

Journée de droit administratif 2021

La légalité

Prof. Dr Clémence Grisel Rapin

Introduction

I. Les fonctions

1. La légalité et la démocratie
2. La légalité et l'Etat de droit

II. Les définitions

1. Introduction et délimitations
2. Les fondements
3. Les composantes

A. La suprématie de la loi

B. La réserve de la loi

- a. L'exigence d'une base légale au sens matériel (« *Gesetzssatz* »)
- b. L'exigence d'une base légale de densité normative (suffisante)
- c. L'exigence d'une base légale suffisante en termes de hiérarchie des normes (« *Gesetzform* »)

III. Le champ d'application

1. En général
2. Un champ d'application différencié selon les domaines du droit ?

LE PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ

IV. La portée et le contenu

V. Les correctifs

1. *Intra legem* : la liberté d'appréciation et la latitude de jugement
2. *Praeter legem* : la délégation législative
3. *Praeter legem* : la clause générale de police

VI. Le contrôle du respect de la légalité

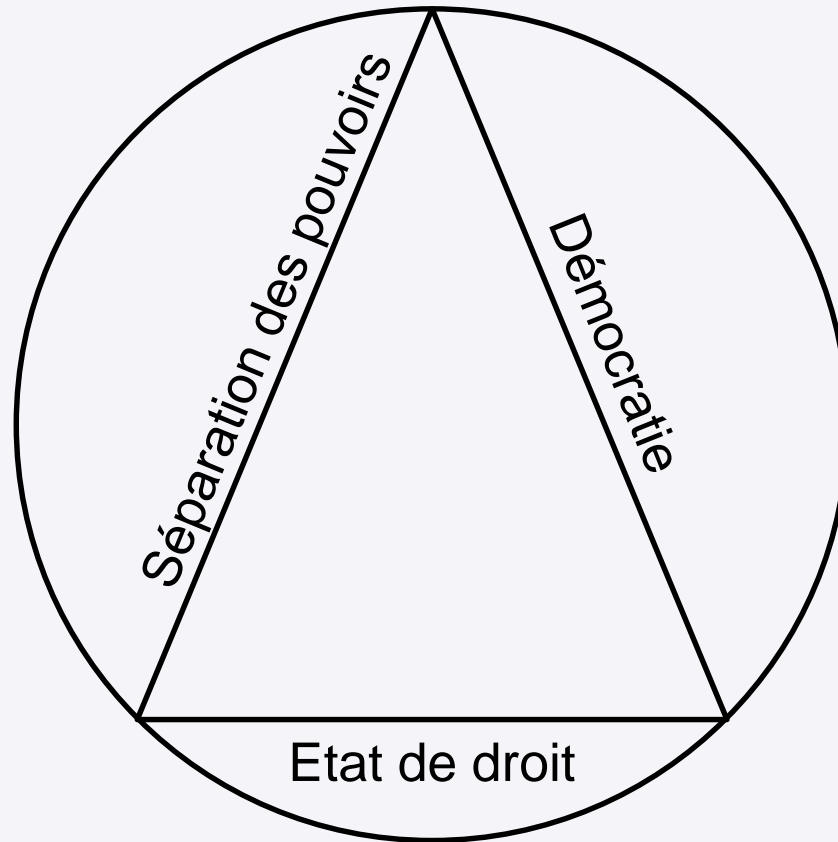
1. L'objet du contrôle
2. L'étendue du contrôle
3. Les limites du contrôle judiciaire
 - A. Du droit cantonal
 - B. Du droit fédéral
 - C. De la délégation législative
 - D. De la liberté d'appréciation

Conclusion

I. LES FONCTIONS

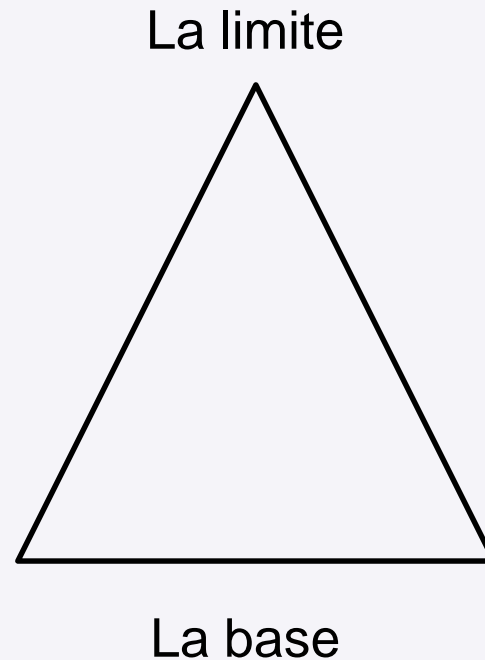
I. LES FONCTIONS

1. LA LÉGALITÉ ET LA DÉMOCRATIE



Art. 5 al. 1 Cst Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit

¹ Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat



Le principe de la légalité et les autres principes constitutionnels

- se soutiennent
- se complètent
- s'opposent
- forment aujourd'hui un ensemble indissociable

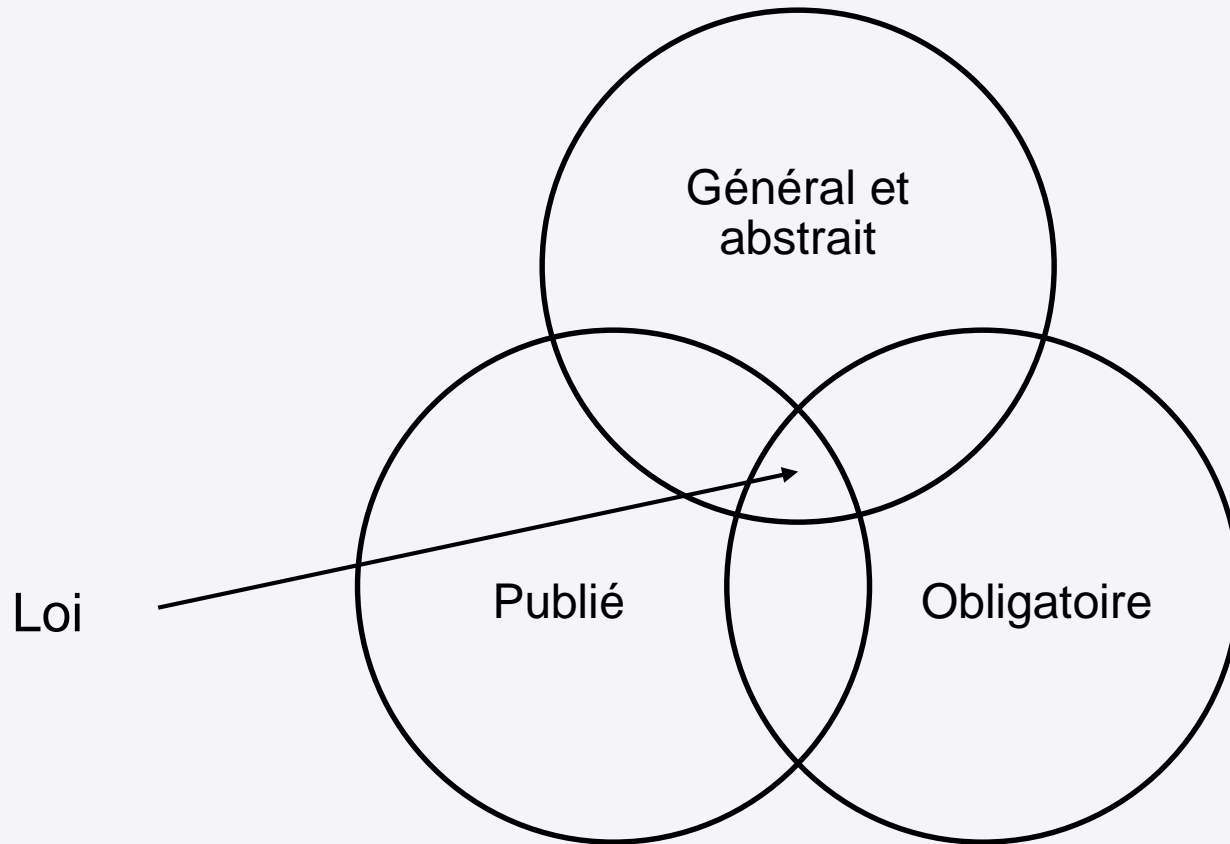
INTRODUCTION



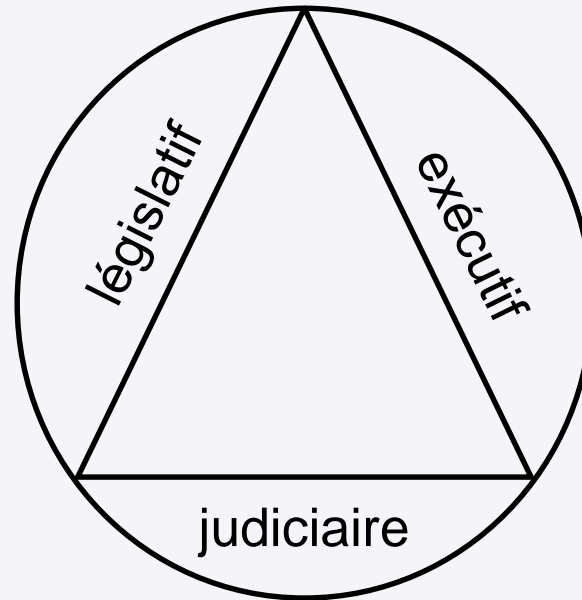
II. LES DÉFINITIONS

II. LES DÉFINITIONS

1. INTRODUCTION ET DÉLIMITATIONS



La séparation des pouvoirs



Les sources légales

Art. 5 Cst. Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit

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

Art. 164 Cst. Législation

¹ Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives :

- a. à l'exercice des droits politiques;
- b. à la restriction des droits constitutionnels;
- c. aux droits et aux obligations des personnes;
- d. à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts;
- e. aux tâches et aux prestations de la Confédération;
- f. aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral;
- g. à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

Art. 36 Cst. Restriction des droits fondamentaux

- ¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.
- ² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.
- ³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.
- ⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Art. 127 Cst. Principes régissant l'imposition

- ¹ Les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, sont définis par la loi.
- ² Dans la mesure où la nature de l'impôt le permet, les principes de l'universalité, de l'égalité de traitement et de la capacité économique doivent, en particulier, être respectés.
- ³ La double imposition par les cantons est interdite. La Confédération prend les mesures nécessaires.

Art. 1 CP

- ¹ Une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi.

A. La suprématie de la loi

- ou la loi comme **limite** de l'activité de l'Etat (« *Gesetzesvorrang* »)
- **Prééminence ou primauté de la loi (au sens matériel)**
- **Hiérarchie des normes, parallélisme des formes, répartition et respect des compétences**

B. La réserve de la loi : l'exigence d'une base légale (suffisante)

- Ou la loi comme **base** de l'activité de l'Etat
(« *Gesetzesvorbehalt* »)

- Tout acte doit reposer sur une «loi», soit une base légale adoptée par le (ou un) pouvoir législatif

a. L'exigence d'une base légale au sens matériel
(« *Gesetzssatz* ») :

- C'est à dire tout acte adopté par une autorité disposant d'un (certain) **pouvoir législatif**
- qui contienne des **règles générales et abstraites...**
- ...et **obligatoires** (effet externe)

b. L'exigence d'une base légale d'une densité normative suffisante

- C'est-à-dire suffisamment **compréhensible** et **prévisible**...
- ...et suffisamment **claire** et **précise**

c. L'exigence d'une base légale suffisante en termes de hiérarchie des normes (« *Gesetzesform* ») :

- C'est-à-dire une base légale **du niveau/rang adéquat** (*Normstufe*)
- En particulier une **loi au sens formel**, adoptée par le **législatif** et soumise au **référendum**

Art. 164 al. 1 Cst. Législation

¹ Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives :

- a. à l'exercice des droits politiques;
- b. à la restriction des droits constitutionnels;
- c. aux droits et aux obligations des personnes;
- d. à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts;
- e. aux tâches et aux prestations de la Confédération;
- f. aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral;
- g. à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

Art. 36 al. 1 Cst. Restriction des droits fondamentaux

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

III. LE CHAMP D'APPLICATION

III. LE CHAMP D'APPLICATION

- Le **principe** de la base légale s'applique à **toutes les activités étatiques**
- y.c. l'administration de prestation et de promotion (ATF 103 Ia 269)
- Quant aux exigences de **densité normative** et de **niveau de la norme**: la pratique a développé des exigences diversifiées selon les domaines: restrictions des droits fondamentaux, impôts, taxes causales, rapports de droit spéciaux, domaine public, etc...

IV. LA PORTÉE ET LE CONTENU

IV. LA PORTÉE ET LE CONTENU

1. Quant au niveau de la base légale

- Exigences **constitutionnelles**
- art. 164 al.1 Cst (notion de «dispositions importantes/fondamentales»)
- art. 36 al. 1 2^e phr Cst. (notion de «restrictions graves»)
- art. 127 Cst.

- Développements par la **jurisprudence**: quelques exemples récents
- ATF 143 I 227 (Tarif des frais judiciaires VD)
- ATF 146 II 226 (ordonnance EPFL)
- ATF 141 II 169 (approbation du SEM)

2. Quant à la densité de la base légale

- Exigences de **clarté/compréhension/prévisibilité**

VS

- Exigences de **flexibilité/souplesse**
 - En fonction des domaines, des buts de la norme, de ses effets sur les droits et obligations des administrés, de la diversité des situations qu'elle peut viser, de la complexité et de la prévisibilité des décisions à prendre,...
 - En fonction de la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux

2. Quant à la densité de la base légale

- ATF 139 I 280 (port du voile)
- ATF 141 I 126 (enregistrement et conservation de données secondaires de télécommunication)
- ATF 133 II 331 (retrait de permis suite à une violation des règles de la circulation routière à l'étranger)

V. LES CORRECTIFS

V. LES CORRECTIFS

1. INTRA LEGEM : LA LIBERTÉ D'APPRÉCIATION ET LA LATITUDE DE JUGEMENT

- **La liberté d'appréciation** : la loi laisse à l'administration le choix entre plusieurs possibilités, toutes légales (opportunité)
- **La latitude de jugement** : la loi contient des notions juridiques indéterminées
 - Distinction remise en cause en doctrine
 - Souvent difficile à appréhender en pratique
 - Mais enjeu (théorique ?) au niveau de la protection juridique

V. LES CORRECTIFS

1. *INTRA LEGEM* : LA LIBERTÉ D'APPRÉCIATION ET LA LATITUDE DE JUGEMENT

- **Mécanismes compensatoires (procédure, rationalisation des prises de décisions, pratique habituelle et confirmée...)**
 - Fondement ?
 - Enjeu au niveau de la protection juridique?

Art. 164 al 2 Cst

² Une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue.

➤ **Régime dérogatoire** s'agissant :

- de l'exigence du niveau de la norme
- de la séparation des pouvoirs
- de la légitimité démocratique

➤ les **conditions** de la délégation législative doivent se comprendre et s'interpréter en lien avec l'art. 164 al. 1 Cst.

Art. 36 al. 1 dernière phrase Cst **Restriction des droits fondamentaux**

¹ ...Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

Art. 185 al. 3 Cst Sécurité extérieure et sécurité intérieure

³ Il peut s'appuyer directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps.

- **Régime d'exception** : mesure dépourvue de base légale afin de préserver l'ordre public
- Atteinte à un **bien de police**
- Menacé d'un **danger sérieux, direct et imminent**

V. LES CORRECTIFS

3. PRAETER LEGEM : LA CLAUSE GÉNÉRALE DE POLICE

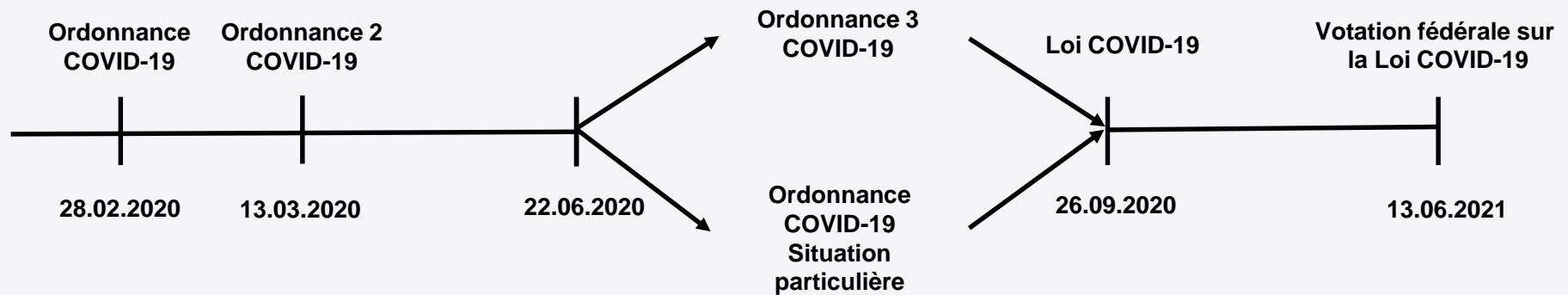
TABLEAU RÉCAPITULATIF DES ORDONNANCES COVID-19 ÉDICTÉES PAR LE CF

RS	Nom de l'ordonnance	Date d'EeV	Mesures	Fondement
818.101.24	Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)	28.02.2020	Interdiction des manifestations de plus de 1000 personnes	Art. 6 al. 2 let. b LEp
818.101.24	Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)	13.03.2020	<p>Entre le 13.03.2020 et le 17.03.2020</p> <ul style="list-style-type: none">- Maintien des capacités sanitaires, restriction du trafic frontalier (art. 2-4)- Interdiction des manifestations de plus de 100 personnes et obligation de respecter des mesures de protection pour les manifestations de moins de 100 personnes (art. 6-9)- Maintien des capacités sanitaires, restriction du trafic frontalier (art. 2-4)- Fermeture des écoles et autres établissements de formation (art. 5) <p>Entre le 17.03.2020 et le 26.04.2020</p> <ul style="list-style-type: none">- Interdiction de toutes les manifestations et fermeture des établissements publics (art. 6-9)- Les personnes vulnérables doivent rester chez elles- Première disposition pénale (art. 10d), visant les violations des obligations de l'art. 6- Interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public et obligation de respecter une distance physique de 2 m (art. 7c)- Obligation pour les employeurs dans les domaines de la construction et de l'industrie d'assurer le respect des directives de l'OFSP en matière d'hygiène et d'éloignement social et possibilité pour les autorités cantonales compétentes de fermer les entreprises ou chantiers en cas de contravention aux règles.- Possibilité pour les cantons de demander l'autorisation du CF pour ordonner, pour une durée limitée et pour certaines régions, la restriction ou l'arrêt des activités dans certaines branches de l'économie.- Extension de la disposition pénale de l'art. 10d au non-respect de l'art. 7c (interdiction de rassemblements) <p>Entre le 27 avril et le 22 juin 2020</p> <p>Assouplissement progressif des mesures</p>	<p>Art. 184 al. 3 Cst. art. 185 al. 3 Cst. art. 6 al. 2, let. b LEp art. 41 al. 1 LEp art. 77 al. 3 LEp</p> <p>Art. 7 LEp</p> <p>Art. 7 LEp</p>
818.101.24	Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)	22.06.2020	Mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de lutter contre le coronavirus (COVID-19), qui ont pour but d'assurer la capacité de la Suisse à endiguer l'épidémie, en particulier à maintenir un approvisionnement suffisant de la population en soins et en produits thérapeutiques importants.	art. 185 al. 3 Cst. jusqu'au 7.10.2020 art. 3 et 8 de la loi COVID-19 dès le 8.10.2020
818.101.26	Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière	22.06.2020	Mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de lutter contre l'épidémie de COVID-19, qui ont pour but de prévenir la propagation du coronavirus (COVID-19) et à interrompre les chaînes de transmission.	art. 6, al. 2, let. a et b LEp

V. LES CORRECTIFS

3. PRAETER LEGEM : LA CLAUSE GÉNÉRALE DE POLICE

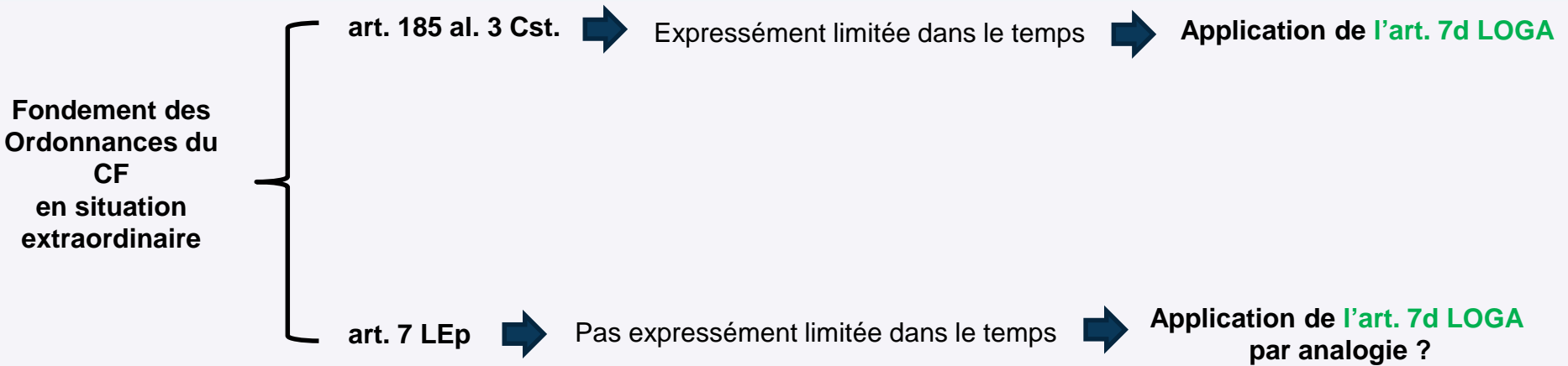
CHRONOLOGIE DES ORDONNANCES COVID-19



V. LES CORRECTIFS

3. PRAETER LEGEM : LA CLAUSE GÉNÉRALE DE POLICE

RELATION ENTRE LES ART. 185 AL. 3 CST., 7 LEP ET 7D LOGA



Système de l'art. 7d LOGA

Soumission par le CF à l'AF d'un projet

établissant la base égale du contenu de l'ordonnance

d'ordonnance de l'AF fondée sur l'art. 173 al. 1 let. c Cst., destinée à remplacer l'ordonnance caduque

rejet du projet par l'AF ou entrée en vigueur

6 mois

Caducité

Caducité

VI. LE CONTRÔLE DU RESPECT DE LA LÉGALITÉ

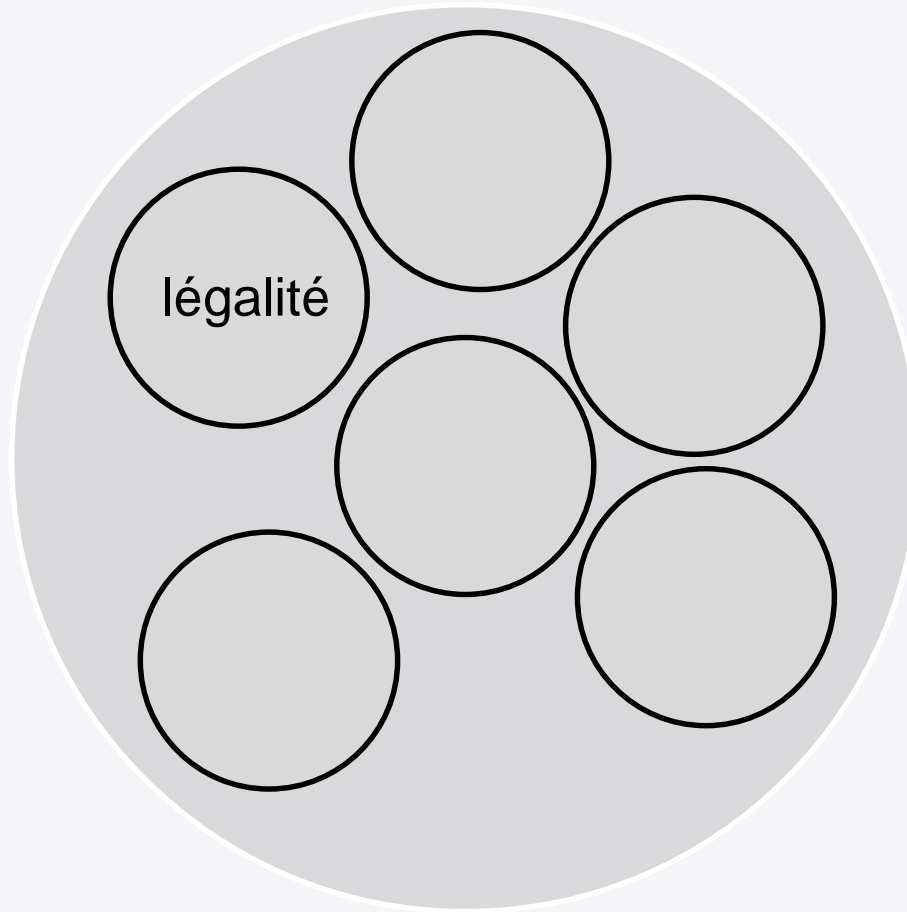
Le contrôle peut porter sur

- l'acte individuel et concret (décision)
- la base légale elle-même
- la (norme de) délégation législative
- Un contrôle préjudiciel (suprématie de la loi)

VI. LE CONTRÔLE DU RESPECT DE LA LÉGALITÉ

2. L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE

La légalité et la violation du droit



VI. LE CONTRÔLE DU RESPECT DE LA LÉGALITÉ

2. L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE



A. Les limites du contrôle du droit cantonal

- **Le contrôle abstrait**

- Art. 82 let. b LTF

- **Le contrôle concret**

- art. 95 LTF

- La légalité comme «principe»

B. Les limites du contrôle du droit fédéral

- **Le contrôle abstrait**

- Art. 190 Cst.

- **Le contrôle concret**

C. Le contrôle de la délégation législative

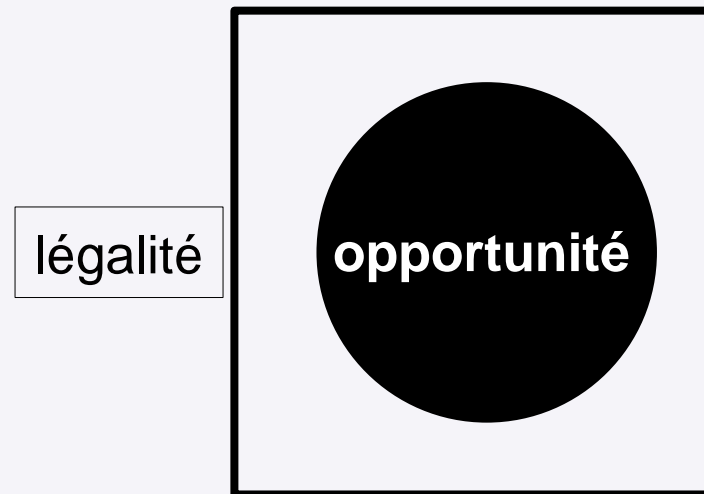
- Distinction entre ordonnances dépendantes et indépendantes
- Contrôle en lien avec l'art. 190 Cst.

Exemples récents

- ATF 141 II 169
- ATF 146 II 56

D. Le contrôle de la liberté d'appréciation et de la latitude de jugement

- art. 61 LPA/GE /art. 98 LPA-VD/ art. 77 CPJA/FR
- Art. 49 PA



- Retenue des Tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir de cognition

CONCLUSION

