteurs se sont très largement appuyés sur la jurisprudence pour en faire la synthèse, voire aussi la critique. Il est d'ailleurs frappant que ces deux ouvrages visant à présenter le droit administratif suisse, ne séparent pas toujours nettement les décisions rendues par le Tribunal fédéral sur des recours de droit public concernant le droit administratif cantonal et celles rendues sur recours de droit administratif concernant le droit administratif fédéral.

Ceci confirme, une fois encore, l'existence d'un fond commun[10] et, par conséquent, le caractère unificateur du recours de droit public.

Première partie

Le recours de droit public – facteur d'unification des droits cantonaux

Lorsque nous traitons du recours de droit public dans le présent rapport, nous nous concentrerons sur les recours fondés sur les droits constitutionnels des citoyens (art. 84a OJF) et sur les droits politiques (art. 85a OJF). Nous n'aborderons que très accessoire-

[8] M. IMBODEN, Der Beitrag des Bundesgerichts zur Fortbildung des schweizerischen Verwaltungsrechts, RDS 1959, vol. 78, p. 59 rappelle qu'en Allemagne le droit administratif général a été le fruit des auteurs, alors qu'en France il a été celui de la jurisprudence. Une fois encore, la Suisse adopte la «solution mixte», avec une prépondérance de la jurisprudence qui donne un poids supplémentaire aux solutions de la doctrine (p. 61).

[9] Respectivement: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 4e édition, Bâle 1971, et Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.

[10] Voir H. HUBER, Die Verfassungsbeschwerde (supra note 1), p. 114.

ment les recours fondés sur la violation de concordats et nous laisserons entièrement de côté les autres formes de recours de droit public qui ne présentent guère d'intérêt dans le cadre de nos préoccupations présentes. On peut d'ailleurs se demander si le recours de droit public pour violation des traités internationaux a encore une portée digne d'intérêt puisque le recours de droit administratif est ouvert contre les décisions fondées sur le droit public fédéral (art. 5 LPA), que le motif invocable est la violation du droit fédéral et que les traités internationaux, visés à l'art. 84 OJF, font partie du droit public fédéral[11]. On remarquera que l'on peut, en outre, se demander si, à la suite de la ratification de la convention européenne des droits de l'homme, le recours de droit public pour violation des libertés individuelles qui figurent aussi dans la convention, ne va pas perdre l'essentiel de sa portée[12]; en effet, le requérant pourra aussi bien invoquer la convention que les libertés constitutionnelles; son choix sera dicté souvent par la clarté relative des dispositions en cause et son intention de poursuivre, le cas échéant, l'affaire à Strasbourg.

I. Les buts du recours de droit public

Le recours de droit public est, en Suisse, le principal recours destiné à assurer que les cantons respectent vis-à-vis des citoyens la Constitution dans leurs lois – au sens matériel – et dans leurs décisions concrètes. Il n'est, en revanche, pas destiné à assurer, d'une façon absolue, que la Constitution fédérale ne soit jamais violée par les cantons et, plus largement, que le droit cantonal et les décisions cantonales respectent toujours le droit fédéral. Cette limitation de la portée du contrôle de la constitutionnalité du droit cantonal et des décisions cantonales se marque notamment par deux faits. D'une part, le recours de droit public ne peut être intenté que par

[11] Voir dans ce sens ATF 99, 1973, Ia 83 *(Crédit Suisse)* (TI).

[12] Le danger que le Tribunal fédéral serait saisi sans épuisement des instances, signalé par A. GRISEL dans «Juridiction constitutionnelle de demain», Zbl 1971, p. 213 serait évité si la voie de recours était le recours de droit administratif.

les citoyens, mais ni par les corporations ou établissements de droit public cantonaux, victimes de législations ou de décisions même arbitraires[13] (seules les communes peuvent défendre leur autonomie), ni par les autorités victimes d'une application inexacte du droit par une autre autorité d'une même corporation ou d'un même établissement. Selon la jurisprudence constante – et à notre avis malheureuse – du Tribunal fédéral, en effet, le recours de droit public ne vise pas à autre chose qu'au maintien des droits individuels et des droits populaires. D'autre part, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public, n'examine pas d'office si la loi ou la décision entreprise viole la Constitution, mais se borne à dire si les moyens invoqués à l'encontre de la loi ou de la décision cantonales sont fondés ou non (ces moyens étant la violation d'un droit des citoyens ou d'un droit politique). Il en résulte donc que si le bon moyen n'est pas indiqué et exposé dans l'acte de recours, une loi ou une décision cantonales inconstitutionnelles peuvent ne pas être cassées, sauf au Tribunal fédéral de déduire – selon une pratique heureuse mais parfois plus ou moins acrobatique – du texte du recours que le recourant a, en réalité et implicitement[14], voulu invoquer un moyen ne figurant pas dans le texte du recours, mais suffisant pour casser la décision ou la loi.

Le recours de droit public, en raison de son caractère subsidiaire (art. 84 al. 2 OJF), a aussi pour but d'ouvrir aux individus une voie de recours au niveau fédéral contre des décisions appliquant le droit fédéral, dans tous les cas où une autre voie permettant de saisir le Tribunal fédéral – voire le Conseil fédéral – n'est pas ouverte. Cette voie n'existe cependant que dans des limites précises: le citoyen ne peut pas invoquer purement et simplement la violation du droit fédéral. Il doit s'appuyer sur un droit constitutionnel lui appartenant; dans la plupart des cas, ce droit sera l'un de ceux qui découlent de l'art. 4 Cst.: l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire. De plus, seules des décisions d'application peuvent être entreprises par cette voie. C'est dire que le pouvoir du Tribunal

[13] Sauf s'ils sont touchés comme le seraient des particuliers, c'est-à-dire s'il s'agit d'une décision relevant du droit privé.

[14] A. GRISEL, Zbl 1971, p. 215/16 parle «d'allusion discrète».

fédéral, d'assurer le plein respect de la légalité et de la constitutionnalité, est très limité sous cet aspect aussi.

On sait, cependant, que s'agissant du droit public fédéral, la voie de recours n'est pas le recours de droit public mais le recours de droit administratif. Dans ce domaine, le Tribunal fédéral est à la fois mieux et moins bien armé pour assurer le plein respect de la Constitution fédérale. En effet, s'il ne peut revoir la constitutionnalité des lois fédérales (art. 113 al. 3 Cst.) il peut contrôler librement celle des ordonnances (indirectement à l'occasion d'une décision les appliquant) et les décisions qui ne sont pas nécessairement et inévitablement liées à une inconstitutionnalité imposée par la loi sur laquelle elles reposent. En outre, le Tribunal fédéral n'est pas lié, en recours de droit administratif, aux moyens invoqués par les parties, mais il examine d'office tous les moyens manifestement possibles[15]. En revanche, dans ce recours aussi[16], le Tribunal fédéral n'admet pas, sauf disposition expresse, que les corporations et établissements publics victimes même d'arbitraire, puissent se pourvoir devant lui[17]. Certes toutes les décisions reposant sur le droit public fédéral ne peuvent pas faire l'objet d'un recours de droit administratif (voir les exceptions résultant des articles 98 à 102 OJF), mais, de façon générale, le recourant en droit administratif est mieux protégé que celui qui agit en recours de droit public. On peut se demander si la distinction des deux voies de recours se justifie encore pleinement de nos jours. Elle a, certes, une cause historique: le Tribunal fédéral fait partie des organes de la Confédération et doit assurer que les autres organes agissent selon le droit fédéral. Le Tribunal fédéral se trouve, dans cette mesure,

[15] Voir F. GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2e édition, Berne 1974, p. 62/63.

[16] L'arrêt 100, 1974, Ia 277 *(Commune de Lens et consorts)* (VS) paraît ouvrir un peu la porte p. 280, en admettant une qualité pour agir de principe, mais la referme aussitôt, p. 281 pour la raison que les communes demanderesses ne sont touchées ni comme des particuliers, ni directement dans leur patrimoine.

[17] La conséquence en est que, dans des cas extrêmes, le Conseil fédéral fait appel à son pouvoir de surveillance pour redresser la situation. Voir Zbl 1974, p. 529 et l'article de M. HANGARTNER, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, in Zbl 1975, p. 1.

dans la même situation qu'un tribunal suprême dans un Etat unitaire. En revanche, le Tribunal fédéral ne fait pas partie de la structure cantonale et son rôle doit se borner à veiller qu'au nom du fédéralisme, les cantons ne mettent pas en cause les principes fondamentaux de la Confédération, notamment celui de la force dérogatoire du droit fédéral. Cependant, et ceci nous ramène directement au sujet de nos réflexions, on constate que, bien souvent, les notions de droit administratif utilisées par le Tribunal fédéral pour trancher un recours de droit public sont les mêmes que celles utilisées dans un recours de droit administratif[18], et que, dès lors, il se crée une unité du droit administratif suisse. Cela étant, on peut se demander si la solution actuelle ne devrait pas être adaptée, en ce sens qu'il n'y aurait plus qu'un seul recours en droit public, et que la différence, nécessaire au maintien du fédéralisme, se marquerait uniquement en ce que le Tribunal fédéral contrôlerait toujours librement l'application du droit fédéral, y compris le respect de la Constitution par les cantons, et, sous le seul angle de l'arbitraire, l'application de la loi cantonale dans un cas concret.

Quoiqu'il en soit, dès que le motif d'un recours est la violation de la Constitution, la juridiction constitutionnelle a pour fonction de trancher non seulement le cas concret qui lui est soumis pour, en cassant la loi ou la décision, rétablir une situation conforme à la constitution, mais surtout de marquer l'évolution future en rejetant une interprétation de la Constitution – ou en acceptant une[19] – et de régler, pratiquement définitivement et d'un seul coup, tous les litiges reposant sur cette interprétation[20], évitant ainsi la répétition de recours identiques[21]. Elle donne, pour ainsi dire, une interprétation authentique de la Constitution qui va lier nécessairement tous les organes de l'Etat[22]. Partant, dans cette mesure du moins,

[18] Par exemple, en ce qui concerne le retrait des actes administratifs, les arrêts *X* (ATF 99, 1973, Ia 457 [NE]) et *Confédération Suisse* (ATF 93, 1967, I 675) et, en ce qui concerne la non-rétroactivité des lois, les arrêts *AG für Hypothekaranlagen* (ATF 100, 1974, Ia 155 [TI]) et *Schmid & Co* (ATF 92, 1966, I 233).

[19] Comp. H. MARTI, RDS 1962, p. 80.

[20] C'est l'effet préventif signalé par CL. BONNARD, RDS 1962, p. 394.

[21] On signalera à titre d'exception l'arrêt 99, 1973, Ia 513 *(Sun'stores SA)* (FR).

[22] Voir G. VEDEL, Droit administratif, 1973, p. 287; W. GEIGER, Die Grenzen der

le recours de droit public ne peut qu'avoir un effet unificateur du droit en vigueur en Suisse.

Enfin, comme on l'a dit parfois, la jurisprudence sur recours de droit public est devenue une ligne directrice pour le législateur et le juge cantonaux. Elle a, selon une expression imagée, un «effet éducateur» pour les cantons[23]. (Nous verrons que cette jurisprudence a, en réalité, des conséquences qui vont bien au delà.)

Cette constatation de la doctrine est très largement confirmée par les réponses reçues à notre questionnaire. En effet, à une exception près, tous nos correspondants ont indiqué que les lois cantonales et les juges cantonaux tiennent le plus grand compte des arrêts du Tribunal fédéral. Les Messages législatifs élaborés par les exécutifs cantonaux sont souvent, et parfois largement, truffés de références au volume gris des arrêts du Tribunal fédéral et les avis de droit qui les accompagnent ne sont guère en retard sur ce point.

On peut donc conclure que, si le but de la juridiction constitutionnelle n'est pas l'unification des droits cantonaux – et ne saurait, en droit, l'être – dans les faits aucun canton ne s'avisera d'édicter une législation ou de prendre une décision que le Tribunal fédéral aurait, sur recours de droit public concernant un autre canton, déclarées inconstitutionnelles. En effet, le justiciable éclairé connaît lui aussi la jurisprudence et ne manquerait pas de l'invoquer à l'appui d'un recours, assuré d'avance de succès. En principe donc, la jurisprudence du Tribunal fédéral du recours de droit public aboutit à unifier, dans une mesure que nous allons examiner, les droits cantonaux.

II. La structure des jugements sur recours de droit public

Quiconque examine les jugements récents du Tribunal fédéral sur recours de droit public ne peut manquer d'être frappé par leur

Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), NJW, 1954, p. 1058. D'avis contraire Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 254.

[23] H. MARTI, RDS 1962, p. 26; CL. BONNARD, RDS, 1962, p. 394 parle d'effet préventif; H. HUBER, Die Verfassungsbeschwerde, p. 127, utilise les deux expressions.

construction. En effet, après l'exposé des faits et recours préliminaires, après aussi que les questions de procédure (qui nous échappent ici) ont été réglées, le Tribunal fédéral examine les moyens invoqués par le recourant les uns après les autres (motifs). Il conclut par un dispositif le plus souvent stéréotypé tel que: «le recours est rejeté», «le recours est admis», «le recours est admis dans le sens des motifs» ou «le recours est rejeté dans le sens des motifs».

Le raisonnement du Tribunal fédéral – ou motifs du jugement – est bâti selon un modèle caractéristique. Le Tribunal fédéral énonce la liberté ou le droit politique invoqué. Il en précise la portée en rappelant le sens qu'il leur a conféré antérieurement. Il résume les principes et règles qu'il a dégagés en rapport avec cette liberté ou ce droit politique[24]. Ces exposés sont souvent de véritables cours de droit administratif. Dans la majeure de son syllogisme classique, il inclut donc non seulement la règle brute de droit, mais aussi le contenu qu'il lui a donné.

Après cet exercice de style, le Tribunal fédéral examine si les principes et règles ainsi rappelés peuvent s'appliquer tels quels ou s'ils se heurtent à du droit cantonal différent, voire contraire.

A ce moment-là, nous nous trouvons devant une dialectique délicate, une véritable tension. Imaginons, en effet, que la jurisprudence ne puisse s'appliquer telle quelle car le droit cantonal s'y oppose. Le Tribunal fédéral peut alors choisir deux voies. Ou bien il affine et élabore davantage sa jurisprudence et il admet que la solution du droit cantonal est conforme à la Constitution. Ou bien il considère que sa jurisprudence doit être imposée comme telle et il casse la solution cantonale contraire. Le Tribunal fédéral se trouve ainsi pris entre deux devoirs contradictoires: d'une part il doit assurer une certaine continuité et une certaine cohérence de sa jurisprudence; d'autre part, il ne doit pas retirer aux cantons toute leur autonomie.

Le choix est certes de nature juridique, mais la politique y a

[24] M. IMBODEN, RDS 1959 (supra note 8), p. 74/75, critique cette pratique dans la mesure où elle se réfère à des arrêts non-publiés et ne tient guère compte de la jurisprudence d'autres instances de recours, fédérales et cantonales.

aussi sa part et variera donc selon les périodes et la composition de la Cour. On peut néanmoins penser que le choix du Tribunal fédéral peut être dicté par l'ampleur de son pouvoir d'examen.

Ainsi, si le Tribunal fédéral contrôle pleinement la constitutionnalité du droit cantonal, il sera amené à imposer les solutions précédemment admises. En effet, celles-ci auront été dégagées, elles-mêmes, avec ce même pouvoir de plein contrôle, c'est-à-dire en tenant compte de tous les éléments pertinents. Elles devraient donc être, en principe, les seules admissibles, jusqu'à un éventuel revirement de la jurisprudence commandé par une meilleure appréciation de la situation constitutionnelle ou, plus vraisemblablement, par l'évolution des mœurs de la société. Tous les cantons devraient donc s'y conformer.

En revanche, si le pouvoir d'examen est limité à l'arbitraire, soit à la violation grossière du droit, il y a lieu de distinguer entre les arrêts ne concluant pas à l'arbitraire de la loi ou de la décision et ceux y concluant. Dans le premier cas, plusieurs solutions différentes peuvent ne pas être arbitraires et la solution précédemment admise ne saurait être la seule valable. Le Tribunal fédéral ne peut choisir entre elles et doit les accepter toutes. Dans le second cas, où il a déclaré qu'une solution cantonale est arbitraire, le Tribunal fédéral ne peut guère faire autrement que de considérer qu'une solution identique retenue par un autre canton est elle aussi arbitraire, alors même que le second droit cantonal la justifierait entièrement. Il cassera donc pour un arbitraire de principe, du droit cantonal ou une décision cantonale pleinement conforme au droit cantonal. On peut citer ici à titre d'exemple l'arrêt *Romann*[25], où le Tribunal administratif de Zurich a été taxé d'arbitraire par le Tribunal fédéral en se référant à un arrêt «fribourgeois» non publié visant aussi l'assurance des bâtiments, sans que le Tribunal fédéral recherche si les deux droits cantonaux comportaient des différences justifiant peut-être des solutions différentes.

Cependant, le Tribunal fédéral ne peut pas aller trop loin dans cette direction et il doit admettre des différences entre les droits

[25] ATF 100, 1974, Ia 35 (ZH).

cantonaux. C'est ainsi que dans l'arrêt *Morand*[26], le Tribunal fédéral a rappelé sa jurisprudence sur les dépenses liées et les dépenses nouvelles qu'il venait d'ailleurs d'appliquer aux cantons de Thurgovie[27] et de Berne[28] dans le même fascicule des arrêts du Tribunal fédéral. Il a cependant indiqué qu'il ne s'agissait pas là d'une notion de droit fédéral mais d'un concept dépendant du droit constitutionnel cantonal et a interprété la notion de dépense extraordinaire, qui, en droit valaisan, s'oppose à celle de la dépense liée. Cela l'a conduit à constater que la dépense extraordinaire est une notion plus étroite que la dépense nouvelle et à n'appliquer que cette première notion. Cette jurisprudence est, sans doute, dictée par le fait que, sous réserve de l'art. 6 Cst., les cantons sont libres d'organiser leurs institutions politiques comme ils l'entendent.

En conséquence, la structure caractéristique des jugements ne peut être utilisée que si le droit cantonal utilise des règles ou des concepts dégagés du droit fédéral par le Tribunal fédéral ou des concepts identiques à ceux d'autres cantons déjà admis par le Tribunal fédéral, des concepts transcantonaux.

Faire le départ des uns et des autres sera l'une des tâches assignées au présent rapport.

III. L'interprétation des libertés individuelles et des droits politiques

A. Le rôle du Tribunal fédéral, en général

Pour décider de la constitutionnalité d'une loi cantonale, il convient d'analyser et d'interpréter d'une part la disposition constitutionnelle fédérale en cause, et d'autre part la loi cantonale.

On sait que le Tribunal fédéral est particulièrement éclectique dans la manière dont il procède à cette opération. On peut cependant relever qu'il recherche le sens des dispositions en cause «au

[26] ATF 99, 1973, Ia 212 (VS).
[27] ATF 99, 1973, Ia 188 *(Zwicky)*.
[28] ATF 99, 1973, Ia 198 *(Theiler)*.

delà des expressions dont s'est servi le législateur». Ce sens peut être celui voulu par le législateur historique ou être «celui que doit avoir ce texte pour être applicable aujourd'hui d'une manière raisonnable» dans les circonstances présentes. «Aussi le Tribunal fédéral recourt-il aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans chaque cas particulier, les plus propres à dégager le sens véritable de la norme»[29], la seule réserve étant le texte clair – s'il en existe!

Le Tribunal fédéral interprète toujours librement la Constitution fédérale. En revanche, il n'examine librement le sens de la loi cantonale que si le moyen invoqué n'est pas l'art. 4 Cst. en tant qu'il interdit l'arbitraire. Si, au contraire, seul l'arbitraire est invoqué son examen se limite à la question de savoir si la loi cantonale est dépourvue de sens ou de but.

Dans l'examen de la constitutionnalité d'une décision cantonale, l'interprétation ne porte, bien entendu, que sur la disposition constitutionnelle en cause; une décision ne s'interprète, en effet, en principe, pas elle-même. Cependant, si le moyen invoqué est l'arbitraire de la décision, soit la violation grossière de la loi, son examen se bornera à la question de savoir si l'interprétation retenue à l'autorité cantonale et sur laquelle repose la décision, est compatible avec cette loi. Le Tribunal fédéral est tenu d'interpréter la loi cantonale.

Cette différence explique, dans une certaine mesure, que le Tribunal fédéral puisse, à l'égard des lois cantonales et dans le contrôle abstrait, déclarer que celles-ci sont constitutionnelles à la condition qu'elles soient interprétées dans le sens qu'il indique.

Le fait que le Tribunal fédéral soit amené à interpréter librement les lois cantonales pour en vérifier la constitutionnalité est nécessairement un facteur d'unification des droits cantonaux. En effet, chaque juge a, certes, une connaissance particulière du droit du canton dont il provient. Mais, d'une part, tous les cantons ne sont pas représentés au Tribunal fédéral – et particulièrement à la Chambre de droit public – et, d'autre part, les jugements sont œuvre collective ou, au moins, collégiale. Il en résulte que les juges, char-

[29] Par exemple, ATF 98, 1972, Ia 200 *(Alopex)* (GE).

gés de leur connaissance approfondie du droit fédéral et de «leur seul droit» cantonal, auront fatalement tendance à minimiser les différences entre les droits cantonaux, lorsque leur pouvoir d'examen n'est pas limité.

Si l'on comprend aisément ce que signifie interpréter une loi, et si cette interprétation peut se faire uniquement sur la base de textes écrits, celle des droits politiques et des libertés individuelles tels qu'ils figurent dans la Constitution est manifestement un exercice bien différent.

B. Les droits politiques

En ce qui concerne les droits politiques, tout d'abord, la Constitution ne contient pratiquement aucune disposition expresse les définissant. Seuls l'art. 5 mentionne «les droits du peuple» et l'art. 6 exige que les constitutions cantonales «assurent l'exercice des droits politiques, d'après les formes républicaines». En revanche l'art. 85 OJF, se fondant sur la clause générale de l'art. 114 Cst., mentionne expressément le droit de vote et les recours relatifs aux élections et aux votations cantonales «quelles que soient les dispositions de la constitution cantonale et du droit fédéral régissant la matière». C'est dire que les droits politiques, s'ils sont garantis et impliqués par les articles 5 et 6 Cst., ne sont pas énoncés au niveau fédéral; ils sont avant tout des droits constitutionnels voire même légaux cantonaux[30].

Il en résulte que, logiquement, le Tribunal fédéral n'examinerait en fait que la constitutionnalité cantonale des droits politiques du citoyen, c'est-à-dire n'interpréterait que la constitution cantonale. Pourtant, nous savons que le Tribunal fédéral considère que la Constitution fédérale exige que les cantons accordent un minimum de droits politiques et qu'il est tenu de veiller à leur respect. Ce contrôle de la constitutionnalité qui implique donc l'interprétation de la Constitution fédérale ne s'applique cependant qu'aux lois et décisions cantonales puisqu'en ce qui concerne la consti-

[30] Voir Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 48 et H. MARTI, RDS 1962, p. 14.

tution cantonale, le Tribunal fédéral se considère comme lié par la garantie donnée par l'Assemblée fédérale.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que cette dernière et le Conseil fédéral, tiennent compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'ils examinent la constitutionnalité fédérale des constitutions cantonales et, par conséquent, interprètent les constitutions fédérales et cantonales. C'est ainsi que, dans le Message du 23 octobre 1974[31] concernant la garantie des nouveaux articles 11bis et 18 ch. 2 et 10 de la Constitution de Bâle-Campagne, le Conseil fédéral a constaté que le constituant de Bâle-Campagne avait renoncé à définir la dépense liée «parce que la jurisprudence du Tribunal fédéral pose des principes clairs à ce sujet (ATF 97 I 820)»[32].

Dans ce même Message[33], le Conseil fédéral, au sujet de la revision de l'art. 21 de la Constitution des Grisons a adressé «un avertissement ferme» à ce canton pour avoir violé l'article 6 alinea 2c de la Constitution fédérale en soumettant au vote populaire par un seul et même projet la revision de la constitution cantonale et celle de la loi qui devait lui donner effet. Il affirmait ainsi, que le principe de l'unité de la matière était violé en s'appuyant, notamment, sur un précédent concernant le canton de Thurgovie.

Cette démarche du Conseil fédéral a une double signification: d'une part, la pratique des autorités administratives et législatives est influencée par le Tribunal fédéral et, d'autre part, le Tribunal fédéral a dégagé un véritable contenu des droits politiques sur les bases extrêmement ténues contenues dans les textes constitutionnels fédéraux. On doit se demander si ce contenu est encore le fruit de l'interprétation, et ne repose pas sur une démarche intellectuelle différente: la concrétisation[34].

[31] FF 1974 II, p. 980.

[32] Cet arrêt *Baenziger* concerne d'ailleurs le canton d'Argovie.

[33] FF 1974 II, p. 992/93.

[34] Sur la distinction entre l'interprétation et la concrétisation, voir notamment, W. BURKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2e édition, Zurich 1944, p. 238 ss; P. NOLL, Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht, in «L'art de légiférer», Société suisse des juristes et RDS 1974, vol. 93, t. II, p. 258; H. HUBER, Über die Konkretisierung der

C. Les libertés individuelles

En ce qui concerne les libertés individuelles écrites ou tacites, il y a lieu de distinguer deux stades: la reconnaissance des libertés et leur interprétation.

a) La reconnaissance des libertés

En cette matière, la jurisprudence du Tribunal fédéral présente certaines curiosités.

Bien entendu, les libertés constitutionnelles fédérales expresses ne font pas problème, elles existent seules. Les libertés cantonales ayant le même objet ne peuvent subsister ni déployer d'effets, selon le principe que le droit public fédéral l'emporte toujours et d'emblée sur le droit cantonal ayant le même objet et le même but.

En ce qui concerne les libertés constitutionnelles cantonales, il y a lieu de distinguer celles qui correspondent à des libertés fédérales tacites et celles qui n'y correspondent pas. On sait que le Tribunal fédéral reconnaît l'existence de libertés fédérales tacites seulement si elles sont une condition de l'exercice d'autres libertés, elles expresses, ou si elles sont nécessaires au maintien de la structure démocratique de l'Etat[35]. Il semblerait donc que ces libertés devraient être admises partout en Suisse et qu'elles devraient avoir partout le même contenu. Néanmoins, selon une jurisprudence constante[36], le Tribunal fédéral admet que les libertés cantonales ayant le même objet et le même but que les libertés fédérales subsistent, si elles sont plus protectrices des citoyens.

Ainsi, une liberté fédérale expresse exclut une liberté cantonale ayant les mêmes but et objet, alors qu'une liberté fédérale tacite ne l'empêche pas de subsister. On ne voit à vrai dire, pas bien la portée réelle d'une telle réserve. En effet, les libertés fédérales

Grundrechte, in «der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift M. Imboden, Bâle 1972, p. 192, 195; P. SALADIN, Unerfüllte Bundesverfassung? RDS 1974, vol. 93, t. 1, p. 314, parle de «Fruktifizierung».

[35] Par exemple, ATF 96, 1970, I 104 *(N.)* (BS).

[36] Par exemple, ATF 99, 1973, Ia 266 *(Minelli)* (ZH).

tacites ont des contenus imprécis, certes, mais pas tellement plus que les libertés expresses. Elles sont, dès lors, susceptibles d'avoir un contenu plus ou moins large selon ce que le Tribunal fédéral en décidera (par exemple l'élargissement progressif de la liberté personnelle) et l'on ne voit que mal ce qu'un canton peut y ajouter. De plus, s'il y a un domaine où l'unité du droit en Suisse se justifie, c'est bien celui là. Imagine-t-on vraiment qu'une liberté puisse être mieux garantie dans un canton que dans l'autre? L'histoire du recours de droit public montre que cela n'est guère concevable. Que l'on songe qu'avant même la reconnaissance de la garantie de la propriété comme liberté tacite, le Tribunal fédéral l'appliquait à tous les cantons, même au Tessin qui ne la connaissait pas dans sa constitution[37]! En revanche, il est moins difficilement concevable qu'un canton particulièrement progressiste inscrive dans sa constitution une liberté (voire un droit social!) qui serait inconnue ailleurs, et que le Tribunal fédéral ne lui donne effet qu'à l'égard de ce seul canton.

b) L'interprétation des libertés

Quant à l'interprétation des libertés, il suffit de les lire dans la Constitution pour se rendre compte que si l'on se bornait à élucider le sens des mots qui y figurent, on ne comprendrait guère la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les seuls exemples évidents où l'interprétation seule suffit à saisir une partie de la portée de la disposition en cause, sont les articles 33 (notion de profession libérale)[38] et 55 (notion de presse)[39].

Pour les autres libertés, il est nécessaire de faire appel à d'autres éléments pour en saisir le contenu exact[40]. A l'origine, ces éléments

[37] H. HUBER, Rapport 1936 (supra note 1), p. 156a, citant ATF 35, 1909, I 571 *(Assemblées communales et citoyens d'Antavaux et de Forel)* (FR) où le Tribunal fédéral déclare que la garantie de la propriété figure dans la plupart des constitutions cantonales et «découle naturellement de l'état de la société».

[38] Par exemple, ATF 93, 1967, I 519 *(Union technique suisse)* (VD).

[39] Par exemple, ATF 96, 1970, I 586 *(Aleinick)* (GE).

[40] Voir H. HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, RSJB 1955, vol. 91bis, p. 109; IDEM, Rapport 1936, p. 146, en tirait la conséquence que les li-

étaient avant tout d'ordre philosophique et politique: il s'agissait de savoir quel était le but des libertés face à un Etat autoritaire. De nos jours, le recours à ces principes n'est plus guère nécessaire (voir cependant en matière de liberté personnelle la déclaration philosophico-sociale dans l'arrêt X)[41]. En revanche, il est indispensable de savoir comment ces libertés ont été comprises par le Tribunal fédéral, pour en saisir le sens et la portée.

On peut pratiquement dire aujourd'hui, que les libertés existent avec le contenu que leur donne la Constitution *et* le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence.

IV. La concrétisation des libertés

A. Détermination du contenu des libertés

Si, contrairement aux autres dispositions constitutionnelles, les libertés ne peuvent être définies par la seule interprétation du texte, la cause en est, sans doute, qu'à l'heure actuelle encore, les libertés ont surtout une portée négative.

Les règles sur les compétences fédérales ou sur les attributions des organes fédéraux définissent positivement ce que le législateur fédéral ou l'organe en cause peuvent faire. Elles indiquent les facultés de l'Etat ou de ses organes; il n'est pas nécessaire de se demander, en soi, ce qu'elles excluent, on peut se borner à dire ce qu'elles contiennent.

En revanche, les libertés définissent des obligations d'abstention de l'Etat. Elles limitent l'exercice du pouvoir. On doit, dès lors, se demander non pas ce que les libertés contiennent (sauf en ce qui concerne leur contenu positif, leur noyau) mais ce qu'elles excluent.

En logique, il est manifestement plus aisé de définir un contenu positif que d'énoncer des exclusions.

bertés n'étaient pas des règles de droit mais des dispositions programmes à concrétiser; il a changé d'avis dans Die Verfassungsbeschwerde (supra note 1), p. 131 en 1954.

[41] ATF 97, 1971, I 45 (ZH).

Dès lors, on comprend que le contenu des droits populaires ait pu relativement rapidement et facilement être établi et que diverses notions claires aient pu être dégagées. Il s'agit de définir les compétences de l'organe: peuple.

On comprend aussi que le contenu positif des libertés puisse être dégagé avec une certaine précision. Tel est le cas du centre intangible des libertés, de leur aspect institutionnel (Wesensgehalt de la liberté personnelle ou Institutgarantie de la garantie de la propriété). Tel est aussi le cas du droit d'être entendu.

En revanche, la portée des libertés est définie avant tout négativement par la jurisprudence qui décide ce qui est compatible avec la liberté et ce qu'elle ne peut supporter. Si l'on préfère, les libertés sont définies non pas comme telles, mais par le cercle des atteintes qui peuvent leur être apportées sans qu'elles soient violées. C'est ce que l'on peut appeler la concrétisation des libertés et des notions juridiques imprécises qu'elles comportent[42].

B. Le rôle du Tribunal fédéral

Bien entendu, cette concrétisation est un processus continu et chaque nouvelle précision repose sur la situation acquise précédemment. C'est bien ainsi d'ailleurs, que procède comme on l'a vu, le Tribunal fédéral. Devant chaque cas nouveau, il s'appuie sur sa pratique pour l'appliquer au cas d'espèce ou la corriger. Il en résulte nécessairement que le Tribunal fédéral n'applique pas les libertés comme telles, mais les met en œuvre avec tout le poids qu'il leur a, peu à peu, donné. C'est ainsi que le Tribunal fédéral indique par touches successives quels sont les actes cantonaux qu'il considère comme admissibles au regard des principes qu'il a dégagés, des notions qu'il a créées, des standards minimum qu'il a établis, et des règles qu'il a posées. Les libertés n'apparaissent plus aujourd'hui comme la vérité sortant du puits, mais comme des

[42] Voir H. HUBER, RSJB 1955, vol. 91bis, p. 106; IDEM, Rapport 1936, p. 144a et Die Verfassungsbeschwerde, p. 134 (supra note 1).

institutions plus ou moins richement parées selon la fréquence des litiges les concernant dont le Tribunal fédéral a eu à connaître.

Cette concrétisation pose dès lors un problème extrêmement délicat: celui de savoir dans quelle mesure le Tribunal fédéral peut, sur la base des libertés, créer des précédents qu'il suit dans les faits.

a) Les libertés individuelles – bases de compétences?

On admet généralement que les libertés individuelles ne sont pas des sources de compétence pour le législateur fédéral (voir F. FLEINER/Z. GIACOMETTI[43] qui opposent les règles de compétence aux relations individu-Etat ou libertés individuelles). En effet, les libertés sont, selon la doctrine actuelle, des règles de comportement de l'Etat fédéral qui ont la particularité d'être directement applicables[44] sans qu'une législation quelconque ne soit nécessaire pour leur donner effet[45]. Elles ont uniquement un caractère limitatif à l'égard des compétences tant fédérales que cantonales puisqu'elles restreignent la latitude du législateur[46]. Même l'article 22ter Cst. a été déclaré par la doctrine[47] ne pas constituer une norme de compétence, encore que l'hésitation soit permise à son sujet.

Comment, dès lors, expliquer que le Tribunal fédéral ait pu, se basant sur ces libertés, créer un corps de jurisprudence quasi-législatif et donner un contenu à des règles réputées directement applicables? Les libertés seraient-elles une base de compétence, pour ainsi dire au coup par coup, alors qu'elles ne permettraient pas l'établissement d'une législation générale?

Il convient, sans doute de distinguer selon les libertés individuelles et selon les conséquences que le Tribunal fédéral en a tiré.

[43] Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 26/27 et 88 ss.

[44] H. HUBER, Rapport 1936, p. 145a, expliquait cependant qu'elles étaient des postulats «non prêts à l'application».

[45] F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949, p. 90/91.

[46] FLEINER/GIACOMETTI, p. 69.

[47] Voir J.-F. AUBERT, R. JAGMETTI, Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, Wirtschaft und Recht, 1971, p. 177/78.

[48] Voir H. HUBER, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht als Richterrecht,

b) Les articles 46 alinéa 2 et 49 alinéa 6 Cst.

On mettra à part le cas de l'article 46 alinéa 2 Cst. sur la double imposition où le Tribunal fédéral s'est substitué au législateur fédéral défaillant et a édicté des règles de conflit de souverainetés fiscales cantonales sans toucher à l'application du droit cantonal comme tel[48]. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une unification du droit cantonal, mais de la simple exécution d'une obligation qui incombait à la Confédération. De plus l'art. 46 al. 2 Cst. n'est pas à proprement parler une liberté individuelle mais plutôt un droit constitutionnel. On fera aussi abstraction de l'art. 49 al. 6 Cst. qui prévoit une législation fédérale – toujours inexistante – pour éviter que le contribuable ne verse une contribution à une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas. En effet, dans ce cas aussi, le législateur fédéral défaillant a dû être remplacé par le Tribunal fédéral qui a dû combler la lacune existante. La disposition n'était donc pas directement applicable et devait être complétée. Même s'il s'agit dans ce cas d'une conséquence d'une liberté individuelle, le Tribunal fédéral avait une base constitutionnelle claire pour établir des règles obligatoires pour les cantons en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral[48bis].

c) L'article 4 Cst. et le déni de justice matériel

Pour les autres libertés, il faut faire une place particulière à l'art. 4 Cst. Cet article, le Tribunal fédéral l'a souvent déclaré, n'a pas pour effet d'unifier le droit en Suisse au nom de l'égalité de traitement. C'est dire qu'une loi ou une décision cantonale reconnue conforme à ce principe peut ne pas être invoquée ou transposée dans un autre canton. On peut, cependant, estimer qu'une décision ou une loi qui violerait ce principe dans un canton, ou au contraire qui le respecterait, le violerait ou le respecterait dans un autre canton. Il en va de même en ce qui concerne l'arbitraire. On peut dès lors considérer que, si les jugements rendus par le Tribunal

in: Festschrift für Irene Blumenstein, Berne 1966, p. 59. Ainsi que ATF 99, 1973, I a 667 *(Fondation X)* (NE).

[48bis] L'arrêt *P* (ATF 100, 1974, I a 259) déclare certes que les cantons restent libres de légiférer en la matière, mais le Tribunal fédéral y fixe au moins une règle, en se référant à sa «jurisprudence constante».

fédéral sur cette base n'ont pas pour effet d'unifier les droits de fond cantonaux, la simple constatation qu'il y a violation des principes de l'art. 4 Cst., dans un cas d'espèce, encourage le législateur cantonal d'un canton tiers à ne pas suivre l'exemple de son collègue. De même le juge cantonal sera enclin à donner à un texte de loi identique à celui qui a passé l'épreuve du recours de droit public une interprétation identique à celle de son collègue.

d) L'art. 4 Cst. et le déni de justice formel

La situation est encore différente en ce qui concerne le déni de justice formel interdit sur la base de l'art. 4 Cst.

On sait qu'il y a déni de justice formel lorsque le justiciable ne parvient pas à obtenir une décision, lorsque l'autorité chargée de décider n'est pas composée correctement, lorsque le justiciable est victime d'un formalisme excessif, lorsqu'il n'a pas été entendu et lorsque l'assistance judiciaire lui a été refusée à tort. Parmi ces cas, il y a lieu de distinguer entre les trois premiers et les deux derniers. Dans les trois premiers, dans la mesure où ils ne peuvent viser que des décisions et non des lois, les juges fédéraux ne peuvent que poser des règles de principe qui n'affectent guère l'autonomie des droits cantonaux. Il dira à partir de quel délai l'absence de décision crée un déni de justice, quelle est la composition correcte d'une autorité, quel est le critère de la partialité obligeant à une récusation, quelles formalités de procédure doivent être absolument respectées et quelles sont celles qui peuvent être «rattrapées». Certes, il fixera des principes que les autres cantons seront bien inspirés de suivre, en tant que leur législation est analogue. Mais sa décision reste étroitement liée à l'interprétation d'un droit cantonal particulier, sauf peut-être en ce qui concerne la notion même d'impartialité. Il n'y aura donc pas unification des droits cantonaux, sous réserve que les lois cantonales respectent certains principes déduits de l'art. 4 Cst.

Dans les deux derniers cas, dans la mesure où ils visent des lois et non des décisions, le Tribunal fédéral affirme dans une jurisprudence constante que le droit d'être entendu[49] et le droit à

[49] Par exemple, ATF 100, 1974, Ia 102 *(Demont)* (GE).

l'assistance judiciaire[50] sont régis en première ligne par le droit cantonal et qu'il ne se borne lui-même qu'à fixer un standard minimum, un certain nombre de règles subsidiaires de principe. On ne peut pourtant pas ne pas être frappé par le fait que les règles sur le droit d'être entendu ont été transposées pratiquement telles quelles dans la LPA et sont devenus du droit fédéral applicable par toutes les autorités administratives fédérales ainsi que par le fait que l'arrêt *Demont*[51] a déclaré applicable sur le plan cantonal un article de cette même LPA.

On doit dès lors s'interroger sur la nature juridique exacte de ce standard minimum. On pourrait peut-être dire que le Tribunal fédéral, en l'absence de règles cantonales satisfaisantes, se substitue au législateur cantonal et établit du droit cantonal. Ce point de vue serait bien difficile à expliquer logiquement car on ne voit pas un organe fédéral se substituant à un organe cantonal, sauf compétence expressément prévue par la Constitution fédérale elle-même et sauf intervention fédérale – les conditions de ces deux motifs de substitution ne sont pas réunies. On doit dès lors estimer que le Tribunal fédéral pose des principes minima qui ne peuvent être que de droit fédéral, tant en raison de leur auteur qu'en raison de la source de sa compétence: l'art. 4 Cst. Cette explication permet de comprendre pourquoi ces principes s'appliquent à tous les cantons: cela résulte du principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

On doit pourtant constater que, de la sorte, le Tribunal fédéral intervient dans un domaine réservé aux cantons: celui de la procédure civile, pénale ou administrative[52]. On pourra certes nous objecter qu'il ne s'agit point là de législation par le Tribunal fédéral mais simplement de l'application des principes déjà contenus dans la Constitution. Nous ne pouvons accepter ce point de vue. Que l'on songe, par exemple, à la solution trouvée par le Tribunal fé-

[50] Par exemple, ATF 99, 1973, Ia 327 *(Gregor)* (VD).

[51] ATF 100, 1974, Ia 104 (GE).

[52] Il y a lieu, en outre, de remarquer qu'en tout état de cause, même dans ces domaines de compétence exclusive, les règles cantonales (et leur application) ne doivent pas entraver l'application du droit fédéral. Le Tribunal fédéral est chargé d'y veiller; comp. H. HUBER, 100 Jahre Bundesverfassung, RSJ 1974, p. 152.

déral pour que le droit d'être entendu soit satisfait, même en présence de documents secrets (en communiquer la substance à l'administré ou au requérant). On ne peut pas dire qu'il n'y a pas là création d'une règle de droit mais simple précision fondée sur l'art. 4 Cst. Preuve en est que la solution adoptée par le Tribunal fédéral n'est de loin pas la seule possible et qu'en France, par exemple, on estime, dans ce même cas, que la pièce secrète doit être réputée inexistante. La solution adoptée par le Tribunal fédéral ne résulte visiblement pas d'un choix entre plusieurs interprétations de l'art. 4 Cst. et du droit d'être entendu mais constitue la création d'une règle par le juge, du droit jurisprudentiel.

e) L'art. 4 Cst. base de compétence limitée aux principes

On constate donc que le Tribunal fédéral a tiré de l'art. 4 Cst. la possibilité de fixer des règles minima à l'aune desquelles les règles cantonales sont mesurées pour en définir la constitutionnalité et que le Tribunal fédéral applique directement, en l'absence de règles cantonales, à un cas d'espèce. Il en résulte que, pour la jurisprudence, l'art. 4 est une base de compétence limitée aux principes. Ce type de compétence est bien connu dans la Constitution fédérale. L'exemple d'école est l'art. 22quater. Mais il est particulièrement intéressant que ce type de compétence puisse aussi se déduire, mais en faveur du Tribunal fédéral seulement, de libertés individuelles.

f) Les autres libertés individuelles

En effet, le raisonnement que nous venons de faire vaut aussi pour d'autres libertés. Que l'on songe à la garantie de la propriété et aux règles ou notions créées sur cette base: expropriation matérielle, notion de construction enlaidissante par exemple. Que l'on songe à la liberté du commerce et de l'industrie et aux notions de police économique, de politique économique et plus récemment de politique sociale. Que l'on songe à la liberté religieuse et à ses effets sur l'ordonnancement des cérémonies religieuses. Que l'on songe à la liberté personnelle et aux règles sur l'autopsie et les prélèvements d'organes. Que l'on songe enfin à l'interdiction de l'abattage rituel et au sort particulier fait aux volailles.

g) Les droits populaires

De même, en matière de droit de vote, le Tribunal fédéral a affirmé la règle de l'unité de la matière, créé les notions de dépenses et de placements, enfin, et surtout, a fixé les conditions de la délégation législative.

C. Conclusions

On concluera de tout ce qui précède qu'en concrétisant les libertés, le Tribunal fédéral a établi des règles qu'il applique systématiquement aux droits cantonaux, les forçant par là à les respecter et aboutissant à une certaine unification de ces droits sur la base des principes minima, voire des concepts qu'il a lui-même forgés.

Cette conclusion implique que nous reconnaissons à la jurisprudence le rang d'une source de droit, contrairement à la théorie classique qui n'en fait, sous l'art. 1 CC, qu'une source auxiliaire. Sans vouloir nous lancer ici dans une théorie des sources du droit, il nous paraît que lorsque le droit n'est pas codifié ou ne l'est que partiellement ou succinctement et lorsqu'une coutume est pratiquement indémontrable, comme cela est le cas en droit administratif, le juge est appelé à énoncer des règles générales obligatoires. La jurisprudence devient ainsi une source de droit. La pratique, nous allons le constater, le confirme amplement.

V. La portée des jugements rendus sur recours de droit public

La seule disposition de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale qui traite de l'effet des jugements du Tribunal fédéral se trouve à l'art. 38, dans les dispositions communes de procédure. Cet article déclare seulement que les arrêts du Tribunal fédéral entrent en force de chose jugée dès qu'ils sont prononcés. En raison de sa place dans la loi, cette règle vaut aussi pour les arrêts rendus sur recours de droit public. Elle ne nous permet guère de définir avec précision la portée exacte de ces arrêts. En effet, les principes que l'on comprend normalement dans l'expression «autorité de la chose jugée»

en droit civil ne peuvent guère s'appliquer tels quels en droit public et particulièrement au recours constitutionnel.

A. Les jugements civils

En droit privé, l'Etat est extérieur au litige, son organe judiciaire tranche une divergence entre des parties égales devant lui[53]. Ces parties peuvent, sous réserve du droit impératif, régler leurs affaires et leurs relations comme elles entendent et ne sont pas, en l'état actuel du droit, tenues de respecter les principes de la légalité et de la constitutionnalité. De même, tous les autres individus ont la même liberté contractuelle. Il en résulte que le dispositif d'un jugement civil ne peut faire droit qu'entre les parties et ne saurait lier ni des tiers, ni même l'une des parties dans ses relations avec des tiers. Le Tribunal fédéral est lui-même cependant lié par le dispositif du jugement qu'il a rendu, sauf les cas de revision, et ne pourrait juger autrement la même affaire.

En revanche, en ce qui concerne les motifs d'un jugement civil du Tribunal fédéral, on peut considérer que, s'ils n'ont pas l'autorité de la chose jugée, ils constituent une claire indication du sens que le juge donne aux dispositions interprétées pour parvenir à sa décision. Comme le droit civil est codifié, le juge fédéral se borne, en général, à dégager le sens des règles existantes sans en créer de nouvelles, hors le cas des lacunes. Il raisonne donc dans un cadre relativement élaboré et son rôle créateur en est limité d'autant. Il peut, néanmoins, changer l'interprétation de la loi et, par conséquent, modifier les motifs fondant sa décision dans une autre affaire présentant les mêmes problèmes. Il ne le fera, cependant, qu'avec prudence, sous peine de mettre en cause la sécurité du droit et le droit à l'égalité de traitement découlant de l'article 4 Cst. que le Tribunal fédéral est tenu, lui aussi, de respecter lorsqu'il effectue un revirement de jurisprudence. L'exemple des arrêts *Miniera*[54] et *Alex Martin*[55] est particulièrement frappant à cet égard.

[53] Voir W. GEIGER, NJW 1954, p. 1057.
[54] ATF 88, 1962, II 209.
[55] ATF 90, 1964, II 333.

On en concluera donc que le dispositif des arrêts du Tribunal fédéral en matière civile lient les parties et le Tribunal fédéral en l'espèce seulement. Les motifs, qui ne sont, en règle générale, que des interprétations de la loi – ou de la volonté des parties dans le cadre de la loi – ne lient le Tribunal fédéral que dans la mesure requise par l'art. 4 Cst. et ne constituent des obligations ni pour les tribunaux inférieurs – sauf indication expresse dans le jugement – ni surtout pour l'ensemble des citoyens. Ils sont une indication sur le sens que le Tribunal fédéral donne à des règles de droit, à l'occasion d'une espèce concrète, que les cours inférieures seront bien inspirées de prendre en considération dans leurs jugements futurs.

B. Les jugements sur recours de droit public

La situation est différente en droit public. Ce droit est tout entier dominé par les principes de la constitutionnalité et de la légalité qui obligent les autorités et les citoyens à se conformer à la loi et à la constitution. En principe, ni l'accord entre particuliers ni l'accord entre l'Etat et le particulier ne devraient pouvoir déroger à ces règles fondamentales; il n'y a pas de liberté contractuelle. Ces faits ne peuvent manquer d'avoir une influence sur la portée des jugements rendus sur recours de droit public. De même, on l'a vu, le fait que le droit administratif général, en Suisse, n'est pas codifié – hormis la LPA sur le plan fédéral – donne au Tribunal fédéral, juge du recours de droit public, un rôle particulier qui va au delà de la simple interprétation de règles relativement précises comme le code civil, voire de certaines lois administratives.

Il nous paraît nécessaire, pour bien saisir la situation, de tenir compte d'un triple couple de facteurs: les motifs et le dispositif d'un jugement, ses effets sur les autorités et les individus et le rejet et l'accueil du recours.

a) Le dispositif

Il est évident que le dispositif d'un jugement sur recours de droit public lie, sous réserve des règles sur le retrait des actes administra-

tifs, les «parties» au litige devant le Tribunal fédéral: le particulier et l'autorité ou l'organisme dont la décision est entreprise[56]. Il lierait aussi le Tribunal fédéral, si celui-ci était appelé à se prononcer à nouveau sur les mêmes faits, sur les mêmes moyens et entre les mêmes parties[57].

La question se pose ensuite de savoir si le dispositif du jugement a aussi une validité *erga omnes*.

1. La portée intracantonale des jugements concernant des lois[58]

En ce qui concerne le recours de droit public contre une règle de droit (contrôle abstrait et contrôle incident), il nous paraît clair que si le Tribunal fédéral admet le recours et déclare, en conséquence, que la disposition en cause est inconstitutionnelle pour les motifs invoqués par le requérant, une telle disposition est annulée non seulement aux fins de l'espèce, mais de façon générale[59]. Les autorités ou organismes du canton en cause ne pourront plus l'appliquer; si elles voulaient le faire, les particuliers pourraient se prévaloir de sa nullité. Cette conclusion est valable dans tous les cas même si le moyen invoqué est l'art. 4 Cst. et même si le Tribunal fédéral n'exerce pas un pouvoir de libre examen. Tous les particuliers et tous les organismes ou autorités cantonaux sont donc liés. Le Tribunal fédéral ne pourra plus modifier sa jurisprudence, la loi étant annulée[60].

Si, en revanche, le Tribunal fédéral rejette le recours et admet la

[56] G. VEDEL, op.cit. (note 22), p. 291.

[57] Voir ATF 92, 1966, I 508 *(Hell)* (BL) qui indique que le Tribunal fédéral est lié à son jugement dans une même affaire; dans le même sens: ATF 100, 1974, Ia 30 *(Bachofner)* (TG).

[58] Sur l'ensemble de la question, voir W. GEIGER, NJW 1954, p. 1057ss.

[59] Z. GIACOMETTI, op.cit (note 1), p. 242, paraît distinguer entre le cas où le le recours admis est fondé sur l'art. 2 DT (nullité simplement déclarée) et celui où il est fondé sur un autre droit constitutionnel (annulation de la loi cantonale). Dans notre sens, G. VEDEL, op.cit. (note 22), p. 291.

[60] C'est le seul cas où M. IMBODEN, Normkontrolle und Norminterpretation, in: Staat und Recht, Bâle 1971, p. 253, admet qu'un jugement sur recours de droit public puisse avoir une portée générale.

constitutionnalité de la disposition en cause, cette constatation ne vise, puisque le Tribunal fédéral n'examine que les moyens avancés par le requérant, que la constitutionnalité par rapport à ces moyens. Pour en saisir la portée exacte, il n'y a pas lieu de distinguer selon que le Tribunal fédéral examine librement ou non la constitutionnalité du texte. En effet, la disposition légale est reconnue constitutionnelle comme telle par rapport à la liberté invoquée dans le recours; éventuellement, elle ne l'est qu'à condition qu'elle reçoive une interprétation que le Tribunal fédéral indique. Cette reconnaissance est, nécessairement, valable pour les autorités et organismes cantonaux et pour tous les particuliers[61]. On soulignera, cependant, que si l'Etat cantonal et les particuliers peuvent déduire du jugement que la loi n'est pas inconstitutionnelle sur le point examiné, ils ne peuvent pas savoir si elle résisterait à l'examen de sa conformité avec une autre liberté, voire à un libre examen si le moyen invoqué dans le recours était l'arbitraire (non l'inégalité de traitement qui est examinée librement)[62].

Ainsi, les dispositifs des jugements rendus sur recours de droit public visant une disposition légale ont une portée générale s'ils déclarent bien fondé le recours et une portée générale mais limitée aux moyens examinés par le Tribunal fédéral s'ils rejettent le recours.

2. La portée extracantonale des jugements concernant des lois[63]

Il serait, certes, tentant du point de vue de la sécurité du droit de considérer que si le Tribunal fédéral a déclaré une loi inconstitutionnelle dans un canton, il en résulte *ipso facto* qu'une même loi est inconstitutionnelle dans un autre canton, sans même qu'elle fasse l'objet d'un deuxième recours de droit public. Mais, donner une telle portée au dispositif d'un jugement sur recours de droit public nous paraît tout à fait exclu en raison du caractère limité

[61] D'avis différent semble-t-il, W. GEIGER, NJW 1954, p. 1060.

[62] Sur la question, voir W. GEIGER, NJW 1954, p. 1057.

[63] ATF 99, 1973, Ia 664/65 *(Parti ouvrier populaire vaudois)* (VD).

du recours de droit public qui ne peut viser qu'une norme déterminée ou une décision concrète et en raison du principe fédéraliste. Néanmoins, ces principes ne doivent pas avoir pour conséquence qu'un même texte soit tantôt reconnu inconstitutionnel tantôt non selon qu'il émane d'un canton ou d'un autre. On doit donc considérer que le Tribunal fédéral est, en principe, c'est-à-dire sous réserve d'un changement motivé de jurisprudence, tenu de trancher des cas identiques de façon identique en vertu de l'article 4 Cst. qui le lie lui aussi; il est donc lié, par le dispositif, de ses jugements.

En conséquence, si, juridiquement, le dispositif d'un jugement rendu sur recours de droit public concernant une loi ne peut lier un canton tiers, il n'en demeure pas moins que le canton tiers est averti du caractère constitutionnel ou non de sa législation et devra en tenir compte dans toutes les mesures législatives, judiciaires ou administratives, qu'il prend. Il ne s'agit cependant là que d'une obligation de fait[64].

3. La portée intracantonale des jugements concernant des décisions

En ce qui concerne le dispositif des jugements sur recours de droit public concernant une *décision concrète*, sans que la constitutionnalité de la disposition législative sur laquelle elle repose ne soit mise en cause, il y a lieu de distinguer selon que le Tribunal fédéral a un libre pouvoir d'examen ou non.

Le Tribunal fédéral borne son examen à l'arbitraire sur la question de savoir si la décision est conforme à la loi cantonale en cause. Son jugement liera, bien entendu, le recourant et les autorités ou organismes cantonaux dont la décision a été mise en cause dans le cas d'espèce. En outre, à notre avis, ces autorités ou organismes sont liés de façon générale, si le recours a été accueilli. En effet, en vertu du principe de l'égalité de traitement, elles ne pourront trai-

[64] Comme l'écrit H. MARTI, RDS 1962, p. 80 au sujet des recours contre des lois ou décisions qui ont cessé de déployer leurs effets avant le jugement mais qui peuvent être édictées à nouveau: «hier hat das bundesgerichtliche Urteil wenigstens die Bedeutung einer Wegleitung für die Zukunft».

ter arbitrairement dans les mêmes circonstances de fait[65], par la suite, d'autres particuliers, alors qu'elles ont dû modifier une décision arbitraire sur intervention du Tribunal fédéral. Si le recours a été rejeté, le Tribunal fédéral aura seulement constaté que l'interprétation donnée à la loi n'est pas arbitraire, il n'aura pas dit que cette interprétation est exacte et serait admise dans un libre examen (sur cette différence pour un bel exemple voir l'arrêt *Fondation X*[66]). L'autorité pourra dès lors modifier son interprétation sous réserve de l'égalité de traitement.

Si, comme il le fait parfois, notamment en cas d'atteinte grave aux droits individuels, *le Tribunal fédéral revoit librement* la constitutionnalité de la décision par rapport à la constitution fédérale, il nous paraît que les organismes ou autorités cantonaux sont liés, de façon générale, par le dispositif du jugement déclarant le recours bien fondé. En revanche, comme le jugement ne fait que casser une décision, sans annuler la norme sur laquelle elle se fonde, les individus non parties du recours ne sont ni au bénéfice ni au désavantage du jugement. Le jugement est une *res inter alios acta.* On peut cependant se demander, si l'autorité ne devrait pas, dans l'hypothèse où le jugement casse sa décision, retirer – sous réserve des règles sur le retrait des actes administratifs – des décisions prises sur la base d'une interprétation déclarée inconstitutionnelle, ou du moins, les reconsidérer d'office[67]. En outre, les tiers peuvent naturellement se prévaloir du jugement pour obtenir la reconsidération des décisions les affectant, mais ne peuvent en exiger l'annulation, si le délai de recours est dépassé[67bis].

[65] Voir Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 252.

[66] ATF 99, 1973, Ia 668/89 (NE).

[67] L'arrêt *Frères Hess* (ATF 68, 1942, I 30 [NW]) laisse entendre que si un recourant est débouté et qu'un autre recourant obtient gain de cause, le premier doit bénéficier des conclusions du second arrêt au nom de l'égalité de traitement.

[67bis] Voir à ce sujet l'arrêt *Commune de Morat* (ATF 98, 1972, Ia 571 [FR]) qui distingue, en matière fiscale, la nullité absolue, admissible si l'illégalité est particulièrement grave et manifeste et si elle ne met pas en danger la sécurité juridique et la révision, admissible si des règles essentielles de procédure ont été violées, si des faits résultant de documents officiels n'ont pas été pris en considération, sans faute de l'administré, si celui-ci présente des faits et moyens de preuve dont il ne pouvait se prévaloir plus tôt, s'il a été induit en erreur par l'administration

Si le Tribunal fédéral rejette le recours, les autorités et organismes cantonaux sont au bénéfice de ce jugement en ce sens que leur interprétation est reconnue comme conforme aux droits constitutionnels invoqués par le requérant. Si le moyen invoqué était un droit constitutionnel dont le Tribunal fédéral examine librement la violation, les autorités cantonales doivent probablement la maintenir en vertu des principes de l'égalité de traitement et qu'une disposition légale ne peut, jusqu'à un changement de jurisprudence, recevoir qu'une seule interprétation. En revanche, si le moyen invoqué n'est examiné par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire, les autorités cantonales peuvent modifier leur interprétation sous réserve de ne pas tomber dans l'inégalité de traitement ou l'arbitraire.

4. La portée extracantonale des jugements concernant des décisions

Il ne saurait être question de reconnaître aux jugements rendus sur recours de droit public concernant des décisions, une portée juridique extracantonale pour les motifs mêmes que nous avons vus à propos des jugements concernant les lois. Leur caractère obligatoire de fait reste, cependant, ici aussi, considérable.

5. Remarques finales

Cela dit, on n'oubliera pas que le particulier qui n'est pas partie à un jugement rejetant un recours de droit public peut à tout moment saisir le Tribunal fédéral d'un recours[68]; il n'aura cependant des chances d'aboutir que si le problème posé au juge est différent, si celui-ci change de jurisprudence, si les moyens invoqués sont autres. Le requérant débouté dans un contrôle abstrait de la cons-

ou s'il a reçu un renseignement erronné de celle-ci. La constatation de l'inconstitutionnalité dans un cas d'espèce ne remplit aucune de ces conditions, sauf si elle conduit à un résultat choquant et contraire au sentiment de la justice.

[68] Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 255; ATF 68, 1942, I 29/30 *(Frères Hess)* (NW).

titutionnalité pourra espérer vaincre sur une application de la loi[69], en soi constitutionnelle, dans un cas concret, par exemple en invoquant la violation du principe de la proportionnalité. Enfin, les autorités ou organismes cantonaux peuvent, bien entendu, rendre à nouveau une décision identique à celle cassée par le Tribunal fédéral, en la motivant par des arguments dont le Tribunal fédéral n'a pas connu ou eu à connaître[70].

Les conclusions auxquelles nous aboutissons sont, on l'a sans doute remarqué, celles que la loi sur le Tribunal fédéral constitutionnel allemand prévoit à son article 31 alinéa 1, c'est-à-dire que les jugements lient tous les organes cantonaux et fédéraux[71].

b) Les motifs

On mettra, tout d'abord, à part le cas où le dispositif du jugement renvoie aux motifs. En effet, dans cette hypothèse, les motifs sont, en quelque sorte, intégrés dans le dispositif et participent à sa portée[72]. Ce que nous avons dit à ce sujet s'applique donc *mutatis mutandis*[73].

1. Généralités[74]

En règle générale, les motifs d'une décision administrative ou judiciaire n'ont pas de portée pour les parties. Ils sont une explication du dispositif. Cependant, il convient de ne pas oublier que nous avons affaire, avec le recours de droit public, à une juridiction constitutionnelle dont le but est de concrétiser les libertés, de les élaborer et d'en fixer le contenu et les limites et par laquelle le Tribunal fédéral est appelé à donner une interprétation authen-

69 Voir l'arrêt *Frères Hess* précité.

70 Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 252.

71 Voir notamment T. MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 19e édition, Munich 1973, p. 293.

72 Voir G. VEDEL, op.cit. (note 22), p. 291.

73 Voir W. GEIGER, NJW 1954, p. 1059.

74 Voir sur l'ensemble de la question W. GEIGER, NJW 1954, p. 1059.

tique de la Constitution. Pour connaître cette concrétisation, les motifs, et non le dispositif, sont à même de donner quelques lumières. Comme le Tribunal fédéral est, en outre, appelé à interpréter le droit cantonal, sans qu'un droit administratif général précis n'existe, il est, dans la plupart de ses jugements sur recours de droit public, obligé d'en fixer les contours. (On remarquera, en revanche, à la lecture des fascicules rouges des arrêts du Tribunal fédéral, que le Tribunal fédéral ne recourt que très rarement à des principes généraux mais se concentre, dans le recours de droit administratif, sur l'interprétation des lois administratives[75].)

Il nous paraît dès lors, que l'on ne peut pas ne pas tenir le plus grand compte des motifs des jugements rendus sur recours de droit public. D'ailleurs le Tribunal fédéral lui-même, les plaideurs, les législateurs cantonaux et fédéraux, les juges cantonaux, les administrations cantonales et la doctrine leur attachent une telle importance (confinant au fétichisme!) que l'on ne peut nier que leur portée dépasse la simple décision d'espèce dont les motifs lient, en tout état de cause, et le Tribunal fédéral et l'autorité cantonale[76] dont la décision est cassée. Reste à dire si cette portée est aussi extracantonale et si elle est simplement de fait ou si elle a valeur juridique et obligatoire.

2. Les libertés tacites

La force obligatoire des motifs des jugements rendus sur recours de droit public est tout à fait évidente lorsque le Tribunal fédéral dégage des libertés constitutionnelles tacites. En effet, dans ce cas, on peut dire que le Tribunal fédéral ne fait qu'affirmer des règles qui sont dans la Constitution et que celle-ci n'a pas exprimées. Ces libertés font donc partie du droit constitutionnel fédéral d'emblée et le fait qu'elles apparaissent soudain, dans les motifs d'un jugement, n'en change pas la nature. Par conséquent, il est clair que ces libertés lient tous les organes du canton contre lequel le

[75] Voir M. IMBODEN, RDS 1959, p. 70/71.

[76] Voir p.ex. ATF 100, 1974, Ia 30 *(Bachofner)* (TG); 100, 1974, Ia 145 *(Hoirs Centonze et Molteni)* (TI); cf. art. 66 OJF.

recours de droit public à l'occasion duquel elles sont dégagées était dirigé. En raison de leur rang, il est aussi évident qu'un tel motif de jugement doit avoir une portée extracantonale.

3. Les principes constitutionnels

De même les grands principes de l'activité étatique, en eux-mêmes, soit la légalité, l'égalité, la bonne foi, la non-rétroactivité, l'intérêt public et la proportionnalité sont des principes sous-jacents à l'ordre juridique suisse et doivent nécessairement avoir une portée tout à fait générale pour toute la Suisse. Ils appartiennent eux aussi à la Constitution. Leur mention dans un arrêt a une simple portée déclarative et non constitutive.

4. Les «lois fédérales» du Tribunal fédéral

Lorsque le Tribunal fédéral se substitue au législateur fédéral défaillant et pose des règles pour l'application des articles 46 alinéa 2 et 49 alinéa 6 Cst., ces règles ont aussi une portée générale. Elles relèvent du droit fédéral de rang législatif et, en vertu de l'article 2 DT, l'emportent sur le droit cantonal. Elles lient donc tous les cantons[77].

5. Les règles de principe, les standards minima et les institutions

Lorsque le Tribunal fédéral pose des règles de principe ou des standards minima, énonce des notions juridiques ou crée des institutions administratives, il agit à nouveau comme un législateur dont on peut se demander s'il est fédéral ou cantonal.

C'est surtout dans ces cas que la question de la portée obligatoire des motifs des arrêts du Tribunal fédéral rendus sur recours de droit public est intéressante.

Plusieurs thèses sont possibles.

On peut d'abord considérer que, puisque, dans ces hypothèses,

[77] Voir E. Höhn, Doppelbesteuerungsrecht, Berne 1973, p. 40.

le Tribunal fédéral concrétise les libertés individuelles ou les droits politiques cette concrétisation participe de la force obligatoire de la Constitution, par interprétation authentique de celle-ci. Cette manière de voir est cependant trop absolue. Elle signifierait en effet que, dès que l'énonciation des motifs d'un jugement s'élève au-dessus du cas d'espèce, il y aurait établissement d'une règle obligatoire générale. Tel ne peut, cependant, parfois pas être le cas, puisque certains des concepts dégagés par le Tribunal fédéral ne sont applicables que sous réserve du droit cantonal contraire (par exemple, la notion de dépense nouvelle) et n'ont donc qu'une portée générale limitée permettant non pas de concrétiser la Constitution mais d'interpréter les droits cantonaux.

On peut, ensuite, considérer qu'une jurisprudence constante, admise par les cantons qui conforment leur législation, leurs pratiques et leur jurisprudence aux règles et notions élaborées par le Tribunal fédéral, constitue une véritable coutume. Les deux éléments de la longue pratique[78] et de la croyance au caractère obligatoire caractéristiques de la coutume[79], sont alors réunis. Cette thèse est séduisante[80], elle se heurte pourtant à deux objections. D'une part, souvent, un seul arrêt du Tribunal fédéral rendu sur recours de droit public entraîne les cantons à suivre les principes qu'il énonce; d'autre part, souvent, la règle n'est élaborée que peu à peu par le Tribunal fédéral. Elle explique, cependant, bien que les principes ou règles énoncées par le Tribunal fédéral n'ont une portée générale que sous réserve du droit cantonal contraire.

On peut enfin dire que le Tribunal fédéral, dans ces hypothèses est appelé à suppléer à l'absence de principes ou de règles de droit administratif, qu'il les dégage d'un droit public général *a priori* valable pour toute la Suisse – en l'absence de dispositions expresses

[78] Sur l'importance de l'ancienneté et de la continuité de la jurisprudence, voir G. VEDEL, op.cit. (note 22), p. 289.

[79] M. IMBODEN, RDS 1959, p. 77 retient l'origine coutumière des règles sur les régales cantonales et les choses publiques. H. HUBER, RSJB 1955, vol. 91bis, p. 99 paraît avoir la même idée.

[80] A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 40 rejette la thèse de la coutume pour les règles générales en les situant «au-dessous du droit édicté et du droit coutumier». M. WALINE, Précis de droit administratif, Paris, 1969, p. 340 l'accepte.

contraires –, d'une manière de droit commun plus ou moins teinté de droit naturel au sens de l'arrêt *Swift c/ Tyson*[81] ou qu'il les établisse en vertu de son pouvoir de former librement le droit (Richterrecht ou droit jurisprudentiel à la romaine[82]). Cette thèse ne nous paraît pas la meilleure, car elle n'explique pas les divergences admises de certains droits cantonaux.

On le constate, aucune de ces thèses n'est pleinement satisfaisante. C'est pourquoi il nous paraît qu'une réponse mixte doit être donnée à la question de la force obligatoire des motifs qui nous occupent. Lorsque le Tribunal fédéral interprète les libertés individuelles – y compris l'art. 4 Cst. – et le droit cantonal par rapport à elles, il concrétise ces libertés et ne peut, dès lors, que poser des règles et standards ou énoncer des notions relevant du droit fédéral. Lorsqu'il examine des problèmes relatifs aux droits politiques, il interprète des droits qui figurent avant tout dans un droit cantonal largement autonome; il ne peut donc imposer des solutions fédérales. Comme il doit néanmoins assurer une certaine cohérence des régimes politiques en Suisse, il applique, dans toute la mesure du possible, des solutions identiques tirées de la pratique commune

[81] Dans cette affaire – de droit commercial – jugée en 1842, Justice STORY déclare que si les lois des Etats peuvent diverger en ce qui concerne les questions strictement locales, il existe en dehors d'elles un droit commun à tous les Etats-Unis et que le droit des Etats, dans toutes les questions d'une nature plus générale, est censé être identique à ce droit commun en vertu d'une présomption irréfragable. Il appartenait dès lors à la Cour suprême de déclarer le droit d'un Etat en se référant au «droit général des Etats-Unis». Cette doctrine, malgré de nombreuses critiques – et notamment qu'ainsi la Cour suprême légiférait dans un domaine où le Congrès est démuni de pouvoirs –, a subsisté jusqu'à l'arrêt *Erie Railroad c/ Tompkins* de 1938. Ce dernier arrêt considère que, hors des matières régies par la Constitution ou la loi fédérales, la loi de l'Etat s'applique seule et qu'il n'y a pas plus de droit commun fédéral général dans les questions générales que dans les questions locales. Il existerait, en revanche, un droit commun fédéral spécial formé par le droit applicable à la Constitution fédérale, aux lois fédérales, aux traités. Sur l'ensemble de la question, voir A. TUNC, Le droit constitutionnel des Etats-Unis, p. 399 ss; sur le droit commun fédéral (special) voir note sur «the federal Common Law» in Harvard Law Review 1969, p. 1514 et note du Yale Law Journal 1969, 284 «Swift v. Tyson Exhumed».

[82] Voir G. VEDEL, op.cit. (note 22), p. 283.

des cantons, d'un droit transcantonal commun[82bis]. Ce droit transcantonal ne peut pas l'emporter sur un droit cantonal exprès contraire, pour autant que celui-ci respecte le minimum de droits populaires compatible avec la Constitution.

6. Directives ou règles de droit?

S'il n'est pas douteux que les motifs des jugements, dégageant des libertés, des principes constitutionnels ou des «lois fédérales», posent des règles de droit, la question peut être controversée en ce qui concerne les règles de principe, les standards minima, les notions et les institutions administratives.

La doctrine, en matière de recours de droit public parle de directive ou d'effet éducateur[83], sans aller au delà. Le peut-on? Il convient, tout d'abord, de remarquer que la notion de directive est relativement nouvelle; elle ne se distingue pas clairement de celle de circulaire. En principe, la circulaire ne contient pas de règles de droit selon la doctrine, mais se borne à régir des relations internes à une même institution; à tout le moins, elle s'adresse aux agents d'une même institution. Cependant, elle porte, souvent, sur l'application d'une loi et, par conséquent, l'interprète. Elle ne peut contenir de règles nouvelles et ne peut créer, par elle-même, de droits ou obligations des particuliers; la doctrine traditionnelle dit même que la circulaire ne peut déployer aucun effet quelconque envers les tiers.

Cette conception ne nous paraît pas s'appliquer aux motifs d'un jugement rendu sur recours de droit public. Tout d'abord, comme ces jugements lient tous les organismes et autorités cantonaux, on ne saurait dire que ceux-ci sont les agents d'une même institution que le Tribunal fédéral: le pouvoir hiérarchique, ou du moins le pouvoir de surveillance, fait défaut à celui-ci. En outre, en recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a pas, sauf exception, de pou-

[82bis] Cependant, même en matière de droits populaires, le Tribunal fédéral admet l'existence de règles de droit fédéral, tel le principe de l'unité de la matière (ATF 100, 1974, Ia, 376 *(Gremaud)* (FR); 99, 1973, Ia, 731 *(Burkhalter)* (ZH).

[83] H. MARTI, RDS 1962, p. 26; CL. BONNARD, RDS 1962, p. 394, parle d'effet préventif.

voir d'injonction sur les autorités cantonales. Enfin, il est clair que, si le Tribunal fédéral interprète la Constitution et le droit cantonal, il pose aussi des règles de principe, des standards minima et crée des notions ou institutions qui font partie des libertés et confèrent des droits aux particuliers, ou qui sont comprises dans les droits politiques et, partant, règlent l'organisation d'une autorité ou fixent des procédures[84].

On a reconnu là la définition des règles de droit selon l'article 5 de la loi sur les rapports entre les Conseils.

7. Motifs et Obiter dicta[85]

Il y a lieu cependant de faire encore une distinction parmi les motifs des jugements. En effet, dans un certain nombre de cas, le Tribunal fédéral expose des motifs qui n'ont pas de portée générale mais qui sont étroitement liés au cas d'espèce. Tel est notamment le cas, lorsque l'objet du recours est la question de savoir si une décision constitue une application arbitraire d'une loi cantonale, ou lorsqu'est en cause le caractère d'intérêt public d'une décision dépendant de circonstances locales de fait. Dans de telles situations, on peut estimer que la définition abstraite de l'arbitraire ou de l'intérêt public a une portée générale mais qu'en revanche, l'application qui en est faite dans le cas concret ne saurait prétendre à une portée extracantonale, même si on lui reconnaît un effet général à l'intérieur du canton.

On peut aussi douter que les *obiter dicta,* c'est-à-dire les déclarations du Tribunal fédéral qui n'ont pas un caractère indispensable à la solution de l'espèce puissent avoir un effet plus large qu'envers le jugement lui-même. On peut, à cet égard, penser que de telles déclarations n'ont pas été testées à l'épreuve d'un cas con-

[84] M. IMBODEN, RDS 1959, p. 71, parle de «freie Rechtsbildung». Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 5/6, considère que la concrétisation des principes constitutionnels est une œuvre de «législation constitutionnelle». H. HUBER, RSJB 1955, vol. 91bis, p. 112, souligne que «la concrétisation ne peut être conçue autrement que comme une source du droit»; IDEM, Rapport 1936, p. 144a, parlait de «législation constitutionnelle».

[85] Voir, sur le plan de la théorie générale, P. NOLL, op.cit. (note 34), p. 268 ss.

cret et qu'elles ne constituent guère qu'une indication du mode de pensée du Tribunal fédéral[85bis]. Il en va de même des questions que le Tribunal fédéral se pose parfois à lui-même dans ses arrêts, tout en refusant d'y répondre.

On sait néanmoins que le Tribunal fédéral n'est, hélas, pas toujours très strict dans la motivation de ses jugements et qu'il sera souvent difficile d'apprécier ce qui a valeur générale et ce qui est superfétatoire[86]. La longueur de certains arrêts, l'accumulation de motifs complémentaires, la réfutation à l'intérieur même d'un jugement d'arguments visiblement avancés par des juges minoritaires, ne facilite pas la tâche de l'exégète, même s'il existe heureusement beaucoup d'exceptions dignes d'être suivies.

Etant ainsi démontré que les arrêts du Tribunal fédéral rendus sur recours de droit public peuvent avoir une portée plus large que la simple décision d'espèce[87], nous pouvons maintenant examiner (à la lumière de la jurisprudence récente seulement car les exemples foisonnent et une étude exhaustive dépasserait nos moyens et les limites du présent rapport) quelques principes, règles minima, «lois fédérales», notions ou institutions de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral ayant un caractère général obligatoire pour l'ensemble des cantons[88]. Nous verrons s'ils relèvent du droit fédéral ou du droit transcantonal, avant de conclure cette première partie de notre exposé consacré à l'unification des droits cantonaux par le recours de droit public.

[85bis] Voir cependant un cas d'*obiter dictum* de portée générale, dans ATF 100, 1974, I a 405/6 *(Komitee für Indochina)* (ZG).

[86] Comp. W. GEIGER, NJW 1954, p. 1060.

[87] Voir A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 41; M. IMBODEN, Normkontrolle und Norminterpretation (supra note 60), p. 250 met, à bon droit, en garde contre le danger d'une cristallisation excessive; P. SALADIN, Unerfüllte Bundesverfassung? (supra note 34), p. 312, paraît regretter que le Tribunal fédéral ne soit pas plus audacieux.

[88] J.-P. MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, Rapport à la Société suisse des juristes et RDS 1973, vol. 92, t. II, p. 911 ne paraît admettre cet effet obligatoire que pour les standards minima. G. VEDEL, op.cit. (note 22), p. 288/89, parle à propos du droit jurisprudentiel de système réel des sources du droit par opposition au système officiel de ces sources.

VI. Les principes généraux du droit

Dans l'un de ses récents articles[89], le juge fédéral GRISEL distingue les principes constitutionnels des règles générales du droit. Il considère que les premiers sont sous-jacents aux droits constitutionnels eux-mêmes, mais que pour des raisons de démocratie, leur codification pourrait se faire non pas dans la constitution, mais dans une loi ou une ordonnance. Ainsi ces principes seraient matériellement constitutionnels, mais formellement législatifs[90]. Quant aux règles générales du droit, elles auraient pour but de combler les lacunes de l'ordre juridique[91], elles seraient d'un rang égal aux normes constitutionnelles et l'emporteraient sur le droit écrit contraire[92]. Leur fondement serait l'article 4 Cst. ou la Constitution elle-même, dans la mesure où elle interdit l'arbitraire.

A. Les principes constitutionnels

On nous permettra de ne pas suivre entièrement ici l'avis de l'éminent auteur. Nous partageons, certes, l'opinion qu'il y a lieu de distinguer, parmi les principes généraux du droit, ceux qui ont rang constitutionnel et ceux qui sont de rang inférieur[93]. Les premiers sont, eux-mêmes, des règles obligatoires qui imprègnent tout l'ordre juridique[94], et ne peuvent donc qu'être partie intégrante de la Constitution. De plus, ils ont un degré d'abstraction suffisant pour atteindre le rang constitutionnel. En effet, ces principes soit la légalité, l'égalité, l'intérêt public, la bonne foi, la non-rétro-

[89] Droit public non écrit, in «der Staat als Aufgabe», Gedenkschrift M. Imboden, Bâle 1972, p. 139 ss.

[90] A. GRISEL, Droit public non écrit, p. 148.

[91] Ibidem, p. 153.

[92] Ibidem, p. 156.

[93] G. BRAIBANT, L'arrêt «syndicat général des ingénieurs-conseils» et la théorie des principes généraux du droit, in: Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1962, p. 68 distingue les principes généraux au sens plein (constitutionnels), et les principes secondaires subsidiaires (législatifs) applicables à défaut de droit écrit.

[94] G. BRAIBANT, op.cit., p. 68.

activité et la proportionnalité, et l'interdiction de l'arbitraire ne sont pas concrets en tant que tels, mais doivent être interprétés et précisés[95]. Si l'on songe par exemple à la légalité, on doit, après avoir posé le principe, définir ce qu'est une loi, distinguer une loi au sens formel et au sens matériel. Ainsi, si la loi matérielle est définie comme toute règle générale et abstraite, la loi au sens formel est soit l'acte du parlement prise sous la forme de «loi»[96], soit tout acte du parlement qui n'est pas un acte administratif[97]. C'est là l'interprétation du principe lui-même. Ensuite, son contenu et sa portée doivent être déterminés en ce sens que l'on déduira du principe lui-même, par création judiciaire, des règles générales. On n'aura donc, non pas une mais plusieurs concrétisations possibles de la règle de la légalité. Cette concrétisation ne peut être que le fait du législateur – ou du juge – alors que le principe lui-même émane de la Constitution, qu'il y figure expressément ou non[98]. Nous avons montré ailleurs qu'il en est de même du principe de l'intérêt public[99].

Qu'en conclure, sinon que ces principes fondamentaux de l'ordre juridique ne peuvent qu'avoir une portée générale pour tout l'ordre juridique et s'imposent à tous les organes de l'Etat, y compris le législateur et le juge chargés de les concrétiser.

B. Les règles générales et les règles de principe

En revanche, les règles générales ne sont, à notre avis, pas de rang constitutionnel, mais de rang législatif. Certes le Tribunal fédéral les a fondées sur la Constitution, mais cela s'explique aisément si l'on songe que cette création judiciaire a eu lieu sur recours de

[95] Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 5, indique que ces principes doivent être concrétisés avant d'être appliqués car ils ne sont que des lignes directrices.

[96] J.-F. AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, p. 477, n° 309.

[97] Par exemple, ATF 98, 1972, I a 642 *(Bebi et consorts)* (AG).

[98] M. IMBODEN, RDS 1959, p. 78, insiste sur l'influence du principe de la légalité dans les cantons.

[99] Intérêt, utilité et ordre publics, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse, Bâle 1975, p. 137.

droit public. En effet, dans ce cadre, le Tribunal fédéral a seulement pour attribution d'appliquer la Constitution, de la concrétiser. Comme il n'a pas, en principe, de pouvoir législatif – ni d'ailleurs de pouvoir constituant[100] – il ne peut que déclarer que ces règles découlent de la Constitution. Cependant, on doit s'interroger et se demander si, en réalité, le Tribunal fédéral ne comble pas des lacunes des législations cantonales[101] et ne pose pas des règles de rang législatif pour donner effet, tant aux droits individuels figurant dans la Constitution, qu'aux principes généraux de droit constitutionnels.

Nous rejetons ainsi la thèse que les règles générales de droit qui concrétisent les libertés constitutionnelles, sont elles – mêmes du droit constitutionnel et que les changements de jurisprudence sont des changements de la Constitution[102]. En effet, cette thèse implique que le législateur ne pourrait pas modifier les règles posées pour la jurisprudence pour une loi, mais devrait passer par la procédure de revision de la Constitution. Le Tribunal fédéral ne peut pas être un constituant en régime de démocratie semi-directe. En raison du caractère quelque peu exhorbitant de son pouvoir, le Tribunal se borne d'ailleurs, en règle générale, à fixer des règles de principe, sans en déterminer les contours exacts. Le législateur cantonal reste, lui, chargé de cette tâche, sous réserve de respecter la Constitution – telle qu'elle a été concrétisée par le Tribunal fédéral – et ses principes généraux.

C. Les principes constitutionnels – Facteurs d'unification des droits cantonaux?

Dans la présente section, nous nous bornerons, donc, à l'examen des principes généraux du droit de rang constitutionnel et de leur influence sur l'unification des droits cantonaux par les jugements rendus par le Tribunal fédéral sur recours de droit public.

[100] D'avis quelque peu différent Z. GIACOMETTI, op.cit. (note 1), p. 5/6, et H. HUBER, Rapport 1936, vol. 55, p. 148a et RSJB 1955, vol. 91bis, p. 113.

[101] G. BRAIBANT, op.cit. (note 93), p. 68.

[102] C'est l'avis de H. HUBER précité.

a) Considérations générales

Il est tout à fait évident que les principes constitutionnels n'ont, par eux-mêmes, aucun caractère unificateur direct du droit de fond cantonal. En effet, ils font partie de la Constitution non écrite et ne diffèrent en rien des règles qui y figurent expressément. Comme on ne saurait dire que les libertés individuelles, par exemple, ou les autres droits constitutionnels ont un caractère unificateur par eux-mêmes du droit de fond, on ne peut l'affirmer des sept principes constitutionnels en eux-mêmes.

Néanmoins, si le droit de fond n'est pas unifié par ces principes, ceux-ci ont un double effet unificateur indirect. En premier lieu, ils influencent, de façon déterminante, le régime social et politique en Suisse: ils font de ce pays un Etat où la loi est la condition de l'exercice du pouvoir, où l'égalité des individus est assurée, où l'autorité doit être de bonne foi, où les autorités doivent agir dans l'intérêt public et non être à la solde d'intérêts privés, où les mesures prises doivent être adaptées au but recherché et ménager autant que possible la liberté de l'individu. En second lieu, ces principes ont une influence de fait sur les législations cantonales[103]. En effet, si une législation – voire une décision – cantonale a été reconnue conforme – ou contraire – à l'un des principes en cause, un canton tiers évitera nécessairement d'adopter la même loi ou sera conforté dans ses intentions législatives. En outre, les instances judiciaires cantonales seront amenées à appliquer elles aussi ces principes. En effet, ces instances vont considérer qu'elles ne font qu'appliquer la Constitution en vérifiant que ces principes sont respectés par les autorités ou organismes cantonaux. Elles ne pourront, s'agissant de principes de droit fédéral, s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des définitions qu'elle en donne.

b) Les résultats de notre enquête

C'est ainsi que, dans notre enquête, *le Tribunal administratif de Berne* nous a indiqué qu'il était clair que les principes généraux du

[103] Voir M. IMBODEN, RDS 1959, p. 78–87.

droit dégagés par le Tribunal fédéral, influencent sa jurisprudence, sauf si le droit cantonal est plus favorable pour l'individu. *Le Tribunal administratif de St-Gall* nous a affirmé que lorsqu'il revoit la constitutionnalité des lois cantonales par rapport, aux libertés individuelles, il se fonde sur la portée et le contenu que le Tribunal fédéral leur a données. *Le Tribunal administratif d'Argovie* nous signale un arrêt *Finsler* du 18 avril 1974 qui indique «selon la conception suisse, les jugements du Tribunal fédéral ne lient pas les tribunaux cantonaux comme des lois; cependant, il ne se justifie de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral que pour des motifs importants car, dans la Confédération, il est, en première ligne, appelé à définir la portée des droits fondamentaux de la Constitution. Ce serait une démarche vide de sens que les tribunaux cantonaux s'en écartent sans raison importante»; il nous mentionne aussi un arrêt du 24 janvier 1972 (*Verkehrsverein Beinwil*[104]) qui reprend la notion de bonne foi de l'arrêt *X*[105]. *Le Tribunal administratif de Soleure* nous indique qu'à son avis, l'application des principes de la proportionnalité, de la non-rétroactivité, etc., ne sont pas des interprétations du droit cantonal mais l'application du droit fédéral. Il nous informe qu'il applique systématiquement le principe de la rétroactivité tel qu'il figure dans l'arrêt *Eisengiesserei Emmenbrücke*[106]. *Le Tribunal administratif du Tessin* nous dit que la clause générale de police n'est admise comme base légale que dans les cas définis à l'arrêt *Rassemblement jurassien*[107]. *Le Tribunal administratif d'Argovie* nous signale encore que les arrêts *Keller* du 7 juillet 1974 et *Renner* du 5 septembre 1974 appliquent les principes posés par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Bürgel*[108], au sujet de l'égalité dans l'illégalité. Ces mêmes principes ont conduit le *Conseil d'Etat de Schaffhouse* à admettre un recours dans une affaire AWAG contre ville de Schaffhouse le 10 septembre 1974, en modification de sa jurisprudence antérieure. Enfin la *commission cantonale des recours en matière fiscale de Berne* a, se fondant sur l'arrêt *Bürgel*[109], annulé le 26 juin 1974 un bordereau d'impôts parfaitement conforme à la loi. Le *Tribunal administratif*

[104] AGVE 1972, p. 203.
[105] ATF 94, 1968, I 521 (SG).
[106] ATF 95, 1969, I 9 (LU).
[107] ATF 92, 1966, I 35 (BE).
[108] ATF 98, 1972, Ia 151 (BS).
[109] Voir note 108.

de Genève a, dans ses arrêts *E* et *T* du 29 mai 1974, appliqué le principe de la légalité de l'impôt en se référant à l'arrêt *Cimar*[110], celui de l'absence d'impôt, en l'absence de base légale selon l'arrêt *Caisse valaisanne d'allocations familiales de l'industrie du bâtiment*[111], et celui selon lequel le juge ne peut combler des lacunes en droit fiscal selon l'arrêt *Zimmermann*[112].

Les réponses à notre questionnaire montrent de plus que les sept grands principes constitutionnels sont largement respectés par les autres autorités cantonales. Ainsi, la *Direction de la Justice de Berne* nous signale que la loi de procédure de ce canton a été modifiée, à la suite de l'arrêt *Lüthold*[113], pour donner une base légale aux prises de sang dans les procès en recherche de paternité[114] et pour permettre les expertises anthropobiologiques. Ce même arrêt du Tribunal fédéral a, selon le *service juridique neuchâtelois,* provoqué un changement parallèle de loi neuchâteloise de procédure le 20 novembre 1957, alors que les arrêts *X*[115], *Devaud*[116] et *V*[117], ont été causes de la revision du 6 novembre 1967 pour les expertises anthropobiologiques[118]. Le principe de la légalité de l'impôt est aussi affirmé dans le Message de la *Division de la Justice de Schaffhouse* à l'appui d'une ordonnance sur les émoluments administratifs, au sens que leur a donné l'arrêt *Rialto Film AG*[119]. Enfin, l'arrêt *Eiger Baugesellschaft AG*[120] prévoyant la nécessité d'une base légale claire pour l'obligation de créer des places de stationnement sur terrain privé, est selon le *service du contentieux du Département des travaux publics et forêts du Valais,* à la base des articles 215 et suivants de la loi sur les routes du Valais.

c) Conclusions

On peut donc, semble-t-il, conclure de ces éléments que certains principes généraux du droit font partie de la Constitution, qu'ils

110 ATF 92, 1966, I 47 (NE).
111 ATF 95, 1969, I 509 (VS).
112 ATF 95, 1969, I 322 (LU).
113 ATF 82, 1956, I 234 (OW).
114 Message de novembre 1971, nº 1.4.
115 ATF 90, 1964, I 29 (GE).
116 ATF 90, 1964, I 104 (VD).
117 ATF 91, 1965, II 159 (ZH).
118 Bulletin du Grand Conseil, vol. 133, p. 675/76.
119 ATF 93, 1967, I 634 (VS).
120 ATF 85, 1959, I 225 (AG).

sont applicables directement par les cantons et que, comme ils ne sont pas écrits, ils ont la portée que le Tribunal fédéral a définie. Cependant, ces principes laissent place à une grande latitude d'appréciation et doivent être concrétisés. Cette concrétisation est entreprise peu à peu par le Tribunal fédéral ainsi que le montre l'évolution de sa jurisprudence. Ils n'ont pas d'effet unificateur direct sur le droit cantonal de fond. En effet, ils ne constituent que des critères permettant de juger de la validité de lois ou décisions cantonales. Ils sont, pour ainsi dire, des instruments de mesure neutres quant au droit de substance. On pourrait, peut-être, même les considérer comme des règles de comportement des autorités quant à la façon dont elles doivent agir. Allant même plus loin, on pourrait éventuellement, les tenir pour des règles d'organisation de l'exercice du pouvoir, avec cette particularité toutefois que les individus peuvent en invoquer la violation, en relation avec l'un des droits que leur confère la Constitution.

Néanmoins, ces principes ont un effet unificateur indirect dans la mesure où ils régissent tout le droit suisse et sont identiques dans toute la Confédération. Quant à la question de savoir si, en les affirmant puis en les affinant, le Tribunal fédéral agit comme un constituant ou se borne à concrétiser des principes implicites de la Constitution, elle dépasse notre propos. Indiquons simplement que nous considérons qu'il y a simple concrétisation de principes implicites.

VII. Les règles générales de rang législatif

A. Considérations générales

a) La doctrine

Dans son article précité, le juge fédéral GRISEL[121] cite comme règles générales du droit: le transfert, la compensation et la prescription des créances, l'obligation de restituer l'enrichissement illégitime, celle de verser des intérêts de retard, celle de prévenir un

[121] Droit public non écrit, p. 153, ainsi que Droit administratif suisse, p. 40.

dommage ainsi que les règles sur la conclusion, la validité et la revision des contrats de droit administratif. Ces exemples sont dictés par la définition même que l'auteur donne des règles générales: les règles communes aux diverses branches du droit.

Souvent aussi, les auteurs déclarent simplement que certaines règles générales (celles de la compensation réelle en matière de remaniement parcellaire[122], la règle de l'expropriation matérielle) résultent de la Constitution.

b) Les catégories de règles

Nous avons déjà indiqué que nous ne partagions pas ces façons de voir. Réduire la notion des règles générales aux seules règles applicables à tout l'ordre juridique est manifestement trop étroit. Il existe des règles propres au droit public qui ont une portée générale pour toute cette branche du droit mais qui soit ne sont pas applicables en droit privé soit ne sont pas identiques à celles du droit privé. Quant à dire que ces règles générales sont déduites de la Constitution, nous avons déjà signalé que, si nous acceptons que celle-ci soit tenu pour la base de compétence, nous estimons que, dès que le juge possède un choix pratiquement libre entre plusieurs solutions, il ne procède pas à une interprétation, mais à l'établissement d'une règle autonome: il légifère. Cette «législation» peut être plus ou moins précise. En effet, le juge peut poser une règle directement applicable telle quelle, sous réserve d'interprétation dans un cas concret; ces règles générales seront souvent la concrétisation de l'un ou l'autre des principes constitutionnels. Il peut se borner à établir une règle très générale valable à titre subsidiaire (standard minimum). Il peut enfin se borner à fixer une règle qui énonce un principe permettant de juger si une disposition cantonale y est conforme. A titre d'exemples, on pensera, respectivement, à la règle que l'expropriation ou la restriction à la propriété pour des motifs de police n'entraîne jamais d'indemnisation[123], aux règles sur l'octroi de l'assistance judiciaire (un cas

[122] Par ex. F. ANTOGNINI, Le respect de la garantie de la propriété dans les remaniements parcellaires, in Zbl, 1971, p. 3.

[123] ATF 96, 1970, I 124 *(Zwyssig)* (OW).

non dépourvu de chances de succès et un état de besoin[124]); et aux principes de la couverture des frais et de la proportionnalité aux avantages retirés[125], dans l'établissement des tarifs des émoluments administratifs.

c) Le caractère obligatoire pour les cantons

Bien entendu, formellement, la base de la compétence du Tribunal fédéral est la liberté individuelle, le droit constitutionnel ou le droit populaire invoqués par les citoyens dans un recours de droit public. Cependant, la substance précise de la règle ne peut en découler. Elle ne peut provenir que de l'opinion du juge et correspondre à celle qu'auraient posée le constituant ou le législateur s'il y avait pensé ou s'il l'avait souhaité. Ces règles générales créent, en principe, des obligations pour les cantons, bien que, dans certains cas, les cantons puissent néanmoins s'en écarter. La distinction des unes et des autres doit aujourd'hui être clairement faite, sous peine de vider peu à peu le droit cantonal de toute son autonomie, comme paraissent le craindre certains de nos correspondants.

Si, bien entendu, nous retenions la thèse, que ces règles découlent de la Constitution, nous n'aurions aucune difficulté à expliquer que les cantons, leurs autorités et organismes sont tenus de les respecter: ils doivent en effet se conformer à la Constitution. Cependant, le rejet de cette thèse, comme on l'a vu, ne nous cause aucune complication. En effet, même si la source matérielle des principes et règles ne se trouve pas dans la Constitution, il n'en demeure pas moins que leur source formelle s'y trouve et que le Tribunal fédéral est un organe fédéral. Dès lors, s'agissant de règles concrétisant les droits constitutionnels, le Tribunal fédéral pose des règles de droit fédéral, qui s'imposent à tous les cantons quelles que soit leur législation, en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral. S'agissant en revanche de l'inter-

[124] ATF 100, 1974, Ia 113 *(Benz)* (VD), citant ATF 69, 1943, I 160 *(Wicki)* (LU); 98 (1972) Ia 341 *(X)* (LU).

[125] Par ex. ATF 99, 1973, Ia 702 *(Emmenegger)*.

prétation de droits énoncés avant tout, dans le droit cantonal, dans des domaines où l'autonomie cantonale est de règle, le Tribunal fédéral ne peut énoncer des règles de droit fédéral: les cantons ne sont liés par les concrétisations du Tribunal fédéral que si leur droit cantonal contient des dispositions, identiques ou analogues à celles soumises à la censure du Tribunal fédéral par le passé (droit transcantonal).

d) Droit fédéral ou droit transcantonal?

La réponse à cette question nous paraît devoir être trouvée tout d'abord dans les déclarations du Tribunal fédéral lui-même. C'est lui qui, en principe, devrait dire si une règle générale appartient au droit transcantonal ou au droit fédéral. Il est, hélas, rare que le Tribunal fédéral soit explicite sur ce point. Il convient, dès lors, de recourir, pour faire le départ, à la nature du droit invoqué dans le recours de droit public et au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.

En ce qui concerne la nature du droit invoqué, on ait que l'art. 84 OJF traite des droits constitutionnels, alors que l'art. 85 OJF traite des droits populaires. Cette distinction n'est pas fortuite: il ne peut y avoir en principe qu'un seul catalogue des droits constitutionnels en Suisse; ceux-ci, en effet, protège l'individu contre l'Etat, de la même façon partout. Leur concrétisation doit être unique: ce qui est conforme à un même droit ne peut l'être que partout. En revanche, les droits politiques sont liés à l'organisation de l'Etat. C'est celui-ci qui fixe souverainement les compétences du peuple. Une telle organisation peut dès lors varier d'un canton à l'autre, sous réserve de la limite posée à l'art. 6 Cst. Si deux cantons retiennent les mêmes principes d'organisation, le Tribunal fédéral sera amené, puisqu'il a un libre pouvoir d'examen, à les concrétiser de la même manière, créant ainsi du droit transcantonal.

Dès lors, la distinction repose sur la différence entre un droit individuel appartenant à la personne en tant que telle, et un droit appartenant à la personne en tant que membre d'un organe. Dans le premier cas, les règles posées par le Tribunal fédéral sont du droit fédéral, dans le second, du droit transcantonal.

Quant au pouvoir d'examen, critère additionnel, il permet de faire la distinction de la façon suivante. Lorsque le Tribunal fédéral examine librement la constitutionnalité d'une loi ou d'une décision cantonale, il dégage une concrétisation unique de la disposition constitutionnelle invoquée; ce faisant il pose une règle fédérale ou une règle transcantonale.

Lorsque le Tribunal fédéral limite son examen à l'arbitraire, il dit si une solution cantonale n'est pas insoutenable; il ne dégage pas une concrétisation unique et peut admettre d'autres solutions cantonales. Si deux cantons retiennent la même solution, dans leurs lois ou décisions, le Tribunal fédéral devra rendre à leur égard des jugements identiques et, dans cette mesure, admettre une solution transcantonale.

B. Exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Après cet exposé quelque peu de principe, il est peut-être utile de donner quelques exemples.

Ceux-ci, à vrai dire, foisonnent. Aussi serons-nous relativement modestes dans notre énumération: «selon la conception du droit suisse, l'examen préjudiciel d'une question juridique relevant d'un autre domaine juridique est admissible, s'il n'est pas interdit par une disposition légale»[126]; «les travaux préparatoires peuvent fournir des indices pour l'interprétation de dispositions législatives obscures; en revanche, les avis des porte-parole du gouvernement ou de parlementaires isolés, même non contestés, ne sont pas décisifs s'ils ne sont reflétés dans la loi (ATF 92 I 308/9[127]; 95 I 510/11[128] et les renvois)»[129]; «c'est pour obtenir une dérogation à la réglementation... qu'elle a accepté de se soumettre, en contrepartie, aux conditions imposées par l'autorité. Il s'agit là d'un acte contractuel»[130]; «le principe de l'unité de la matière découle du

[126] ATF 98, 1972, Ia 120 *(Immogrund AG)* (GL).

[127] *Farbenfabrik Bayer AG* (arrêt rendu sur recours de droit administratif).

[128] Arrêt *Caisse valaisanne d'allocations familiales de l'industrie du bâtiment.*

[129] ATF 98, 1972, Ia 184 *(Vonarburg)* (FR).

[130] ATF 98, 1972, Ia 202 *(Alopex)* (GE).

droit fédéral... dans certaines circonstances, les autorités cantonales doivent avoir la possibilité de réunir en une seule proposition plusieurs demandes de crédit. Ceci devrait être le cas non seulement si deux dépenses sont si liées que l'une ne peut être encourue sans l'autre mais aussi si elles poursuivent un but commun ‹qui les réunit étroitement par un lien réel et objectif›» (en français dans le texte allemand!)[131]; «il n'y a pas de concept fédéral de la ‹dépense nouvelle›». Le sens de ces termes doit être dégagé par l'interprétation de la constitution cantonale... «dépense nouvelle et dépense liée» sont des notions corelatives et mutuellement exclusives qui comprennent toutes les dépenses de la collectivité... «selon les principes généraux dégagés par le Tribunal fédéral, sont ‹liées› les dépenses qui...»[132]; «la notion de dépense peut avoir un sens différent dans les divers cantons, selon ce que prévoit le droit cantonal. Cependant, la constitution bernoise ne contient aucune indication pouvant inciter le Tribunal fédéral à s'écarter des définitions dégagées de la jurisprudence»[133]; «la jurisprudence admet qu'une demande d'autorisation de bâtir, déposée sous l'empire de l'ancien droit, soit examinée en fonction des nouvelles dispositions en vigueur au moment où l'autorité statue sur la demande... (ATF 87 I 510[134]; 89 I 483[135]; 95 I 125[136, 137]; «selon la jurisprudence, le propriétaire doit toujours s'attendre à ce que les dispositions en vigueur soient modifiées selon la procédure prévue par la loi; il n'a pas, en principe, de droits acquis à ce que ces dispositions restent en vigueur pour son immeuble (87 I 511[138]; 94 I 350[139]) à moins qu'il n'en ait reçu la promesse de la part de l'autorité compé-

131 ATF 99, 1973, Ia 183 *(Müller)* (ZH); voir aussi 99, 1973, Ia 645/46 *(Weber)* (BL).

132 ATF 99, 1973, Ia 195 *(Zwicky)* (TG).

133 ATF 99, 1973, Ia 202 *(Theiler)* (BE).

134 *Wohnbau AG* (GR).

135 *Blass* (AG).

136 *Frediana SA* (TI).

137 ATF 99, 1973, Ia 341 *(Roquier)* (NE).

138 *Wohnbau AG* (GR).

139 *Risi-Nahrungsmittel AG* (BL).

tente»[140]; «la règle [selon laquelle le propriétaire est imposable sur la valeur locative du logement dont il a la disposition pour tout ou partie de l'année] est, de l'avis général, valable aussi en droit cantonal, si celui-ci prévoit un impôt sur la valeur locative»[141]; «la révocation d'un acte administratif [qui a créé un droit subjectif] ne peut intervenir que si certaines conditions sont réalisées (93 I 665[142] et les arrêts cités, 93 I 675[143])... Lorsque l'acte administratif a été obtenu de manière frauduleuse par son bénéficiaire... lorsque les conditions requises pour son octroi ne sont plus remplies... lorsque l'autorité qui l'a rendue s'est réservé la faculté de le retirer... aucune des conditions qui permettraient, selon la jurisprudence et la doctrine, de justifier une révocation n'est réalisée en l'espèce.»[144]

On pourrait ainsi multiplier les exemples de déclarations de Tribunal fédéral qui constituent des règles générales dégagées précédemment par la jurisprudence et appliquées à une espèce donnée. On nous permettra peut-être de nous borner à rappeler ici encore quelques cas particulièrement frappants.

Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg hésitait à ne pas appliquer une loi fribourgeoise interdisant aux sociétés d'être titulaires de pharmacies malgré la jurisprudence du Tribunal fédéral qui avait déclaré une telle disposition contraire à la liberté du commerce et de l'industrie. Le Tribunal fédéral cassa la décision fribourgeoise en se référant largement à un arrêt concernant une disposition analogue du canton du Tessin[145], bien que le législateur fribourgeois se soit consciemment écarté de cette jurisprudence[146].

Le Tribunal fédéral a dans son arrêt *Röösli*[147], défini la portée

[140] ATF 99, 1973, Ia 341 *(Roquier)* (NE). Voir dans le même sens ATF 99, 1973, Ia 583 *(Bernasconi)* (NE).

[141] ATF 99, 1973, Ia 344 *(Ott)* (SZ).

[142] *X*, arrêt rendu sur recours de droit administratif.

[143] *Confédération suisse*, arrêt rendu sur recours de droit administratif.

[144] ATF 99, 1973, Ia 457/58 *(X)* (NE).

[145] ATF 91, 1965, I 308 *(Bianchi)* (TI).

[146] ATF 99, 1973, Ia 513 *(Sun'store SA)* (FR).

[147] ATF 99, 1973, Ia 529 (BL).

du référendum «selon l'avis général des juristes suisses», tout en réservant une législation expresse cantonale contraire. En son arrêt *Wagner et TCS*[148], il a rappelé qu'en matière d'émoluments, les principes de la couverture des frais et de l'équivalence doivent être respectés, en indiquant le sens de ces principes et en se référant à ses arrêts *Cementwerke Vigier*[149], *Grossheintz*[150], *Caisse valaisanne d'allocations familiales de l'industrie du bâtiment*[151]. Dans ce même arrêt, a rappelé les règles de la validité de la délégation législative du législateur à l'exécutif[152], en se référant à ses arrêts *Cimar*[153], *Fondation de Zurich – de Reynold*[154], *Reutemann*[155], *Cementwerke Vigier*[156], et même *Terlinden SA*[157]; il a, en revanche, refusé de poser une règle générale au sujet de la délégation du législateur au parlement cantonal «en raison de la diversité des droits constitutionnels cantonaux»[158]. Dans un arrêt *X*[159], le Tribunal fédéral a établi qu'il était «généralement admis» que les résultats des examens ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire que limité; il se réfère à ce sujet à la doctrine française et allemande. Dans l'arrêt *Weber*[160], le Tribunal fédéral a affirmé le droit des autorités cantonales à présenter un contre-projet à une initiative populaire en se référant à son arrêt *Zihlman*[161]; dans ce même arrêt,

148 ATF 99, 1973, Ia 540 (BL).

149 ATF 97, 1971, I 204 (BE).

150 ATF 97, 1971, I 334 (SO).

151 ATF 95, 1969, I 506 (VS). Voir aussi ATF 99, 1973, Ia 603 *(Section vaudoise de l'association des vignerons-encaveurs)* (VD).

152 J.-F. AUBERT, La hiérarchie des règles, in: L'art de légiférer, Rapport à la Société suisse des juristes et RDS 1974 (vol. 93, t. II), p. 213 dit que la «délégation législative est reçue *en droit suisse* (nous soulignons) dans les limites, assez larges, qu'a tracées le Tribunal fédéral».

153 ATF 92, 1966, I 47 (NE).

154 ATF 97, 1971, I 348 (FR).

155 ATF 97, 1971, I 804 (ZG).

156 ATF 97, 1971, Ia 203 (BE).

157 ATF 48, 1922, I 73 (ZH); voir en outre l'arrêt *Section vaudoise de l'associations suisse des vignerons-encaveurs* (VD), cité note 151, l'arrêt *Andersen* ATF 100, 1974, Ia 66 (VS) et l'arrêt *Pirovano* ATF 100, 1974, Ia 139 (TI).

158 Voir aussi l'arrêt *Andersen* cité note 157.

159 ATF 99, 1973, Ia 591 (GE).

160 ATF 99, 1973, Ia 646 (BL).

161 ATF 91, 1965 I 193 (BE) ainsi que l'arrêt *Comité d'initiative pour l'interdiction de la chasse dans le canton de Genève,* ATF 100, 1974, Ia 57 (GE).

il indique les principes généraux de la fiscalité: généralité – égalité – proportionnalité. Dans l'arrêt *Reynold*[162], le Tribunal fédéral a déclaré que, selon sa jurisprudence, la faute n'est pas une condition de punissabilité en matière d'amendes d'ordre, citant ses arrêts *De Gasperi*[163] et *Tuor*[164]. Dans l'arrêt *A.G. für Hypothekaranlagen*[165], le Tribunal fédéral pose une série de règles sur l'effet anticipé des lois et des plans d'aménagement, donnant un véritable cours sur la question; dans l'arrêt *Société de Banque Suisse*[166], le Tribunal fédéral rappelle le principe du parallélisme des formes et sa portée, en rappelant ses arrêts *Blaser*[167] et *Jaggi*[168]. Dans l'arrêt *Stump*[169], le Tribunal fédéral admet que l'Etat puisse, par loi, déléguer des tâches publiques à des particuliers et se réfère à l'arrêt *Andersen*[170] où cette faculté est définie comme «généralement admise».

Il suffit! La démonstration paraît pleinement convaincante; rien que dans un an et demi de jurisprudence, nous avons découvert une masse de règles générales du droit public établies par le Tribunal fédéral. Nous avons aussi vu que, par le jeu des références et par la succession des arrêts, ces règles sont appliquées à tous les cantons, en principe indifféremment. Encore n'avons-nous rien dit des règles sur la nullité et l'annulabilité des actes administratifs et de tant d'autres. La cause paraît entendue: au nom du contrôle de la constitutionnalité du droit cantonal, le Tribunal fédéral pose des règles de portée générale qui appartiennent au droit fédéral et, en conséquence, obligent les cantons.

Il y a cependant mieux encore. Parfois, pour établir le sens du droit cantonal, le Tribunal fédéral procède à une véritable étude de droit cantonal comparé[171]. Nous n'en citerons que quelques

[162] ATF 100, 1974, I a 39 (VS).
[163] ATF 93, 1967, I 466 rendu sur recours de droit administratif.
[164] ATF 94, 1968, I 95 rendu sur recours de droit administratif.
[165] ATF 100, 1974, I a 147 (TI).
[166] ATF 100, 1974, I a 162 (TI).
[167] ATF 94, 1968, I 36 (NE).
[168] ATF 98, 1972, I a 109 (NE).
[169] ATF 100, 1974, I a 177 (VD).
[170] ATF 100, 1974, I a 70 (VS).
[171] M. Imboden, RDS 1959, p. 72/73, souligne l'importance de cette méthode inductive de créer des «principes obligatoires de droit administratif».

exemples. Dans l'arrêt *Zihlman*[172] la question se posait de savoir si le parlement cantonal bernois pouvait opposer un contre-projet à une initiative populaire. Le Tribunal fédéral a constaté que tel était le cas dans la Confédération ainsi que dans 19 cantons et demi-cantons, selon des dispositions expresses et que, dans les autres cantons, la pratique l'admettait. Il a, dès lors, admis que la pratique bernoise qui tirait cette faculté du droit général d'initiative conféré, à l'art. 30 de la constitution bernoise, au Grand Conseil devait être admise, sauf disposition contraire – inexistante d'ailleurs. La conclusion du jugement est que «le droit de présenter un contre-projet est devenu partie intégrante du droit public fédéral et cantonal». Dans l'arrêt *Jenny*[173], la question était de savoir si, pour bénéficier d'une déduction fiscale de ménage, le contribuable devait ou non avoir des personnes à sa charge ou s'il suffisait d'avoir un ménage séparé; le canton de Glaris prétendait qu'il allait de soi qu'il fallait des charges de famille. Le Tribunal fédéral a contesté cette «évidence» en citant les lois de 11 cantons et demi-cantons. Dans l'arrêt *Parti Ouvrier Populaire Vaudois*[174], le Tribunal fédéral a déclaré, notamment, que l'institution du député de base par arrondissement électoral était connue d'autres cantons (Berne et Soleure) et n'était pas inconstitutionnelle, et que l'avantage consenti aux petits arrondissements dans la répartition des députés au Grand Conseil cantonal, connu d'autres cantons, Saint-Gall, Thurgovie, Valais, est «certainement compatible avec la Constitution fédérale».

Il y a encore mieux: dans l'arrêt *Bruchez*[175], la question se posait en Valais de la légalité de la perte d'ensoleillement infligée aux voisins par des bâtiments élevés. Le canton du Valais ne connaissait aucune règle à cet égard. Le Tribunal fédéral s'est alors inspiré des lois bernoise, bâloise-campagnarde et saint-galloise, pour déclarer que la lésion imposée aux voisins était illégale[175bis];

[172] ATF 91, 1965, I 193 (BE).

[173] ATF 99, 1973, Ia 577 (GL).

[174] ATF 99, 1973, Ia 658 (VD).

[175] ATF 99, 1973, Ia 141 (VS).

[175bis] Dans l'arrêt *Bouvard* (ATF 100, 1974, Ia 340/41 [GE]), Le Tribunal fédéral a été plus prudent en indiquant que les cantons ne sont pas liés par d'autres lois cantonales sur l'ensoleillement dès que celles-ci sont un élément d'appréciation pour lui, lorsque le canton en cause n'a pas de législation en la matière.

pourtant l'arrêt était rendu sur un recours fondé sur l'article 4 Cst.[176]!

Si le Tribunal fédéral est, parfois, aussi audacieux, il lui arrive également de prendre peur. Nous l'avons signalé à propos de la notion de dépenses liées. Il en est allé de même dans l'arrêt *Ackermann*[177] au sujet de l'imposition des transferts d'immeubles selon la réalité économique, où le Tribunal fédéral est revenu quelque peu en arrière sur sa pratique en se souvenant qu'«il est approprié dans le cadre des recours pour arbitraire d'interpréter les limites de la prise en considération de la réalité économique plus ou moins largement selon la loi cantonale applicable».

C. Les résultats de notre enquête

Quelle est la réaction des cantons à ces règles établies par le Tribunal fédéral? L'effet unificateur est-il réel?

Les réponses à notre questionnaire ne laissent aucun doute à ce sujet.

1. En droit fiscal

Il est intéressant de noter, tout d'abord, que les instances cantonales sont influencées non seulement par les jugements sur recours de droit public mais aussi par ceux rendus en matière d'impôt pour la défense nationale, dans la mesure où les lois cantonales prévoient des dispositions analogues et comportent les mêmes notions[178].

Pour le reste, l'*intendance cantonale des impôts de Berne* nous signale que l'arrêt *Immo-Terra*[179] a incité le législateur bernois à modifier l'article 81 alinéa 2 de la loi sur les impôts directs et communaux pour permettre l'imposition du transfert à titre onéreux

[176] Sur ce mode de faire voir M. Imboden, RDS 1959, p. 72/73.

[177] ATF 99, 1973, I a 463 (LU).

[178] Par exemple, selon la Gerichts- und Verwaltungspraxis de Saint-Gall, 1971, n° 11, la distinction entre le patrimoine privé et le patrimoine commercial est faite selon les ATF 94, 1968, I 466 *(X)* et 97, 1971, I 171 *(Christen)*.

[179] ATF 79, 1953, I 17 (ZH).

d'un droit d'emption comme une vente immobilière, que l'arrêt *B*[180] a entraîné un amendement des articles 27 alinéa 2 lettre e et 87 alinéa 1 de la même loi pour permettre une imposition nouvelle des rentes viagères, que l'arrêt *Hoirs Duttweiler*[181] a été l'occasion d'un nouvel article 45a de la même loi concernant l'imposition du revenu courant et que le décret sur l'imposition des travailleurs étrangers du 13 septembre 1972 prévoit un tarif forfaitaire indépendant des impôts cantonaux et communaux selon l'arrêt du Tribunal fédéral *Walter Minister*[182]. Tous ces arrêts concernent, bien entendu, d'autres cantons que le canton de Berne.

Le *Département de la Justice d'Obwald* indique que ce canton a modifié sa loi sur la taxe de séjour à la lumière de l'arrêt *Andersen*[183].

Le *Département de la Police de Thurgovie* indique qu'avant de modifier la loi cantonale sur la taxe automobile, les cantons ont attendu le jugement *Wagner et TCS*[184] concernant le même sujet à Bâle-Campagne.

Le *Service juridique du Conseil d'Etat d'Argovie* signale que les principes dégagés par le Tribunal fédéral en matière de délégation législative en droit fiscal ont été analysés avant la préparation des ordonnances sur les taxes d'usage et de protection des eaux publiques du 3 juillet 1973, du tarif de ces taxes de la même date, de l'ordonnance sur les taxes routières du 3 décembre 1973, du tarif des taxes de la loi sur le travail du 21 février 1972 et du décret sur les ventes de liquidation et opérations analogues du 25 avril 1972.

La *Direction de la Justice et de la Police de Zoug* indique que le projet de loi sur la promotion du tourisme se fonde, quant aux taxes de séjour, sur les arrêts *Dr Jaeger*[185], *Dr Storck*[186] et *Andersen*[187] qui concernent les Grisons et le Valais.

Le Service juridique neuchâtelois souligne que les autorités cantonales suivent la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits de mutation sur les immeubles transférés avec l'obligation

[180] Revue fiscale, vol. 21, p. 250.
[181] ASA, vol. 37, p. 333.
[182] ATF 91, 1965, I 81 (AG).
[183] ATF 100, 1974, I 60 (VS).
[184] ATF 99, 1973, Ia 535 (BL).
[185] ATF 90, 1964, I 86 (GR).
[186] ATF 93, 1967, I 17 (GR).
[187] ATF 100, 1974, Ia 60 (VS).

de confier la construction au vendeur[188] et appliquent le principe de l'imposition selon la réalité économique[189].

Le Département de Justice de Bâle-Ville souligne que la loi sur les émoluments administratifs du 9 mars 1972 prévoit les principes de la couverture des frais et de l'équivalence et s'inspire de façon générale de la jurisprudence du Tribunal fédéral et que le décret du 25 juillet 1972 sur l'imposition des rappels de rémunération des fonctionnaires s'inspire des arrêts *Administration cantonale Saint-Galloise de l'IDN*[190], *Gubler*[191] et *Administration fédérale des contributions*[192].

Selon la Direction de la Justice de Bâle-Campagne, l'art. 2 de la loi fiscale du 7 février 1974 prévoit l'imposition selon la réalité économique, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, et l'art. 61 prévoit, dans les sociétés immobilières, l'imposition d'une partie de la «créance» des sociétaires, selon un arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 1964[193].

La *Direction de la Justice de Schaffhouse* se plaint qu'après les jugements *Fondation de Zurich – de Reynold*[194] et *Reutemann*[195], la délégation législative en matière fiscale avait été déterminée de façon claire mais que l'arrêt *Emmenegger*[196] a introduit des incertitudes; elle signale aussi que son Message du 3 octobre 1973 sur une ordonnance concernant les émoluments administratifs s'inspire des principes de la couverture des frais et de l'équivalence mentionnée dans les arrêts *Cementwerke Vigier*[197] et *Grosheintz*[198].

188 Recueil de jurisprudence neuchâteloise, vol. III, p. 42 et 307. Ibidem vol. IV, p. 155.

189 Recueil de jurisprudence neuchâteloise, vol. III, p. 232 et 354.

190 ATF 73, 1947, I 140 rendu sur recours de droit administratif.

191 ATF 93, 1967, I 182 rendu sur recours de droit administratif.

192 ATF 94, 1968, I 382.

193 ASA, vol. 34, p. 163.

194 ATF 97, 1971, I 347 (FR).

195 ATF 97, 1971, I 804 (ZG).

196 ATF 99, 1973, Ia 697 (SO).

197 ATF 97, 1971, I 204 (BE).

198 ATF 97, 1971, I 335 (SO).

2. En droit des constructions et de l'aménagement du territoire

Le *Département des routes et des constructions de Thurgovie* signale que le projet, actuellement pendant, de loi sur les constructions s'inspire tout entier de la jurisprudence du Tribunal fédéral; il indique aussi que la loi thurgovienne qui ne prévoyait pas de délégation suffisante aux communes en matière de création de zones a été modifiée à la suite de l'arrêt *Nadag SA* du 13 mars 1967[199] concernant le canton de St-Gall dont le droit était pratiquement identique à celui du canton de Thurgovie.

Le service du contentieux du Département des Travaux publics et des forêts du Valais souligne que la loi sur les routes du 3 septembre 1965 est tout entière imprégnée de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Le service juridique du Conseil d'Etat d'Argovie indique que le Message du Conseil d'Etat du 9 juillet 1970 à l'appui d'une nouvelle loi sur les constructions rappelle[200] que selon l'arrêt *Kolter et Ühlinger*[201], l'Etat est soumis au droit des constructions et que, dans le Message du 5 juin 1967 ayant le même objet, les règles sur l'acquisition d'un droit de passage public coutumier sur un chemin privé[202] s'inspirent de l'arrêt *G. v. Schulthess*[203], celles sur l'interdiction faite aux particuliers de déroger aux règles sur les distances aux limites, sauf base légale[204], de l'arrêt *Bucher*[205]; ce dernier message[206] s'appuie, en outre, sur l'arrêt *Kolter et Ühlinger*[207] pour affirmer que les règles sur les immissions sont non seulement d'intérêt public mais aussi sont dans l'intérêt des voisins et sur les arrêts *Centralschweizerische Kraftwerke*[208] et *Emser Werke*[209] pour admettre des demandes d'indemnisation après la fin de la procédure d'expropriation[210].

199 Non publié.
200 p. 8 et 38 de ce message.
201 ATF 91, 1965, I 422 (BS et BL).
202 p. 21.
203 ATF 74, 1948, I 41 (SG).
204 p. 53 du message.
205 ATF 90, 1964, I 210/11 (SZ).
206 p. 59.
207 ATF 91, 1965, I 417 (BS et BL).
208 ATF 88, 1962, I 190 rendu sur recours de droit administratif.
209 ATF 92, 1966, I 176 rendu sur recours de droit administratif.
210 Même message, p. 69–70.

Le Tribunal administratif d'Argovie affirme dans son arrêt *Verkehrsverein Beinwil am See* du 24 janvier 1972[211] que l'indemnité d'expropriation matérielle n'est pas une condition mais une conséquence de l'expropriation et qu'une délégation législative pour assurer la protection du paysage est licite du fait qu'elle l'est à Zurich selon l'arrêt *Vischer et Schmid*[212], concernant la protection contre le bruit de l'aéroport de Kloten.

Le service juridique neuchâtelois expose que la loi neuchâteloise du 18 juin 1963 sur la démolition ou la transformation d'immeubles s'inspire de l'arrêt *Chambre immobilière vaudoise*[213], que l'article 70 alinéa 2 de la loi sur les constructions a été modifié le 4 avril 1960 pour interdire la construction de garages, postes d'essence et stations-services en raison de leur emplacement, à la suite des arrêts non-publiés *Lanca SI* du 9 juillet 1958 et *Lehman* du 4 juin 1958, que l'article 7 de la loi du 21 août 1849 a été abrogée à la suite de l'arrêt *Cretegny*[214] sur l'interdiction de la prescription acquisitive en faveur du domaine public, que le principe de l'effet anticipé des nouvelles règles de construction sur les demandes présentées avant la modification est systématiquement appliqué.

Le service juridique du Département des constructions de Bâle-Ville nous apprend que les règles bâloises et la pratique en matière d'obligation de créer des places de stationnement sur terrain privé suivent, en matière de base légale, l'arrêt *Eiger Baugesellschaft*[215] et, en matière d'indemnisation, si des voisins en tirent profit, l'arrêt *Müller et Hollenstein*[216]; la loi sur les constructions du 20 novembre 1969 accorde aux collectivités publiques un droit de préemption inspiré, selon le Message du 9 novembre 1967, de l'arrêt *Dafflon*[217]; en cas d'expropriation partielle, le paragraphe 12 de la loi sur l'expropriation du 26 juin 1974 prévoit que l'indemnité est calculée sur la base de la différence des valeurs, suivant en cela les arrêts *Genossenschaft Zentralschweizer Metzgermeister*[218], et *Gugger*[219] (voir à ce sujet aussi une décision de la commission d'ex-

[211] AGVE 1972, p. 203.
[212] ATF 96, 1970, I 712 (ZH).
[213] ATF 89, 1963, I 178 (VD).
[214] ATF 71, 1945, I 441 (GE).
[215] ATF 85, 1959, I 225 (AG).
[216] ATF 90, 1964, I 332 (SG).
[217] ATF 88, 1962, I 248 (GE).
[218] ATF 95, 1969, I 455 (BE).
[219] ATF 93, 1967, I 558 (AG).

propriation de Bâle-Ville du 12 juin 1968 dans une affaire *Sekkinger)*; enfin la loi sur les constructions élevées a été modifiée à diverses reprises pour l'adapter à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'interdiction temporaire de construire (Message du 2 juin 1960), de zones vertes (Message du 4 septembre 1959). Enfin le maintien d'un terrain en zone non-constructible n'est pas une expropriation matérielle comme l'indiquent les arrêts *Hoirs Müller-Haiber*[220] et *Spiess*[221].

Le Tribunal administratif de Schaffhouse s'est inspiré, dans son arrêt *SBS* du 4 août 1972, de l'arrêt *Reuteman*[222] en matière de contribution de substitution à la construction de places de stationnement.

Le Tribunal administratif du Tessin a suivi ce même arrêt dans sa jurisprudence; il a, en citant l'arrêt *Staub*[223], admis que les règles sur les immissions protègent les voisins et l'intérêt public; il a admis la suspension de l'examen des demandes d'autorisation de construire en attendant l'intervention de nouvelles règles, selon l'arrêt *Wohnbau AG*[224], puis a changé de jurisprudence à la suite de l'arrêt *AG für Hypothekaranlagen*[225], enfin, après avoir admis que la sanction en cas de construction non-conforme aux plans devait être proportionnelle, il a refusé de protéger la mauvaise foi du propriétaire au nom de ce principe, selon l'arrêt *Etienne*[226].

3. En droit social

La Convention administrative intercantonale du 17 mai 1963, relative aux assistés ressortissants de plusieurs cantons est la conséquence directe de l'arrêt *Canton de Lucerne contre canton de Neuchâtel*[227], selon les indications de la *Direction des œuvres sociales du canton de Berne*.

[220] ATF 69, 1943, I 241/42 (SO).
[221] ATF 81, 1955, 346/47 (ZH).
[222] ATF 97, 1971, I 792 (ZG).
[223] ATF 87, 1961, I 362 (ZH).
[224] ATF 87, 1961, I 512 (GR).
[225] ATF 100, 1974, Ia 147 (TI).
[226] ATF 98, 1972, Ia 280 (BE).
[227] ATF 73, 1947, I 230.

4. En droit hospitalier

La *Direction de la santé publique du canton de Vaud* nous signale que le Conseil d'Etat vaudois a attendu de connaître le résultat de l'arrêt *Gross*[228] pour soumettre au Grand Conseil un projet de réglementation des autopsies calquée sur celle de Zurich, qui fait l'objet de cet arrêt.

La *Direction de la justice de Bâle-Campagne* affirme que le projet du 10 juin 1974 donnant, à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, le pouvoir au Conseil d'Etat d'édicter des règles sur les autopsies et transplantations résulte également de ce même arrêt.

5. En droit des cultes

Le *juge informateur vaudois* a, selon le vétérinaire cantonal vaudois, cassé une décision préfectorale condamnant un boucher pour avoir saigné des poulets sans les étourdir, en se référant à l'arrêt *Fröhlich*[229].

6. En matière de retrait des actes administratifs

Le *Tribunal administratif de Soleure* a appliqué dans son arrêt *Käsermann* du 24 avril 1974 les règles dégagées par les arrêts *Schärli*[230], *Nouveaux Grands Magasins SA*[231], *Confédération suisse*[232].

Celui du Tessin agit de même envers les permis de construction en se conformant aux arrêts *Schärli*[233], *Nouveaux Grands Magasins SA*[234], *SI Hervaba*[235] et *Cemin*[236]; ce même Tribunal distingue la nullité et l'annulabilité des actes administratifs sur la base de l'arrêt *Autophon*[237].

228 ATF 98, 1972, Ia 508 (ZH).
229 ATF 33, 1907, I 723 (AG).
230 ATF 88, 1962, I 227 (OW).
231 ATF 89, 1963, I 434 (GE).
232 ATF 93, 1967, I 665 rendu sur recours de droit administratif.
233 ATF 88, 1962, I 227 (OW).
234 ATF 89, 1963, I 434 (GE).
235 ATF 94, 1968, I 344 (ZH).
236 ATF 91, 1965, I 94 (SG).
237 ATF 71, 1945, I 198 rendu sur recours de droit administratif.

7. En matière d'expulsion des ressortissants suisses

Le *Service juridique neuchâtelois* indique que l'arrêté du Conseil d'Etat du 7 octobre 1958 en la matière est conforme à l'arrêt *Schmutz*[238].

8. En matière de droit de vote

Le *Tribunal administratif du Tessin* définit le domicile des cicitoyens à la lumière des arrêts du Tribunal fédéral *Weibel*[239], *Baatard*[240] et *Storck*[241].

9. En matière d'organisation administrative

La revision de l'article 92 de la Constitution du canton de *Schwyz* concernant les communes paroissiales, adoptée le 13 mais 1956, s'inspire, selon le *Département de la justice* du canton, de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'imposition religieuse, soit, en ce qui concerne les mariages mixtes, des arrêts *Huber-Burckhart*[242] et *Giesker*[243] et, en ce qui concerne les personnes morales, des arrêts *Spar- und Leihkasse Ägerithal*[244], *Unter Allmend Korporation in Arth*[245], *Commune bourgeoise de Zurich*[246], *Paroisse catholique de Büren*[247], *Paroisse de Dietikon*[248] et *Jacky*[249]; à la lumière de l'avis de droit fourni au gouvernement schwyzois par l'ancien juge fédéral H. STEINER, le canton a renoncé à prévoir des dispositions expresses à ce sujet, car «la pratique doit suivre les principes énoncés par le Tribunal fédéral».

Selon le *service juridique du Conseil d'Etat argovien*, le Message du Conseil d'Etat du 9 juillet 1970 à l'appui d'une revision du droit des constructions reprend les notions d'autonomie communale et de pouvoir de contrôle cantonal sur les plans communaux

238 ATF 88, 1962, I 28 (FR).
239 ATF 90, 1964, I 28 (TI).
240 ATF 92, 1966, I 22 (GE).
241 ATF 93, 1967, I 23 (GR).
242 ATF 40, 1914, I 380 (BS).
243 ATF 65, 1939, I 230 (ZH).
244 ATF 4, 1878, 533 (ZG).
245 ATF 4, 1878, 539 (SZ).
246 ATF 4, 1878, 541 (ZH).
247 ATF 55, 1929, I 115 (SO).
248 ATF 41, 1915, I 169 (ZH).
249 ATF 52, 1926, I 115 (ZH).

des arrêts du Tribunal fédéral *Commune de Volketswil*[250] et *Commune de Zuchwil*[251].

10. En matière de police du commerce

Le *Tribunal administratif d'Argovie,* dans son arrêt *Finsler* du 18 avril 1974, suit la jurisprudence fédérale en matière de délégation législative (conformément à l'arrêt *Müller*[252]) de restrictions admissibles (arrêt *Griessen*[253]), d'autorisations pour une personne morale d'être propriétaire d'une droguerie (arrêts *Bianchi*[254] et *Sun'Stores SA*[255], concernant les pharmacies). Ce même Tribunal, dans son arrêt *Renner* du 5 septembre 1974 admet que l'expression «par voie législative» aux articles 31ter alinéa 1 et 32quater alinéa 1 de la Cst. fédérale vise une loi formelle, conformément à l'arrêt *Weber*[256].

Le *service juridique neuchâtelois* signale que la loi du 18 novembre 1942 prévoyant une patente pour les coiffeurs indépendants, a été abrogée le 20 mars 1972 à la suite de l'arrêt *Aebischer*[257], que, par décret du 9 octobre 1972, tous les appareils automatiques permettant de réaliser un gain en argent ont été interdits en raison de la possibilité ouverte par l'arrêt *Willimann*[258] et que le Conseil d'Etat neuchâtelois interprète la notion de délit grave figurant à l'article 9 de la loi sur les établissements publics, cercles, débits de boissons alcooliques et autres établissements semblables, à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'art. 45 de la Constitution fédérale[259].

Le *Tribunal administratif de Genève* dans un arrêt *S.* du 28 mai 1974 a considéré que la censure cinématographique n'est pas inconstitutionnelle, qu'elle fait partie de la police et que la moralité change selon les lieux et selon les temps (arrêt *Sphynx-Film*[260]).

250 ATF 93, 1967, I 162 (ZH).
251 ATF 93, 1967, I 436 (SO).
252 ATF 91, 1965, I 462 (SO).
253 ATF 97, 1971, I 504, 508 (GE).
254 ATF 91, 1965, I 305 (TI).
255 ATF 99, 1973, Ia 513 (FR).
256 ATF 45, 1919, I 414 (BS).
257 ATF 70, 1944, I 140 (FR).
258 ATF 80, 1954, I 350 (SG).
259 Recueil de jurisprudence neuchâteloise, vol. IV, p. 104/05.
260 ATF 87, 1961, I 117 (NE).

La *direction de la justice de Bâle-Campagne* signale que la loi sur la santé admet, en raison de la jurisprudence fédérale[261], que des personnes morales puissent être propriétaires de pharmacies.

Le *Conseil d'Etat de Schaffhouse*, agissant comme instance de recours, a confirmé dans sa décision *AWAG* du 10 septembre 1974 que la liberté du commerce et de l'industrie ne dispense pas de respecter les règles de la police des constructions en se fondant sur l'arrêt *Hildebrand AG*[262].

La *Direction de la santé publique de Zurich* signale, à propos de la loi sur la santé publique, que ses articles 11, 23 et 24, fondés sur les arrêts *Pharmacie coopérative*[263] et *Schmid*[264], qui interdisent à une personne morale d'être propriétaire d'une pharmacie, devront être modifiés à la suite des arrêts *Bianchi*[265] et *Sun'Stores SA*[266], que son art. 13 qui interdit la réclame des guérisseurs extra-cantonaux et celle des professions médicales repose sur les arrêts *Ulrich*[267] et *Gemuseus*[268]; elle ajoute que l'ordonnance sur les professions médicales auxiliaires du 11 août 1956 n'exige plus l'établissement dans le canton pour l'octroi de l'autorisation de pratiquer à la suite de l'arrêt *Jung*[269].

Le *Tribunal administratif du Tessin* suit le Tribunal fédéral en matière de clause de besoin des établissements publics en se référant à l'arrêt *Hammel*[270], de rapports entre la liberté du commerce et de l'industrie et l'usage du domaine public en se référant aux arrêts *Migros-Lucerne*[271] et *Migros-Zoug*[272], de censure cinématographique préventive en mentionnant les arrêts *Sphynx-Film*[273] et *Kunz*[274], et de dérogations à l'heure de fermeture des cafés et auberges en se référant à l'arrêt *Mérinat et Jacquet*[275].

Enfin, l'ordonnance *lucernoise* sur les drogueries a été modifiée le 15 septembre 1972 pour tenir compte de l'arrêt *Bianchi*[276].

261 Voir notes 254 et 255.
262 ATF 99, 1973, Ia 48 (TG).
263 ATF 47, 1921, I 394 (ZH).
264 ATF 59, 1933, I 196 (LU).
265 ATF 91, 1965, I 306 (TI).
266 ATF 99, 1973, Ia 513 (FR).
267 ATF 70, 1944, I 71 (SG).
268 ATF 54, 1928, I 96 (GE).
269 ATF 67, 1941, I 192 (SG).
270 ATF 82, 1956, I 152 (BS).
271 ATF 73, 1947, I 217 (LU).
272 ATF 77, 1951, I 287 (ZG).
273 ATF 87, 1961, I 117 (NE).
274 ATF 87, 1961, I 453 (FR).
275 ATF 87, 1961, I 447 (NE).
276 ATF 91, 1965, I 306 (TI).

11. En droit disciplinaire des fonctionnaires

Le *Tribunal administratif du Tessin* s'inspire pour la mesure des sanctions, des arrêts du Tribunal fédéral *B.*[277], *X*[278] et *G.*[279], rendus sur recours de droit administratif.

12. En matière d'internement

Enfin le Message du *Conseil d'Etat du canton de Lucerne* du 29 octobre 1964, à l'appui d'une loi sur l'internement administratif, se réfère aux arrêts *Weber*[280] et *K. c. H.*[281], pour distinguer l'internement administratif de l'interdiction civile.

D. Conclusions

On constate à la lumière de ces quelques exemples, que les cantons suivent la jurisprudence du Tribunal fédéral, modifient leurs lois à la lumière de celle-ci et reconnaissent les règles qu'il pose. La plupart des règles ainsi établies sur des recours de droit public invoquant des libertés individuelles, sont des règles de droit fédéral que les cantons doivent respecter. Certaines sont directement applicables, notamment par les tribunaux; d'autres nécessitent, en pratique, une modification du droit cantonal.

On peut, cependant, dire qu'en l'absence d'une adaptation du droit cantonal, celui-ci est contraire au droit fédéral. Cette constatation entraîne que le droit cantonal est nul et que toute autorité chargée de l'appliquer doit refuser de le faire[282].

Il s'agit là, d'une conclusion d'une très grande portée: les règles posées par le Tribunal fédéral participent à la force dérogatoire du droit fédéral. En effet, si, habituellement, seules les règles posées par le législateur fédéral sont prises en considération dans la doctrine qui traite de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Consti-

[277] ATF 74, 1948, I 90.
[278] ATF 76, 1950, I 257.
[279] ATF 81, 1955, I 247.
[280] ATF 73, 1947, I 45 (ZH).
[281] ATF 83, 1957, II 187.
[282] J.-F. AUBERT, Traité (supra note 96), p. 243, n° 638.

tution, cet aspect du problème revêt une importance capitale. En effet, il résulte de notre enquête que, même dans les domaines où les cantons sont, selon les règles usuelles du partage des compétences figurant dans la Constitution, compétents, cette compétence est limitée non seulement par les libertés individuelles, mais encore par toutes les règles générales non-écrites du droit que le Tribunal fédéral dégage à leur sujet.

En réalité, donc, l'autonomie des cantons ne dépend pas seulement de l'art. 3 de la Constitution. Celui-ci fixe, certes, les domaines de compétences cantonales, notamment quant à la matière, mais ces compétences ne peuvent être exercées que dans un cadre défini: la substance de la réglementation cantonale ne peut dépasser les limites que lui fixent les règles générales écrites ou non écrites fédérales.

Cette limitation est d'autant plus stricte si le Tribunal fédéral a un libre pouvoir d'examen du droit cantonal et si la Confédération a une compétence en la matière, mais elle existe de façon tout à fait générale, quel que soit le domaine régi par le droit cantonal.

Si en revanche, les règles générales dégagées par le Tribunal fédéral ne relèvent pas du droit fédéral mais du droit transcantonal au sens que nous avons dit, les cantons nous paraissent aussi liés, mais seulement en vertu du principe que le droit transcantonal, en tant qu'expression d'un droit commun à ceux qui l'acceptent, l'emporte, en principe, sur le droit cantonal. Dans ce cas, cependant, le canton peut modifier sa législation librement sous réserve de respecter l'art. 6 Cst. pour éviter l'application du droit transcantonal, par exemple en utilisant des notions qui ne relèvent pas de ce droit, car elles ne se rencontrent dans aucun autre canton.

VIII. Les standards minima

A. Considérations générales

a) La notion

Nous l'avons dit, à côté de règles de principe plus ou moins précises et détaillées, le Tribunal fédéral établit, dans certains do-

maines, où la Confédération n'a aucune compétence, des standards minima. Il s'agit de règles très générales qui ont pour but d'assurer aux citoyens un minimum de protection; elles ne sont applicables qu'en l'absence de dispositions cantonales. Ces règles n'ont aucun effet, si le canton prévoit des dispositions en la matière au moins égales aux standards. Ceux-ci ont donc un double effet: d'une part, ils sont subsidiaires, d'autre part, ils servent d'instrument de mesure de la constitutionnalité des règles cantonales. Leur effet unificateur se réduit à ce minimum.

b) La portée des standards minima

Ces standards relèvent du droit fédéral puisque leur auteur est le Tribunal fédéral et le fondement de sa compétence est la Constitution. Ils sont donc obligatoires pour les cantons en ce qu'ils fixent un seuil en deça duquel le droit cantonal ne peut descendre. Ils ne fixent que des principes généraux et sont donc une manière de «législation» limitée aux principes. On les rencontre surtout dans les domaines où le droit cantonal varie d'un canton à l'autre en raison des traditions et des circonstances cantonales différentes et où toute unification est dès lors exclue, en l'absence d'une volonté claire du constituant. Ces domaines sont essentiellement ceux de la procédure et de l'organisation administrative.

B. Exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral

A titre d'exemples, on peut citer l'arrêt *Minelli*[283] où le Tribunal fédéral déclare «le Tribunal fédéral a, en principe, un plein pouvoir d'examen dans ce domaine [la comptabilité d'un réglement de prison avec la liberté personnelle], mais une certaine retenue s'impose car l'ordre de l'établissement dépend très fortement des lieux et possibilités en matière de personnel et de finances (arrêt *Müller-Gilliers)*[284]. Le Tribunal fédéral doit, sur la base du droit constitutionnel, fixer certains exigences minima qui résultent de la liberté

[283] ATF 99, 1973, Ia 271 (ZH). [284] ATF 97, 1971, I 844 (ZH).

personnelle. Ce n'est pas son rôle de déduire de la constitution un ordre unitaire, valable pour toute la Suisse et, dans une certaine mesure, de ‹légiférer› à la place du législateur cantonal compétent selon l'article 64bis de la Constitution».

D'après l'arrêt *Praz*[285], «selon la jurisprudence on ne saurait formuler des exigences trop grandes à l'égard de l'administration, lorsque le droit cantonal ne prévoit pas l'obligation de motiver (arrêt *Grossert*)[286]».

Selon l'arrêt *Juri*[287], «la nature et les limites du droit d'être entendu sont définies, avant tout, par le droit cantonal dont l'application n'est revue que sous l'angle de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement par le Tribunal fédéral. Ce n'est que si les dispositions cantonales sont insuffisantes – question que le Tribunal fédéral examine librement – que les principes que la jurisprudence a déduits de l'art. 4 Cst., et qui constituent une garantie subsidiaire et minimum s'appliquent directement. Le droit d'être entendu comporte plusieurs prétentions: ...». D'après l'arrêt *Bachofner*[288], «le droit des parties à un procès à une composition correcte du Tribunal, c'est-à-dire qu'il n'y ait aucun motif de retrait ou de récusation envers les juges, leurs auxiliaires et les experts... découle directement des articles 58 et 4 Cst. La description des motifs d'un retrait ou d'une récusation relève des cantons, sous réserve toutefois des principes découlant directement de la Constitution (arrêts *Guhl*[289] et *Centrozap*[290])».

D'après l'arrêt *Demont*[291], «en principe, l'étendue du droit d'être entendu dépend d'abord du droit cantonal; mais si ce droit n'accorde aux parties qu'une protection insuffisante, la jurisprudence applique *des règles de procédure* (nous soulignons) qui découlent directement de l'article 4 Cst. et qui doivent donner aux citoyens un minimum de garantie; le Tribunal fédéral examine librement si ces *règles de droit fédéral* (nous soulignons) ont été respectées».

Enfin, d'après l'arrêt *Benz*[292], «l'art. 4 Cst. confère un droit à

[285] ATF 99, 1973, Ia 692 (GE).
[286] ATF 96, 1970, I 723 (ZH).
[287] ATF 100, 1974, Ia 9 (TI).
[288] ATF 100, 1974, Ia 31 (TG).
[289] ATF 91, 1965, I 401 (ZH).
[290] ATF 92, 1966, I 271 (ZH).
[291] ATF 100, 1974, Ia 102 (GE).
[292] ATF 100, 1974, Ia 113 (VD).

l'assistance judiciaire à la partie qui se trouve dans le besoin et se trouve impliquée dans un procès où ses conclusions ne sont pas dépourvues de chances de succès».

Ces exemples pourraient être multipliés. Deux articles récents des professeurs HAUSER[293] et SCHULTZ[294], ainsi que l'ouvrage de M. PETER HUTLI[295], ont analysé en grand détail l'influence et le contenu de ces minima en procédure pénale. Cependant ces exemples suffisent à démontrer notre propos: le Tribunal fédéral pose des règles minima de droit fédéral qui obligent les cantons et selon lesquelles il juge la constitutionnalité du droit cantonal.

C. Les résultats de notre enquête

Comment les cantons se comportent-ils à l'égard de ces standards minima? Quelques exemples suffiront à le montrer.

Selon le *Service de la santé publique de Vaud,* les règlements des écoles para-médicales prévoient l'obligation d'indiquer les voies de droit contre les décisions administratives «pour tenir compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral».

Le Tribunal administratif d'Argovie souligne dans son arrêt *Denner* du 26 avril 1974 le caractère subsidiaire des règles fédérales sur le droit d'être entendu, en se référant aux arrêts *Schmuckle*[296], *Kellermüller*[297], *X*[298], *Freymond*[299] et *Prof. Dr. X*[300], et admet, sur le plan cantonal, le principe que la violation du droit d'être entendu peut être «couverte» par la seconde instance, si celle-ci a un

[293] Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Strafverfahrens, Revue pénale suisse, 1974, p. 225.

[294] Rechtseinheit ohne Einheit des Rechts, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, p. 429.

[295] Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess, Zurich 1974.

[296] ATF 98, 1972, I a 6 (SO).

[297] ATF 98, 1972, I a 76 (ZH).

[298] ATF 98, 1972, I a 131 (BE).

[299] ATF 98, 1972, I a 478 (VD).

[300] ATF 99, 1973, I a 23.

plein pouvoir d'examen en se référant aux arrêts *Z.*[301], *Laurent*[302], *Bessard*[303] et *Mettraux*[304].

Dans son ordonnance du 9 novembre 1973 dans une affaire *Höhn,* le président de ce même Tribunal a considéré qu'il y avait formalisme excessif à ne pas donner un court délai au requérant pour désigner l'avocat que lui impose la loi, en se référant aux arrêts *L.*[305], *Seepark Mannenbach A.G.*[306] et *Burgener*[307].

Le *Tribunal administratif de Genève,* dans un arrêt du 1er mai 1974, a rejeté un recours invoquant la non-motivation d'une décision en indiquant que le requérant était censé connaître ces motifs et que la motivation n'était dès lors pas nécessaire (arrêts *Grossert*[308] et *Praz*[309]).

Selon le *Service juridique du département des constructions de Bâle-Ville,* afin d'assurer le respect du droit d'être entendu tel qu'il résulte d'un arrêt publié dans la Zentralblatt[310], le recours du propriétaire contre une décision rendue sur opposition de tiers est communiquée aux opposants.

Le *Tribunal administratif du Tessin* admet «la couverture» en deuxième instance, lorsque celle-ci a plein pouvoir d'examen, des violations du droit d'être entendu commis en première instance en se référant aux arrêts du Tribunal fédéral *R.*[311] et *C.*[312].

Enfin la loi de procédure administrative tessinoise du 19 avril 1966 s'inspire de la jurisprudence fédérale en matière de formalisme excessif[313] et de droit d'être entendu.

Ces quelques exemples suffisent à montrer que les cantons s'estiment, à bon droit, liés par les standards minima élaborés par le Tribunal fédéral.

Il y a cependant mieux. La procédure administrative cantonale suit la procédure fédérale, les Tribunaux cantonaux alignent leur

301 ATF 94, 1968, I 108 (TI).
302 ATF 96, 1970, I 188 rendu sur recours de droit administratif.
303 ATF 97, 1971, I 885 (VS).
304 ATF 98, 1972, Ib 176 rendu sur recours de droit administratif
305 ATF 95, 1969, I 1 (BL).
306 ATF 96, 1970, I 314 (TG).
307 ATF 96, 1970, I 521 (VS).
308 ATF 96, 1970, I 723 (ZH).
309 ATF 99, 1973, I 692 (GE).
310 Zbl 1968, p. 385.
311 ATF 76, 1950, I 180 (SH).
312 ATF 87, 1961, I 340 (UR).
313 En se référant à ATF 76, 1950, I 190 *(Veith)* (BL).

interprétation de la procédure cantonale sur celle donnée par le Tribunal fédéral à la procédure fédérale.

Ainsi, *le Tribunal administratif de Berne* a, dans son arrêt *Jacobi*[314] du 26 juin 1974, changé sa jurisprudence restrictive en matière de recours des voisins, au motif que la procédure bernoise prévoit la même qualité pour agir que l'art. 103 OJF. Dans ce même arrêt, il a adopté la pratique du Tribunal fédéral qui veut qu'en matière de notions juridiques imprécises, les autorités locales jouissent d'une large marge d'appréciation et qu'en conséquence, le Tribunal administratif n'intervienne qu'avec retenue, en citant les arrêts *Commune de Flims*[315] et *Freymond*[316].

Le *Tribunal administratif de St-Gall* admet, de façon générale, que la pratique du Tribunal fédéral quant à la procédure des recours de droit public et de droit administratif, l'influence directement.

Le Tribunal administratif d'Argovie s'inspirant de l'arrêt *Fischer*[317], a, dans un arrêt *Strässle,* du 26 août 1974, considéré que s'il n'était pas lié par les constatations de fait et de droit du juge pénal, il ne devait pas s'en écarter sans nécessité.

Selon le *Service juridique neuchâtelois,* le Conseil d'Etat agissant comme instance de recours, suit la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit d'être entendu, le réexamen et la révocation des décisions administratives, les changements de jurisprudence ou de pratique, le refus d'entrer en matière sur une décision confirmatoire, les conditions générales de recours, la preuve de la notification d'une décision[318].

Le *Tribunal administratif de Bâle-Campagne* admet la même qualité pour agir et les mêmes moyens de recours que le Tribunal fédéral; il s'écarte cependant de la jurisprudence fédérale en ce qu'il ne casse pas les jugements pour vice de forme s'il considère que la décision était correcte au fond.

[314] Zbl 1974, p. 513.

[315] ATF 96, 1970, I 373 (GR).

[316] ATF 98, 1972, Ia 481 (VD).

[317] ATF 96, 1970, I 773 rendu sur recours de droit administratif.

[318] Recueil de jurisprudence neuchâteloise, vol. III, p. 29, 48, 94, 162, 174, 247, 465, 572; vol. IV, p. 3, 222, 306, 329, 467.

Le *Tribunal administratif de Soleure* admet, selon un jugement du 18 septembre 1972, la consultation du dossier après la fin de la procédure selon les arrêts *Schürch*[319] et *X*[320].

Le *Conseil d'Etat de Schaffhouse* a, par sa décision *Brütsch* du 25 juin 1974, changé sa jurisprudence concernant la qualité pour agir au sens de l'article 18 de la loi sur la protection juridique dans les affaires administratives; en effet, bien que cette disposition soit identique à l'article 103 OJF, le Conseil d'Etat n'admettait jusque là la qualité pour agir que si les conditions de recevabilité d'un recours de droit public étaient toutes remplies.

Quant au *Tribunal administratif du Tessin,* il admet la qualité pour agir des communes au sens de l'arrêt *Commune d'Ilanz*[321], et celles du concurrent au sens de l'arrêt *Wirteverein von Basel-Stadt*[322]; il fixe le départ du délai de recours en tenant compte des arrêts *B.*[323] et *W.*[324]; il refuse les recours contre des décisions d'exécution en conformité de l'arrêt *Département de police de Soleure*[325]; il résoud le problème du recours en constatation selon l'arrêt *Keller*[326] et il admet le recours des voisins.

Il y a lieu enfin de noter que les lois de procédure administrative – contentieuses ou non – s'inspirent souvent de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi la loi tessinoise du 19 avril 1966 suit l'arrêt *Rheinsand und Kies*[327] pour le pouvoir d'examen de l'autorité, les arrêts *Basler Molkerei Banga*[328], *Joppi*[329] et *A. et K.*[330] pour la révision des actes administratifs, l'arrêt *Gailloud*[331] pour le moyen de la violation de la Constitution cantonale et les arrêts *Bâloise-Vie*[332] et *Verband Schweizerischer Radio-Fachgeschäfte*[333],

[319] ATF 83, 1957, I 155 (ZH).
[320] ATF 95, 1969, I 108.
[321] ATF 91, 1965, I 41 (GR).
[322] ATF 79, 1953, I 158 (BS).
[323] ATF 74, 1948, I 88 rendu sur recours de droit administratif.
[324] ATF 90, 1964, I 275 (NE).
[325] ATF 97, 1971, I 605 rendu sur recours de droit administratif.
[326] ATF 89, 1963, I 418 rendu sur recours de droit administratif.
[327] ATF 86, 1960, I 200 rendu sur recours de droit administratif.
[328] ATF 75, 1949, I 311 (BL).
[329] ATF 86, 1960, I 173 rendu sur recours de droit administratif.
[330] ATF 87, 1961, I 179 (LU).
[331] ATF 82, 1956, I 219 (VD).
[332] ATF 64, 1938, I 60 rendu sur recours de droit administratif.
[333] ATF 72, 1946, I 416 rendu sur recours de droit administratif.

pour la nature des actes n'ouvrant pas la voie de recours. De même, la loi sur la procédure administrative fédérale a transposé, sur le plan fédéral, les règles que le Tribunal fédéral a posées sur la base de l'art. 4 Cst., à propos des droits cantonaux.

D. Conclusions

En conclusion, nous constatons que les principes généraux particuliers que constituent les standards minima obligent les cantons mais ne sont pas directement applicables dans des cas concrets. Ils n'interviennent que si les cantons sont défaillants ou ne les respectent pas. Ils n'ont qu'un effet unificateur limité[334] puisqu'ils laissent aux cantons toute latitude de légiférer autrement, et surtout mieux.

Il ne faut pourtant pas se leurrer: les principes posés s'affinent de plus en plus et deviennent de plus en plus précis. On peut dès lors imaginer le moment où ces principes minima deviendront de véritables règles générales avec les conséquences définies plus haut. Mais, même en l'état, ces principes sont obligatoires et, selon la règle générale, le droit cantonal qui leur est contraire est nul. Les autorités chargées d'appliquer le droit cantonal doivent le constater. Dès lors, la seule différence d'avec les règles générales est qu'ils laissent une plus grande latitude aux cantons que celles-ci.

Quant au fait que les procédures administratives cantonales, sans y être juridiquement tenues, s'alignent de plus en plus sur la procédure fédérale et s'inspirent de la jurisprudence fédérale, il ne peut qu'aboutir tôt ou tard à du droit transcantonal commun et à l'unification des droits cantonaux.

IX. Le tribunal fédéral suppléant du législateur fédéral

Nous entendons traiter très brièvement dans ce chapitre le rôle du Tribunal fédéral en tant que législateur, en vertu des arts. 46 al. 2

[334] Voir CL. BONNARD, Rapport 1962, p. 394.

et 49 al. 6 de la Constitution[335]. Dans cette mesure, la question échappe en grande partie à notre propos. En effet, le Tribunal fédéral se substitue, dans ce cadre, au législateur fédéral.

En ce qui concerne l'art. 46 al. 2, il crée, indubitablement, du droit judiciaire[336]. Ce faisant, il crée du droit fédéral; celui-ci n'a cependant aucune portée unificatrice sur le droit cantonal de fond[337]. En effet, les règles qu'il établit sont de simples règles de conflit[338] des lois cantonales. Elles ne touchent en rien à la substance du droit cantonal, mais elles délimitent son champ d'application. L'arrêt *Fondation X*[339] est particulièrement clair sur ce point: les cantons sont libres de définir leur législation fiscale sous réserve que l'application de celle-ci ne doit violer les règles découlant de l'art. 46 al. 2 Cst. Si le canton respecte cette limite, les solutions retenues par sa législation ne sont examinées que sous l'angle de l'arbitraire.

Dès lors, si la loi vaudoise du 26 novembre 1956 reprend les principes posés par le Tribunal fédéral, si la loi neuchâteloise du 19 avril 1949, revisée le 9 juin 1964 sur les contributions directes agit de même, si la loi neuchâteloise du 16 décembre 1963 instituant un impôt sur les biens immobiliers va dans le même sens, si enfin la loi fiscale de Bâle-Campagne du 7 février 1974 réserve à son article 6 ces mêmes règles et principes, ces dispositions n'ont qu'un effet déclaratoire.

En revanche, lorsque la loi fiscale de Bâle-Campagne déclare ces mêmes principes applicables à la double imposition intercommunale, elle contribue à créer un droit commun de la double imposition en Suisse.

Quant aux règles, rares, posées par le Tribunal fédéral en exécution de l'art. 49 al. 6 elles créent du droit fédéral directement

[335] Sur le problème de l'art. 46 al. 2 voir notamment H. HUBER, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht (supra note 48), p. 43 ss.

[336] Voir E. HÖHN, Doppelbesteuerungsrecht, Berne 1973, p. 40.

[337] M. IMBODEN, RDS 1959, p. 73, signale que les règles de conflit ont été induites des droits cantonaux en vigueur.

[338] H. HUBER, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht (supra note 48), p. 58, souligne que ces règles sont, à leur tour, «concrétisées» par le Tribunal fédéral.

[339] ATF 99, 1973, I a 677 (NE).

applicable dans les cantons, comme nous l'avons vu dans un exemple concernant le canton de Schwyz.

X. Notions et institutions créées par le Tribunal fédéral

A. Introduction

Avec ce chapitre, nous rejoignons un rôle plus classique d'un tribunal: l'interprétation de notions juridiques. Cette activité peut avoir, elle aussi, un rôle unificateur dans la mesure où le Tribunal fédéral dégage des notions uniques valables pour tout le droit en vigueur, cantonal ou fédéral. En effet, s'il ne s'agit pas de règles, mais bien uniquement de concepts de droit public, le fait même que ceux-ci soient les mêmes partout, ne peut qu'aboutir à la longue, à la création de règles communes ainsi que nous allons le voir.

Dans ce rôle de créateur de notions ou d'institutions, le Tribunal fédéral ne pose certes aucune norme. Il agit, en réalité, comme un juge administratif[340] qui interprète le droit administratif au moyen des concepts que celui-ci connaît. Cependant, comme le droit administratif général n'est pas codifié, le Tribunal fédéral en arrive à créer[341] des concepts non écrits de droit administratif général[342], qu'il applique ensuite, au droit cantonal dont il a à connaître.

B. Exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Prenons quelques exemples de tels concepts, en nous limitant, une fois encore, aux arrêts récemment parus.

Dans l'arrêt *Theiler*[343], le Tribunal fédéral définit la dépense

[340] Voir H. Huber, Die Verfassungsbeschwerde (supra note 1), p. 114.

[341] A. Grisel, Droit public non écrit (supra note 89), p. 139, dit «les tribunaux inventent les bases de leur interprétation».

[342] Voir H. Huber, Über die Konkretisierung der Grundrechte (supra note 34), p. 206.

[343] ATF 99, 1973, Ia 198 (BE).

comme le fait que «l'Etat dispose d'une certaine somme d'argent, sans acquérir par là une valeur patrimoniale équivalente et réalisable, c'est-à-dire qu'il ne place pas seulement ses biens ou les déplace au sein du patrimoine de l'Etat. Il y a aussi dépense, lorsque le débours charge le budget annuel plus que l'administration courante, et influence donc directement ou indirectement le montant des impôts (arrêt *Brocher*)»[344]... le placement est «caractérisé par l'intention de donner une forme économique déterminée à un capital propre et actuel pour le conserver et en tirer un revenu approprié (arrêt *Schreiber*)»[345].

L'arrêt *Zwicky*[346] définit le budget comme «une présentation générale des recettes et des dépenses pour la période en cause».

Les arrêts *TCS et ACS*[347], *Section vaudoise de l'Association Suisse des Vignerons-encaveurs*[348] et *Emmenegger*[349] indiquent ce que sont un impôt («une contribution versée par un particulier à une collectivité publique pour participer aux dépenses générales dévolues à cette dernière en vue de la réalisation du bien commun. Il est perçu, sans condition... en fonction d'une certaine situation économique réalisée en la personne de l'assujetti»), un impôt d'affectation ou de dotation (un impôt dont «le produit doit être consacré entièrement» à une dépense particulière de la collectivité, et qui est perçu auprès de tous les contribuables), un émolument ou taxe («le prix de droit public imposé aux citoyens pour un certain recours à l'administration publique ou à un service public» et dont «la quotité doit être directement en rapport avec l'avantage retiré par le redevable»), enfin une charge de préférence («une participation aux frais d'installations déterminées réalisées par une corporation publique dans l'intérêt général, participation mise à la charge des personnes ou groupes de personnes auxquelles ces installations procurent des avantages économiques particuliers»).

L'arrêt *Högger*[350] nous dit que le motif des taxes de séjour est «de faire participer les hôtes de la station au financement des instal-

[344] ATF 97, 1971, I 907 (GE).
[345] ATF 93, 1967, I 320 (SG).
[346] ATF 99, 1973, Ia 193 (TG).
[347] ATF 99, 1973, Ia 240 (VD).
[348] ATF 99, 1973, Ia 598/99 (VD).
[349] ATF 99, 1973, Ia 699 (SO).
[350] ATF 99, 1973, Ia 351 (TI).

lations et des manifestations organisées exclusivement ou de façon prépondérante pour eux (arrêts *Jaeger*[351] et *Storck*[352])» et qu'elle est prélevée «auprès de l'hôte qui passe la nuit sur le territoire de l'entité ou à la disposition de qui sont les installations, indépendemment de l'usage concret qu'il en fait». L'arrêt *Andersen*[353] ajoute qu'il s'agit là d'un impôt de dotation ou d'affectation (arrêts *Jaeger*[354] et *Storck*[355]) qui doit rester d'un montant modéré.

L'arrêt *Comité référendaire de Cheseaux sur Lausanne*[356] déclare «dans le langage du droit public, le mot ‹décision› au sens large vise habituellement toute résolution que prend une autorité et qui est destinée à produire un certain effet juridique ou à constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation; au sens étroit, c'est un acte qui, tout en répondant à cette définition, intervient dans un cas individuel et concret».

L'arrêt *Pirovano*[357] indique que «libre, égal pour tous et gratuit... l'usage commun [des choses publiques]... s'oppose à l'usage privatif sous ses deux formes de l'usage accru et de l'usage particulier que l'autorité peut soumettre à l'autorisation, respectivement à concession, même en l'absence de base légale».

Les exemples pourraient être multipliés, que l'on songe, pour prendre des cas évidents, à la notion d'expropriation matérielle[358], à celle de contrat de droit public[359], à celle de police économique, à celle de perturbateur[360], voire à celle de mort[361], etc.[362].

Parfois même, le Tribunal fédéral, emporté par son élan, paraît vouloir faire totalement abstraction du droit cantonal comme le

[351] ATF 90, 1964, I 94 (GR).
[352] ATF 93, 1967, I 24 (GR).
[353] ATF 100, 1974, Ia 65 (VS).
[354] ATF 90, 1964, I 94 (GR).
[355] ATF 93, 1967, I 24 (GR).
[356] ATF 99, 1973, Ia 520 (VD).
[357] ATF 100, 1974, Ia 136 (TI).
[358] H. Huber, Über die Konkretisierung der Grundrechte (supra note 34), p. 206, parle de «Institut des Richterrechts».
[359] ATF 80, 1954, I 245 *(Hydrocarbures SA)* (VD).
[360] Par exemple, ATF 97, 1971, I 797 *(Reutemann)* (ZG).
[361] ATF 98, 1972, Ia 515 *(Gross)* (ZH).
[362] Voir des exemples chez P. Liver, Begriff und System in der Rechtssetzung, in: L'art de légiférer, Rapport à la Société suisse des juristes et RDS 1974 (vol. 93, t. II), p. 177.

montre une curieuse déclaration de l'arrêt *Brocher* selon laquelle «certes les terrains de l'aéroport de Cointrin n'appartiennent pas au domaine public au sens du droit cantonal. Ils n'en sont pas moins destinés à assurer le fonctionnement d'un service public et font partie du patrimoine administratif de l'Etat, voire des biens affectés à l'usage commun»[363].

C. Les résultats de notre enquête

Comment les cantons accueillent-ils ces notions et institutions? Le plus favorablement du monde comme on va le voir par quelques exemples qui nous ont été signalés.

1. En droit fiscal

Selon *le Service juridique du Conseil d'Etat argovien,* le Message du Conseil d'Etat du 9 juillet 1970 à l'appui de la nouvelle loi sur les constructions, renvoie aux arrêts *Liver*[364] et *Haus- und Grundeigentümer-Verband Luzern*[365] pour définir la charge de préférence et le Message du 12 novembre 1973 sur l'impôt en faveur des «cimetières de voitures» à prélever sur les détenteurs définit cette contribution comme un impôt «sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral».

Le *Tribunal administratif de Soleure* interprète dans des arrêts des 14 septembre 1967, 20 décembre 1972 et 19 janvier 1973, l'article 24 de la loi sur les constructions comme une charge de préférence au sens des arrêts *Liver*[366], *Renold*[367], *Haus- und Grundeigentümer-Verband Luzern*[368], *CFF*[369] et *Kuonen*[370].

Le *Message de la Division de la Justice de Schaffhouse* du 3 octobre 1973 concernant l'ordonnance sur les émoluments administratifs tire cette notion de l'arrêt *Liver*[371].

363 ATF 97, 1971, I 909 (GE).
364 ATF 90, 1964, I 81 (GR).
365 ATF 93, 1967, I 113 (LU).
366 ATF 90, 1964, I 81 (GR).
367 ATF 92, 1966, I 454 (AG).
368 ATF 93, 1967, I 113 (LU).
369 ATF 94, 1968, I 276 (FR).
370 ATF 98, 1972, Ia 171 (VS).
371 ATF 90, 1964, I 808/1 (GR).

2. En droit des constructions et de l'aménagement du territoire

L'influence est particulièrement manifeste dans ce domaine. C'est ainsi que l'arrêt *Jacobi*[372] du *Tribunal administratif de Berne* précité reprend la notion de construction inesthétique des arrêts *Matter*[373] et *Graf*[374].

Le *Tribunal administratif de St-Gall* reprend la même notion des arrêts *Schumacher*[375], *Commune de Bachs*[376], *Benninger et Isler*[377], *Toggenburger*[378], *Affolter*[379] et *Matter*[380], et celle d'expropriation matérielle des arrêts *Barret*[381], *Frei*[382] et *Sigg*[383].

La *loi valaisanne* sur les routes du 3 septembre 1965 reprend cette même notion d'expropriation matérielle des arrêts *Hoirs Müller-Haiber*[384], *Veuve Lips-Meier*[385], *Société romande d'électricité*[386], *Egger*[387] et *Chappuis*[388]. Le projet de loi sur les constructions du canton du Valais, rejeté en votation populaire en 1974, la reprenait des arrêts *Zwyssig*[389] et *Frei*[390] et se référait, en matière de protection des sitex, aux arrêts *Kipfer*[391], *Schärli*[392], *Toggenburger*[393] et *Benninger et Isler*[394], d'émissions nocives aux arrêts *Staub*[395], *Grolimund et Hug*[396], et de plans aux arrêts *Binda*[397], *S.I. Hervaba*[398] et *Risi Nahrungsmittel Fabrik*[399].

Le projet de *loi argovienne* sur les constructions du 9 juillet 1970 tirait les notions d'expropriation matérielle de l'arrêt *Barret*[400] et *Hoirs Schulthess*[401], de l'absence de compensation réelle en ma-

372 Zbl 1974, p. 513.
373 ATF 82, 1956, I 107/08 (BL).
374 ATF 89, 1963, I 474 (SH).
375 ATF 97, 1971, I 648 (SO).
376 ATF 96, 1970, I 241 (ZH).
377 ATF 94, 1968, I 57 (ZH).
378 ATF 93, 1967, I 263 (ZH).
379 ATF 90, 1964, I 342 (LU).
380 ATF 82, 1956, I 107 (BL).
381 ATF 91, 1965, I 329 (NE).
382 ATF 96, 1970, I 357 (ZH).
383 ATF 98, 1972, Ia 381 (ZH).
384 ATF 69, 1943, I 234 (SO).
385 ATF 74, 1948, I 150 (ZH).
386 ATF 74, 1948, I 475 (VD).
387 ATF 82, 1956, I 157 (ZH).
388 ATF 89, 1963, I 381 (VD).
389 ATF 96, 1970, I 127 (OW).
390 ATF 96, 1970, I 359 (ZH).
391 ATF 87, 1961, I 515 (BE).
392 ATF 88, 1962, I 229 (OW).
393 ATF 93, 1967, I 263 (ZH).
394 ATF 94, 1968, I 57 (ZH).
395 ATF 87, 1961, I 362 (ZH).
396 ATF 95, 1969, I 197 (SO).
397 ATF 90, 1964, I 350 (TI).
398 ATF 94, 1968, I 341 (ZH).
399 ATF 94, 1968, I 350 (BL).
400 ATF 91, 1965, I 338/39 (NE).
401 ATF 93, 1967, I 142/43 (ZH).

tière d'expropriation de l'arrêt *AGIVA*[402], de constructions inesthétiques de l'arrêt *Graf*[403]. Le projet argovien précédent sur le même sujet du 9 juin 1967 utilisait la notion d'usage commun décrite à l'arrêt *Etzelwerk A.G.*[404], et celle de plan au sens des arrêts *Affolter*[405] et *Binda*[406].

Le *Tribunal administratif d'Argovie* dans son arrêt *Verkehrsverein Beinwil am See*[407] du 24 janvier 1972 utilise les notions de site et de paysage au sens de l'arrêt *Affolter*[408], et celle de construction inesthétique au sens des arrêts *Matter*[409], *Graf*[410] et *Benninger et Isler*[411].

Cette dernière notion est reprise, en citant les mêmes arrêts, par la *Commission de police des constructions de Bâle-Ville* et par le *Tribunal administratif du Tessin*.

3. En matière de droits populaires

La modification de la Constitution du canton de *Schwyz* du 7 septembre 1958, concernant le referendum financier, a été précédée d'une discussion symptomatique. Le consultant du Conseil d'Etat, l'ancien juge fédéral STEINER recommandait d'inscrire dans le texte une définition des dépenses nouvelles, tirée des arrêts *Schenker*[412] et *C. von Arx*[413], et une définition du placement tirée de l'arrêt *Bütikofer*[414]. Le Conseil d'Etat s'y est opposé, au motif que ces «définitions» sont valables même si elles ne sont pas formulées dans le texte lui-même.

En outre, la *direction de la Justice de Schaffhouse* nous indique que les couples de notions «dépenses/placements», «dépense unique/dépense périodique», «dépenses nouvelles/dépenses liées» figurant dans les arrêts *Zwicky*[415] et *Theiler*[416] sont décisifs aux

402 ATF 92, 1966, I 479 (BS).
403 ATF 89, 1963, I 474 (SH).
404 ATF 75, 1949, I 14 (SZ).
405 ATF 90, 1964, I 338 (LU).
406 ATF 90, 1964, I 352 (TI).
407 AGVE 1972, p. 203.
408 ATF 90, 1964, I 341 (LU).
409 ATF 82, 1956, I 107 (BL).
410 ATF 89, 1963, I 474 (SH).
411 ATF 94, 1968, I 58 (ZH).
412 ATF 74, 1948, I 116 (SO).
413 ATF 77, 1951, I 115 (SO).
414 ATF 51, 1925, I 222 (BE).
415 ATF 99, 1973, Ia 188 (TG).
416 ATF 99, 1973, Ia 198 (BE).

yeux du Conseil d'Etat pour savoir qui du peuple, du Parlement ou de lui-même doivent décider.

Mentionnons, enfin, que le *Tribunal administratif d'Argovie* a appliqué dans son arrêt *Finsler* du 18 avril 1974 la notion de concurrent figurant à l'arrêt *Ciné-spectacles S.A.*[417], et dans son arrêt *CFF*[418] du 19 août 1971, celle de perturbateur figurant dans les arrêts *Anliker et Co*[419], *Schüder*[420], et *Geldner Rheinlager*[421].

D. Conclusions

On doit s'interroger sur la portée de ces notions ou concepts et sur leurs effets. On se rappellera tout d'abord que ces notions ou institutions sont dégagées à l'occasion de recours concernant la constitutionnalité de lois ou de décisions cantonales. Elles ne sont pas l'interprétation des termes de la Constitution, des droits constitutionnels ou des droits politiques, elles sont des outils indispensables à la concrétisation des libertés et de ces droits. En effet, elles permettent de placer l'interprétation de la Constitution et du droit cantonal dans un cadre commun: le droit public général. Comme celui-ci n'est pas codifié, le juge ne peut établir les notions en cause qu'en les induisant des dispositions légales existantes sur le plan fédéral et cantonal, ainsi que de la théorie générale du droit public dégagée par la doctrine. A cet égard, le rôle de cinq auteurs est tout particulièrement frappant: les citations de Messieurs FLEINER[422], GIACOMETTI, GRISEL, AUBERT et IMBODEN sont, en effet, innombrables[423].

Ces notions ou institutions ne peuvent, par définition, pas avoir

[417] ATF 78, 1952, I 303 (GE).

[418] AGVE 1971, p. 236.

[419] ATF 91, 1965, I 147/48 rendu sur recours de droit administratif.

[420] ATF 91, 1965, I 302 rendu sur recours de droit administratif.

[421] ATF 94, 1968, I 409 rendu sur recours de droit administratif.

[422] M. IMBODEN, RDS 1959, p. 65, dit que l'ouvrage de F. FLEINER: Les institutions du droit administratif allemand, était une véritable «ratio scripta» pour le Tribunal fédéral.

[423] On ajoutera, en droit fiscal, l'œuvre d'E. BLUMENSTEIN.

d'effet obligatoire car elles ne constituent pas des règles générales et abstraites, des règles de droit.

Il ne faut cependant, pas se tromper: ces notions sont à la base de la plupart des règles générales et des standards minima que le Tribunal fédéral a dégagés. Ceux-ci seraient souvent incompréhensibles sans la clé que constituent les notions générales.

On comprend donc que, si les règles générales sont obligatoires pour les cantons, les notions sur lesquelles elles reposent auront aussi tendance à l'être. L'arrêt *Brocher*[424] précité est caractéristique à cet égard. Ainsi, par exemple, les règles sur la légalité de l'impôt, sur la délégation législative en la matière, ne sont compréhensibles que si l'on définit préalablement la notion d'impôt. On ne concevrait, d'ailleurs guère, que l'impôt soit défini autrement ici et ailleurs, si la règle générale de la légalité de l'impôt doit avoir une valeur quelconque.

Cependant le fait que le Tribunal fédéral ait dégagé une notion ou une institution n'oblige pas par lui-même les cantons à adopter cette notion ou cette institution. Ainsi, les cantons ne sont pas tenus de connaître la notion de dépense nouvelle en matière de référendum financier, ils peuvent utiliser un autre concept de contenu différent. Mais s'ils utilisent la notion de dépense nouvelle ou si leur notion autonome est équivalente, dans ses buts ou sa portée, à cette notion, alors, le concept dégagé par le Tribunal fédéral s'applique à cette notion autonome.

Il nous paraît, dès lors, que l'on doit faire une distinction entre les notions et institutions, selon qu'elles sont intimement liées à une règle générale de droit fédéral, qu'elles sont rattachées à un standard minimum de droit fédéral, ou qu'elles se rapportent à du droit transcantonal. Dans le premier cas, la notion est de droit fédéral, elle est obligatoire pour les cantons par l'intermédiaire de la règle qui l'emploie. Dans le second, elle a une portée obligatoire limitée à celle de ce standard. Dans le troisième, la notion n'est obligatoire que pour les cantons qui l'admettent, du fait qu'ils l'utilisent dans leur législation mais elle ne lie pas les autres cantons qui ne la connaissent ni en tant que telle ni sous une forme analogue.

[424] ATF 97, 1971, I 909 (GE).

En conclusion, nous pouvons, semble-t-il, dire que les notions et institutions créées par le Tribunal fédéral découlent d'un fond commun, d'un droit administratif commun suisse. Elles ne sont obligatoires pour les cantons que dans certaines hypothèses limitées.

XI. Conclusion

Conformément à la tradition, il nous reste encore à énoncer les thèses qui nous paraissent résulter de la première partie de notre rapport.

1. Le recours de droit public est un recours de droit constitutionnel. Il en résulte que les jugements rendus sur de tels recours lient non seulement les parties mais aussi l'Etat cantonal dans son ensemble. Ceci est vrai, que l'objet du recours soit une loi ou une décision cantonale. En effet, les arrêts du Tribunal fédéral en la matière sont des interprétations authentiques de la Constitution et du droit cantonal.

2. Dans ses jugements rendus sur recours de droit public, le Tribunal fédéral ne contrôle pas seulement la constitutionnalité du droit cantonal (loi ou décision) par rapport à la Constitution mais encore, en règle générale, par rapport au sens qu'il a lui-même donné, dans des jugements antérieurs, à cette Constitution.

3. Dans ses jugements, le Tribunal fédéral interprète la Constitution et le droit cantonal. Pour des raisons tenant à la composition du Tribunal fédéral, il connaît mieux le droit constitutionnel fédéral et a, par conséquent, tendance à omettre les nuances du droit cantonal pour ramener celui-ci à des canons connus et familiers.

4. Les libertés individuelles et les droits politiques sont des règles directement applicables. Ils sont, cependant, énoncés, le plus souvent, au moyen de notions juridiques imprécises et comportent des obligations négatives de l'Etat. Leur interprétation laisse donc au Tribunal fédéral une grande marge d'appréciation. Comme une notion juridique imprécise ne peut, selon la jurisprudence, avoir qu'une interprétation, les jugements rendus sur recours de

droit public ont pour effet de réduire cette marge d'appréciation par la fixation de règles. On peut nommer cette opération la concrétisation des droits constitutionnels. A cet égard, on distinguera les libertés individuelles qui ne sont pas des bases de compétence législative de celles qui le sont. Jugeant sur la base de ces dernières (les art. 46 al. 2 et 49 al. 6 de la Constitution) le Tribunal fédéral est un législateur se substituant au législateur fédéral défaillant. S'agissant des libertés individuelles, le Tribunal fédéral agit aussi comme un législateur en ce sens que la concrétisation des libertés revêt la forme d'une législation limitée aux principes.

5. Les arrêts du Tribunal fédéral sur recours de droit public se composent d'un dispositif et de motifs. Le dispositif, en raison de sa nature purement cassatoire, ne peut avoir d'effet que pour le canton dont la loi ou la décision sont en cause. Le Tribunal fédéral ne peut casser la loi d'un canton tiers qui n'est pas entreprise devant lui. Néanmoins, le dispositif a un effet extra-cantonal de fait, en ce sens que le Tribunal fédéral est lié par sa propre jurisprudence, selon les principes qu'il a tirés de l'art. 4 Cst. Quant aux motifs, dans la mesure où ils énoncent des règles de droit administratif général et que le Tribunal fédéral agit, en réalité, comme un juge administratif, ils ont une portée générale obligatoire qui résulte du fait que ces règles sont de droit fédéral car leur auteur est un organe fédéral qui tire sa compétence du droit fédéral. Dans la mesure où ces règles ne peuvent, en raison de l'autonomie des cantons, avoir une portée générale, elles peuvent correspondre à un droit administratif commun – droit transcantonal – dégagé par le Tribunal fédéral.

6. Le Tribunal fédéral a dégagé sept principes généraux de droit constitutionnel: la légalité, l'égalité, la proportionnalité, la bonne foi, la non-rétroactivité, l'intérêt public et l'interdiction de l'arbitraire qui lient tous les organes fédéraux et cantonaux. Ces principes sont relativement abstraits et indéterminés. Ils n'ont dès lors pas un pouvoir d'unification du droit de fond cantonal, mais ils influencent celui-ci en fixant les limites de la latitude laissée aux cantons dans l'élaboration de leurs lois et de leurs décisions. Dans cette mesure seulement, ils ont un effet unificateur indirect.

7. En concrétisant les libertés individuelles et les droits politiques,

le Tribunal fédéral a posé un grand nombre de règles de droit administratif non écrit. Ces règles font partie du droit public fédéral et l'emportent donc sur le droit public cantonal, sauf dans la mesure où les règles dégagées ne sont que du droit transcantonal, c'est-à-dire qu'elles sont tirées de la comparaison de droits cantonaux identiques ou analogues. La distinction entre règles de droit fédéral et règles de droit transcantonal, dépend du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral et de la nature des droits constitutionnels en cause. Du droit cantonal contraire au droit transcantonal peut subsister alors que du droit cantonal contraire au droit fédéral est nul. Le droit transcantonal a un effet unificateur entre les cantons qui y participent, les règles fédérales l'ont entre tous les cantons.

8. Les standards minima dégagés par le Tribunal fédéral sont aussi des règles générales de droit fédéral. Ils ont toutefois la particularité de n'être que subsidiaires et de ne lier les cantons qu'à l'obligation de les respecter au minimum. Les cantons peuvent aller au delà. S'ils restent en deçà, leur législation est sans effet, ne doit pas être appliquée, et le standard minimum doit y être substitué. L'unification des droits cantonaux est donc limitée; elle s'étend au fur et à mesure que le standard minimum s'affine et s'élargit.

9. Les règles posées par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 46 al. 2 Cst. n'ont aucun pouvoir unificateur, car elles ne visent pas la substance du droit cantonal, mais seulement les conflits de lois cantonales et le champ d'application de celles-ci. En revanche, les règles posées sur la base de l'art. 49 al. 6 Cst. ont un pouvoir unificateur.

10. Pour concrétiser la Constitution, interpréter les règles qu'il pose et le droit cantonal, le Tribunal fédéral a recours à certaines notions ou institutions de droit administratif général. Un concept ou une institution ne peuvent avoir d'effet unificateur par eux-mêmes. Cependant, selon qu'elles sont liées à des règles de droit fédéral posées par le Tribunal fédéral ou au droit transcantonal, ces notions ou institutions participent à l'effet unificateur de ces règles au sens que nous avons indiqué à notre conclusion 7. De plus, dans les faits, on assiste à la naissance d'un droit administratif suisse commun quant aux concepts et aux institutions.

A ces conclusions, qui découlent de notre exposé, il convient d'ajouter encore quatre points:

– Premièrement, le Tribunal fédéral peut, comme le législateur, modifier les règles, principes, standards ou concepts qu'il a dégagés. Il est, cependant, contrairement au législateur, lié par les règles qu'il a déduites de l'article 4 Cst. sur les revirements de jurisprudence[425]. Néanmoins, un canton peut, à tout moment, en «violant» ces règles, principes, concepts ou standards, obliger le Tribunal fédéral à réexaminer sa jurisprudence[426]. Il y a là une manière d'initiative cantonale!

– Deuxièmement, le fait de reconnaître une valeur obligatoire générale aux principes, règles, standards ou notions énoncés par le Tribunal fédéral, pose le problème de la publicité[427]. Ce problème existe pour tout le droit non écrit. Il ne nous paraît cependant pas décisif pour déclarer que ces principes, règles ou standards ne sont pas obligatoires. En effet, l'immense majorité d'entre eux ne créent aucune obligation pour les particuliers – cas où une base légale serait requise –. De plus, on peut s'interroger sur la question de savoir si la publicité dans le recueil des lois est plus efficace que celle intervenant dans le recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral pour aider le justiciable à connaître sa situation juridique. A voir le nombre d'arrêts concernant les libertés non écrites, on peut penser que les citoyens connaissent assez bien les droits que leur reconnaît le Tribunal fédéral.

– Troisièmement, il nous paraît que le Tribunal fédéral devrait faire une distinction selon que le droit cantonal dont il contrôle l'application est autonome, ou qu'il est soit du droit d'exécution du droit fédéral, soit intimement lié à des règles législatives fédérales[428]. Si, à notre sens, dans le premier cas, il est légitime qu'il exerce la retenue de l'examen réduit à l'arbitraire, dans le second,

425 M. IMBODEN, Normkontrolle und Norminterpretation (supra note 60), p. 248.

426 Voir H. HUBER, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht (supra note 48), p. 61.

427 Voir H. HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, RSJB 1955, vol. 91bis, p. 99.

428 Sur la difficulté de la distinction, voir A. MACHERET, La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1974, p. 17–18.

il devrait toujours exercer un libre pouvoir d'examen. En effet, dans ce dernier cas, le droit cantonal est, en réalité, du droit fédéral décentralisé et l'unité du droit voulue par le constituant et le législateur fédéraux, doit être assurée. Nous pensons même que les recours invoquant la violation de ce droit ne relèvent pas du recours de droit public, mais du recours de droit administratif[429]. Ce point de vue nous paraît renforcé par tout ce que nous venons de dire du recours de droit public; il ne peut qu'amener à la conclusion que le Tribunal fédéral devrait examiner le plus librement possible l'application de ce droit cantonal particulier.

– Quatrièmement, il doit être noté que le caractère unificateur des jugements sur recours de droit public est beaucoup plus grand si le Tribunal fédéral a un plein pouvoir d'examen que si son contrôle se réduit à l'arbitraire.

Cette constatation nous conduit tout naturellement à la seconde partie de notre exposé que nous voudrions extrêmement brève.

Seconde partie

Le recours de droit public – facteur d'émiettement du droit fédéral

Ce n'est pas seulement par goût du paradoxe que nous avons prévu de traiter ce thème aussi. C'est parce que ce problème est l'un des plus sérieux, à notre sens, que pose la justice en Suisse, à l'heure actuelle, mise à part la question du coût de celle-ci.

I. Le problème

On sait que le recours de droit public a un caractère subsidiaire et qu'il n'est ouvert que si aucune autre forme de recours au Tribunal fédéral n'est possible. Il en résulte que le recours de droit public ne peut être intenté envers une décision cantonale fondée sur le droit

[429] Voir notre article, Le pouvoir d'examen des organes du contentieux administratif fédéral et genevois, Zbl 1971, p. 408.

public fédéral, que si la voie du recours de droit administratif est fermé, et que le recours au Conseil fédéral n'est pas ouvert selon les articles 73 et 74 de la LPA. Le recours de droit public est aussi donné, si les recours en nullité et en réforme civils ne sont pas recevables.

Le moyen à invoquer dans ces recours de droit public subsidiaires, est la violation d'un droit constitutionnel des citoyens; en pratique il ne peut pas s'agir que de l'art. 4 Cst., sous la forme de l'interdiction de l'inégalité de traitement et de l'arbitraire. Dans ce cadre, cependant, le Tribunal fédéral ne casse les décisions cantonales entreprises, que si, d'une part, elles traitent de façon inégale des choses égales ou de façon égale des choses inégales, ou si, surtout, elles constituent des violations grossières de la loi, sont manifestement insoutenables ou portent atteinte au sentiment du droit ou de l'équité. C'est dire que le Tribunal fédéral sera amené à ne casser des décisions que rarement et à admettre des décisions divergentes, prises sur la base d'un même texte de droit fédéral, tant qu'elles ne sont pas à proprement parler arbitraires.

Ainsi, un droit unifié au niveau législatif, peut être démembré au niveau de l'application, avec la bénédiction du Tribunal fédéral.

Le cas le plus frappant est celui des recours concernant des contestations civiles portant sur certains droits de nature pécuniaire, lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas 8000 francs. En effet, aux termes de l'art. 45 OJF, le recourant en réforme n'est recevable, dans les affaires pécuniaires, sans égard à la valeur litigieuse que dans les affaires exhaustivement énumérées; il s'agit, pour l'essentiel, d'affaires de propriété industrielle ou intellectuelle et de certains aspects du droit des papiers-valeurs et des assurances. Pour toutes les autres affaires civiles pécuniaires, la valeur litigieuse des art. 46 et 47 OJF est requise. C'est dire qu'en dessous d'elle, les plaideurs voient leurs chances de succès diminuer et l'unité de droit privé fédéral être compromise dans son application.

Il y a mieux! Si la valeur pécuniaire du litige excède Frs. 8000.–, une seule solution est admise, celle donnée par le Tribunal fédéral avec plein pouvoir d'examen sur recours en réforme. Si la valeur litigieuse est inférieure, cette même solution n'est pas obligatoire, mais est seulement l'une des solutions possibles sans arbitraire.

On remarquera aussi, et le juriste étranger en est toujours frappé, que la rareté des jugements du Tribunal fédéral en matière de droit social ou de baux à loyers, s'explique, largement, par le fait que ces matières sont précisément celles où le minimum litigieux est le plus difficile à atteindre. On pensera aussi aux «petits litiges» dans toutes les matières contractuelles (par ex. ventes à tempérament, petits crédits etc. ...) où les parties doivent se satisfaire que le Tribunal fédéral, leur dise non pas qu'elles ont obtenu justice, mais seulement qu'elles n'ont pas été traitées de façon arbitraire.

Cette situation est aberrante sur le plan juridique en ce qu'elle désunit ce qui l'a été par la volonté du constituant et du législateur fédéraux et sur le plan social en ce qu'elle fait de l'argent un critère du droit à une complète justice, même si elle s'explique, sur le plan pratique, par le souci de ne pas surcharger le Tribunal fédéral. Ce dernier motif n'est, cependant, pas suffisant. En effet, d'une part, en recours de droit administratif, on n'a pas hésité à charger le Tribunal fédéral au-delà de toute mesure[429bis] et, en matière d'assurances sociales, on n'a pas non plus tergiversé à créer une cour spéciale. On ne voit pas, d'autre part, pourquoi l'unité du droit fédéral serait assurée en droit pénal et en droit administratif et ne le serait pas en droit civil.

Certes, les art. 110 et 111 Cst. qui fixent certaines compétences du Tribunal fédéral, font mention du degré d'importance du litige. Mais, d'une part, il s'agit d'un contexte différent de celui qui nous occupe et, d'autre part, rien n'oblige le législateur à considérer que l'importance du litige dépend de la valeur litigieuse de la cause. De plus, l'art. 114 Cst. prévoit expressément que le législateur peut donner au Tribunal fédéral «des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'art. 64 Cst.». La situation actuelle, malgré la pratique récente aux termes de laquelle les cours civiles jugent des recours fondés sur l'art. 4 Cst. en matière civile, ne répond pas à ce souci.

Le même problème se pose, mais avec moins d'acuité, en ce qui concerne la législation cantonale qui ne fait qu'exécuter une loi fédérale. Hormis le cas où le législateur fédéral a renoncé à légiférer

[429bis] Que l'on songe notamment au libre examen des faits et aux enquêtes qui en résultent!

pour tenir compte de particularismes locaux ou régionaux et peut-être celui où sa compétence n'est que limitée aux principes[430], il n'y a aucune raison, autre que formelle – l'auteur de la législation –, pour que le Tribunal fédéral ne contrôle pas librement l'application de ce droit cantonal d'exécution, comme il le fait sur la base de l'art. 2 DT en ce qui concerne la conformité des lois cantonales avec le droit fédéral qu'elles exécutent. Là aussi, si l'intention du législateur fédéral était l'unité d'application du droit fédéral, il n'y a pas de motifs que le Tribunal fédéral se mette en travers de cette volonté.

Enfin, le Tribunal fédéral a, de son propre chef, limité son pouvoir d'examen: lorsque l'habitant d'un canton se plaint que ce canton a mal appliqué un concordat, il n'intervient qu'en cas d'arbitraire. De cette façon, une fois encore, le Tribunal fédéral admet des interprétations divergentes de règles que les cantons ont voulues communes. Il désunit ce que le législateur a voulu unir.

II. Quelques exemples

Dans ses chroniques sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, le professeur HUBER a régulièrement indiqué des cas où le Tribunal fédéral, limitant son examen à l'arbitraire, a abouti à des effets fâcheux. Il signale le cas des deux arrêts rendus sur recours de droit public, l'un avec plein pouvoir de contrôle et l'autre avec un pouvoir limité rendus par la cour civile et par la cour de droit public dont les solutions divergent; il s'agit des arrêts *Cretegny*[431] et *Vairoli*[432] en matière d'acquisition de servitudes[433]. Il mentionne[434] que dans l'arrêt *Otto Hupfer*[435], la cour de droit public a étendu son pouvoir d'examen au maximum, pour ne pas se mettre en contradiction avec l'arrêt *Speziali*[436]. Il signale[437] aussi, qu'il est peu satisfaisant que des questions fondamentales telles

[430] Nous continuons donc (Zbl 1971, p. 408) à hésiter, tout comme A. MACHERET, RDAF 1974, p. 18.

[431] ATF 71, 1945, I 433 (GE).

[432] ATF 76, 1950, I 183 (VS).

[433] RSJB 1952, p. 273/74.

[434] RSJB 1961, p. 324/25.

[435] ATF 86, 1960, I 265 (BL).

[436] ATF 79, 1953, II 349.

[437] RSJB 1961, p. 322/23.

que la relation entre les pensions alimentaires et les rentes de l'AVS doivent être tranchées sous l'angle de l'arbitraire pour défaut de valeur litigieuse comme ce fut le cas dans l'arrêt *X*[438], même si le Tribunal fédéral a, là aussi, étendu au maximum son pouvoir d'examen. Il regrette, à propos de l'arrêt *D. et Hoirs W.*[439], que la notion de terrain à bâtir de l'art. 218 CO ne puisse recevoir une interprétation unique[440]. Il dénonce le fait que l'interprétation de l'art. 182 ch. 4 LP telle qu'elle figure dans l'arrêt *Seinety*[441], puisse, par défaut de voie de recours avec plein pouvoir d'examen, diverger d'un canton à l'autre[442]. Il indique que l'interprétation adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Chatelain*[443] concernant la compensation en espèces des congés non pris, aurait sans doute été différente s'il avait eu plein pouvoir d'examen[444]. Il déplore que les articles 34 et 35 de l'ordonnance concernant les loyers et la limitation du droit de résiliation de 1961 n'ait pu faire l'objet d'un plein examen[445] dans les arrêts *X S.A.*[446] et *Oscar Weber*[447], que le devoir de restitution des subventions, non prévu par l'arrêté du Conseil fédéral du 11 février 1941 concernant les améliorations foncières extraordinaires, mais imposé par les autorités cantonales, ait été examiné sous le seul angle de l'arbitraire[448] dans l'arrêt *Grob*[449], que la loi réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités de droit public cantonal n'ait été examinée que sous l'angle de l'arbitraire[450] dans l'arrêt *Bissig*[451]. Il rappelle[452], enfin, à propos de l'arrêt *Schneiter*[453] que si l'obligation d'équiper un immeuble de gaz et d'électricité n'est pas arbitraire, il a aussi été admis qu'il n'était pas non plus arbitraire de forcer quelqu'un à abandonner le gaz pour l'électricité.

Il est cependant juste de dire que parfois le Tribunal fédéral aboutit à des solutions identiques quel que soit son pouvoir d'exa-

438 ATF 86, 1960, I 137 (SZ).
439 ATF 88, 1962, I 202 (AG).
440 RSJB 1963, p. 287.
441 ATF 90, 1964, I 201 (GE).
442 RSJB 1965, p. 326.
443 ATF 85, 1959, I 211 (VD).
444 RSJB 1960, p. 357.
445 RSJB 1963, p. 284.
446 ATF 88, 1962, I 137 (NE).
447 ATF 88, 1962, I 141 (ZH).
448 RSJB 1963, p. 288.
449 ATF 88, 1962, I 213 (SG).
450 RSJB 1970, p. 412.
451 ATF 95, 1969, I 97 (SO).
452 RSJB 1973, p. 467.
453 ATF 98, 1972, Ia 584 (VD).

men. Ainsi le professeur HUBER signale[454] le cas de trois arrêts *Graf*[455], *Devo Bern A.G.*[456] et *Sonderegger*[457], rendus le premier sous l'angle de l'arbitraire et les deux autres avec plein pouvoir d'examen, qui aboutissent à la même solution en matière d'émissions nocives. (La simple existence d'une construction ne constitue pas une émission au sens de l'art. 684 CC.)

Ces quelques exemples montrent bien la réalité du problème, même s'il n'en indique que fort modestement la portée[458]. De nombreuses questions, importantes, nécessaires à assurer l'unité du droit fédéral et l'égalité des citoyens échappent, en grande partie, au Tribunal fédéral, sauf d'avoir un «prix» suffisant.

III. Esquisse de remèdes

Les solutions possibles diffèrent, naturellement, selon que nous avons à faire à des concordats, à un droit cantonal d'exécution ou à du droit civil fédéral.

a) En ce qui concerne les concordats

Il faut se souvenir que le Tribunal fédéral est seul maître de son pouvoir d'examen. Il a choisi de considérer que si le recours devant lui n'a aucun aspect intercantonal – sauf le fait qu'il s'agit d'un concordat – il a, en réalité, puisque le concordat est du droit cantonal, affaire à l'application de droit intracantonal. Or, il ne revoit l'application du droit intracantonal que sous l'angle de l'arbitraire. Dès lors, il limite son examen de la même manière dans ce cas.

La solution appartient dès lors au seul Tribunal fédéral. Il peut changer à n'importe quel moment son pouvoir d'examen. Il paraît d'ailleurs disposé à le faire[459]. Plusieurs arguments juridiques nous

[454] RSJB 1973, p. 2.

[455] ATF 97, 1971, I 353 (AG).

[456] ATF 88, 1962, II 264.

[457] ATF 88, 1962, II 334.

[458] On nous permettra de signaler par exemple que l'arrêt *Sonderegger*, ATF 99, 1973, Ia 565 (AI) déclare non arbitraire une solution rejetée par l'arrêt *Tobler* (ATF 76, 1950, II 343 [AR]).

[459] ATF 96, 1970, I 645/46 *(Voggensperger)* (BL). Le pas a été enfin franchi dans l'arrêt *Kuster* (ATF 100, 1974, Ia 422 [SZ]).

paraissent indiquer qu'il devrait y procéder dès maintenant. Premièrement, il ne lui appartient pas de mettre des entraves à l'unité juridique recherchée par les cantons. Deuxièmement, l'article 84 OJF ne fait pas la distinction à son chiffre b selon que le litige a ou non une portée extracantonale; l'assimilation à un recours de l'art. 4 Cst. n'est donc nullement imposée par l'OJF. Troisièmement, le droit concordataire n'est pas du droit cantonal ordinaire. Il constitue une catégorie à part, intermédiaire entre le droit cantonal et le droit fédéral, et ne peut être assimilé ni à l'un ni à l'autre. Son application peut donc être examinée autrement que celle du droit cantonal ordinaire.

b) En ce qui concerne le droit cantonal d'exécution

Depuis l'arrêt *Krummenacher*[460], le Tribunal fédéral ne traite plus ce droit purement et simplement comme du droit cantonal ordinaire et n'en examine plus l'application seulement sous l'angle de l'arbitraire. Nous l'avons dit, nous considérons que comme ce droit cantonal n'est, en réalité, que du droit fédéral décentralisé et comme les cantons ne sont, dans cette mesure, que des organes de la Confédération, il est du droit fédéral. Lorsque les cantons l'appliquent, ils appliquent du droit fédéral. La voie correcte de recours au Tribunal fédéral est donc le recours de droit administratif.

c) En ce qui concerne le droit civil

La solution la plus claire et la plus nette serait de modifier le critère de «l'importance du litige» en abrogeant l'art. 46 OJF et en modifiant les dispositions correlatives[461].

Peut-on, en attendant, trouver un remède transitoire? Nous pensons que cela est peut-être possible, mais que la solution est quel-

[460] ATF 96, 1970, I 758 (ZH).

[461] A. Berenstein, La nouvelle réglementation du contrat de travail, exposé à la journée suisse des avocats 1974, p. 16, plaide pour la suppression de la limite en ce qui concerne le contrat de travail seulement «dans la situation de surcharge qui est actuellement celle du Tribunal fédéral».

que peu acrobatique et qu'elle a contre elle une jurisprudence constante et une doctrine unanime.

Néanmoins, en raison de l'importance de l'enjeu, il nous paraît nécessaire de l'exposer.

Nous partons de l'idée que l'art. 46 OJF ne fait qu'exclure le recours en réforme pour la plupart des affaires pécuniaires civiles de moins de 8000.– francs. Il en résulte que les cours civiles ne peuvent s'en saisir. Il résulte d'autre part de l'art. 84 al. 2 OJF que, dans ce cas, le recours de droit public est ouvert «pour violation d'un droit constitutionnel des citoyens». Nous constatons ensuite que cette disposition ne dit pas quel est le droit constitutionnel invoqué, et ne fixe pas le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral sur ces affaires.

Nous faisons alors intervenir un autre principe: le Tribunal fédéral est lié par la Constitution, et doit donner aux lois fédérales, y compris la loi sur l'organisation judiciaire, une interprétation qui soit conforme à la Constitution (verfassungskonforme Auslegung). Autrement dit, le Tribunal fédéral doit s'efforcer de faire coïncider l'interprétation des arts. 46 et 84 al. 2 OJF avec la Constitution.

Parmi les règles constitutionnelles que le Tribunal fédéral doit prendre en considération à cet effet, il y a l'art. 4 Cst., dans la mesure où il interdit les inégalités de traitement et, notamment, n'autorise des différences de traitement que par rapport à des différences de fait pertinentes ou par rapport à un critère valable. Nous considérons que la valeur litigieuse n'est ni une différence de fait ni un critère qui puissent être socialement retenus quant au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. Dès lors, l'interprétation conforme à l'égalité de traitement des articles 46 et 84 OJF, est simplement que si la valeur litigieuse n'est pas atteinte, la cour de droit public est compétente pour connaître du litige avec plein pouvoir d'examen. Ces articles ne viseraient donc que la procédure et la répartition des compétences devant les cours du Tribunal fédéral.

L'objection qui nous sera alors faite est que l'art. 84 OJF exige l'invocation d'un droit constitutionnel, que ce droit ne peut être que l'interdiction de l'arbitraire (l'interdiction de l'inégalité de

traitement, que le Tribunal fédéral examine librement[462], ne pouvant intervenir que si une instance cantonale traite différemment les cas atteignant la valeur litigieuse et ceux qui ne l'atteignent pas) et que le Tribunal fédéral n'exerce qu'un pouvoir d'examen réduit si l'interdiction de l'arbitraire est le moyen invoqué dans le recours. Nous acceptons certes cette manière de voir lorsque le Tribunal fédéral examine l'application du droit cantonal par les instances cantonales, car il en va de l'autonomie des cantons et du fédéralisme. Cette pratique n'est, en revanche, aucunement nécessaire lorsque ces instances appliquent le droit civil fédéral. En effet, dans ce cadre, le constituant et le législateur fédéraux ont voulu l'unité du droit, ils ne peuvent pas avoir voulu créer une inégalité entre le riche et le pauvre, entre le titulaire de droits de propriété intellectuelle et le modeste salarié. Dès lors, même si l'art. 4 Cst. est le seul moyen invocable lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas 8000.– francs, l'égalité des citoyens exige que tous les recourants soient traités de façon identique et bénéficient d'un plein examen de leur recours par le Tribunal fédéral. Si l'on préfère, nous faisons prévaloir le principe de l'égalité de traitement par le Tribunal fédéral sur les règles posées par ce même Tribunal fédéral, quant à son pouvoir d'examen.

Nous sommes parfaitement conscient, que cette solution est relativement insatisfaisante sur le plan juridique, notamment qu'elle tend à demander au Tribunal fédéral de reconnaître sur la base de l'art. 4 Cst. à un requérant dont l'affaire n'atteint pas la valeur litigieuse un droit constitutionnel à être traité conformément au droit fédéral interprété librement comme l'est celui dont l'affaire atteint cette valeur. Mais elle est satisfaisante sur le plan social, alors que la situation actuelle est juridiquement satisfaisante mais socialement malheureuse.

Nous avons été tenté un instant de considérer que le droit constitutionnel invocable dans un recours de droit public dans une telle hypothèse pourrait être l'art. 2 DT qui permet un libre examen du Tribunal fédéral. Cette solution ne nous paraît, à regret, pas pou-

[462] Voir ATF 99, 1973, Ia 662–664/65 *(Parti ouvrier populaire vaudois)* (VD).

voir être retenue. En effet, si l'art. 2 DT a été interprété comme une règle assurant la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal dans leur ensemble, il ne nous paraît pas possible d'en étendre la portée à la primauté du droit fédéral sur des décisions cantonales d'application du droit fédéral; ces décisions ne sont, en effet, cantonales que formellement en raison de leur auteur; matériellement, elles sont fédérales en raison de leur fondement. L'art. 2 DT n'a pas pour objet d'assurer la conformité des décisions reposant sur le droit fédéral avec celui-ci. Il ne nous est donc d'aucune aide.

Annexe I

Lors de la Journée des juristes 1975, la Société suisse des juristes à l'intention d'examiner les problèmes soulevés par les voies de recours au Tribunal fédéral qui célèbrera cette année-là son centenaire.

Le Comité de cette Société m'a chargé de présenter un rapport en français sur le recours de droit public.

Plutôt que de reprendre des questions traditionnelles au sujet de cette voie de recours, j'ai l'intention d'examiner dans quelle mesure le recours de droit public a contribué au rapprochement des droits cantonaux, voire a créé un véritable droit intercantonal. La jurisprudence fournit à cet effet certains exemples.

Cependant, pour que ce travail puisse reposer sur des bases sérieuses et sur une documentation aussi complète que possible, je me permets de faire appel à votre aide.

Il me serait à cet égard particulièrement utile et agréable de recevoir les informations suivantes:

a) Dans quelle mesure et dans quels cas (au cours des 30 dernières années), le législateur cantonal a-t-il tenu compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur recours de droit public concernant d'autres cantons dans l'élaboration de lois nouvelles? Si vous pouvez me donner des exemples concrets avec extraits de l'exposé des motifs et de la loi vous m'obligeriez.

b) Dans quelle mesure et dans quels cas (au cours des 30 dernières années) le législateur cantonal a-t-il été amené à modifier des lois cantonales à la suite de jugements du TF sur recours de droit public concernant d'autres cantons? Là aussi des exemples concrets me seraient très utiles.

c) Mêmes questions que sous a) et b) concernant les règlements, ordonnances et autres règles de droit général édictées par l'exécutif cantonal.

d) Dans quelle mesure l'exécutif cantonal agissant comme instance de recours dans la procédure cantonale administrative a-t-il modifié sa jurisprudence (au cours des 30 dernières années) à la suite d'arrêts du TF sur

recours de droit public concernant d'autres cantons. Là encore, des exemples concrets avec extraits des décisions en cause m'aideraient.

e) Même question que d) au sujet des commissions de recours spécialisées en droit administratif.

f) Le cas échéant, la jurisprudence du TF en matière de droit administratif, dans la mesure où elle établit des principes généraux du droit, a-t-elle, elle aussi, exercé une telle influence: sur le législateur, sur l'exécutif, sur les commissions de recours? Ici aussi des exemples concrets avec extraits de la loi, des ordonnances ou de la décision seraient utiles.

Il est bien entendu que si vous ne pouviez m'aider que sur certaines des questions énumérées, votre assistance me serait néanmoins précieuse.

Puis-je solliciter une dernière faveur? Comme la date de livraison de mon rapport est au 31 décembre 1974 et comme j'espère recevoir une documentation assez abondante, je vous serais extrêmement reconnaissant si vous pouviez me répondre à fin septembre 74 au plus tard.

En vous remerciant d'avance de votre obligeance et en m'excusant de vous causer ainsi un surcroît de travail, je vous prie d'agréer, Monsieur le Conseiller d'Etat, l'assurance de ma considération très distinguée.

Annexe II

Monsieur le Président,

Lors de la Journée des juristes 1975, la Société suisse des juristes a l'intention d'examiner les problèmes soulevés par les voies de recours au Tribunal fédéral qui célèbrera cette année-là son centenaire.

Le Comité de cette Société m'a chargé de présenter un rapport en français sur le recours de droit public.

Plutôt que de reprendre des questions traditionnelles au sujet de cette voie de recours, j'ai l'intention d'examiner dans quelle mesure le recours de droit public a contribué au rapprochement des droits cantonaux, voire a créé un véritable droit intercantonal. La jurisprudence fournit à cet effet certains exemples.

Cependant, pour que ce travail puisse reposer sur des bases sérieuses et sur une documentation aussi complète que possible, je me permets de faire appel à votre aide.

Il me serait à cet égard particulièrement utile et agréable de recevoir les informations suivantes:

a) Dans quelle mesure votre tribunal s'est-il inspiré dans sa jurisprudence de solutions adoptées par le TF sur recours de droit public concernant d'autres cantons?

b) Dans quelle mesure votre tribunal a-t-il modifié sa jurisprudence à la suite de jugements du TF sur recours de droit public concernant d'autres cantons?

c) Dans quelle mesure la jurisprudence du TF en matière de recours de droit administratif, dans la mesure où elle établit des principes généraux du droit, a-t-elle elle aussi, exercé une telle influence?

Pour toutes ces questions, je vous serais reconnaissant de bien vouloir me donner des exemples concrets avec extraits des jugements rendus par votre tribunal.

Il est bien entendu que si vous ne pouviez m'aider que sur certaines des questions énumérées, votre assistance me serait néanmoins précieuses.

Puis-je solliciter une dernière faveur? Comme la date de livraison de mon rapport est le 31 décembre 1974 et comme j'espère recevoir une documentation assez abondante, je vous serais extrêmement reconnaissant si vous pouviez me répondre à fin septembre 74 au plus tard.

En vous remerciant d'avance de votre obligeance et en m'excusant de vous causer ainsi un surcroît de travail, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma considération très distinguée.