

La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse

VINCENT MARTENET*

Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

Art. 35 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999

Mots-clés: Droits fondamentaux; séparation des pouvoirs; adoption, interprétation et application du droit public, pénal et privé; balance des intérêts; lacunes, carences de l'ordre juridique et droit prétorien; art. 35 et 190 Cst. féd.; art. 1 et 2 CC; art. 1 CP.

A. Introduction

Les droits fondamentaux produisent leurs effets dans les différents domaines du droit, entre lesquels existent d'ailleurs de nombreux échanges, interactions, influences ou tensions. L'ordre juridique n'est pas segmenté en domaines étanches, mais doit être envisagé comme un *ensemble*, ce que suggère opportunément l'art. 35 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999¹ à propos des droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux comportent de nombreuses dimensions et remplissent diverses fonctions. Ils ne prennent tout leur sens que s'ils sont garantis de manière *effective*. La mesure de l'effectivité des droits fondamentaux implique notamment d'analyser leur réalisation dans l'ordre juridique ainsi que leur réception au sein de la société en général. Cette effectivité concerne en somme chacun. Le présent article montre comment s'opère la réalisation des droits fondamentaux dans l'*ordre juridique suisse*; il examine en particulier le rôle des autorités étatiques à cet égard, y compris celui des autorités judiciaires lorsque les autorités politiques ne remplissent pas leurs obligations en la matière.

L'influence des droits fondamentaux ne se limite pas à la phase d'élaboration et d'adoption des règles de droit (*infra* B.), mais porte aussi sur l'interpré-

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier ses collègues ARIANE MORIN, LAURENT BIERI et ETIENNE POLTIER de leurs précieux commentaires sur tout ou partie du manuscrit.

¹ Cst. féd.; RS 101.

tation et l'application de ces dernières (*infra* C.). Aussi concernent-ils tant les autorités chargées d'adopter des règles de droit que celles qui les appliquent, et ce en droit public (hors droit pénal), en droit pénal et en droit privé.

La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique ou, plus exactement, dans le droit écrit est parfois lacunaire. Une telle situation soulève une question extrêmement délicate, celle de savoir s'il appartient uniquement aux organes politiques de remédier à ces carences et lacunes de l'ordre juridique ou si les juges sont légitimés à reconnaître des droits fondamentaux non écrits et à adopter du véritable «droit prétorien» (*infra* D.).

B. L'élaboration et l'adoption des règles de droit

I. L'obligation de réaliser les droits fondamentaux

La réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique, telle que l'exige l'art. 35 al. 1 Cst. féd., vise tout d'abord les autorités chargées d'élaborer et d'adopter les règles de droit. Tous les organes de l'Etat dotés de compétences en la matière sont concernés, y compris le constituant. A cet égard, l'art. 139 al. 3 Cst. féd., qui ne permet de contrôler les initiatives populaires que par rapport aux règles impératives du droit international, n'est pas satisfaisant. Au stade de la mise en œuvre et de l'application des initiatives populaires, le droit international des droits de l'homme liant la Suisse doit toutefois être pris en compte et respecté.

Les droits fondamentaux représentent non seulement des *limites* mais aussi des *obligations d'agir*², y compris en droit privé³. Tant la Confédération que les cantons et les communes sont soumis à ces obligations, pour leurs compétences respectives. Le droit ordinaire constitue un *relais essentiel* des droits fondamentaux dans l'ordre juridique⁴.

L'obligation de réaliser les droits fondamentaux implique d'observer de façon suivie la situation des droits fondamentaux en Suisse. Si des carences apparaissent, les autorités compétentes doivent se demander si le droit applicable présente des lacunes ou si sa mise en œuvre est défailante. Lorsque les règles de droit visent les relations des particuliers entre eux, les autorités doivent en outre examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure les droits fondamentaux

2 Voir RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2^e éd., Bâle 2009, pp. 230 s., n^{os} 1140–1146; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Strafrecht I, Basler Kommentar*, 2^e éd., Bâle 2007, n^o 4 ad vor Art. 111.

3 Voir notamment CLAUS-WILHELM CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin/New York 1999, pp. 11–23 et 91 s.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Berne 2007, p. 49.

4 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 2^e éd., Berne 2006, notamment pp. 73 s., n^{os} 154–156, à propos des libertés; en droit américain, voir récemment WILLIAM N. ESKRIDGE JR./JOHN FEREJOHN, *A Republic of Statutes*, New Haven/Londres 2010.

se prêtent à une réalisation dans de telles relations (art. 35 al. 3 Cst. féd.). Selon les cas, l'élaboration et l'adoption de règles de droit se justifient, voire s'imposent. La protection des données personnelles et la lutte contre les discriminations appellent, par exemple, une intervention du législateur ordinaire.

Les autorités politiques doivent prêter une oreille attentive aux indications émanant des organes ou entités en mesure d'apprécier l'état de réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique. Les carences du droit administratif, pénal ou privé que le Tribunal fédéral constate dans ses arrêts sont autant de signaux à l'intention des autorités politiques. Ainsi s'instaure une forme de dialogue entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs politiques⁵. D'autres autorités fédérales contribuent à la mise en lumière de telles carences. La Commission contre le racisme a récemment relevé que l'ordre juridique comportait d'importantes carences en matière de protection contre la discrimination raciale⁶.

Les organes du Conseil de l'Europe et des Nations Unies jouent un rôle de première importance pour la Suisse. Les rapports, recommandations et observations des commissions ou comités compétents en matière de droits de l'homme revêtent un poids particulier, même si la Suisse n'y donne pas toujours la suite attendue sur le plan législatif. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme présente aussi un grand intérêt, soit qu'elle révèle directement une réalisation défailante des droits de l'homme dans l'ordre juridique suisse⁷, soit qu'elle déduise des obligations positives des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950⁸ ou ses protocoles. Certaines de ces obligations sont de nature législative et impliquent, pour les Etats, d'adopter des règles de droit en vue d'assurer l'effectivité des droits de l'homme⁹.

II. Les domaines juridiques de réalisation des droits fondamentaux

La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique passe par l'élaboration et l'adoption de règles de droit administratif, pénal et privé. Les organes

5 Voir également JÖRG PAUL MÜLLER, *Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, recht 2000* (numéro spécial), pp. 119–128, 128 *in fine*.

6 Voir COMMISSION FÉDÉRALE CONTRE LE RACISME (CFR), *Recht gegen rassistische Diskriminierung* (Gesamtstudie), Berne 2010; voir aussi, dans une perspective plus large, TAREK NAGUIB, *Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union*, Jusletter du 21 mars 2011, n° 31–35.

7 Voir notamment CourEDH, arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009, n° 13444/04, §§ 94–98.

8 CEDH; RS 0.101.

9 Voir notamment JEAN-FRANÇOIS AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2006, p. 16, Pour une illustration, voir CourEDH, arrêt *Danilenkov et autres c. Russie* du 30 juillet 2009, n° 67336/01, §§ 124 et 135–136 (mise en place – et adoption des règles y relatives – d'un système judiciaire assurant une protection réelle et effective contre les discriminations à l'encontre des syndicats et de leurs membres).

politiques jouissent d'une importante marge de manœuvre pour déterminer la manière de réaliser les droits fondamentaux dans l'ordre juridique¹⁰, notamment le ou les domaines juridiques de réalisation de ces droits.

Le choix de ce domaine est parfois limité. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme déduit-elle de plusieurs droits, en particulier de ceux formant le noyau des droits de l'homme – art. 2 (droit à la vie)¹¹, 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants)¹² et 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé)¹³ CEDH –, l'obligation d'adopter des dispositions pénales. En outre, la lutte contre la discrimination en matière raciale passe par l'adoption de normes civiles et pénales¹⁴. En somme, l'effectivité de certains droits fondamentaux suppose l'adoption de normes civiles *et* pénales.

III. Le contrôle du respect de l'obligation de réaliser les droits fondamentaux

Le contrôle du respect de l'obligation de réaliser les droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse mobilise de très nombreux acteurs aussi bien publics que privés, internes qu'internationaux. Ces acteurs sont autant d'aiguillons à l'égard des organes d'élaboration et d'adoption de règles de droit. La réalisation des droits fondamentaux est plus largement l'affaire de *chacun*.

Une forme de contrôle *juridictionnel* du respect de l'obligation de réaliser les droits fondamentaux dans l'ordre juridique se produit en Suisse lors de l'interprétation et l'application du droit ordinaire – fédéral ou cantonal – dans des cas concrets¹⁵. En relevant des carences législatives, en refusant d'appliquer des normes lorsque l'art. 190 Cst. féd. le leur permet, en imposant une solution conforme aux droits fondamentaux, en révisant certains de leurs arrêts ou en comblant des lacunes en s'appuyant sur des droits fondamentaux, les tribunaux exercent un certain contrôle du respect de cette obligation¹⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, que le Comité des Ministres peut d'ailleurs désormais saisir (art. 46 § 4 CEDH), joue aussi un rôle important à cet égard. Le contrôle

10 GEORG MÜLLER, *Schutzwirkung der Grundrechte*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (édit.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. VIII/2, Heidelberg et al. 2007, pp. 59–78, 64 s., n° 10.

11 Voir notamment CourEDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, n° 2346/02, Rec. 2002-III, § 38. Voir, par exemple, SCHWARZENEGGER (n. 2), n°s 3–4 ad vor Art. 111.

12 Voir notamment CourEDH, arrêt *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, n° 71156/01, §§ 95–97 et 124–125.

13 CourEDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, n° 73316/01, Rec. 2005-VII, § 112.

14 Art. 4 let. a et b. de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD; RS 0.104). Voir notamment CFR (n. 6), pp. 36 et 44 s.

15 Voir *infra* C.

16 Voir ATF 126 I 1, c. 2 (inconstitutionnalité de l'émolument d'autorisation de porter, dès la célébration du mariage, le nom de la femme comme nom de famille); ATF 116 V 198, c. II/2 (droit à une rente de veuf). S'agissant de la révision, voir spécialement l'art. 122 de de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

abstrait du droit cantonal par les autorités cantonales et surtout par le Tribunal fédéral représente un autre mécanisme de contrôle. A l'instar du contrôle concret, il permet de constater et de supprimer des violations des droits fondamentaux, mais non pas bien souvent de remédier à une mise en œuvre insuffisante de ces droits dans le droit ordinaire¹⁷. Le droit suisse ne connaît ni recours en manquement ni recours en carence à ce titre.

Le droit fédéral ne peut en revanche faire l'objet d'un contrôle abstrait, sous réserve des ordonnances fédérales – en tout cas celles qui émanent du pouvoir exécutif fédéral – dans le cadre d'une action au Tribunal fédéral¹⁸. Au reste, la violation de droits fondamentaux ne constitue en principe pas un grief recevable dans le cadre de cette procédure¹⁹.

C. L'interprétation et l'application des règles de droit

Les droits fondamentaux influent sur l'interprétation et l'application des règles de droit. Ces deux opérations sont souvent effectuées simultanément, mais elles peuvent aussi être différenciées²⁰, dans certains cas à tout le moins. Dans la problématique qui nous occupe, une autorité peut ainsi être amenée, compte tenu notamment de l'art. 190 Cst. féd. ou de l'art. 2 al. 2 CC, à se demander si elle doit ou non appliquer la règle qu'elle a interprétée. Après avoir posé quelques jalons, nous présenterons en particulier divers cas dans lesquels les droits fondamentaux servent de points d'appui à une interprétation restrictive ou extensive de règles de droit, étant d'emblée précisé que l'influence des droits fondamentaux est plus large si bien qu'il n'est pas toujours possible de qualifier celle-ci de restrictive ou d'extensive.

I. Quelques principes et repères

1. *L'interprétation conforme aux droits fondamentaux*

Selon un principe bien établi, il convient de privilégier la ou les significations d'une norme qui s'avèrent conformes au droit supérieur²¹. Cette démarche consiste notamment à retenir, parmi les interprétations «admissibles»²², celle ou

17 Comp. MÜLLER (n. 10), p. 65, n° 11.

18 Art. 189 al. 2 Cst. féd. et 120 TF. S'agissant du contrôle abstrait des ordonnances fédérales dans cette procédure, voir PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Berne 2007, pp. 191 s., n° 19 s.

19 Voir ATF 125 II 152, c. 3, à propos de l'ancienne réclamation de droit public.

20 Pour une délimitation sur ce point, cf. PIERRE MOOR, Dynamique du système juridique – Une théorie générale du droit, Genève et al./Bruxelles/Paris 2010, pp. 243 s., n° 2.2 et pp. 261 ss, n° 1.2.

21 ATF 133 I 286, c. 3.3 et 4.3. Dans une optique plus large, voir RICCARDO GUASTINI, Leçons de théorie constitutionnelle, trad. par Véronique Champeil-Desplats, Paris 2010, pp. 172 s.

22 ATF 130 II 65, c. 4.2.

celles qui sont conformes aux droits fondamentaux, si bien que ceux-ci produisent un effet souvent qualifié d'*horizontal indirect* dans les relations soumises au droit privé²³. En d'autres termes, la latitude de jugement que confère une norme aux autorités d'application du droit doit être utilisée dans le respect des droits fondamentaux et de manière à contribuer à leur réalisation. Ces autorités font aussi face à une telle obligation lorsqu'elles usent du pouvoir d'appréciation qui leur est reconnu²⁴.

L'interprétation conforme aux droits fondamentaux concerne tous les domaines du droit. Cela semble aller de soi pour les règles régissant les relations entre des particuliers et «[q]uiconque assume une tâche de l'Etat»²⁵. Les droits fondamentaux s'appliquant directement à de telles relations, ils sont aussi susceptibles d'influer sur l'interprétation du droit ordinaire qui les régit. Les relations juridiques entre les particuliers soulèvent en apparence des difficultés particulières. Comment les droits fondamentaux opposables à ceux qui assument une tâche de l'Etat peuvent-ils affecter de telles relations? Cette question appréhende la problématique de manière réductrice²⁶ car elle se focalise sur la dimension subjective des droits fondamentaux. Or leur dimension objective et les valeurs qui leur sont sous-jacentes transcendent les domaines du droit et concernent aussi les relations entre particuliers²⁷.

De nombreuses normes se prêtent à une interprétation conforme aux droits fondamentaux. Certaines normes sont étroitement liées aux droits fondamentaux. A titre d'illustration, la notion de désavantage en raison d'actes de harcèlement sexuel de l'art. 328 al. 1 *in fine* CO est consubstantielle à l'art. 8 al. 2 et 3 Cst. féd.²⁸. D'autres normes dont la portée est nettement plus large participent de préoccupations similaires à celles sous-tendant les droits fondamentaux

23 ATF 134 III 241, c. 5.3.1 (protection de l'identité). Voir, parmi de nombreux auteurs, ARNOLD MARTI in: Peter Gauch/Jörg Schmid (édit.), Zürcher Kommentar, vol. I/1, Zurich 1998, n° 188 ad Vorbem. zu Art. 5 und 6; MÜLLER (n. 5), pp. 122 s.; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne 2003, nos 176–178 ad art. 1; HEINRICH HONSELL in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (édit.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle/Genève/Munich 2010, n° 18 ad art. 1 et n° 5 ad art. 2; KIENER/KÄLIN (n. 3), pp. 48 s.; RAINER J. SCHWEIZER in: Bernhard Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2^e éd., Zurich et al. 2008, n° 36 ad art. 35; PAUL-HENRI STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009, p. 117, n° 340; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3^e éd., Berne et al. 2010, pp. 100–104.

24 S'agissant du droit privé, voir notamment HAUSHEER/JAUN (n. 23), nos 22–23 ad art. 4; s'agissant du droit public, voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (n. 4), p. 63, n° 131.

25 Art. 35 al. 2 *in initio* Cst. féd.

26 Il arrive pourtant que le TF suive une telle approche (cf. ATF 133 III 167, c. 4.2).

27 TSCHANNEN (n. 18), p. 115, n° 35; KRAMER (n. 23), pp. 88 s.; BODO PIEROTH/BERNHARD SCHLINK, Grundrechte, 26^e éd., Heidelberg 2010, p. 49, n° 196. Sur les différentes dimensions des droits fondamentaux, voir notamment KIENER/KÄLIN (n. 3), pp. 29–50; AXEL TSCHENTSCHER/ANDREAS LIENHARD, Öffentliches Recht – Ein Grundriss, Zurich/St-Gall 2011, pp. 44–53.

28 S'agissant de la protection de la personnalité dans les relations de travail et des droits fondamentaux, voir spécialement KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Berne 2009, notamment pp. 502–566.

et sont suffisamment indéterminées pour être perméables à certains de ces droits. Les art. 27 et 28 CC représentent des excellents exemples sur ce point²⁹, car les notions qui y figurent – liberté et personnalité en particulier – relèvent aussi des droits fondamentaux. L'art. 28 CC peut du reste donner naissance à une obligation de contracter si certaines conditions sont réunies³⁰. Quelques normes enfin contiennent des notions très indéterminées dont l'interprétation pourrait être influencée par les droits fondamentaux ou, à tout le moins, par les valeurs qui les sous-tendent. Les notions de bonne foi et d'abus de droit de l'art. 2 CC en sont de bonnes illustrations³¹. Elles pourraient contribuer, certes de manière limitée, à la réalisation des droits fondamentaux dans le droit privé, plus précisément de l'interdiction de la discrimination³².

L'interprétation est un art aux limites incertaines, lesquelles dépendent de surcroît du type de règle en cause. Deux limites méritent d'être évoquées ici. En premier lieu, les autorités d'application du droit doivent se garder de se muer un co-législateur *sous couvert d'interprétation*. Une interprétation dynamique du droit ordinaire en vue notamment d'assurer sa conformité aux droits fondamentaux et aux valeurs qui les sous-tendent est, en tant que telle, admissible. Il en va de même du fait de déterminer la *ratio legis* d'une disposition en plaçant celle-ci dans un contexte plus large comprenant les droits fondamentaux³³. Vient cependant un moment où l'interprétation «souhaitée» ne repose plus sur des points d'appui textuels et contextuels suffisants³⁴. La seule interprétation du droit ne permet pas de remédier à toutes les carences en la ma-

-
- 29 S'agissant de l'art. 27 CC, voir SYLVAIN MARCHAND in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Code civil I, Commentaire romand, Bâle 2010, n^{os} 30–39 ad art. 27. Concernant l'art. 28 CC, voir ATF 136 III 410, c. 6; RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Berne 2008, pp. 114–122 et 262–312, n^{os} 151–158 et 351–429 ainsi que les références; AXEL TSCHENTSCHER, Grundprinzipien des Rechts, Berne/Stuttgart/Vienne 2003, p. 170.
- 30 Voir ARNET (n. 29), pp. 310–312, n^{os} 422–429 pour une synthèse; moins nuancé, TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, thèse Fribourg, Fribourg 2003, not. pp. 207 et 283, n^{os} 660 et 931; voir aussi TAREK NAGUIB, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater, PJA 2009, pp. 993–1017, 1005–1010.
- 31 Voir notamment MARTI (n. 23), n^o 191 ad Vorbem. zu Art. 5 und 6; voir aussi ARIANE MORIN, Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil suisse, RDS 2007 II 203–236, 222 s.
- 32 Sur ce point, voir spécialement ARNET (n. 29), pp. 320–327, n^{os} 441–451; PÄRLI (n. 28), pp. 484–502, n^{os} 1256–1294, à propos de l'art. 2 CC en général.
- 33 Comp. DAVID DÜRR in: Gauch/Schmid (n. 23), n^{os} 221 et 223 ad art. 1.
- 34 Se fondant sur les différents critères d'interprétation, le TF a estimé que le Code civil (cf. art. 264a CC) exclut l'adoption conjointe d'un enfant par des concubins (ATF 129 III 656, c. 4.4; STEINAUER [n. 23], p. 129, n^o 374). Il convient cependant de réserver l'hypothèse où le droit suisse serait jugé contraire au droit international, à l'art. 8 CEDH en particulier (à ce sujet, voir CourEDH, arrêt *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007, n^o 39051/03, Rec. 2007-XIV, §§ 76–88, qui considère que, s'agissant d'un adopté majeur et handicapé, la solution du droit suisse est contraire à l'art. 8 CEDH; sur la portée de cet arrêt, voir FELIX SCHÖBI, Stiefkind-adoption und Konkubinats, recht 2008, pp. 99–108, 105 s.; MICHEL HOTTELLIER, Couples de concubins et adoption: une avancée jurisprudentielle originale, Jusletter du 6 octobre 2008).

tière³⁵. Le terme «Suisse(sse)s» de l'art. 59 al. 2 Cst. féd. ne saurait, par exemple, être interprété comme visant également les personnes de sexe masculin de nationalité suisse, en vue de corriger l'éventuelle inégalité résultant du premier alinéa de cet article et de la législation militaire.

En second lieu, l'art. 190 Cst. féd. oblige le Tribunal fédéral et les autres autorités chargées de l'application des règles de droit à appliquer les lois fédérales et le droit international. Il en résulterait «pour l'interprétation du droit (privé) que, lorsque la démarche interprétative permet d'établir la volonté du législateur, cette volonté ne peut être ni écartée ni même nuancée au vu des règles constitutionnelles»³⁶. Quelques arrêts du Tribunal fédéral paraissent s'inscrire dans cette optique³⁷. L'art. 190 Cst. féd. concerne cependant l'application des règles de droit, non leur interprétation³⁸. Certes, l'une et l'autre sont généralement liées. Il n'en demeure pas moins que le fait d'étendre ou de restreindre de manière excessive la portée d'une règle revient à interpréter celle-ci de manière erronée. L'analyse serait identique en l'absence de l'art. 190 Cst. féd.³⁹. Par ailleurs, le souci de respecter la Constitution fédérale ainsi que les valeurs qui sous-tendent les droits fondamentaux doit correspondre à la volonté présumée du législateur⁴⁰. Une volonté contraire fait défaut dans l'immense majorité des cas. Enfin, les limites qui résulteraient de l'art. 190 Cst. féd. sont largement théoriques s'agissant de l'interprétation conforme aux droits fondamentaux puisque la plupart de ceux-ci sont également garantis par des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la Suisse⁴¹.

2. *La concordance pratique*

Les droits fondamentaux ne sont pas séparés les uns des autres de manière étanche. Bon nombre de relations juridiques sont régies par plusieurs droits fondamentaux ou, à tout le moins, sont susceptibles d'être influencées par ceux-ci.

35 Dans le même sens, ULRICH HÄFELIN, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Festschrift für Hans Huber, Berne 1981, pp. 241–259, 257 s., qui se fonde, à juste titre, sur le principe de la légalité et la sécurité du droit; HANS MICHAEL RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2^e éd., Berne et Zurich 2003, p. 61, n^o 67; voir aussi FRANZ WERRO in: Pichonnaz/Foëx (n. 29), n^o 24 ad art. 1, qui retient les impératifs pratiques de la fidélité au texte et de la prise en compte du contexte; STEINAUER (n. 23), pp. 113–116, n^{os} 329–337, qui se fonde pour sa part sur le principe de la bonne foi; à propos du droit pénal, voir GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 3^e éd., Berne 2005, pp. 93 s., n^{os} 29–30.

36 STEINAUER (n. 23), pp. 116 s., n^o 339 et pp. 96 s., n^o 288 (relation entre les art. 35 al. 3 et 190 Cst. féd.).

37 ATF 133 III 257, c. 2.4; ATF 113 II 406, c. 3a, qui opère un lien entre l'art. 113 al. 3 aCst. féd. et l'interprétation du droit ordinaire.

38 Voir ATF 129 II 249, c. 5.4; HÄFELIN (n. 35), p. 251, à propos de l'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst. féd.); RHINOW/SCHEFER (n. 2), p. 114, n^o 561.

39 Dans le même sens, HÄFELIN (n. 35), p. 251.

40 Comp. ATF 130 II 65, c. 4.2 et les réf. Voir aussi WALTER KÄLIN, note in: RJB 2008, p. 739.

41 Voir *infra* C.I.4.a.

Dans une telle situation, le Tribunal fédéral indique parfois qu'il recherche, autant que possible, une «concordance pratique» entre les intérêts en jeu⁴². Celle-ci implique des concessions réciproques⁴³ et est censée permettre de sortir du schéma classique de la balance des intérêts et d'éviter «le danger de faire céder une prescription <applicable> au cas juridique concret au profit d'une autre en utilisant des arguments aussi problématiques que ceux de la <priorité>, de la <plus grande valeur> de certains biens ou <intérêts> constitutionnellement protégés»⁴⁴.

La recherche d'une telle concordance pratique est évidemment louable et souhaitable⁴⁵. Elle suppose cependant qu'un terrain de concessions réciproques existe entre les intérêts sous-jacents aux droits fondamentaux concernés. En cas de collision frontale entre ces intérêts, la concordance pratique tient quelque peu de la figure de style et ne dispense pas, en fin de compte, de procéder à une certaine balance des intérêts en présence⁴⁶. Lorsqu'un employeur offre un salaire plus faible à une femme que celui qu'il verse à un homme effectuant un travail *a priori* de valeur égale, les intérêts et droits en jeu s'opposent. L'employeur se prévaut – à tort ou à raison – de la liberté contractuelle, tandis que l'employée invoque l'interdiction de la discrimination salariale. Quelle place reste-t-il, en fin d'analyse, à la concordance pratique?

3. *La balance des intérêts*

L'application des droits fondamentaux implique souvent de mettre en balance des intérêts en tout ou partie contradictoires. Les restrictions à ces droits doivent être évaluées à l'aune du principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. féd.). Cette opération est bien connue lorsqu'une autorité ou un autre titulaire de la puissance publique se fonde sur un intérêt public et que des particuliers invoquent des intérêts privés, voire un autre intérêt public.

La doctrine largement majoritaire⁴⁷ et la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴⁸ s'accordent sur le point que les droits fondamentaux ne s'appliquent, sous ré-

42 ATF 129 I 173, c. 5.1; ATF 127 I 164, c. 3c. Voir MICHEL HOTTELLIER, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in: Merten/Papier (n. 10), pp. 121–140, 133, n° 28; YVO HAN-GARTNER, in: Ehrenzeller et al. (n. 23), n° 21 ad art. 5; RHINOW/SCHEFER (n. 2), p. 227, n° 1126.

43 KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20^e éd., Heidelberg 1995, n°s 72 et 317 ss; SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK, La proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2001, p. 709, n° 1006.

44 FRIEDRICH MÜLLER, Discours de la méthode juridique, traduit par Olivier Jouanjan, Paris 1996, p. 287.

45 Voir notamment ELISABETH CHIARIELLO, Der Richter als Verfassungsgeber?, Zurich/St-Gall 2009, p. 414; TSCHENTSCHER/LIENHARD (n. 27), p. 71, n° 160.

46 HAUSHEER/JAUN (n. 23), n° 179 ad art. 1. Friedrich Müller paraît l'admettre lui-même (FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, Juristische Methodik, vol. I, 9^e éd., Berlin 2004, p. 373 s., n° 392).

47 Voir, parmi de nombreux auteurs, PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, thèse Zurich, Zurich 2002, pp. 135–154 et les réf.; RHINOW/SCHEFER (n. 2), p. 235, n°s 1171–1172.

48 Voir, par exemple, ATF 133 III 167, c. 4.2.

serve d'exceptions et de situations particulières, pas directement aux relations entre particuliers. Ils déploient néanmoins des effets dans ces relations, qu'il serait trop réducteur de qualifier uniquement d'*indirects*⁴⁹. Chaque partie à une telle relation peut chercher à s'appuyer sur les droits fondamentaux pour légitimer sa position. L'éditeur d'un journal se fondera sur la liberté des médias ou la liberté économique pour renoncer à publier une interview qu'il juge inintéressante ou choquante pour ses lecteurs. La personne interviewée brandira alors la liberté d'opinion et d'information.

La balance des intérêts en jeu dans les relations entre particuliers représente un exercice extrêmement délicat, en tant que les droits fondamentaux sont concernés, ne serait-ce qu'indirectement⁵⁰. Est-ce à dire que ceux-ci se neutralisent ou se paralysent réciproquement, si bien qu'il convient d'en faire abstraction⁵¹? Un tel raisonnement ne vaut pas de manière générale, à défaut de quoi l'art. 35 al. 3 Cst. féd. serait pratiquement dépourvu de toute portée lorsque chaque partie à la relation en cause peut se prévaloir d'un droit fondamental. En réalité, une mise en balance des intérêts en jeu s'avère nécessaire⁵². L'étape suivante consiste à esquisser des critères en la matière. Trois au moins semblent pertinents:

- La protection de la *dignité humaine*: un refus d'engager une personne en raison de la couleur de sa peau porte atteinte à sa dignité, alors que la liberté invoquée par l'employeur n'entretient au mieux qu'un lien fort ténu avec cette valeur fondamentale⁵³.
- *Le besoin particulier de protection* d'une des parties à une relation juridique: la situation d'un individu discriminé ou dont la liberté est restreinte par une entreprise en position de puissance – une grande régie immobilière par exemple – ou, *a fortiori*, en position dominante appelle, dans certains cas, une protection particulière⁵⁴.
- Le rapport avec le *bien juridiquement protégé* et, dans une optique plus large, avec l'*institution* au cœur d'un droit fondamental: l'intérêt d'une partie à une relation juridique est parfois assez éloigné du bien juridiquement

49 Voir *infra* C.IV.

50 Voir notamment MÜLLER (n. 10), p. 73, n° 31.

51 Dans ce sens, ANDREAS AUER, *Freiheitsrechte im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum*, ZBl 1993, pp. 2–14, 14, n° 26, qui examine surtout le conflit entre libertés; voir aussi MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, *Vertikale Preis- und Gebietsabreden*, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch, *Kartellgesetzrevision 2003*, Zurich 2004, pp. 69–125, 78–80.

52 Comp. ATF 130 II 425, c. 3.3 et 4–6 (application du principe de la proportionnalité dans des relations de travail); HAUSHEER/JAUN (n. 23), n° 179 ad art. 1; MANUEL JAUN, *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, RJB 2007, pp. 457–494, 472.

53 Voir VINCENT MARTENET, *La protection contre les discriminations émanant de particuliers*, RDS 2006 I 419–458, 427 et 439 s.

54 Voir déjà ROGER ZÄCH, *Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung*, RSJ 1989, pp. 1–12 et 25–27, 26; GIOVANNI BIAGGINI, *BV – Kommentar*, Zurich 2007, n° 21 ad art. 35; TSCHANNEN (n. 18), p. 128, n° 68. Pour l'entreprise en position dominante, voir art. 7 al. 2 let. a et b de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251).

protégé par un droit fondamental et de l'institution au cœur de celui-ci, contrairement à l'intérêt de l'autre partie. Une entreprise privée exploitant des cars qui consentirait des rabais aux enfants naturels mais en priverait les enfants adoptifs se retrancherait sans doute derrière la liberté contractuelle garantie par le Code des obligations et la Constitution fédérale⁵⁵. Son intérêt ne serait évidemment pas sans rapport avec l'autonomie privée, valeur et institution au cœur de la liberté économique⁵⁶. L'intérêt des enfants adoptifs revêtirait cependant un lien beaucoup plus fort avec la protection de la famille, valeur et institution protégées par la Constitution fédérale⁵⁷ ainsi que par divers instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁵⁸.

Ces critères revêtent un poids particulier dans la mise en balance des intérêts. Un conflit entre ces différents critères devrait en principe être réglé au profit de la dignité humaine – valeur essentielle au cœur des droits fondamentaux⁵⁹. Un conflit entre deux formes de protection de la dignité humaine implique une balance des intérêts très fine, au cas par cas⁶⁰.

4. La non-application de règles de droit

a) L'art. 190 Cst. féd. et ses limites

En cas de conflit – insoluble par l'interprétation – entre le droit ordinaire et les droits fondamentaux, ceux-ci priment en principe celui-là. Confrontées à des règles de droit directement ou indirectement protégées par l'art. 190 Cst. féd., les autorités d'application du droit peuvent constater, dans les considérants de leurs décisions, que ces règles, telles qu'appliquées dans le cas concret, violent les droits fondamentaux⁶¹. Ni l'art. 190 Cst. féd., ni le reste du droit fédéral n'empêchent non plus qu'une autorité d'application du droit indique à l'occasion d'un contrôle concret que, selon elle, une règle de droit est d'une manière

55 Art. 27 Cst. féd. qui garantit la liberté économique incluant la liberté contractuelle (ATF 130 I 26, c. 4.3).

56 Message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle Constitution fédérale (ci-après: Mess. Cst. féd.): FF 1997 I 1 ss, 176.

57 Art. 13 al. 1 et 14 ainsi que 8 al. 2 Cst. féd.

58 Art. 8 et 14 CEDH; art. 2 § 2 et 10 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I; RS 0.103.1); art. 2 § 1, 17, 24 et 26 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II; RS 0.103.2); voir aussi art. 16 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE; RS 0.107).

59 Mess. Cst. féd.: FF 1997 I 142; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4^e éd., Berne 2008, p. 1, n° 2; voir aussi PHILIPPE MASTRONARDI, Verfassungslehre, Berne/Stuttgart/Vienne 2007, p. 283, n° 859.

60 Dans le même sens, à propos de la problématique très complexe de l'aide active au suicide, cf. SCHWARZENEGGER (n. 2), n° 6 *in fine* ad vor Art. 111; voir aussi MARTIN A. DUNCKER, Strafrechtlicher Lebensschutz *in vivo*, thèse Zurich, Hambourg 2006, p. 44.

61 Voir DÜRR (n. 33), n° 36 ad art. 1.

générale contraire à un ou plusieurs droits fondamentaux⁶². De surcroît, une norme constitutionnelle plus récente peut faire obstacle à l'application d'une norme protégée par l'art. 190 Cst. féd.

En outre, l'art. 190 Cst. féd. ne remet pas en cause la *primauté du droit international*⁶³. Du moment que la plupart des droits fondamentaux de la Constitution fédérale ou des constitutions cantonales sont également garantis par les instruments de protection des droits de l'homme liant la Suisse, ceux-ci font obstacle à l'application des règles internes de droit public, y compris constitutionnel, pénal ou privé qui leur sont contraires⁶⁴. Par ailleurs, le principe de l'interprétation conforme permet d'éviter bon nombre de conflits entre le droit interne et le droit international⁶⁵.

Enfin, même si le droit fondamental ou un aspect de celui-ci n'est garanti que par le droit interne, une norme protégée par l'art. 190 Cst. féd. ne s'applique pas si cela engendre un abus de droit (art. 2 al. 2 CC)⁶⁶ ou porte atteinte à l'essence des droits fondamentaux (art. 36 al. 4 Cst. féd.)⁶⁷. Un tribunal est autorisé à ne pas appliquer une norme lorsque les circonstances ont changé dans une telle mesure depuis l'entrée en vigueur de la loi qu'une application de la norme représenterait un abus de droit⁶⁸. Par ailleurs, les tribunaux et autres autorités d'application du droit ne sauraient appliquer une norme violant l'essence des droits fondamentaux, étant entendu que l'existence d'une telle norme paraît largement théorique. Une norme interdisant d'utiliser une langue dans les relations entre particuliers, telle que celle qui visait par exemple le breton en France, viole l'essence de la liberté de la langue (art. 18 Cst. féd.) et ne devrait pas être appliquée, même si elle figurait dans une loi fédérale.

62 Voir, par analogie, certains arrêts de la Cour suprême américaine (cf. par exemple *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 [2005], c. IV *in fine*).

63 ATF 136 II 241, c. 16; rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne: FF 2010 2067–2144, 2107 et 2110–2114; voir aussi STEINAUER (n. 23), pp. 97 s., n° 289.

64 Voir notamment MÜLLER (n. 5), pp. 123–125 et les illustrations; MAYA HERTIG RANDALL, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, RDS2010 II 221–380, not. 248–253. Le TF a récemment évoqué la jurisprudence *Schubert*, conduisant à appliquer une loi fédérale contraire au droit international (hors *ius cogens*) adoptée en pleine connaissance de cause (ATF 136 III 168, c. 3.3.4). Il serait bien inspiré de ne pas emprunter cette voie.

65 ATF 125 II 417, c. 4c, SJ 2000 I 202 (rés.); voir aussi HAUSHEER/JAUN (n. 23), n° 262 ad art. 1.

66 ATF 136 III 449, c. 4.5; WERRO (n. 35), n° 33 ad art. 1; STEINAUER (n. 23), pp. 234–236, n° 619–624, qui relève que la mise en œuvre de l'art. 2 al. 2 CC est en pratique exceptionnelle (p. 236, n° 623).

67 Comp. MÜLLER (n. 5), pp. 127 et 129.

68 ATF 133 III 257, c. 2.4, SJ 2007 I 461; ATF 129 III 656, c. 4.1 et les réf.; STEINAUER (n. 23), p. 235, n° 621; CHRISTINE CHAPPUIS in: Pichonnaz/Foëx (n. 29), n° 8 ad art. 2; voir cependant THOMAS GÄCHTER, Verständnis und Wandel des subjektiven Privatrechts und des Rechtsmissbrauchsverbots, in: Daniel Girsberger/Michele Luminati (édit.), ZGB: gestern – heute – morgen, Zurich/Bâle/Genève 2007, pp. 81–109, 103, qui préconise plutôt de se fonder sur l'art. 9 Cst. féd.

b) *La question de l'égalité dans l'illégalité*

La pleine réalisation des droits fondamentaux peut buter sur quelques principes. L'un d'entre eux vient en particulier à l'esprit, celui selon lequel il n'y a en principe *pas d'égalité dans l'illégalité*. La rigidité de ce principe apparaît particulièrement en cas de pratiques discriminatoires des autorités. Si un agent de police inflige une amende à une personne de couleur qui traverse un passage clouté au rouge, alors que nombreuses autres personnes ont commis la même infraction en même temps, sous les yeux de l'agent, il commet potentiellement une discrimination raciale. Si celle-ci est établie, il faut se demander si l'ordre juridique est plus menacé par l'éventuelle renonciation à appliquer la norme prévoyant une sanction ou par le fait de ne pas remédier à une discrimination raciale et de cautionner, à certains égards, celle-ci. Une place subsiste en faveur de l'interdiction de la discrimination dans l'illégalité dans des situations de ce genre⁶⁹, en particulier en droit administratif et en droit pénal. Cette forme d'interdiction de la discrimination est de nature à contribuer à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique.

Certes, l'art. 190 Cst. féd. pourrait de prime abord commander de ne pas annuler une amende fondée sur une norme qu'il protège directement ou indirectement. Une telle compréhension de l'art. 190 Cst. féd. ne tiendrait toutefois pas suffisamment compte de la *ratio legis* de cette disposition⁷⁰. Celle-ci impose fondamentalement aux autorités d'application du droit de ne pas contrecarrer les choix faits par le législateur fédéral ordinaire en refusant d'appliquer les règles qu'il a adoptées ou dont il a approuvé le principe. L'autorité judiciaire qui annulerait l'amende prononcée par l'agent de police à l'encontre de la seule personne de couleur ne remettrait nullement en cause le choix fait par le législateur, mais s'en prendrait à la pratique discriminatoire d'une autorité d'application du droit. Elle respecterait, en d'autres termes, la *ratio legis* de l'art. 190 Cst. féd. et rappellerait simplement que la loi est la même pour tous, étant précisé que, dans notre exemple, il ne serait pas possible de retrouver tous les piétons pour les sanctionner ultérieurement.

69 Pour le surplus, voir VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich et al./Paris/Bruxelles 2003, pp. 75–86, n^{os} 163–195. Sur la problématique de l'égalité dans l'illégalité, voir récemment PIERRE TSCHANNEN, *Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid*, ZBl 2011, pp. 57–85, qui met en exergue l'interdiction des comportements contradictoires (pp. 83–85), mais qui n'intègre dans son analyse ni l'interdiction de la discrimination, ni la dignité humaine.

70 Sur cette *ratio legis*, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 4), vol. I, pp. 659–668, n^{os} 1874–1890.

II. Le droit public (hors droit pénal)

1. *L'appui à une interprétation ou une application restrictive de règles de droit*

Les droits fondamentaux peuvent servir d'appui, décisif ou confirmatif, à une interprétation ou à une application restrictive de règles de droit. Cette influence ne fait pas fi des éléments traditionnels de l'interprétation. Ainsi un droit fondamental est-il parfois pris en compte lors de l'interprétation, notamment systématique ou téléologique, d'une règle. De plus, lorsqu'un droit fondamental est directement applicable à une relation juridique, il peut parfaitement restreindre la portée du droit ordinaire⁷¹, l'art. 190 Cst. féd. étant réservé. A titre d'illustration, une norme cantonale interdisant l'accès aux bâtiments publics aux animaux domestiques ou même aux chiens ne s'appliquera pas aux chiens de personnes aveugles ou malvoyantes. Cette interprétation restrictive – d'aucuns la qualifieront peut-être de réduction téléologique – permet d'éviter une discrimination du fait d'une déficience corporelle.

Cette forme de limitation de la portée de règles de droit public ne soulève aucune difficulté particulière lorsque les droits fondamentaux sont directement applicables à la relation en cause en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst. féd.⁷². Elle visera essentiellement les règles imposant des obligations aux particuliers ou restreignant leurs droits et libertés. L'impact limitatif peut aussi concerner des règles de droit public s'appliquant à une relation juridique soumise pour le surplus au droit privé⁷³.

2. *L'appui à une interprétation ou une application extensive de règles de droit*

Un droit fondamental peut servir de point d'appui, décisif ou confirmatif, à une interprétation ou une application extensive d'une règle de droit imposant des obligations ou des limitations aux autorités. Une telle extension est aussi susceptible de viser des règles de droit consacrant des droits subjectifs ou prévoyant des prestations en faveur des particuliers. Le Tribunal administratif fédéral a, par exemple, interprété la norme relative aux conditions pour l'attribution des

71 Pour une illustration, voir ATF 136 I 158, c. 3 (droit d'accès à la publicité télévisée, spot du «VgT»).

72 Une telle relation peut se nouer entre des particuliers, si l'un d'entre eux assume une «tâche de l'Etat» (cf. ATF 135 I 169, c. 4.2 [compagnie d'assurances privée pratiquant l'assurance-accidents obligatoire]).

73 Le contrat de transport avec une entreprise privée est soumis au droit privé (cf. art. 19–23 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs [LTV; RS 745.1]). L'obligation de transporter à laquelle fait face l'entreprise (art. 12 LTV) doit être interprétée en tenant compte notamment de l'art. 8 al. 2 Cst. féd.

parts de contingent tarifaire de viande halal⁷⁴ de manière conforme à la liberté économique (art. 27 Cst. féd.), ce qui a conduit *in casu* à étendre son champ d'application personnel⁷⁵. L'extension peut aussi concerner la seule application d'une règle de droit, lorsqu'un droit fondamental requiert l'application d'une règle de droit à une situation qu'elle ne vise en principe pas; cette démarche se traduit généralement par l'application par analogie de la règle en cause, que nous évoquerons ci-dessous.

Le Tribunal fédéral est souvent réticent à l'idée d'étendre la portée de normes prévoyant des *prestations sociales* en faveur des individus⁷⁶. Il s'agit cependant ici de tenir compte d'un droit fondamental lors de l'interprétation ou de l'application de telles normes. Ce faisant, le tribunal ou l'autorité raisonne et agit en considérant l'ordre juridique comme un tout. Cette «réconciliation» du droit ordinaire avec les droits fondamentaux contribue à la réalisation de ceux-ci dans l'ensemble de l'ordre juridique, conformément à l'art. 35 al. 1 Cst. féd.

Une telle démarche est sans conteste admissible lorsqu'elle vise les relations juridiques dans lesquelles les droits fondamentaux sont directement applicables compte tenu de l'art. 35 al. 2 Cst. féd. Elle n'est pas exclue mais est plus délicate pour les autres relations⁷⁷. Une mise en balance des intérêts s'avère alors nécessaire⁷⁸.

3. *L'interprétation et l'application de règles de droit par analogie*

L'application par analogie de règles relevant du droit public dans le cadre d'un même acte normatif ou entre actes normatifs est admissible dans son principe⁷⁹. Elle contribue à une meilleure réalisation de l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination (art. 8 Cst. féd.) dans l'ordre juridique, dans la mesure où des situations semblables sont, grâce à l'analogie, traitées de manière semblable. Par ailleurs, l'application par analogie d'une disposition légale relayant un droit fondamental renforce la réalisation de celui-ci.

Une règle de droit pressentie pour servir de point d'appui à l'analogie restreint parfois elle-même un droit fondamental – la protection de la sphère privée, par exemple. L'obligation de réaliser les droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique commande de renoncer à l'application par analogie d'une telle règle, à tout le moins si elle restreint indûment un droit fondamental. Ainsi,

74 Art. 18a al. 1 de l'ordonnance fédérale du 26 novembre 2003 sur le bétail de boucherie (RS 916.341).

75 TAF (10.07.2008) B-292/2008, c. 3.1.1; voir aussi TAF (23.07.2010) B-4362/2009, c. 2.2.4.

76 Voir néanmoins ATF 116 V 198, c. III/2 (droit à une rente de veuf).

77 Cette difficulté apparaît notamment dans le fameux arrêt relatif à *La Poste*: ATF 129 III 35, c. 5.2, JdT 2003 I 127 (voir *infra* C.IV.5). Voir INGBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Berne 2009, p. 177, n° 26.14.

78 Voir *supra* C.I.3.

79 Voir notamment PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsverfahren*, 3^e éd., Berne 2009, p. 199, n° 7.

l'interdiction des minarets (art. 72 al. 3 Cst. féd.) ne saurait viser par analogie d'autres édifices religieux. En revanche, lorsqu'une règle de droit restreint un droit fondamental de manière admissible au regard de l'art. 36 Cst. féd., son application par analogie n'est pas nécessairement exclue. Il convient toutefois de se demander si l'analogie concourt à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique ou, au contraire, l'entrave. Aussi s'agit-il de procéder à une balance des intérêts intégrant les exigences de l'art. 35 Cst. féd.

III. Le droit pénal

1. *L'appui à une interprétation ou une application restrictive de règles de droit*

Les droits fondamentaux doivent être pris en compte lors de l'interprétation et l'application de normes pénales au sens large (art. 6 et 7 CEDH) et peuvent servir de point d'appui, décisif ou confirmatif, à une interprétation ou une application restrictive de certaines d'entre elles⁸⁰. Ainsi, lors de l'interprétation et de l'application de la norme pénale relative aux atteintes ayant pour motif la discrimination raciale (art. 261^{bis} al. 4 CP), «il faut tenir compte de la liberté d'opinion (art. 16 Cst., 10 CEDH et 19 Pacte ONU II)»⁸¹. Dans une affaire concernant des affiches montrant des musulmans en train de prier face contre terre devant le Palais fédéral, à Berne, et portant le slogan suivant «Utilisez vos têtes! Votez UDC. Suisse, toujours libre!», le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne fallait pas interpréter trop restrictivement des propos tenus dans le cadre d'un débat politique, mais toujours les juger globalement, et que les affiches ne faisaient pas apparaître les musulmans comme étant de rang inférieur⁸². La prise en compte de la liberté d'opinion ou d'expression dans l'analyse est justifiée à notre sens. L'arrêt prête néanmoins à la critique car l'interdiction de la discrimination raciale est également garantie par le droit interne (art. 8 al. 2 Cst. féd.) et le droit international liant la Suisse⁸³. Or le Tribunal fédéral n'en fait pas état. A notre sens, il aurait dû sinon rechercher une concordance pratique, ce qui sem-

80 Voir ATF 134 IV 297, c. 4.3.5 (point de départ de la prescription); ATF 116 IV 31, c. 5a, JdT 1992 IV 28 (présomption d'innocence garantie par l'art. 6 § 2 CEDH, influençant l'interprétation de l'art. 173 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP; RS 311.0]). S'agissant de la relation entre l'interdiction d'exercer une profession (art. 67 CP) et la liberté économique (art. 27 Cst. féd.), voir CHRISTOPH HAFENMEYER in: Niggli/Wiprächtiger (n. 2), n° 6 ad art. 67.

81 TF (27.04.2009) 6B_664/2008, c. 3.1.2, RSDIE 2009, p. 457; ATF 131 IV 23, c. 3.1 et les réf. doctrinales.

82 TF (27.04.2009) 6B_664/2008, c. 3.1.2 et 3.2, RSDIE 2009, p. 457. Sur une problématique similaire, voir TAREK NAGUIB, Kampagne zur Minarettverbots-Initiative, Jusletter du 19 octobre 2009.

83 Outre les diverses formes d'interdiction de la discrimination raciale garanties par la CEDH, le Pacte ONU I et le Pacte ONU II, voir spécialement la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104) et, plus particulièrement, son art. 4.

blait difficile dans cette cause, du moins procéder à une balance des intérêts liés aux différents droits fondamentaux en jeu.

Les droits fondamentaux influent également sur l'interprétation et l'application de plusieurs dispositions de la partie générale du Code pénal en lien avec des dispositions de la partie spéciale. L'art. 28 CP relatif à la punissabilité des médias et les diverses normes pénales spéciales susceptibles de s'appliquer à ceux-ci méritent une mention particulière à cet égard. Ces dispositions pénales doivent être interprétées et appliquées en tenant compte des art. 16 et 17 Cst. féd., 10 CEDH et 19 du Pacte ONU II ainsi que de la jurisprudence y relative⁸⁴.

2. *L'appui à une interprétation ou une application extensive de règles de droit*

a) *Les enjeux et les principes*

L'extension de la portée de règles de droit par le biais de l'interprétation conforme aux droits fondamentaux est admissible, dans les limites indiquées plus avant⁸⁵, lorsque ces dispositions offrent des garanties aux particuliers face à l'Etat, sans péjorer la situation d'autres particuliers. Tant les garanties en faveur du justiciable prévenu d'une infraction⁸⁶ que celles bénéficiant à la victime sont concernées.

L'analyse est plus complexe lorsque la norme pénale incrimine un comportement et le rend passible d'une sanction. Un droit fondamental peut-il influencer, de manière extensive, sur l'interprétation et l'application de cette norme, eu égard notamment à l'art. 1 CP? L'interprétation extensive de la portée d'une norme pénale n'est rejetée, dans son principe, ni par le Tribunal fédéral⁸⁷ ni par la doctrine⁸⁸. Notre haute cour estime que des considérations de politique criminelle commandent, dans certains cas, de retenir une telle interprétation⁸⁹.

b) *Quelques illustrations*

La doctrine est partagée sur la question de savoir si la norme pénale visant la discrimination raciale englobe aussi les offres de logements et d'emplois⁹⁰. Le

84 FRANZ ZELLER in: Niggli/Wiprächtiger (n. 2), n° 2 ad art. 28.

85 Voir *supra* C.I.1.

86 S'agissant de la fixation de la peine selon l'art. 47 CP et, plus particulièrement, d'éléments d'individualisation de la peine non expressément mentionnés à cette disposition mais liés au droit à un procès équitable comme la violation de la présomption d'innocence ou le principe de la célérité (voir ATF 133 IV 158, c. 8; NICOLAS QUELOZ/VALÉRIE HUMBERT in: Robert Roth/Laurent Moreillon [édit.], Code pénal I, Commentaire romand, Bâle 2009, n°s 94–104 ad art. 47 et les réf.).

87 ATF 134 IV 297, c. 4.3.1; ATF 116 IV 134, c. 2, JdT 1991 IV 168.

88 Voir notamment PHILIPPE GRAVEN, L'infraction pénale punissable, 2^e éd., Berne 1995, pp. 40 et 54; JOSÉ HURTADO POZO in: Roth/Moreillon (n. 86), n°s 62–64 ad art. 1; MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/ NATHALIE DONGOIS/MARCELO F. AEBI, Précis de droit pénal général, 3^e éd., Berne 2008, p. 132, n° 809.

89 ATF 116 IV 134, c. 2, JdT 1991 IV 168.

90 Art. 261^{bis} al. 5, voire un autre alinéa, CP. Sur cette problématique, voir CFR (n. 6), p. 33.

texte de l'art. 261^{bis} CP est relativement ouvert sur ce point. Les travaux préparatoires indiquent plutôt que ces domaines ne sont pas visés par la norme pénale, tandis que le but de celle-ci et la prise en compte du droit international des droits de l'homme⁹¹ conduisent à un résultat inverse⁹². Une interprétation conforme à ceux-ci doit à notre sens être privilégiée⁹³.

Des droits de l'homme découlent diverses obligations positives impliquant l'adoption de normes pénales. Ces obligations peuvent influencer sur l'interprétation et l'application de normes pénales incriminant des comportements, pour autant que l'interprétation d'une disposition pénale reste dans les limites du sens que l'on peut attribuer à celle-ci⁹⁴. L'arrêt *Siliadin* de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁵ représente une bonne illustration de notre propos. Cette affaire concernait une adolescente d'origine togolaise, mineure durant l'essentiel de la période concernée, qui avait travaillé pendant plus de trois ans dans une famille française environ quinze heures par jour et dormi par terre dans la chambre des enfants, sans jour de repos, sans être payée ni scolarisée, sans papiers d'identité et sans que sa situation administrative ne soit régularisée. Selon la Cour, «conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'art. 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation»⁹⁶. Le Code pénal ne contient aucune disposition réprimant expressément l'exploitation du travail domestique. En revanche, plusieurs infractions pénales sont définies de manière suffisamment large pour être interprétées et appliquées à des états de fait similaires à celui de l'arrêt *Siliadin*. Les art. 181 (contrainte) et 182 (traite d'être humain)⁹⁷, voire 157 (usure)⁹⁸, viennent spécialement à l'esprit. L'un ou l'autre d'entre eux au moins recèle un po-

91 Art. 5 let. e ICERD et la pratique du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale.

92 Pour une synthèse des controverses doctrinales (le TF ne s'est pas encore prononcé), voir DORRIT SCHLEIMINGER METTLER in: Niggli/Wiprächtiger (n. 2), n^{os} 69–72 et 75 ad art. 261^{bis}.

93 Dans le même sens, MARCEL A. NIGGLI, Rassendiskriminierung – Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, 2^e éd., Zurich 2007, pp. 492–509, n^{os} 1583–1640 et les réf.; SCHLEIMINGER METTLER (n. 92), n^o 72 ad art. 261^{bis}; *contra*: STEFAN TRECHSEL/HANS VEST in: Stefan Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, n^o 41 ad art. 261^{bis} et les références.

94 Sur ces limites, voir ATF 134 IV 297, c. 4.3.1. Pour une approche en partie plus restrictive, PETER POPP/PATRIZIA LEVANTE in: Niggli/Wiprächtiger (n. 2), n^o 29 ad art 1 avec réf. aux divers courants doctrinaux.

95 CourEDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, n^o 73316/01, Rec. 2005-VII.

96 CourEDH, arrêt *Siliadin* (n. 95), § 112.

97 TF (27.04.2010) 6B_81/2010 et 6B_126/2010, c. 4; s'agissant de la jurisprudence de la Cour à propos de ce type de situations, cf. CourEDH, arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie* du 7 janvier 2010, n^o 25965/04, §§ 284–285 et 290–293.

98 ATF 130 IV 106, c. 7; voir notamment PHILIPPE WEISSENBERGER in: Niggli/Wiprächtiger (n. 2), n^o 28 ad art. 157; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal – Partie spéciale, n^{le} éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, n^o 1470 ad art. 157.

tentiel d'interprétation suffisant pour viser de tels états de fait⁹⁹. Ce potentiel doit être utilisé en vue d'interpréter le droit pénal conformément aux droits fondamentaux, de respecter les obligations positives résultant de la CEDH et d'assurer une protection effective de ces droits.

Une autre illustration montre que le droit pénal conserve une certaine malléabilité. Ainsi, l'infraction de contrainte sexuelle (art. 189 CP), contrairement à sa lettre trop restrictive, réprime le fait de contraindre une personne à subir ou à accomplir des actes d'ordre sexuel¹⁰⁰. Une telle interprétation correspond, selon le Tribunal fédéral, au sens et au but de la disposition légale ainsi qu'à la volonté du législateur¹⁰¹. Il aurait pu ajouter qu'elle contribue à la réalisation des droits fondamentaux garantis notamment par les art. 7 ainsi que 10 al. 2 et 3 Cst. féd., 3 CEDH et 7 du Pacte ONU II.

c) *Brève synthèse*

On nous rétorquera peut-être que le droit pénal se suffit à lui-même et qu'il n'est ni nécessaire ni opportun de mobiliser les droits fondamentaux lors de son interprétation et son application. Une telle vision méconnaîtrait les obligations ancrées à l'art. 35 Cst. féd. Même si l'interprétation conforme aux droits fondamentaux ne fait que confirmer une interprétation en quelque sorte autarcique du droit pénal, elle peut revêtir une certaine utilité. D'une part, elle réaffirme et, partant, renforce les liens entre les droits fondamentaux et le droit ordinaire. D'autre part, elle permet aux autorités administratives ou judiciaires d'application du droit pénal de se demander si celui-ci répond suffisamment aux exigences résultant des droits fondamentaux. Le cas échéant, elles peuvent envoyer, dans leurs décisions ou dans d'autres actes, des signaux au législateur¹⁰². Cette approche participe d'une conception de la séparation des pouvoirs comportant une coopération et un dialogue – tendu parfois – entre ceux-ci¹⁰³.

3. *L'interprétation et l'application de règles de droit par analogie*

Les droits fondamentaux peuvent servir de points d'appui à une utilisation limitée de l'analogie en vue de conforter l'interprétation retenue d'une disposition

99 Nous pensons principalement à l'art. 182 CP à propos de l'exploitation du travail (voir néanmoins VERA DELNON/BERNHARD RÜDY in: Niggli/Wiprächtiger [n. 2], n^{os} 10 et 27 ad art. 182, qui plaident plutôt pour une interprétation restrictive de cette disposition, sans toutefois tenir compte des enjeux en matière de droits fondamentaux; voir aussi HURTADO POZO [n. 98], n^o 2513 ad art. 182), subsidiairement à l'art. 181 CP et plus subsidiairement à l'art. 157 CP.

100 ATF 127 IV 198, c. 3, JdT 2003 IV 112.

101 ATF 127 IV 198, c. 3b, JdT 2003 IV 112. Pour une critique, voir THOMAS PROBST, Die Grenze des möglichen Wortsinns: methodologische Fiktion oder hermeneutische Realität?, in: Heinrich Honsell et al. (édit.), Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle/Genève/Munich 2004, pp. 249–269, 254–259.

102 S'agissant de l'arrêt du TF précité, cf. ATF 127 IV 198, c. 3b/bb *in fine*, JdT 2003 IV 112.

103 Voir aussi HÄFELIN (n. 35), pp. 255–257.

pénale. Ainsi, dans l'illustration relative à la contrainte sexuelle¹⁰⁴, le Tribunal fédéral aurait pu ajouter que tant la contrainte de subir un acte d'ordre sexuel que celle d'accomplir un tel acte portent atteinte à la dignité humaine et sont dégradantes. Aussi se justifie-t-il, au regard de divers droits fondamentaux¹⁰⁵, de traiter de manière analogue l'une et l'autre.

De plus, l'application par analogie de normes pénales conférant des droits subjectifs aux particuliers, améliorant la situation de ceux-ci¹⁰⁶, restreignant le domaine punissable¹⁰⁷ ou limitant l'activité des autorités est admissible dans son principe. Le cas échéant, elle contribue à la réalisation des droits fondamentaux lorsque ces normes relayent ceux-ci en droit ordinaire. L'art. 1 CP n'est pas touché dans ces cas. A titre d'exemple, l'art. 80 al. 1 let. c CP – norme pénale de nature administrative – permet de déroger en faveur du détenu aux règles d'exécution de la peine privative de liberté «pour que la mère puisse vivre avec son enfant en bas âge, pour autant que ce soit aussi dans l'intérêt de l'enfant». Cette norme n'est pas censée s'appliquer uniquement aux mères qui allaitent¹⁰⁸. Eu égard aux art. 8 et 14 CEDH en particulier, un père devrait pouvoir en bénéficier dans certaines circonstances à tout le moins, par exemple si la mère est décédée à la naissance de l'enfant.

Se fondant en particulier sur l'art. 1^{er} CP, le Tribunal fédéral n'admet en revanche pas que l'analogie serve à créer de nouveaux états de fait punissables ou à étendre de manière excessive la portée de dispositions existantes¹⁰⁹. La distinction entre une interprétation admissible d'une norme pénale, quoique défavorable au prévenu ou au condamné, et la création d'un nouvel état de fait punissable n'est guère aisée¹¹⁰. Il serait erroné de penser qu'une ligne nette sépare l'une et l'autre¹¹¹.

A titre d'illustration des limites de l'analogie, si la norme pénale incriminant la traite d'êtres humains (art. 182 CP) ne visait expressément que l'exploitation sexuelle et que tous les éléments d'interprétation de cette norme allaient dans le même sens, les autorités d'application du droit pénal devraient se tenir à cette limitation. Elles ne pourraient pas considérer, en se fondant sur l'obligation de réaliser les droits fondamentaux, que cette norme vise *par analogie* également

104 ATF 127 IV 198, c. 3, JdT 2003 IV 112.

105 Art. 7 ainsi que 10 al. 2 et 3 Cst. féd., 3 CEDH et 7 du Pacte ONU II.

106 Voir ATF 134 IV 297, c. 4.3.1 et 4.3.5 (prescription); ATF 122 IV 292, c. 2c, JdT 1998 IV 102 (renvoi postérieur dans un établissement pour alcooliques). Voir notamment GRAVEN (n. 88), pp. 54 s.; HURTADO POZO (n. 88), n° 42 ad art. 1 et les réf. doctrinales.

107 KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (n. 88), p. 132, n° 809.

108 Voir notamment ANDREA BAECHTOLD in: Niggli/Wiprächtiger (n. 2), n° 13 ad art. 80.

109 TF (27. 10. 2007) 6P.62/2007 et 6S.135/2007, c. 4.2; ATF 128 IV 272, c. 2, JdT 2002 I 641; ATF 127 IV 198, c. 3b, JdT 2003 IV 112. Voir notamment KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (n. 88), p. 132, nos 809–810; POPP/LEVANTE (n. 94), n° 21 ad art. 1; KRAMER (n. 23), p. 197.

110 ATF 128 IV 272, c. 2, JdT 2002 I 641; ATF 127 IV 198, c. 3b, JdT 2003 IV 112.

111 Dans le même sens, HURTADO POZO (n. 88), n° 66 ad art. 1; MARCEL A. NIGGLI, Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, PJA 1993, pp. 154–172, 166; voir aussi STRATEN-WERTH (n. 35), pp. 93 s., n° 29.

l'exploitation du travail – autre que de nature sexuelle – ou le prélèvement d'un organe d'une personne. Au demeurant, les art. 181 (contrainte) et 157 (usure) CP pourraient viser l'exploitation du travail d'une personne, si la portée de l'art. 182 CP était limitée à l'exploitation sexuelle. Le fait que la sanction soit plus faible ne paraît pas problématique, car les Etats parties à la CEDH jouissent d'une marge d'appréciation sur ce point.

Enfin, les droits fondamentaux peuvent mettre en lumière l'analogie existant entre deux comportements, l'un réprimé pénalement, l'autre non. Cette analogie ne suffit cependant pas pour faire obstacle à l'application de la norme pénale en cause. Il faut démontrer qu'un droit fondamental, en principe garanti par le droit international liant la Suisse compte tenu de l'art. 190 Cst. féd., commande de traiter de manière analogue les deux comportements *et* de ne pas les incriminer.

IV. Le droit privé

1. *L'appui à une interprétation ou une application restrictive de règles de droit*

L'autonomie privée revêt, aujourd'hui encore, une grande importance en droit privé¹¹². L'interprétation et l'application de celui-ci ne sont pas pour autant à l'abri des droits fondamentaux¹¹³. L'interprétation conforme aux droits fondamentaux, dont il a été question plus haut, peut restreindre la portée de diverses normes du droit privé¹¹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a, par exemple, vu une violation des art. 8 et 14 CEDH dans la règle du droit privé allemand exigeant le consentement de la mère lors de l'institution d'une autorité parentale conjointe sur un enfant de parents non mariés, alors qu'une telle restriction ne s'applique pas aux parents mariés¹¹⁵. L'art. 298a CC est affecté par cette jurisprudence¹¹⁶.

En outre, les droits fondamentaux concernent directement les relations soumises au droit privé dans deux cas au moins. En premier lieu, quelques droits fondamentaux s'appliquent directement à de telles relations. Il en va ainsi de l'égalité salariale entre femmes et hommes pour un travail de valeur égale¹¹⁷ et, sur divers points, de l'interdiction de la discrimination garantie par l'Accord sur

112 Voir néanmoins GÜNTER STRATENWERTH, Zum Verhältnis von Privatrecht, öffentlichen Recht und Strafrecht, in: JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BASEL (édit.), Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1985, pp. 415–429, 424–426.

113 Voir déjà ATF 4 434, c. 2.

114 Pour une illustration, voir ATF 120 II 276, c. 3, JdT 1996 I 106 (égalité de traitement justifiant l'interdiction d'inscrire au registre les titres de noblesse ou les particules qui ne figuraient pas dans les anciens registres). Pour le surplus, voir *supra* C.I.1.

115 CourEDH, arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009, n° 22028/04, §§ 42–65.

116 PHILIPPE MEIER, note in: Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2010, p. 124.

117 Art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd. Voir notamment ATF 133 III 167, c. 4.2; EGLI (n. 47), p. 153.

la libre circulation des personnes du 21 juin 1999¹¹⁸. En second lieu, les collectivités, autorités ou autres entités publiques ou privées assumant des tâches de l'Etat nouent souvent des relations soumises au droit privé. Ces relations sont, en principe, directement assujetties aux droits fondamentaux¹¹⁹. Ceux-ci peuvent dès lors faire obstacle à l'application de règles de droit privé ou restreindre la portée de ces règles, dans les limites de l'art. 190 Cst. féd.

2. *L'appui à une interprétation ou une application extensive de règles de droit*

Les droits fondamentaux peuvent aussi servir de points d'appui à une interprétation ou une application extensive de règles de droit privé ou conforter l'interprétation d'une norme de droit privé qui conduit à renforcer la protection, voire le traitement équitable, des individus¹²⁰. Tant le droit civil que le droit des obligations sont concernés.

L'art. 271 al. 1 CO relatif à l'annulabilité du congé en matière de bail à loyer, aux termes duquel «[l]e congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi», illustre de manière intéressante la problématique qui nous occupe. Le Tribunal fédéral¹²¹ et la doctrine¹²² estiment, à juste titre, que la résiliation donnée en raison de la race du locataire ou de son appartenance politique poursuit un but indigne de protection et est en principe annulable en vertu de l'art. 271 al. 1 CO. A notre sens, l'art. 8 al. 2 Cst. féd. peut être mobilisé pour conforter une telle interprétation – plutôt extensive – de cette disposition légale.

118 RS 0.142.112.681 (cf. en particulier l'art. 9 § 4 de l'annexe 1). Sur ce point, voir spécialement VINCENT MARTENET/VÉRONIQUE BOILLET, L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, *Annuaire suisse de droit européen* 2007/2008, pp. 311–339.

119 ATF 136 II 457, c. 6.2; ATF 127 I 84, c. 4c et les réf., JdT 2003 I 94; ATF 109 Ib 146, c. 4, à propos de la Banque nationale suisse; TAF (07.10.2010) B-3883/2009, c. 3.3, à propos des organismes d'autorégulation (prévention et lutte contre le blanchiment d'argent). Voir notamment PASCAL MAHON in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich/Bâle/Genève* 2003, n° 7 ad art. 35; TSCHENTSCHER/LIENHARD (n. 27), p. 69, n°s 155–156; ARNET (n. 29), p. 103, n° 137; SCHWEIZER (n. 23), n° 29 ad art. 35; RHINOW/SCHEFER (n. 2), pp. 232 s., n° 1155.

120 ATF 137 III 59 c. 4 (interprétation de l'art. 285 al. 1 CC en lien avec l'art. 8 al. 2 Cst. féd., de façon à tenir compte de tous les enfants d'une personne); ATF 134 II 235, c. 4.1 (consentement du mineur capable de discernement à un acte médical, cf. art. 19 al. 2 CC). Dans certains arrêts, le TF se borne à citer un droit fondamental, mais se dispense de l'examiner (cf. ATF 137 III 97, c. 3.4.1, à propos de l'art. 8 CEDH).

121 ATF 120 II 105, c. 3a *in fine*, qui cite l'exemple d'un congé donné à un locataire en raison de la couleur de sa peau.

122 Voir notamment DAVID LACHAT in: Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), *Code des obligations I, Commentaire romand, Genève/Bâle/Munich* 2003, n° 7 ad art. 271 et les réf. doctrinales ainsi que, du même auteur, *Le bail à loyer*, 4^e éd., Lausanne 2008, p. 736 et les réf.; PHILIPPE CONOD in: François Bohnet/Marino Montini (édit.), *Droit du bail à loyer*, Bâle 2010, n° 13 ad art. 271.

D'aucuns seront tentés de soutenir que le droit privé se suffit à lui-même et qu'il n'est ni nécessaire ni opportun d'intégrer les droits fondamentaux dans le processus de son interprétation et de son application¹²³. Une telle vision méconnaîtrait les obligations ancrées à l'art. 35 Cst. féd. Même si l'interprétation conforme aux droits fondamentaux ne fait que confirmer une interprétation en quelque sorte autarcique du droit privé, elle renforce le pont – voulu par le constituant – entre les premiers et le second.

3. *L'interprétation et l'application de règles de droit par analogie*

La démarche consistant à interpréter et appliquer des règles de droit par analogie est admise en droit privé. La doctrine est toutefois partagée notamment sur la question de savoir s'il faut rattacher l'application par analogie de règles du droit privé à l'alinéa 1 ou 2 de l'art. 1^{er} CC. Les explications d'EUGEN HUBER à l'appui de l'avant-projet de Code civil plaide plutôt pour l'alinéa 1²⁴. Il ne s'agit effectivement pas de combler une véritable lacune de la loi¹²⁵, en particulier si l'on considère le droit privé, voire l'ordre juridique, comme un tout. Il sied de dire ici quelques mots de cette problématique, mais uniquement dans la perspective des droits fondamentaux.

L'application par analogie de règles de droit contribue à la réalisation de l'égalité de traitement dans l'ordre juridique suisse¹²⁶. Compte tenu de l'art. 8 al. 1 Cst. féd., elle s'impose en principe aux autorités d'application du droit privé lorsque les points de comparaison entre deux situations commandent un traitement législatif semblable¹²⁷. Une telle obligation suppose cependant que la solution consacrée par la règle soit satisfaisante dans les cas qu'elle vise en premier lieu¹²⁸; une certaine marge d'appréciation doit subsister en faveur de l'autorité sur ce point¹²⁹.

123 Voir notamment ERNST HÖHN, *Die Bedeutung der Verfassung für die Auslegung der Gesetze*, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (édit.), *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zurich 1989, pp. 257–274, 264 s. et 268, à propos des libertés. L'auteur admet néanmoins une influence possible d'autres droits, en particulier de l'égalité entre les sexes (p. 268).

124 EUGEN HUBER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, 2^e éd., Berne 1914, p. 36 *in fine*.

125 Voir notamment HAUSHEER/JAUN (n. 23), n^o 202 ad art. 1; MORIN (n. 31), pp. 224 s.; STEINAUER (n. 23), pp. 131–133, n^{os} 383–384; pour une approche différente, voir KRAMER (n. 23), pp. 192–201.

126 Voir ERNST A. KRAMER, *Analogie und Willkürverbot*, in: *Beiträge zur Methode des Rechts*, Berne/Stuttgart 1981, pp. 99–129, 114 et du même auteur (n. 23), pp. 41 s. et 195–197; HAUSHEER/JAUN (n. 23), n^o 204 ad art. 1; STEINAUER (n. 23), p. 134, n^o 386.

127 Dans un sens proche, KRAMER (n. 126), p. 114; voir aussi HAUSHEER/JAUN (n. 23), n^o 204 ad art. 1.

128 Comp. HANS REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, Zurich 1915, p. 105; ARTHUR MEIER-HAYOZ in: Arthur Meier-Hayoz (édit.), *Berner Kommentar*, vol. I/1, Berne 1966, n^o 349 ad art. 1.

129 D'un avis différent, KRAMER (n. 126), p. 114, qui «tempère» l'égalité de traitement par l'interdiction de l'arbitraire (p. 124).

Il convient par ailleurs d'examiner l'impact de l'application par analogie sur la réalisation des droits fondamentaux. L'analogie contribue à la mise en œuvre et à la diffusion des droits fondamentaux dans le droit privé, lorsque les normes appliquées par analogie relayent ou concrétisent ceux-ci dans le droit ordinaire. L'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. sert de fondement constitutionnel, en sus de l'égalité de traitement, à une telle démarche. En revanche, lorsque les normes de droit privé censées être utilisées dans l'analogie restreignent, voire violent un droit fondamental, il faut se montrer plus prudent avant d'admettre leur application par analogie. Certes, l'égalité de traitement commande d'y recourir. L'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. s'y oppose plutôt. Une analyse plus fine s'impose; elle pourrait se fonder sur les principes que nous avons posés à propos du droit public¹³⁰. A titre d'illustration, une disposition légale discriminant l'épouse ne devrait pas être appliquée par analogie à la concubine.

4. *L'illicéité*

a) *Les enjeux et les principes*

L'illicéité au sens de l'art. 41 al. 1 CO ou des art. 19 et 20 CO peut-elle être aussi définie en se fondant sur les droits fondamentaux ou, à tout le moins, en se référant à ceux-ci? Cette question ne renvoie pas, à proprement parler, à la problématique classique de l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux, qui consiste essentiellement à interpréter une notion juridique indéterminée ou une clause générale de manière conforme à ceux-ci¹³¹. En effet, ni l'art. 20 al. 1 CO ni l'art. 41 al. 1 CO ne déterminent ce qui est illicite¹³².

Le Tribunal fédéral distingue, à propos de l'art. 41 al. 1 CO, l'illicéité de résultat (*Erfolgsunrecht*), qui suppose l'atteinte à un droit absolu du lésé, de l'illicéité du comportement (*Verhaltensunrecht*)¹³³. Cette distinction est critiquée et rejetée par plusieurs auteurs¹³⁴. Le Tribunal fédéral ajoute que l'illicéité du comportement suppose que l'acte dommageable viole une norme qui a pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte en cause¹³⁵. Il estime, à l'instar de la doctrine¹³⁶, que les normes susceptibles d'établir l'illicéité d'un comportement «peuvent résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il

130 Voir *supra* C.II.

131 Voir *supra* C.I.1.

132 Voir, à propos de l'art. 41 CO, WERRO (n. 35), n° 43 ad art. 1.

133 Voir notamment ATF 133 III 323, c. 5.1; ATF 132 III 122, c. 4.1 et les réf.

134 Voir récemment WALTER FELLMANN, *Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem – Versuch einer Zwischenbilanz*, RDS 2009 I 473–496, 485–495 et les nombreuses réf.

135 Voir notamment ATF 133 III 323, c. 5.1; ATF 132 III 122, c. 4.1; ATF 124 III 297, c. 5b.

136 Voir, parmi de très nombreux auteurs, KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. I, 5^e éd., Zurich 1995, p. 182, n° 42; FRANZ WERRO in: Thévenoz/Werro (n. 122), n° 56 ad art. 41 et du même auteur, *La responsabilité civile*, Berne 2005, p. 76, n° 293; CLAIRE HUGUENIN in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2007, n° 15 ad art. 19/20; HEINZ REY, *Ausserver-*

s'agisse du droit privé, administratif ou pénal; peu importe qu'elles soient écrites ou non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal»¹³⁷. Les normes entrant en ligne de compte dans le cadre des art. 19 et 20 CO peuvent aussi relever du droit public¹³⁸ et même être de rang constitutionnel¹³⁹.

L'*ordre juridique* apparaît dans la formule jurisprudentielle de l'illicéité de l'art. 41 al. 1 CO ou dans celle relative aux art. 19 et 20 CO. Or les droits fondamentaux en font partie et protègent des biens juridiques fondamentaux des particuliers. Certes, ils offrent une protection avant tout contre «[q]uiconque assume une tâche de l'Etat» (art. 35 al. 2 *in initio* Cst. féd.). Cependant, le développement de la théorie des obligations positives brouille les cartes¹⁴⁰. L'Etat est, il est vrai, le destinataire de ces obligations positives, mais bon nombre d'entre elles impliquent d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers¹⁴¹. L'art. 35 al. 3 Cst. féd. s'inscrit également dans cette optique. Aussi n'est-il pas exclu que les droits fondamentaux permettent, dans certains cas, de déterminer ce qui est licite et ce qui ne l'est pas ou plus¹⁴². Ces droits peuvent notamment contribuer à circonscrire les cas dans lesquels la réparation d'un préjudice purement économique se justifie au regard de l'art. 41 CO¹⁴³, comme le montre l'arrêt suivant qui portait en partie sur un tel préjudice.

b) Deux illustrations

Le Tribunal fédéral a jugé que les autorités appelées à examiner la licéité des moyens de combat dans les conflits collectifs de travail devaient prendre en compte l'art. 28 Cst. féd. (liberté syndicale), du fait que celui-ci «déploie un effet horizontal indirect (indirekte Drittwirkung) sur les relations de travail dans le secteur privé»¹⁴⁴. Il a examiné *in casu* les conditions d'application de l'art. 28 Cst. féd.¹⁴⁵, pratiquement comme si cette disposition était directement

tragliches Haftpflichtrecht, Zurich/Bâle/Genève 2008, n° 697 et les réf. doctrinales; FELLMANN (n. 134), pp. 494 s.

137 ATF 133 III 323, c. 5.1; voir aussi, en matière de logement, ATF 135 I 233, c. 5.4.

138 ATF 134 III 52, c. 1.1; voir notamment ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, vol. VI/1, Berne 1990, nos 148 s. ad art. 19–20; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, nos 648–649; HUGUENIN (n. 136), n° 15 ad art. 19/20.

139 KRAMER (n. 138), n° 148 ad art. 19–20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 138), n° 648.

140 Voir spécialement SAMANTHA BESSON, Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, in: Franz Werro (édit.), Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, Zurich/Bâle/Genève 2006, pp. 1–51, 15 ss; WERRO (n. 35), nos 76–90 ad art. 1.

141 Voir notamment BESSON (n. 140), pp. 19 ss; WERRO (n. 35), n° 80 ad art. 1.

142 Comp. ARNET (n. 29), p. 356, n° 489.

143 Sur ce point, voir notamment REY (n. 136), nos 703–712a.

144 ATF 132 III 122, c. 4.4.1 et les réf. doctrinales, Pra 2006 n° 107, pp. 731 ss.

145 ATF 132 III 122, c. 4.4.2 et 4.5. Voir THOMAS GABATHULER, Bundesgericht konkretisiert Streikrecht, plaidoyer 1/06, pp. 31–33; JEAN-BERNARD WAEBER, Droit de grève: exercice soumis à conditions, plaidoyer 6/06, pp. 64–69. Le Tribunal fédéral a ajouté une condition, celle de l'appartenance à une organisation (pour une critique, cf. AXEL TSCHENTSCHER, note in: RJB 2007, pp. 684–686).

applicable. Il ne s'agissait pas véritablement d'interpréter une notion juridique indéterminée comme le prescrit l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux¹⁴⁶, mais bel et bien de définir les contours de la licéité d'un comportement. L'approche suivie est fondée quant à son principe¹⁴⁷, même si le Tribunal fédéral aurait dû examiner de manière approfondie si les conditions de l'art. 41 CO étaient effectivement réunies¹⁴⁸.

Dans un arrêt concernant la limitation du cercle des bénéficiaires d'une fondation de famille, le Tribunal fédéral a estimé que le but d'une fondation excluant les femmes de ce cercle dès qu'elles se marient et changent de nom n'était ni illicite ni contraire aux mœurs¹⁴⁹. Dans cet arrêt, il n'a même pas cité l'art. 35 al. 1 ou 3 Cst. féd. et s'est borné à indiquer que «[l']autonomie privée et la liberté de disposer, en particulier la liberté de la fondation et du fondateur, ne sont pas limitées par l'interdiction des discriminations de droit constitutionnel»¹⁵⁰. Selon lui, l'art. 335 al. 1 CC relatif aux fondations de famille «n'a pas à être interprété conformément au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes garanti par l'art. 8 Cst.»¹⁵¹. Contrairement au précédent arrêt, l'application de l'art. 41 al. 1 CO n'était certes pas en jeu. Le Tribunal fédéral aurait néanmoins dû se demander si l'art. 8 al. 2 et 3 Cst. féd. peut servir de point d'appui à l'analyse de l'illicéité, voire de la contrariété aux mœurs du but d'une institution et, le cas échéant, à quelles conditions et dans quelles limites. Eluder toute discussion sur ce point n'est guère satisfaisant, même s'il n'est pas exclu que l'illicéité soit plus difficilement retenue lorsqu'un contrat ou l'acte d'une fondation est en cause¹⁵². A tout le moins le Tribunal fédéral aurait-il pu signaler au législateur la nécessité d'examiner la question¹⁵³. Une fondation de famille excluant les personnes de couleur faisant pourtant partie de la famille en question serait-elle aussi tolérée par notre haute cour? Une réponse négative à cette question revient à admettre d'impliquer, dans une certaine mesure au moins, les droits fondamentaux dans la réflexion¹⁵⁴.

146 Dans ce sens pourtant, TSCHENTSCHER (n. 145), p. 684.

147 THOMAS KOLLER, note in: RJB 2008, p. 323; d'un avis différent, CORINNE WIDMER, Die Haftung der Gewerkschaft im Arbeitskampf, ArbR 2007, pp. 65–154, 89 s. et 94 s.

148 KOLLER (n. 147), pp. 324–326; voir aussi WIDMER (n. 147), pp. 73; GIACOMO RONCORONI/FELIX SCHÖBI, Arbeitskampf und Haftung, Jusletter du 24 avril 2006.

149 ATF 133 III 167, c. 4.

150 ATF 133 III 167, c. 4.2 et la doctrine citée; dans le même sens, HAROLD GRÜNINGER, note in: successio 2007, pp. 188–194, 192. La question avait été laissée ouverte in: TF (23.11.2005) 5C.58/2005, c. 1.2.2.

151 ATF 133 III 167, c. 4.2. En revanche, s'agissant des corporations de droit public, voir ATF 132 I 68, c. 4, JdT 2007 I 398 (voir néanmoins ATF 134 I 257, c. 2.4 et 3). Concernant la jurisprudence de la CourEDH, voir l'arrêt *Pla & Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, n° 69498/01, Rec. 2004-VIII, § 59 (obligation d'interpréter un testament de manière conforme à l'interdiction de la discrimination).

152 Voir, à cet égard, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 138), n° 655 et les réf.

153 WALTER KÁLIN, note in: RJB 2008, p. 740.

154 L'art. 261^{bis} al. 5 CP ne vise pas cette hypothèse (absence de «prestation destinée à l'usage public»).

c) *Brève synthèse*

Les droits fondamentaux peuvent contribuer à définir et à délimiter la licéité d'un comportement ou du but d'une institution de droit privé.¹⁵⁵ Une grande prudence est cependant de mise avant de se fonder sur ces droits. L'illicéité ne saurait devenir le véhicule de l'application générale des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers¹⁵⁶. S'agissant des droits absolus en particulier, le droit pénal ou privé suffit en principe, sans qu'une mobilisation des droits fondamentaux soit nécessaire. Par ailleurs, les normes de comportement doivent être recherchées avant tout dans le droit ordinaire, privé et pénal, voire administratif¹⁵⁷, ne serait-ce que parce qu'il est plus précis.

Lorsqu'un comportement doit nécessairement connaître certaines limites dans la vie en société et que le droit ordinaire ne permet pas de les tracer, les droits fondamentaux peuvent prendre le relais¹⁵⁸, pour autant qu'ils protègent, directement ou indirectement, le lésé dans les droits atteints par l'acte en cause. Deux possibilités existent alors pour le juge. La première consiste à s'appuyer directement sur le droit fondamental, la seconde à définir une règle non écrite¹⁵⁹ sur la base d'un droit fondamental.

5. *La contrariété aux mœurs et l'ordre public*

Les droits fondamentaux permettent-ils, dans certains cas, de définir ce qui est contraire aux mœurs – autres normes externes à la loi, mais prises en compte par celle-ci – en vertu des art. 19 et 20 CO ou de l'art. 41 al. 2 CO? Dans son fameux arrêt concernant *La Poste*, le Tribunal fédéral a certes refusé d'appliquer directement les droits fondamentaux¹⁶⁰, mais a considéré qu'un devoir de contracter de droit privé peut résulter exceptionnellement de l'interdiction d'agir contrairement aux mœurs¹⁶¹. Aussi est-il possible d'établir un lien entre une problématique concernant un droit fondamental – la liberté des médias et de la presse¹⁶² – et les «bonnes mœurs»¹⁶³.

155 A propos de l'art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd., voir ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne 2009, p. 201, n° 10; voir notamment CourEDH, arrêt *Pla et Puncernau* (n. 151), § 59 (contrôle d'une clause testamentaire au regard de la CEDH).

156 Comp., à propos de l'art. 19 CO, ANDREAS ABEGG, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 146.

157 S'agissant du droit public, comp. KOLLER (n. 155), p. 228, n° 127.

158 Comp. ATF 130 III 28, c. 4.2 et la jurisprudence citée. Voir également SCHWEIZER (n. 23), n° 36 ad art. 35.

159 Sur les règles non écrites dans l'examen de l'illicéité, voir spécialement ROLAND BREHM in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, *Berner Kommentar*, vol. VI/1, 3^e éd., Berne 2006, n°s 42–52 ad art. 41.

160 ATF 129 III 35, c. 5, JdT 2003 I 127.

161 ATF 129 III 35, c. 6, JdT 2003 I 127.

162 Voir ATF 129 III 35, c. 5.1, JdT 2003 I 127.

163 Voir SCHWENZER (n. 77), p. 177, n° 26.14.

L'arrêt précité du Tribunal fédéral est certes critiquable en ce qu'il refuse d'appliquer les droits fondamentaux à *La Poste* pour l'activité de celle-ci soumise à la concurrence¹⁶⁴. Il est néanmoins intéressant car il ouvre la porte à une réflexion large sur ce que sont les mœurs selon le droit privé suisse. Les droits fondamentaux ne sont pas étrangers à cette réflexion. Lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est conforme ou non aux mœurs, il peut se justifier de prendre notamment en compte les valeurs fondamentales sous-jacentes aux droits fondamentaux¹⁶⁵, dans des limites à définir en fonction de chaque problématique. En cas de conflit entre ces valeurs, une pesée des intérêts s'impose.

En outre, les droits fondamentaux et les valeurs qui les sous-tendent peuvent contribuer à définir la notion d'ordre public de l'art. 19 al. 2 CO¹⁶⁶, si tant est que cette notion conserve une portée propre, ou celle du droit international privé suisse¹⁶⁷. Dans ce dernier domaine, l'impact de ceux-là sur celle-ci est admis par le Tribunal fédéral¹⁶⁸ et par une partie croissante de la doctrine¹⁶⁹. En ce sens, l'ordre public constitue une porte d'entrée supplémentaire des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers¹⁷⁰. Une grande prudence est néanmoins de mise sur ce point¹⁷¹, non seulement parce que bon nombre de droits peuvent être restreints, mais aussi parce que tous ne se prêtent pas à une réalisation dans les relations entre particuliers.

164 Voir notamment RUTH ARNET, note in PJA 2003, pp. 593–597, 595 s., ch. 2.2; YVO HANGARTNER, note in PJA 2003, pp. 690–693; WALTER KÄLIN, note in: RJB 2004, pp. 644–646.

165 La formule du TF est ouverte (ATF 133 III 167, c. 4.3: «principes et jugements de valeur inhérents à notre ordre juridique»). Dans le même sens que nous, voir KOLLER (n. 155), p. 240, n° 164; SCHWENZER (n. 77), p. 251, n° 32.17; KRAMER (n. 23), pp. 103 s. S'agissant des valeurs protégées, voir JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, thèse Fribourg, Fribourg 1988, pp. 170–197.

166 KRAMER (n. 138), n°s 163–164 ad art. 19/20.

167 Art. 17, 27 al. 1 et 190 al. 2 let. e de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291). Sur la portée différente des art. 17 et 27 al. 1 LDIP, voir ATF 134 III 661, c. 4.1; ATF 131 III 182, c. 4.1. Sur la différence entre l'art. 19 al. 2 CO et le droit international privé, voir notamment OLIVIER GUILLOD/GABRIELLE STEFFEN in: Thévenoz/Werro (n. 122), n° 67 ad art. 19/20.

168 ATF 129 III 250, c. 3.4.2, SJ 2003 I 393, qui cite les art. 11 al. 1 Cst. féd. ainsi que 3 § 1 et 9 § 1 CDE.

169 SIMON OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, thèse Neuchâtel, Zurich 1999, pp. 227 s., n°s 353–354 et les réf.; MONICA MÄCHLER-ERNE/SUSANNE WOLF-METTIER in: Heinrich Honsell et al. (édit.), *Internationales Privatrecht*, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2007, n° 15 ad art. 17 et, dans le même ouvrage, STEPHEN V. BERTI/ANTON K. SCHNYDER, n° 73 ad art. 190.

170 Voir OTHENIN-GIRARD (n. 169), p. 228, n° 353.

171 BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle/Genève/Munich 2005, n° 10^{bis} ad art. 18.

D. La reconnaissance de droits non écrits et le «droit prétorien»

I. La problématique

Si le droit ordinaire met largement en œuvre les droits fondamentaux, il présente cependant d'inévitables carences en la matière. Tel qu'entendu ici, le *droit prétorien* désigne les règles posées par les tribunaux en l'absence de dispositions légales applicables afin de répondre à de telles carences ou en substitution de règles jugées inapplicables parce que contraires aux droits fondamentaux¹⁷². Le juge peut-il prendre le relais du législateur resté passif, alors qu'un droit fondamental impose à ce dernier d'adopter des règles de droit¹⁷³? Cette question très délicate implique de se demander si, compte tenu des règles constitutionnelles et législatives applicables, l'adoption d'une règle prétorienne est possible, voire requise¹⁷⁴. L'analyse de cette problématique suppose d'avoir à l'esprit trois cas de figure.

En premier lieu, certains droits garantis par des instruments internationaux de protection des droits de l'homme *ne sont pas directement applicables*, en ce qu'ils ne confèrent pas des droits subjectifs déductibles en justice, selon le Tribunal fédéral en tout cas. Celui-ci considère en particulier que les droits économiques, sociaux et culturels du Pacte ONU I ne sont en principe pas directement applicables¹⁷⁵. Aussi appartient-il au législateur de les mettre en œuvre dans des actes normatifs. Or la législation fédérale ou cantonale comporte, aujourd'hui encore, diverses carences dans les domaines visés par les dispositions du Pacte ONU I et d'autres traités internationaux ratifiés par la Suisse.

En deuxième lieu, la plupart des dispositions matérielles de la CEDH et de ses protocoles comportent des *obligations positives* à la charge des Etats, dont un grand nombre visent les relations entre les particuliers. Certaines de ces obligations sont de nature législative; le législateur fédéral ou les législateurs cantonaux en sont les destinataires directs. En l'absence d'une mise en œuvre adéquate, suffisante et effective de ses obligations en droit fédéral ou cantonal, la

172 La distinction entre l'interprétation et l'adoption de règles prétoriennes en raison de l'absence de dispositions légales applicables est délicate (ATF 123 III 292, c. 2; comp. PIO CARONI, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 81, qui préconise de l'abandonner). Elle est floue et s'inscrit, à certains égards, dans un processus graduel (HAUSHEER/JAUN [n. 23], n° 92 ad art. 1; PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 4^e éd., Berne 2008, p. 409, n°s 23–25; KRAMER [n. 23], pp. 174–176). Il en va de même de la distinction entre l'interprétation et la création du droit (WERRO [n. 35], n° 44 ad art. 1). Vient cependant un point où la démarche du juge ne repose plus sur les critères d'interprétation. C'est ce phénomène que nous examinons dans les pages qui suivent. Nous utiliserons principalement le terme – plutôt flexible – de «droit prétorien», étant conscient qu'il existe une forme de continuum entre l'interprétation de normes écrites et l'adoption de règles prétoriennes (voir notamment KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3^e éd., Berlin et al. 1995, p. 187).

173 Voir aussi MAHON (n. 119), n° 13 *in fine* ad art. 35 et BIAGGINI (n. 54), n° 21 ad art. 35.

174 Comp. GIOVANNI BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, thèse Bâle, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 488.

175 ATF 136 I 290, c. 2.3; ATF 135 I 161, c. 2.2; ATF 133 I 156, c. 3.6.4, JdT 2008 I 407.

Suisse s'expose à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

En troisième lieu, toutes les autorités étatiques sont tenues de veiller et de contribuer à la *réalisation des droits fondamentaux* dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cette obligation résulte des différents alinéas de l'art. 35 Cst. féd. Certains droits fondamentaux ne sont cependant pas suffisamment «réalisés» dans l'ordre juridique ou dans les relations entre les particuliers, alors qu'ils s'y présentent. L'interdiction de la discrimination représente un bon exemple à cet égard.

II. Le droit public (hors droit pénal)

1. Les fondements du rôle du juge

Sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, le Tribunal fédéral avait reconnu plusieurs libertés non écrites¹⁷⁶ et déduit divers droits de l'art. 4 de ce texte¹⁷⁷. Il avait aussi développé plusieurs règles de mise en œuvre de l'interdiction de la double imposition intercantonale, garantie constitutionnellement¹⁷⁸. La nouvelle Constitution fédérale n'a pas restreint le pouvoir des autorités judiciaires en la matière¹⁷⁹. Aussi n'existe-t-il aucun obstacle de principe à la reconnaissance de droits fondamentaux non écrits¹⁸⁰ ou à l'adoption de règles prétoriennes mettant en œuvre des droits existants¹⁸¹. Force est cependant de constater que la nécessité de reconnaître des nouveaux droits fondamentaux par voie prétorienne apparaît généralement avec le temps¹⁸². Le catalogue des droits fondamentaux est, à cet égard, peut-être un peu récent pour être complété dès maintenant par de *nombreux* droits fondamentaux non écrits¹⁸³.

Il appartient avant tout aux organes *politiques* de mettre en œuvre les droits fondamentaux dans des actes normatifs de rang législatif ou réglementaire. L'adoption de règles prétoriennes en la matière entre essentiellement en ligne de compte lorsque l'organe politique compétent a failli à ses obligations de nature

176 Voir spécialement MICHEL ROSSINELLI, *Les libertés non écrites*, thèse Genève, Lausanne 1987; ANDRÉ GRISEL, *Les droits constitutionnels non écrits*, in: Haller/Kölz/Müller/Thürer (n. 123), pp. 53–77; CHIARIELLO (n. 45), pp. 17–33.

177 Voir spécialement ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich – Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, Berne 1985; CHIARIELLO (n. 45), pp. 33–43.

178 Art. 46 al. 2 aCst. féd.; voir désormais l'art. 127 al. 3 Cst. féd. Pour une synthèse, voir CHIARIELLO (n. 45), pp. 44–47 et les réf.

179 Voir notamment TSCHANNEN (n. 18), pp. 68 s., n° 44.

180 Voir notamment AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 4), pp. 38 s., n° 78–79; pour une analyse différente, voir TSCHENTSCHER/LIENHARD (n. 27), pp. 41–43, n° 87–89. La reconnaissance de droits fondamentaux non écrits sort du cadre de la problématique classique du comblement de lacunes, au sens où cette notion est généralement entendue (GRISEL [n. 176], pp. 54 s.). L'une et l'autre entretiennent cependant des liens entre elles (voir OSCAR A. GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2^e éd., Berne 1967, p. 133, qui parle de lacunes «praeter constitutionem»).

181 Voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 79), p. 107, n° 7.

182 Voir CHIARIELLO (n. 45), pp. 68–70.

183 Comp. KIENER/KÄLIN (n. 3), p. 24.

législative¹⁸⁴, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas légiféré dans un délai raisonnable compte tenu des droits en cause et de l'ensemble des circonstances. A cette relative primauté des organes politiques s'ajoute la traditionnelle retenue des juges lorsque des questions de principe se posent¹⁸⁵, lorsqu'une évaluation politique de la question s'impose¹⁸⁶, lorsqu'un principe peut être mis en œuvre de différentes manières¹⁸⁷, lorsque la matière à régler est complexe¹⁸⁸ ou encore lorsque les enjeux financiers sont importants¹⁸⁹. Cette primauté et cette retenue limitent certes, mais n'empêchent pas l'adoption de règles prétoriennes¹⁹⁰.

Il n'en demeure pas moins que le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale contient diverses garanties très générales comme les art. 7 (dignité humaine), 8 al. 1 (égalité), 10 al. 2 (liberté personnelle), 13 (protection de la sphère privée) et 29 (garanties générales de procédure). Il en va de même de la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier de ses art. 6 § 1 (droit à un procès équitable) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). Ces garanties en particulier permettent de développer un corpus de règles jurisprudentielles très étoffé. La tâche centrale des juges consiste ainsi en l'*interprétation* – dynamique le cas échéant – des droits fondamentaux, plutôt qu'en le comblement des lacunes en la matière¹⁹¹. La Cour européenne des droits de l'homme se plaît à rappeler que la CEDH est «un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles»¹⁹². Tel est aussi le cas des droits fondamentaux de la Constitution fédérale¹⁹³.

En somme, les enjeux les plus importants en matière de droits fondamentaux se situent, en droit public, avant tout sur le terrain de l'interprétation et de l'application de ceux-ci¹⁹⁴. Le comblement des lacunes du droit public par voie prétorienne¹⁹⁵ est possible mais revêt une importance limitée, à tout le moins lors-

184 Comp. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich et al. 2006, p. 39, n° 212; voir aussi SILVAN HUTTER, *Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht*, thèse Fribourg, Fribourg 1989, pp. 173 et 332–336.

185 ATF 117 V 318, c. 6b.

186 ATF 129 II 193, c. 4.2.4; ATF 120 Ia 329, c. 3, SJ 1995, p. 761.

187 ATF 130 I 113, c. 3.3; ATF 129 II 193, c. 4.2.4. Voir notamment HAUSHEER/JAUN (n. 23), n° 261 ad art. 1.

188 ATF 117 V 318, c. 5b.

189 ATF 119 V 277, c. 4b.

190 Voir également HUTTER (n. 184), p. 173.

191 Comp. PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, 2^e éd., Berne 1994, pp. 156 s., n° 2.4.4; encore plus affirmatifs sur ce point, TSCHENTSCHER/LIENHARD (n. 27) p. 42, n° 88.

192 Voir notamment CourEDH, arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009 (GC), n° 14939/03, § 80.

193 Mess. Cst. féd.: FF 1997 I 140: «[...] il est impossible de procéder à une codification exhaustive des droits fondamentaux: à l'avenir, leur contenu concret continuera d'être déterminé par la jurisprudence, selon un processus évolutif.»; RHINOW/SCHEFER (n. 2), p. 231, n° 1148.

194 Pour une approche similaire, voir ROSSINELLI (n. 176), p. 271; comp. BERNHARD RÜTSCHKE, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, thèse Berne, Bâle/Genève/Munich 2002, pp. 246–248; voir aussi, en Allemagne, LOTHAR MICHAEL/MARTIN MORLOK, *Grundrechte*, 2^e éd., Baden-Baden 2010, pp. 47 s.

195 Dans une optique plus large, voir notamment ROSSINELLI (n. 176), p. 63.

que les droits fondamentaux sont directement applicables et que les relations de droit public concernées tombent sous le coup de l'art. 35 al. 2 Cst. féd. Le débat est plus ouvert s'agissant des droits et buts sociaux, tout particulièrement en ce qu'ils impliquent des *prestations sociales* de l'Etat.

2. *Les droits et les buts sociaux*

Le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale contient quelques droits de nature sociale¹⁹⁶. Ceux-ci sont directement applicables, si bien que l'enjeu principal se rapporte à leur interprétation. La Constitution fédérale énonce en outre des buts sociaux, en son art. 41. L'alinéa 4 de cette disposition précise qu'«[a]ucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne peut être déduit directement des buts sociaux».

A notre sens, l'art. 41 Cst. féd., y compris son alinéa 4, n'empêche pas le Tribunal fédéral de reconnaître un droit fondamental non écrit en matière sociale, donnant le cas échéant droit à des prestations de la part de l'Etat. Si notre haute cour empruntait cette voie, elle se placerait au-delà de l'art. 41 Cst. féd. Il lui appartiendrait évidemment de soigneusement motiver son arrêt de principe, sans doute en se fondant sur des sources internes et internationales, de s'assurer du respect des conditions de reconnaissance d'un droit fondamental non écrit, à savoir celles de l'importance essentielle, du consensus et de la justiciabilité¹⁹⁷. Dans le passé, le Tribunal fédéral n'avait pas hésité à reconnaître un droit non écrit au minimum vital¹⁹⁸, droit éminemment social à des prestations de l'Etat¹⁹⁹.

Le Tribunal fédéral pourrait aussi être tenté, après avoir établi d'éventuelles carences du droit en vigueur, de mettre lui-même en œuvre les buts sociaux de l'art. 41 al. 1 et 2 Cst. féd. Dans ce cas, il resterait sur le terrain de cet article. Or l'esprit de l'art. 41 al. 4 Cst. féd., sinon sa lettre²⁰⁰, paraît s'opposer à des règles prétoriennes mettant directement en œuvre l'un ou l'autre but social de cet article sans s'appuyer sur une autre disposition constitutionnelle ou légale et conférant des droits subjectifs à des prestations de l'Etat²⁰¹. Le législateur fédéral ou, sur certains points, cantonal joue les premiers rôles en la matière²⁰².

196 Voir spécialement art. 11 (protection des enfants et des jeunes), 12 (droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse), 19 (droit à un enseignement de base), 28 (liberté syndicale) et 29 al. 3 (droit à l'assistance judiciaire gratuite) Cst. féd.

197 Voir notamment ROSSINELLI (n. 176), pp. 171 ss; GRISEL (n. 176), pp. 57–60.

198 ATF 121 I 367, c. 2, JdT 1997 I 278.

199 ATF 122 II 193, c. 2c/dd, JdT 1998 I 562.

200 Le droit subjectif se baserait sur la règle prétorienne et non directement sur l'art. 41 Cst. féd.

201 Comp. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER in: Ehrenzeller et al. (n. 23), n° 96 ad art. 41; voir, par analogie, HUTTER (n. 184), pp. 134–138, qui note que le mandat de créer une assurance maternité n'a pas donné lieu à des règles prétoriennes, contrairement à l'interdiction de la double imposition (voir aussi HANSJÖRG SEILER, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik*, RDS 2010 II 381–546, 483 s.).

202 Voir récemment ULRICH MEYER/EVA SIKI, *Bestand und Umsetzung der Sozialrechte in der Schweiz*, RSAS 2010, pp. 407–442, not. 439.

Enfin, le Tribunal fédéral a adopté une position très – trop – restrictive à l'égard de la justiciabilité des droits garantis par le Pacte ONU I²⁰³. Certains de ces droits ne sont pas mis en œuvre de manière suffisante au plan législatif en Suisse²⁰⁴. Une mise en œuvre prétorienne est-elle alors envisageable? Il conviendrait, outre l'adoption de dispositions législatives, plutôt de faire évoluer la jurisprudence sur la justiciabilité de plusieurs dispositions du Pacte ONU I. Celui-ci pourrait servir de point d'appui à la reconnaissance d'un droit fondamental non écrit ou à l'adoption d'une règle prétorienne comblant une lacune du droit public²⁰⁵. Une telle solution permettrait de sortir de l'impasse à laquelle conduit la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Elle n'est interdite ni par le Pacte ONU I ni par le droit suisse, même si la première voie – celle de la reconnaissance de l'applicabilité directe de certains droits – nous paraît préférable.

III. Le droit pénal

Le principe de la légalité revêt une importance particulière en droit pénal au sens large. Il est ancré dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme²⁰⁶, dans la Constitution fédérale²⁰⁷ et dans le Code pénal (art. 1 CP). Les tribunaux ne sont pas habilités à créer des nouvelles incriminations ou sanctions en vue de compléter le Code pénal ou une loi spéciale²⁰⁸. La voie prétorienne est fermée sur ce point, peu importe du reste que le silence du législateur à propos d'une incrimination soit qualifié ou non²⁰⁹. Un tribunal ne saurait, par exemple, incriminer de manière générale tout exercice de la prostitution au motif que celle-ci est contraire à la dignité humaine au sens de l'art. 7 Cst. féd. Certes, il est possible que le droit pénal suisse ne satisfasse pas à toutes les obligations positives de nature législative résultant de dispositions de la CEDH. Dans

203 ATF 136 I 290, c. 2.3; ATF 135 I 161, c. 2.2; ATF 133 I 156, c. 3.6.4, JdT 2008 I 407. Une partie importante de la doctrine considère, à juste titre, que cette jurisprudence est trop restrictive (voir en dernier lieu BARBARA WILSON, L'applicabilité des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le Pacte ONU I, PJA 2010, pp. 1503–1515).

204 Voir les observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, du 19 novembre 2010, n^{os} 5 ss.

205 Voir déjà ATF 125 III 277, c. 2d et e, JdT 2000 I 240, à propos du droit de grève en droit – privé en l'occurrence – du travail.

206 Art. 15 du Pacte ONU II et 7 CEDH. Voir aussi, s'agissant de la privation de liberté, art. 9 § 1 du Pacte ONU II et 5 § 1 CEDH.

207 Art. 5 al. 1, 31 al. 1 (privation de liberté), 36 al. 1 et 164 al. 1 let. c Cst. féd. Voir notamment ATF 129 IV 276, c. 1.1.1, JdT 2005 IV 44. Il en va de même du droit fiscal (cf. art. 127 al. 1 et 164 al. 1 let. d Cst. féd.). Nous n'avons cependant pas connaissance d'obligations positives en matière fiscale résultant de la CEDH, si bien que l'accent est mis ici sur le droit pénal.

208 ATF 134 IV 297, c. 4.3.1. Voir notamment GERMANN (n. 180), p. 125; GRAVEN (n. 88), pp. 54 s.; POPP/LEVANTE (n. 94), n^{os} 16 et 21 ad art. 1; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal – Partie générale, n^{le} éd., Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 47, n^o 128; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (n. 88), p. 132, n^{os} 809–810.

209 STRATENWERTH (n. 35), p. 95, n^o 33.

un tel cas, il convient d'interpréter le droit existant dans toute la mesure permise de façon à mettre en œuvre ces obligations. Le juge ne saurait toutefois s'affranchir des points d'appui habituels de l'interprétation du droit pénal. Le principe de la légalité, qui intègre celui de prévisibilité du droit, s'y oppose.

Si le juge n'est pas habilité à créer des nouvelles incriminations ou sanctions de façon à répondre aux obligations découlant d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme, il peut et même doit signaler au législateur les carences du droit suisse en la matière. Il appartient alors au législateur fédéral, compétent en matière de droit pénal (art. 123 al. 1 Cst. féd.), d'y remédier. Selon les cas, la responsabilité internationale de la Confédération peut être engagée.

En revanche, un comblement par le juge des lacunes véritables du droit pénal ou de la procédure pénale, qui ne correspondent ni à un défaut de la loi ni à un silence qualifié, demeure possible lorsqu'une norme favorable au prévenu ou au condamné²¹⁰, voire à la victime, fait défaut. Dans ce dernier cas, il convient sans doute de veiller à ce que la norme prétorienne ne péjore pas directement la situation du prévenu ou du condamné. Il n'existe aucun obstacle de principe en la matière, si bien que nous pouvons renvoyer *mutatis mutandis* aux développements qui précèdent à propos du droit public. La démarche consistant à identifier et à combler de telles lacunes devrait toutefois s'avérer peu fréquente en pratique. D'une part, l'interprétation et l'application de normes par analogie sont admises en la matière²¹¹. D'autre part, quelques garanties fondamentales comportent des notions indéterminées ouvrant largement la porte à l'interprétation. Si l'on s'en tient à la seule Constitution fédérale, on notera la grande confiance faite à ses interprètes. Ainsi, toute personne qui se voit privée de sa liberté «doit être mise en état de faire valoir ses droits» et toute personne accusée «de faire valoir les droits de la défense»²¹². Il revient tant au législateur qu'aux autorités d'application du droit d'interpréter la notion de «droits» ainsi que celle de «droits de la défense», qui sont au demeurant directement applicables²¹³.

IV. Le droit privé

1. Généralités

L'interprétation conforme aux droits fondamentaux contribue, comme nous l'avons vu, à la réalisation des droits fondamentaux²¹⁴. Il en va de la même de l'application par analogie de normes de droit privé²¹⁵. Quel rôle conserve alors

210 GERMANN (n. 180), p. 125; GRAVEN (n. 88), pp. 54 s.; STRATENWERTH (n. 35), pp. 95 s., n° 33; KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (n. 88), pp. 132 et 296, n°s 809 et 1625.

211 Voir *supra* C.III.3.

212 Art. 31 al. 2, 2^e phrase, et 32 al. 2, 2^e phrase, Cst. féd.

213 Voir, par exemple, ATF 134 I 92, c. 3.2.3; ATF 133 I 12, c. 5.

214 Voir *supra* C.I.1 et C.IV.

215 Voir *supra* C.IV.3.

le juge lorsqu'un droit fondamental ou un aspect d'un tel droit n'est pas réalisé de manière suffisante dans le droit privé? Cette question épineuse suppose d'avoir à l'esprit que «la loi» ou les «disposition[s] légale[s] applicable[s]» au sens de l'art. 1^{er} al. 1 et 2 *in initio* CC n'englobent pas *directement* les droits fondamentaux, sauf exception (art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd.). A défaut, ceux-ci seraient directement applicables aux relations entre particuliers. Or un tel système n'a pas été retenu par le constituant (cf. art. 35 al. 2 et 3 Cst. féd.). Par ailleurs, les droits fondamentaux ne sauraient s'appliquer de manière générale par analogie aux relations entre particuliers soumises au droit privé. Une telle démarche interprétative conférerait à ces droits un très large effet horizontal allant au-delà du système voulu par le constituant. Ni l'égalité de traitement ni l'interdiction de la discrimination (art. 8 Cst. féd.) ne régissent, par exemple, directement ou par analogie l'ensemble des relations interindividuelles.

Il convient néanmoins de prolonger la réflexion pour deux motifs au moins. D'une part, le juge civil prononce, à défaut de dispositions légales applicables et de règles coutumières, «selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur» (art. 1^{er} al. 2 CC). Cela implique de s'interroger sur les fondements du rôle du juge selon cette disposition et de se demander si une lacune dite «véritable» ou «proprement dite» ou, pour adopter une autre terminologie, la nécessité d'une règle prétorienne peut être mise en évidence par les droits fondamentaux. D'autre part, le juge civil peut être amené à définir une règle de substitution lorsque la règle qu'il aurait dû appliquer s'avère contraire au droit international ou à l'essence des droits fondamentaux (art. 36 al. 4 Cst. féd.) ou si son application entraînerait un abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Cette dernière disposition permet en effet de combler certaines «lacunes improprement dites»²¹⁶.

2. Les fondements du rôle du juge selon l'article 1^{er} al. 2 *in fine* CC

a) L'analyse de «la loi»

L'approche suivie par le Tribunal fédéral dans la plupart de ses arrêts²¹⁷ et la doctrine majoritaire de la seconde moitié du XX^e siècle²¹⁸ quant au rôle du juge selon l'art. 1^{er} al. 2 *in fine* CC est, en règle générale, plutôt fermée sur la loi appliquée et le système prévu par le législateur. Une lacune susceptible d'être comblée par le juge civil sur la base de cette disposition consiste avant

216 ATF 132 III 707, c. 2, JdT 2007 I 61.

217 ATF 132 III 707, c. 2, JdT 2007 I 61; ATF 121 III 219, c. 1d/aa; ATF 90 I 137, c. 3.

218 Voir notamment MEIER-HAYOZ (n. 128), n^{os} 41 s., 255–259 et 274 ad art. 1; HENRI DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Fribourg 1969, pp. 90 ss; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 44, n^o 27; STEINAUER (n. 23), pp. 129 s., n^o 376; voir déjà WALTHER BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zurich 1936, pp. 260 s. En droit public, voir notamment HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 184), p. 48, n^o 243.

tout en «un vide contraire à l'économie de la loi», traduction quelque peu imprécise de «planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes»²¹⁹.

Selon cette approche, une mise en œuvre insuffisante des droits fondamentaux – qui ne font en principe pas directement partie de «la loi» – dans le droit privé ne légitime en principe pas une règle prétorienne adoptée sur la base de l'art. 1^{er} al. 2 CC. A cet égard, les grands ouvrages des années soixante sur le Titre préliminaire du Code civil ne mentionnent généralement pas les droits fondamentaux²²⁰. Du reste, l'obligation de réaliser les droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique n'apparaissait pas expressément dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874²²¹. Dès lors, les arguments militant pour une interprétation restrictive du rôle du juge, selon les art. 1^{er} al. 2, voire 2 al. 1 ou 2 CC, confronté à des situations insatisfaisantes d'un point de vue éthique – notamment au regard des droits fondamentaux – paraissaient décisifs²²².

Si le rôle des droits fondamentaux est nettement réduit selon cette approche, il n'est pas pour autant nul. Une lacune visée par l'art. 1^{er} al. 2 CC est concevable lorsque le législateur a mis en œuvre un droit fondamental dans le droit privé, mais en a omis un élément, sans qu'il faille y voir un silence qualifié. Ce droit fondamental – plus précisément son élément involontairement omis – peut révéler l'existence d'une lacune susceptible d'être comblée.

b) *La prise en compte d'autres sources et éléments*

Si l'art. 1^{er} al. 2 *in fine* CC permet de tenir compte de sources et d'éléments hors de la loi appliquée ou, plus largement, du droit privé, les droits fondamentaux présentent alors un plus grand intérêt dans l'analyse. EUGEN HUBER lui-même admettait que soient prises en compte d'autres sources que le droit codifié²²³. L'existence d'une lacune relative à une institution qui fait défaut en droit privé n'était du reste pas exclue²²⁴. Une grande prudence est évidemment de mise

219 ATF 132 III 470, c. 5.2. Voir notamment MEIER-HAYOZ (n. 128), n^{os} 253 et 271–274 ad art. 1; DESCHENAUX (n. 218), p. 90; HAUSHEER/JAUN (n. 23), n^o 220 ad art. 1; TSCHENTSCHER (n. 29), pp. 131 s.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (n. 218), p. 44, n^o 27; STEINAUER (n. 23), pp. 129 s., n^o 376 et les réf.

220 Voir spécialement MEIER-HAYOZ (n. 128), n^{os} 288 ss ad art. 1; HANS MERZ in: Meier-Hayoz (n. 128), n^{os} 285 ss (n^{os} 371 ss en particulier) ad art. 2; DESCHENAUX (n. 218), pp. 90 ss.

221 BIAGGINI (n. 54), n^o 1 ad art. 35.

222 Voir spécialement MEIER-HAYOZ (n. 128), n^{os} 296 et 302–310 ad art. 1; voir aussi MERZ (n. 220), n^{os} 32 et 40 s. ad art. 2, qui met l'accent sur l'autonomie privée.

223 HUBER (n. 124), pp. 36 et 39; voir aussi VIRGILE ROSSEL/FRÉDÉRIC-HENRI MENTHA, Manuel de droit civil suisse, tome 1^{er}, Lausanne 1908, pp. 65 s.; ALFRED MARTIN, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse, Genève 1909, pp. 19 s.; AUGUST EGGER in: August Egger/Arnold Escher/Robert Haab/Hugo Oser (édit.), Zürcher Kommentar, vol. I, 2^e éd., Zurich 1930, n^o 36 ad art. 1; HANS REICHEL, Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Edgar Tatarin-Tarnheyden (édit.), Festgabe für Rudolf Stammer, Berlin/Leipzig 1926, pp. 281–358, 323 et 335 s.; ARTHUR BAUMGARTEN, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Berne 1939, pp. 56–63; plus récemment, voir CARONI (n. 172), pp. 75 et 157.

224 MAX GMÜR in: Max Gmür (édit.), Berner Kommentar, vol. I, 2^e éd., Berne 1919, n^o 24 a ad art. 1.

dans l'interprétation de textes anciens; il faut se garder de les solliciter à l'excès, ce d'autant plus que la teneur de l'art. 1^{er} CC diffère de l'avant-projet de 1900²²⁵. Une modification importante concernait le rôle de la doctrine et de la jurisprudence (art. 1 al. 3 CC)²²⁶. La fonction du juge n'était en revanche pas remise en question²²⁷. Cette conception du rôle du juge civil est relativement large et ouverte²²⁸; elle comporte une dimension évolutive²²⁹. Le juge prend en compte et est influencé par d'autres sources et éléments externes au droit privé qu'il applique²³⁰.

Le droit a évidemment évolué depuis le début du XX^e siècle. Une nouvelle Constitution fédérale a été adoptée et son élaboration a donné lieu à une réflexion approfondie sur les droits fondamentaux. Ces derniers ont pris une importance considérable dès la seconde moitié du XX^e siècle. Ils doivent désormais être considérés comme des sources susceptibles de mettre en évidence des carences du droit privé et même des lacunes susceptibles d'être comblées par le juge civil sur la base de l'art. 1^{er} al. 2 CC²³¹. Du reste, l'art. 35 Cst. féd. interdit à toutes les autorités politiques, administratives ou judiciaires de faire abstraction de ces droits. En somme, l'art. 35 Cst. féd. influe sur l'ensemble de l'art. 1^{er} CC. Le juge civil ne jouit pas pour autant d'une entière liberté, au nom de la réalisation des droits fondamentaux.

225 Voir notamment MARC AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes – Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, RDS 2007 II 237–286, 248–257.

226 GMÜR (n. 224), n° 24 ad art. 1.

227 ROSSEL/MENTHA (n. 223), p. 65; MARTIN (n. 223), p. 23; PIERRE LUCIEN-BRUN, *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le Code civil suisse*, thèse Grenoble, Grenoble 1920, p. 20; comp. CARONI (n. 172), p. 75.

228 Voir notamment LUCIEN-BRUN (n. 225), p. 22; JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Les origines et le rayonnement du Code civil suisse*, in: *Association franco-suisse de Paris II* (édit.), *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris 2008, pp. 9–34, 23; voir toutefois les limites évoquées par CARONI (n. 172), p. 75.

229 MAX GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berne 1908, p. 112; LUCIEN-BRUN (n. 227), p. 27.

230 Outre les auteurs cités à la n. 223, voir GMÜR (n. 229), pp. 104 s., à propos notamment de la morale; AMSTUTZ (n. 225), p. 255 et du même auteur, *Ouroboros – Nachbemerkungen zum pragmatischen Methodenpluralismus*, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, pp. 19–32, 20–23; dans une optique plus large, voir FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome II, 2^e éd., Paris 1919, pp. 74–93; WERRO (n. 35), n^{os} 18–24 ad art. 1. En droit public, voir notamment MOOR (n. 191), pp. 156 s., n° 2.4.4.

231 Voir HAUSHEER/JAUN (n. 23), n° 93 ad art. 1; CARONI (n. 172), pp. 75 s. Nous utilisons les termes «lacunes susceptibles d'être comblées» afin de refléter au plus près la compétence dévolue au juge civil. De telles lacunes peuvent bien être qualifiées de «véritables» ou de «proprement dites» lorsque le juge se fonde sur l'art. 1^{er} al. 2 CC. Il sied cependant de garder à l'esprit que la notion de lacune comporte de multiples facettes et que l'opposition entre lacunes proprement dites et lacunes improprement dites connaît des zones floues, voire s'est à certains égards estompée (cf. ATF 132 III 707, c. 2, JdT 2007 I 61; CHAPPUIS [n. 68], n° 8 ad art. 2).

3. *Les limites du rôle du juge*

Le juge civil n'est en aucun cas habilité à remédier à toutes les carences de l'ordre juridique en matière de réalisation des droits fondamentaux. La séparation des pouvoirs, le principe de la légalité et l'art. 190 Cst. féd. – sans que la liste soit exhaustive – s'y opposent sur le plan constitutionnel. La voie prétorienne connaît, en d'autres termes, diverses limites, si bien que le juge civil n'est légitimé à combler que certaines lacunes ou carences du droit privé en se fondant sur l'art. 1^{er} al. 2 ou sur l'art. 2 al. 2 CC. Plusieurs critères entrent en ligne de compte à cet égard et doivent être examinés tour à tour²³².

Confronté à une prétention qu'un particulier prétend tirer d'un droit fondamental à l'encontre d'un autre particulier, le juge civil doit tout d'abord déterminer si l'ensemble du droit privé, y compris les dispositions très générales comme l'art. 2 al. 1 CC²³³, apporte directement ou par analogie une réponse à la question soulevée. Si le juge arrive à la conclusion que le droit privé, interprété de manière conforme aux droits fondamentaux, y répond en raison d'une règle expresse ou d'un silence qualifié²³⁴, alors doit-il en principe s'y tenir (art. 190 Cst. féd.), sauf dans les hypothèses évoquées plus haut²³⁵. Dans celles-ci, le fait de ne pas appliquer une norme du droit privé peut ouvrir la porte à une règle prétorienne en quelque sorte de substitution²³⁶.

Lorsque le droit privé laisse *a priori* une place à du «droit prétorien», ce qui est aussi le cas lorsque la règle de droit privé applicable est très générale et qu'elle ne tient manifestement pas compte de l'évolution du droit supérieur et des circonstances intervenues depuis son adoption²³⁷, le juge civil doit ensuite analyser le *droit fondamental en jeu*. Certains droits fondamentaux – l'interdiction de la discrimination, par exemple – se prêtent à une réalisation dans les relations entre particuliers²³⁸, contrairement à d'autres droits fondamentaux

232 Pour de plus amples développements concernant en particulier l'interdiction de la discrimination, voir MARTENET (n. 53), pp. 434–445.

233 Sur ce point, voir spécialement MORIN (n. 31), pp. 220–223.

234 Le législateur n'a pas voulu étendre la protection du logement de famille (art. 266 m CO) aux concubins (voir notamment MURIEL BARRELET in: Bohnet/Montini [n. 122], n° 3 ad art. 266 m et les réf.). Ce silence qualifié doit être respecté par les autorités d'application du droit du bail, à moins que la limitation de l'art. 266 m CO soit à l'avenir jugée contraire à une norme internationale, par ex. à l'art. 8 CEDH.

235 Voir *supra* C.I.4.

236 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (n. 218), p. 46, n° 32. S'agissant de l'art. 160 al. 1 CC, voir ci-dessous pp. 281 s.

237 Comp. FRANZ BYDLINSKI, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Vienne 2005, pp. 63 et 88–91; pour le surplus, voir REICHEL (n. 128), pp. 135–142; LUCIEN-BRUN (n. 227), pp. 25–27; MARTENET (n. 53), p. 432 (il n'est à notre avis pas indispensable d'établir l'existence d'un abus de droit); voir aussi AMSTUTZ (n. 225), pp. 266 ss.

238 Voir récemment CFR (n. 6), pp. 60–62. Le législateur est partiellement intervenu dans ce domaine (voir notamment la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes [RS 151.1] ainsi que celle du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées [RS 151.3]).

tels que la plupart des garanties de procédure. Le noyau des droits fondamentaux, correspondant aux art. 2 à 4 CEDH, appelle une vigilance toute particulière du juge civil. Il en va de même des atteintes manifestes à la dignité humaine ou à l'essence des droits fondamentaux au sens respectivement des art. 7 et 36 al. 4 Cst. féd.²³⁹. Enfin, certaines obligations à la charge des Etats visent les relations entre particuliers. Quelques obligations de ce type figurent expressément dans des traités internationaux ratifiés par la Suisse²⁴⁰, alors que d'autres résultent notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Suisse est tenue de respecter ces diverses obligations, lesquelles signifient que la balance entre des intérêts concurrents a déjà été effectuée dans le texte de la convention ou par son interprète en dernier ressort. Le juge civil doit y être particulièrement sensible, *a fortiori* si les obligations sont précises.

Le législateur jouit d'une forme de primauté s'agissant de l'adoption de règles mettant en œuvre un droit fondamental²⁴¹. Cette primauté du législateur suppose que celui-ci adopte effectivement des actes normatifs lorsqu'il est tenu de légiférer²⁴². Ainsi est-elle relative car elle ne permet pas au législateur de bloquer indéfiniment ce processus de mise en œuvre en restant passif²⁴³. A défaut, la séparation des pouvoirs permettrait d'empêcher la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique; elle serait ainsi dévoyée. L'art. 190 Cst. féd. ne protège pas non plus, d'une manière générale, une telle passivité. Le législateur jouit sans conteste d'un *délai raisonnable* pour légiférer, dont la durée dépend du droit fondamental en jeu, de l'ampleur de la réforme législative requise et de la gravité de la situation. Il appartient au juge civil d'établir que le législateur a failli à son obligation en ne légiférant pas dans un délai raisonnable au regard de l'obligation en jeu et de l'ensemble des circonstances. A titre d'illustration, le législateur ne saurait différer éternellement l'adoption d'une règle égalitaire en matière de nom de famille, ne serait-ce que parce que l'art. 160 al. 1 CC est jugé contraire aux art. 8 et 14 CEDH²⁴⁴. Il est évidemment souhaitable et préférable que le législateur assume ses responsabilités sur ce point et ne se défausse pas sur les tribunaux. Le vote du Conseil des Etats du 7 juin 2011, établissant une égalité complète dans le choix du nom de

239 Voir MÜLLER (n. 5), pp. 127 et 129.

240 Art. 2 § 1 let. d ICERD; art. 2 let. e de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW; RS 0.108).

241 Voir PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3^e éd., Berne 1982, p. 318; CARONI (n. 172), p. 81, qui parle de «Regelungsprimat»; HAUSHEER/JAUN (n. 23), n^o 261 ad art. 1, qui parlent de «Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers».

242 Comp. GERMANN (n. 180), pp. 279–306, qui parle de «Primat des Gesetzes» et non du législateur.

243 Dans un sens voisin, SALADIN (n. 241), p. 319.

244 Sur ce point, voir récemment ATF 136 III 168, c. 3.3; pour les couples binationaux, voir CourEDH, arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse* du 9 novembre 2010, n^o 664/06, §§ 45–53. Comp. FELIX SCHÖBI, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, pp. 131–136, 134–136.

famille, est réjouissant à cet égard. Si une telle réforme devait finalement échouer et être reportée *sine die*, n'appartiendrait-il pas, en fin de compte, au juge *nolens volens* de rétablir une situation conforme au droit supérieur en assumant pleinement sa fonction de garant – ultime – des droits fondamentaux²⁴⁵?

En outre, la règle que le juge s'apprête à poser, quoique formulée de manière générale et abstraite, doit avoir un *impact sur l'issue du litige*. Il n'appartient en principe pas au juge civil de formuler des règles n'influençant pas le litige dont il est saisi, sauf s'il souhaite annoncer un changement de jurisprudence. Aussi la règle prétorienne est-elle, par essence, *justiciable*.

Comme toute autorité étatique, le juge civil est enfin tenu de respecter le principe de *proportionnalité*, lequel implique en fin de compte de procéder à une pesée des intérêts en présence²⁴⁶. Le fait que la vie, l'intégrité physique ou psychique d'une personne soit en jeu, qu'un besoin courant et essentiel soit concerné ou encore que la personne dont le comportement est en cause jouisse d'une position de puissance revêt notamment un poids particulier dans la balance des intérêts.

Le juge civil peut ainsi adopter des règles prétoriennes dont la nécessité est mise en évidence par les droits fondamentaux²⁴⁷. Le Tribunal fédéral l'avait admis dans quelques arrêts antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale²⁴⁸. Le Tribunal fédéral s'est fondé notamment sur le Pacte ONU I pour reconnaître, par voie prétorienne (art. 1^{er} al. 2 CC), le droit de grève²⁴⁹. Une telle approche correspond à la thèse soutenue ici.

En somme, une règle prétorienne est plus précisément admissible lorsque les différents critères qui précèdent plaident en sa faveur. Le juge doit encore s'assurer de la formuler de manière aussi claire et précise que possible et veiller à ce qu'elle s'insère dans l'ordre juridique. Sa décision doit évidemment être publiée afin d'être accessible aux justiciables. Une telle règle pourrait notamment définir les conséquences d'un refus discriminatoire – à raison de la race ou du

245 Voir, à cet égard, ATF 135 I 265, c. 4.2.

246 Voir spécialement MARTENET (n. 53), pp. 439 s. et les exemples; voir aussi DESCHENAUX (n. 218), p. 103. Dans une optique plus large, voir HOTTELIER (n. 42), p. 138, n° 43.

247 THOMAS FLEINER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in: Bernhard Schnyder/Peter Gauch (édit.), Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977, pp. 315–326, 324 s., à propos des droits résultant de l'art. 4 aCst. féd.; GEORG MÜLLER, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 1978, pp. 233–244, 242 s. (l'auteur se montre plus restrictif dans une publication récente [n. 10, p. 75, n° 35], mais l'argument qu'il donne pour limiter le rôle du juge [le manque de légitimation démocratique des droits fondamentaux] pourrait aussi être invoqué dans les relations de droit public); MÜLLER (n. 5), pp. 127 et 129; ARNET (n. 29), p. 108, n° 142; réticent, STEINAUER (n. 23), p. 97, note 44; d'un avis différent, notamment EGLI (n. 47), pp. 150 et 154.

248 ATF 125 III 277, c. 2, JdT 2000 I 240, à propos du droit de grève; voir aussi ATF 120 V 312, c. 3b.

249 ATF 125 III 277, c. 2d-f, JdT 2000 I 240, qui cite l'art. 8 § 1 let. d du Pacte ONU I (voir notamment MÜLLER [n. 5], pp. 121 s., qui estime cependant que la motivation de l'arrêt est par trop sommaire).

sexe en particulier – de contracter, lorsque le droit ordinaire n'apporte pas de réponse claire et satisfaisante sur ce point à l'aune des exigences du droit supérieur²⁵⁰.

4. *Le comblement des lacunes*

Indépendamment de ce qui précède, le juge civil comblant une lacune est tenu de choisir une règle respectueuse des droits fondamentaux et, lorsque différentes règles sont admissibles, de privilégier celle qui contribue le mieux à la réalisation des droits fondamentaux. Peu importe sur ce point que la lacune qu'il comble se rapporte à l'économie de la loi ou soit mise en évidence par des sources externes à celle-ci. Peu importe aussi en définitive que le juge se fonde sur l'art. 1^{er} al. 2 ou sur l'art. 2 CC²⁵¹. Chacun des trois alinéas de l'art. 35 Cst. féd. impose en effet des obligations au juge civil. L'obligation générale de l'al. 1 s'adresse à toutes les autorités étatiques. De plus, le juge civil exerce une tâche de l'Etat en prononçant selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur, si bien qu'il doit lui-même respecter les droits fondamentaux et contribuer à leur réalisation en vertu de l'al. 2. Enfin, il est confronté à des relations entre particuliers au sens de l'al. 3.

L'approche qui est défendue ici ne se trouve pas en porte-à-faux avec celle prônée par EUGEN HUBER. Celui-ci estimait, à propos de l'art. 1^{er} al. 2 CC, que le juge devait décider comme l'aurait fait le législateur s'il avait pensé aux cas auxquels il est confronté²⁵², en tenant compte de l'ensemble de l'ordre juridique²⁵³. Ainsi, la règle qu'il pose «doit respecter les principes et s'harmoniser avec l'ensemble de la législation en vigueur»²⁵⁴. Ces propos restent d'une complète actualité. Une telle approche signifie aujourd'hui de prendre en compte les droits fondamentaux lorsqu'il s'agit de combler les lacunes susceptibles de l'être²⁵⁵.

250 MARTENET (n. 53), p. 445; ARNET (n. 29), pp. 328–331, n^{os} 453–455; cf. aussi PÄRLI (n. 28), pp. 496 s., n^{os} 1281–1282. Sur les incertitudes entourant la portée des dispositions du droit privé, cf. CFR (n. 6), pp. 35 s.

251 La distinction s'est estompée selon le Tribunal fédéral lui-même (ATF 132 III 707, c. 2, JdT 2007 I 61).

252 HUBER (n. 124), p. 38. Voir notamment CARONI (n. 172), p. 159.

253 HUBER (n. 124), p. 39; dans le même sens, EGGER (n. 223), n^o 36 ad art. 1. Comp. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (n. 218), p. 43, n^o 23.

254 LUCIEN-BRUN (n. 227), p. 24; GMÜR (n. 229), pp. 108 s.

255 ZÄCH (n. 54), p. 9; STEINAUER (n. 23), p. 140, n^o 407; KRAMER (n. 23), pp. 249–251, avec quelques nuances; voir déjà SALADIN (n. 241), p. 319; HÄFELIN (n. 35), p. 248.

E. Conclusion

Les droits fondamentaux rayonnent dans l'ensemble de l'ordre juridique. Tous les domaines du droit sont concernés, même si chacun a ses spécificités. Tous les pouvoirs concourent à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique; celle-ci est plus largement l'affaire de *chacun*.

Lorsqu'ils élaborent et adoptent des règles de droit, les organes et autorités politiques de l'Etat sont tenus de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation dans l'ensemble de l'ordre juridique, puisqu'ils exercent une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. féd. Il en va de même des organes et autorités chargés d'appliquer le droit, après l'avoir interprété.

Les autorités administratives et surtout judiciaires participent de manière essentielle à la réalisation des droits fondamentaux. Elles les interprètent, les appliquent ou s'y réfèrent non seulement en droit public, mais aussi en droit pénal et en droit privé. Une jurisprudence pleinement cohérente procédant d'une réflexion d'ensemble est souhaitable, mais elle fait encore défaut, particulièrement en droit privé. Les tribunaux sont aussi habilités, plus exceptionnellement et dans des limites strictes, à poser de véritables règles prétoriennes en s'appuyant sur les droits fondamentaux et même à reconnaître des droits fondamentaux non écrits. Ainsi remédient-ils à certaines carences ou lacunes de l'ordre juridique.

En somme, la séparation des pouvoirs n'exclut nullement leur coopération. Chaque pouvoir est certes, à divers égards, un *contre-pouvoir* face aux autres pouvoirs. Il est en même temps, avec ceux-ci, un *co-pouvoir* contribuant à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique.

Résumé

Les droits fondamentaux transcendent les domaines du droit. L'art. 35 Cst. féd. exige d'ailleurs, en son premier alinéa, qu'ils soient réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cette obligation est l'affaire de chacun. Sur le plan institutionnel, tous les pouvoirs de l'Etat sont concernés. Les organes et autorités politiques mettent en oeuvre les droits fondamentaux dans le droit ordinaire. Ils disposent d'une marge de manœuvre importante à cet égard, même s'ils sont parfois tenus d'adopter des règles non seulement de droit privé, mais aussi de droit pénal. Les autorités administratives et judiciaires jouent, elles aussi, un rôle essentiel dans la réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique. Elles sont en particulier guidées par le principe de l'interprétation conforme aux droits fondamentaux. Ceux-ci servent d'appui tantôt à une interprétation extensive de règles de droit, tantôt à une interprétation restrictive d'autres règles. L'interprétation et l'application de règles de droit par analogie apportent également leur pierre à la réalisation des droits fondamentaux. De surcroît, l'illicéité, la contrariété aux mœurs et même l'ordre public servent, dans certains cas, de portes d'entrée supplémentaires des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers et le droit qui les régit. Enfin, les tribunaux sont habilités, plus exceptionnellement et dans des limites strictes, à poser de véritables règles prétoriennes en s'appuyant sur les droits fondamentaux et même à reconnaître des droits fondamentaux non écrits. La séparation des pouvoirs serait dévoyée si le législateur pouvait, par sa passivité, entraver indéfiniment la mise en oeuvre des droits fondamentaux dans le droit ordinaire. Chaque pouvoir

est en somme un co-pouvoir contribuant à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique, parfois en remédiant aux défaillances d'un autre pouvoir.

Zusammenfassung

Die Grundrechte durchdringen alle Bereiche der Rechtsordnung. Art. 35 BV verlangt denn auch in seinem Absatz 1, dass die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen. Diese Pflicht obliegt allen. Im institutionellen Bereich sind sämtliche Staatsgewalten betroffen. Die politischen Organe und Behörden setzen die Grundrechte in der Gesetzgebung um. Sie verfügen hierbei über ein grosses Ermessen, selbst wenn sie manchmal nicht nur zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Bestimmungen zu erlassen haben. Auch die Verwaltungs- und die Gerichtsbehörden spielen eine massgebende Rolle bei der Umsetzung der Grundrechte in der Rechtsordnung. Sie haben sich insbesondere durch den Grundsatz der grundrechtskonformen Auslegung leiten zu lassen. Die Grundrechte rufen in gewissen Bereichen nach einer extensiven, in anderen Bereichen nach einer restriktive Auslegung der Rechtsregeln. Die Auslegung und Anwendung rechtlicher Bestimmungen per analogiam trägt ebenfalls zur Verwirklichung der Grundrechte bei. In gewissen Fällen dienen ausserdem die Rechts- sowie die Sittenwidrigkeit und selbst ordre public-Vorbehalt dazu, die Grundrechte in die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten einfließen zu lassen. Und schliesslich sind die Gerichte ganz ausnahmsweise und innerhalb strikter Grenzen befugt, eigentliches Richterrecht gestützt auf die Grundrechte zu erlassen und sogar ungeschriebene Grundrechte zu anerkennen. Die Gewaltentrennung würde auf Abwege geraten, wenn der Gesetzgeber durch seine Untätigkeit die Umsetzung der Grundrechte in der Rechtsordnung unbegrenzt behindern könnte. Jede der Gewalten ist letztlich eine Mitgewalt, die zur Verwirklichung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung beiträgt – manchmal indem sie Mängel heilt, die bei einer anderen Gewalt aufgetreten sind.