

LA CONSTITUTION FEDERALE ET LE LOGEMENT

(exposé de la jurisprudence du Tribunal fédéral)

par

Jean-François AUBERT,
professeur aux Universités de Neuchâtel et Genève

Sommaire

	<u>Chiffres :</u>
I. Préliminaires	1 - 5
II. La législation fédérale	6 - 8
III. La législation cantonale	9 - 58
1. Généralités	9 - 13
2. La question de la compétence	14 - 39
a) Les principes	14 - 22
b) Les solutions	23 - 39
3. La question des droits fondamentaux	40 - 58
a) La garantie de la propriété	41 - 44
b) La liberté du commerce et de l'industrie	45 - 50
c) L'égalité	51 - 54
d) Le droit au logement	55 - 58

I. Préliminaires

1. Le problème politique du logement a suscité, depuis plusieurs décennies, une volumineuse législation. Cette intervention massive est due, principalement, à deux raisons.

L'une est la difficulté d'adapter, en un tel domaine, l'offre à la demande. La demande a considérablement augmenté à partir de la seconde guerre mondiale, à cause d'un besoin accru d'espace et de confort. Les constructions nouvelles et les rénovations n'ont pas exactement suivi. Il en est résulté une pénurie de logements. Tel est du moins le diagnostic, largement partagé, des autorités politiques et des tribunaux.

L'autre raison de l'intervention législative, qui est pour une part une conséquence de la précédente, tient à l'inégalité qui affecte le rapport entre le propriétaire et le locataire. En général, le premier a une position plus forte que le second : la nécessité d'avoir un toit est plus immédiatement impérieuse que celle de recevoir de l'argent. Le législateur en a tiré la conclusion qu'il devait se soucier de la protection des locataires.

2. Contre la pénurie de logements, à défaut d'un "rationnement" que la situation économique de notre pays ne justifie pas et que l'opinion publique n'accepterait pas, le législateur a pris, pour l'essentiel, des mesures de promotion de la construction et de conservation du volume habitable, destinées à augmenter l'offre ou, tout au moins, à la maintenir. Voir notamment une loi fédérale du 4 octobre 1974 et diverses lois cantonales.
3. Pour la protection des locataires, le législateur a voué une attention particulière au montant du loyer et à la résiliation du bail. Voir notamment le code des obligations (chapitre premier du titre huitième, art. 253-274) et un arrêté

fédéral du 30 juin 1972, ainsi que la réglementation accessoire de diverses lois cantonales.

4. En Suisse, l'examen de la constitutionnalité des règles de droit porte principalement sur trois questions :
 - a) Les règles sont-elles l'oeuvre de la collectivité publique qui était compétente pour les édicter ? C'est un problème de structure, qui suppose un partage de compétences entre la Confédération et les cantons (prolongé par un partage entre les cantons et les communes).
 - b) Les règles d'une certaine collectivité publique sont-elles l'oeuvre de l'autorité qui était compétente pour les édicter ? C'est un problème d'organisation, qui suppose un partage de compétences entre le Parlement (agissant définitivement ou sous la réserve du référendum) et le Gouvernement. Il s'agit de savoir s'il faut qu'une règle soit dans une loi formelle ou s'il suffit qu'elle soit dans un arrêté (un décret) ou dans une ordonnance.
 - c) Les règles issues de la collectivité publique et de l'autorité compétentes obéissent-elles aux dispositions matérielles de la Constitution ? Par ce terme, on entend principalement les garanties de droits fondamentaux, mais aussi certains mandats donnés par le constituant au législateur, des ordres ou des interdictions.
5. Quant au siège des dispositions par rapport auxquelles l'examen doit s'opérer, on peut faire les observations suivantes :
 - a) Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons résulte d'abord de la Constitution fédérale. Voir l'art. 3 Cst.féd. Mais comme, en cas d'attribution d'une compétence à la Confédération, les cantons ne sont évincés, d'ordinaire, que dans la mesure où le législateur fédéral a usé de cette compétence, le partage résulte aussi des lois fédérales. Il faut voir, en particulier, si la législation fédérale est exhaustive ou si elle

laisse une place à la législation des cantons. En matière de logement, on se reportera essentiellement aux art. 64 et 34septies Cst.féd., ainsi qu'au code des obligations et à l'arrêté de 1972.

- b) Le partage des compétences entre les autorités est donné par la Constitution et les lois fédérales s'il s'agit des autorités de la Confédération, par la Constitution et les lois cantonales s'il s'agit de celles d'un canton. Mais la violation de la séparation des pouvoirs à l'intérieur d'un canton coïncide souvent avec la violation d'un principe constitutionnel fédéral, en particulier l'exigence d'une base légale pour les restrictions aux droits fondamentaux. Si, par exemple, le Gouvernement d'un canton édicte une telle restriction par voie d'ordonnance sans pouvoir se fonder sur une disposition de la Constitution cantonale, ni sur la clause générale de police, ni sur une délégation législative suffisamment précise, c'est la Constitution fédérale elle-même qui est violée.
- c) Les dispositions matérielles dont il a été fait mention plus haut (no 4 c) se trouvent surtout dans la Constitution fédérale. C'est le cas de la plupart des droits fondamentaux; en matière de logement, on verra notamment les art. 4, 22ter et 31 Cst.féd. C'est aussi le cas de certaines interdictions qui peuvent se déduire de règles attributives de compétences; par exemple, l'art. 34septies I Cst.féd., dans sa version de 1986, empêche (si la garantie de la propriété n'y suffit pas) le législateur fédéral de prescrire l'annulabilité de congés non abusifs, mais simplement injustifiés. On peut toutefois concevoir que des mandats législatifs figurent dans des Constitutions cantonales; par exemple, sous la forme, difficilement saisissable il est vrai, d'un "droit au logement".

II. La législation fédérale

6. La conformité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux à la Constitution fédérale est laissée au soin de l'Assemblée fédérale (cf. l'art. 113 III Cst.féd.). C'est elle qui, avec toute la conscience qu'elle y peut mettre, vérifiera si elle a la compétence de légiférer. C'est elle qui décidera de l'usage qu'elle fera des habilitations et de la suite qu'elle donnera aux mandats de la Constitution. C'est elle encore qui, lorsqu'elle revisera le code des obligations ou l'arrêté de 1972, jugera ce qui est compatible avec la garantie de la propriété, c'est elle qui opérera la pesée entre les intérêts qui se contrarient. Par exemple, c'est à elle qu'il incombe de dire si la prolongation d'un bail pourra aussi être demandée, comme la Constitution le permet (B.O. 1986 C.N. 197, 208), par le bailleur; ou de préciser la notion du loyer abusif.
7. A ces lois et à ces arrêtés, les tribunaux ne peuvent opposer la Constitution que dans la faible mesure où elle conduit à préférer une interprétation à une autre (pour un vague exemple d'"interprétation conforme" de l'arrêté de 1972, voir ATF 113 II 68, 72, Epoux A.).
8. C'est encore l'Assemblée fédérale qui déterminera l'ampleur de la compétence réglementaire qu'elle laissera au Conseil fédéral. Mais celui-ci sera un peu moins "libre" dans l'exercice de sa compétence, puisque ses ordonnances sont soumises au contrôle des tribunaux, qui doivent vérifier si elles sont conformes aux lois fédérales et si elles ne contiennent pas des dispositions inconstitutionnelles qui ne figurent dans aucune loi. Voir, pour le contrôle de la légalité de l'ordonnance d'exécution de 1972, ATF 108 II 470, 474, Jaeggi; pour le contrôle de sa constitutionnalité, ATF 111 II 378, 381, Dame C.; cf. encore R. Barbey, 1984, p. 13-14. La question de la validité des ordonnances du Conseil fédéral ne sera pas examinée davantage.

III. La législation cantonale

1. Généralités

9. Le problème de la constitutionnalité des lois et des ordonnances des cantons a une importance pratique incomparablement plus grande. Ces lois et ces ordonnances sont en effet sujettes à un contrôle judiciaire étendu. A la différence des ordonnances du Conseil fédéral, elles ne sont immunisées d'aucune manière, pas même dérivées, par l'art. 113 III Cst.féd. et elles peuvent, de surcroît, faire directement l'objet d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral (art. 84 I a OJF). Elles peuvent aussi, bien évidemment, être mises en cause à travers les actes qui les appliquent. Comme il s'agit d'une législation cantonale, l'instrument sera en général, ici encore, faute de recours ordinaire, le recours de droit public.

10. Les droits constitutionnels qui fournissent le moyen du recours de droit public sont, en notre matière, souvent la garantie de la propriété (art. 22ter Cst.féd.), parfois la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31), parfois le principe d'égalité (art. 4); souvent aussi - et ceci est essentiel - le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 des Dispositions transitoires), qui permet aux particuliers de se plaindre d'une législation cantonale en lui reprochant d'empiéter sur le domaine de la législation fédérale. Enfin, quand le Parlement cantonal, prenant les devants, annule une initiative populaire pour l'un des motifs précités, l'affaire est portée au Tribunal fédéral par des électeurs qui s'estiment atteints dans leurs droits politiques (art. 85 a OJF).

11. La jurisprudence du Tribunal fédéral est, pour le dernier quart de siècle, assez abondante et couvre quelques

centaines de pages du Recueil officiel. Le tribunal a, le plus souvent, revendiqué un plein pouvoir d'examen, ce qui donne à ses arrêts une valeur particulière. S'il lui arrivait encore, au début des années 1960, de ne vérifier la condition de l'intérêt public que sous l'angle étroit de l'arbitraire, c'était en vertu d'une pratique qu'il a bientôt abandonnée.

12. Des trois "questions constitutionnelles" que nous avons répertoriées plus haut (no 4), la deuxième, à vrai dire, n'a guère suscité de litiges. Nous ne connaissons qu'un arrêt où l'ordonnance d'un Conseil d'Etat a été annulée pour défaut de base légale (ATF 88 I 173, Chambre genevoise immobilière). Il faut d'ailleurs convenir que les affaires de ce genre sont les moins intéressantes, ne touchant qu'à la forme. Car il suffit que le législateur cantonal reprenne ensuite le contenu de l'ordonnance pour que la même réglementation soit à nouveau portée devant le tribunal, qui cette fois-ci devra statuer sur le fond (comp. ATF 89 I 460, SI Rue du Puits Saint-Pierre 2).

13. Les deux questions de fond sont en effet celle de la compétence des cantons (no 4 a) et celle des dispositions matérielles de la Constitution, notamment celle des droits fondamentaux (no 4 c). Les deux questions, c'est normal, ont été maintes fois posées dans les mêmes recours. Ce qui est, en revanche, plus particulier, c'est que les réponses qui leur étaient données coïncidaient sur un certain point. Ainsi qu'on le verra plus loin, le canton, pour établir sa compétence, doit se prévaloir d'un intérêt public pertinent; et le même canton, pour restreindre un droit fondamental, doit aussi justifier d'un intérêt public suffisamment fort.

2. La question de la compétence

a) Les principes

14. Le Tribunal fédéral a reconnu depuis longtemps la "force dérogatoire du droit fédéral". Ce principe, qu'il rattache (assez artificiellement du reste) à l'art. 2 des Dispositions transitoires de la Constitution fédérale, n'est pas facile à saisir dans toutes ses implications. Il nous suffira cependant, pour les besoins du présent exposé, de relever que cette "force dérogatoire" signifie qu'en cas de conflit entre le droit fédéral et le droit cantonal, lorsque la coexistence des deux droits ne peut pas être admise, c'est le premier qui l'emporte sur le second et non l'inverse.

15. La distinction entre le droit public et le droit privé joue un rôle important dans le partage des compétences entre la Confédération et les cantons et dans l'examen de la coexistence de leurs législations. Il est généralement admis que la Confédération, avec le code civil et le code des obligations, augmentés de quelques lois annexes, a occupé le terrain du droit privé et que les cantons, sauf délégation figurant dans l'une de ces lois, en ont été évincés. Ce qui veut dire qu'un législateur cantonal ne peut pas, de son propre chef, édicter des règles qui auraient pour objet direct un rapport entre particuliers et qui feraient naître des créances au profit des uns et à la charge des autres. A côté de sa compétence en matière de droit privé, qu'elle a pleinement utilisée, la Confédération a encore des compétences dans de nombreux domaines du droit public, dont elle a fait un usage partiel. Les cantons, eux, n'ont en principe que des compétences de droit public.

16. Le Tribunal fédéral a deux formules pour statuer sur la coexistence entre la législation fédérale et la législation cantonale : une formule pour le rapport entre le droit privé fédéral et le droit public cantonal, une autre pour le rapport entre le droit public fédéral et le droit public cantonal (voir, en dernier lieu, ATF 113 Ia 126, 141-142, Armengol).

Voici la première formule :

"Les rapports entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal sont régis par l'art. 6 CC, lequel dispose que les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public. Selon la jurisprudence, les cantons ne peuvent toutefois en faire usage dans une matière déterminée que si trois conditions sont réunies : le législateur fédéral doit n'avoir pas entendu réglementer cette matière de manière exhaustive, les règles cantonales doivent être motivées par un intérêt public pertinent et ces règles ne doivent ni éluder le droit civil fédéral, ni en contredire le sens ou l'esprit".

Et voici la seconde formule :

"Le droit public fédéral, en revanche, prime d'emblée et toujours le droit public cantonal dans les domaines que la Constitution ou un arrêté fédéral urgent place dans la compétence de la Confédération et que celle-ci a effectivement réglementés. En conséquence, les règles cantonales qui seraient contraires au droit fédéral, notamment par leur but ou les moyens qu'elles mettent en oeuvre, devraient céder le pas devant le droit fédéral. Mais, là aussi, le principe de la force dérogatoire du droit fédéral n'exclut une réglementation cantonale que dans les matières que le législateur fédéral a entendu régler de manière exhaustive. Les cantons restent compétents pour édicter dans les autres domaines des dispositions de droit public dont les buts et les moyens convergent avec ceux du droit fédéral".

17. On pourrait penser, en comparant ces deux formules, que le droit public fédéral a un effet d'éviction plus fort que le droit privé fédéral; qu'en d'autres termes la législation cantonale coexiste plus difficilement avec la législation fédérale lorsque celle-ci est de droit public que lorsqu'elle est de droit privé. Mais nous croyons que c'est une illusion. La différence est due, simplement, à la constatation que le droit privé fédéral

visé des buts moins précis que telle loi fédérale de droit public. Le code des obligations cherche essentiellement à harmoniser les relations entre les particuliers et laisse ainsi un vaste champ d'action à des politiques plus déterminées, qui peuvent d'ailleurs être fédérales aussi bien que cantonales : les règles sur le bail n'empêchent pas la législation sur l'aménagement du territoire non plus que celle sur la protection de l'environnement. Tandis qu'une loi fédérale qui aurait une finalité bien précise, de police ou de politique sociale par exemple, supporterait moins bien le voisinage d'une loi cantonale qui viserait le même but. Un canton qui poserait des conditions supplémentaires de sécurité à la construction d'une installation atomique, ou qui fixerait à 70 km/h la vitesse maximale qu'il autorise sur ses routes, ou qui décréterait la semaine de quarante heures, serait en conflit ouvert avec une législation fédérale de droit public spécialisée. Faute d'une délégation appropriée, des lois cantonales de ce genre seraient manifestement évincées.

18. D'ailleurs, à y regarder de plus près, on ne voit pas très bien ce qui distingue les formules. On note qu'il y a conflit, dans les deux secteurs, si la législation fédérale est "exhaustive"; ou si la législation cantonale "élude" ou "contredit" le droit fédéral (quand il est privé), ou lui est "contraire", notamment par son but ou par ses moyens (quand il est public). Il y a encore conflit avec le droit privé fédéral si la législation cantonale n'est pas "motivée par un intérêt public pertinent"; mais la condition n'est pas reprise pour le secteur du droit public fédéral. Ces variations dans le langage ont sans doute une explication historique, mais on ne peut pas affirmer qu'elles éclairent le sujet.

19. Le plus simple serait d'admettre qu'il n'y a pas, pour résoudre ce genre de problèmes, de formule toute faite qui soit vraiment utile.
- Il semble évident que le droit cantonal doit être justifié par un intérêt public pertinent et suffisant. On n'attend pas des législateurs cantonaux qu'ils légifèrent sans raison. D'ailleurs, comme la plupart de leurs lois ont pour effet de restreindre un droit fondamental, l'absence d'intérêt public les rendrait inconstitutionnelles (voir plus loin, les nos 41 et 46).
 - Il ne semble pas moins évident que le droit fédéral ne doit pas être exhaustif. Mais l'adjectif ne nous apprend rien. D'une part, il exprime un truisme : le droit fédéral est exhaustif précisément quand il évince le droit des cantons. D'autre part, il est ambigu. Le droit privé fédéral, par exemple, est exhaustif en tant que droit privé (les cantons n'en peuvent plus adopter, ci-dessus, no 15); mais on sait bien qu'il laisse subsister de larges plages pour le droit public et la question sera justement de savoir si le droit cantonal examiné se situe sur l'une d'elles. Quant au droit public fédéral, il est possible qu'il soit exhaustif en tant qu'il vise un certain but; mais, comme le domaine auquel il s'applique peut souvent être envisagé d'un autre point de vue, c'est-à-dire réglementé dans un autre but, l'exhaustivité n'est plus qu'une qualité relative.
 - Reste que le droit cantonal ne doit pas contredire le droit fédéral. Cela est très vrai, mais seul l'examen particulier de chaque loi cantonale contestée permettra de dire s'il y a contradiction; on tirera peu d'enseignement, sur ce point, de deux paragraphes stéréotypés.

20. Pour en venir au domaine du logement, on doit relever que la législation fédérale y est essentiellement de droit privé, fort peu de droit public. Il en allait autrement du temps du contrôle officiel des loyers et des résiliations (ATF 88 I 71, Falk; 168, Chambre genevoise immobilière); autrement encore du temps des arrêtés conjoncturels (ATF 91 I 17, Fondation Nordmann; 99 Ia 604, 621-622, Righi). Aujourd'hui, il ne reste plus que les dispositions pénales de l'arrêté de 1972, qui n'affectent pas, pour le problème qui nous occupe, la nature civile de cet instrument (ATF 99 Ia 604, 626, Righi), et la loi de 1974 sur l'aide à la construction, qui ne présente guère de surface de friction avec la législation cantonale (ATF 113 Ia 126, 144, Armengol).
21. La législation fédérale de droit privé tient principalement, ainsi qu'on l'a vu (ci-dessus, nos 3 et 5), dans deux lois, le code des obligations et l'arrêté du 30 juin 1972.
- a) Le code des obligations, qui cherche à ajuster les intérêts des bailleurs et des locataires dans le cadre de la liberté des contrats, n'est toutefois pas dépourvu d'intentions sociales. On les trouvera particulièrement dans les règles sur la prolongation du bail en faveur du locataire, pour le cas de résiliations pénibles, art. 267a et ss. Il est d'ailleurs prévu d'ajouter de nouvelles règles sur l'annulation des résiliations abusives (projet du 27 mars 1985, FF 1985 I 1369; décision du Conseil des Etats, du 9 juin 1988); l'une de ces règles est, à vrai dire, neutre, en ce qu'elle peut être invoquée par le bailleur comme par le locataire (art. 271 du projet); mais l'autre n'est proposée qu'au bénéfice de celui-ci (art. 271a).
- b) L'arrêté de 1972 a été adopté pour donner suite à un mandat spécial du constituant, imparti en 1972 et

confirmé en 1986. Il est conçu dans l'intérêt du locataire, qu'il cherche à protéger contre les loyers abusifs et les autres prétentions abusives du bailleur. Il impose aussi certaines limites au droit de résiliation du bailleur (qui, selon le projet de 1985, devraient être transférées dans le code des obligations, art. 271a I b - d).

22. En résumé, la législation fédérale de droit privé, qui demeure d'essence libérale, contient des dispositions protectrices des locataires dans le domaine de la résiliation et dans celui des loyers. Il nous faut voir maintenant, face à cette législation, les espaces qui, d'après le Tribunal fédéral, ont été laissés à la compétence des cantons. Certains se rapportent aux logements considérés comme objets matériels; il s'agit de l'expropriation, de l'aménagement du territoire et des charges qui peuvent être attachées à la construction; ainsi que des règles sur les démolitions, les transformations et les rénovations. D'autres se rapportent à des opérations concernant des logements; il s'agit notamment des règles sur la vente d'appartements; mais aussi de dispositions sur les garanties fournies par le locataire et sur le courtage.

b) Les solutions

23. L'expropriation pour cause d'utilité publique, ou d'intérêt public, est un domaine traditionnel de l'activité des cantons. Mais il est défini par un terme abstrait, qu'il a fallu préciser : la notion d'utilité publique a varié dans le temps. Il y a plus de vingt-cinq ans que le Tribunal fédéral a jugé que la construction d'habitations à loyer modéré pouvait être d'intérêt public (ATF 88 I 248, Dafflon). Ce qu'il a dit de l'expropriation s'applique d'ailleurs, à plus forte raison, à l'exercice,

par la collectivité publique, d'un droit légal de préemption au prix convenu entre les particuliers.

24. Mais l'utilité publique n'est pas reconnue "en bloc", pour toutes les opérations de ce genre. Il faut l'établir, sinon de cas en cas, du moins avec une détermination suffisante. Dans l'affaire précitée, la préemption et l'expropriation n'étaient prévues que pour les immeubles d'une zone délimitée. Une faculté générale d'expropriation, pour toute la surface du canton, ne correspondrait pas à l'intérêt public; au surplus, elle porterait atteinte à l'institution même de la propriété (comp. ZBl 1960, p. 281, Parti libéral-socialiste de Bâle-Ville).

25. L'aménagement du territoire est un autre domaine habituel de l'action des cantons. Dans sa forme la plus ordinaire, qui est la planification géographique, c'est même une tâche que la Constitution fédérale leur impose en termes exprès; voir l'art. 22quater I, où il est question des "plans d'aménagement que les cantons seront appelés à établir". Quoi qu'il en soit, la plupart des cantons n'ont pas attendu ce mandat constitutionnel pour diviser, ou faire diviser par les communes, leur sol en zones d'affectation différenciée. On connaît depuis le siècle dernier des zones d'habitation et des zones agricoles; puis sont venues des zones industrielles, des zones de verdure, etc.

26. Les zones d'habitation ont d'abord été entendues comme des surfaces où il était permis de construire des maisons d'habitation (non agricoles), à l'exclusion des autres surfaces. Plus tard, il est arrivé que la loi précisât qu'elles devaient être comprises comme des surfaces où il n'était permis de construire que des maisons d'habitation, à l'exclusion d'autres bâtiments. Encore fallait-il, pour autoriser ce glissement de sens, qu'un intérêt public suffisamment fort le justifiât. Il paraît évident

qu'un tel intérêt n'existe que pour des zones relativement limitées.

27. Ce n'est pas seulement le souci d'accroître l'offre de logements qui peut justifier la délimitation de zones d'habitation entendues au sens strict. Certains cantons se préoccupent aujourd'hui de combattre le dépeuplement des villes, ce phénomène où des quartiers urbains, animés pendant le jour, sont morts dès la fermeture des bureaux et des magasins. C'est ainsi que le législateur, usant d'un procédé nouveau, impose, dans des zones d'affectation multiple, une part minimale destinée à l'habitat. Le Tribunal fédéral a reconnu la légitimité d'une telle politique (ZBl 1980, p. 229, 231, Thommen; ATF 111 Ia 93, 98, Crédit suisse).

28. Mais l'aménagement du territoire permet des combinaisons plus hardies. En créant des zones de "développement", c'est-à-dire des surfaces réservées, où la construction est en principe interdite, mais où des dérogations ("déclassements") sont accordées moyennant l'observation de charges déterminées, un canton peut diriger la production de logements et même en contrôler, pendant un certain temps, le loyer, voire le prix de vente. Sans doute ni le locataire ni l'acquéreur ne peuvent exiger le respect des charges, qui ne lient le propriétaire qu'à la collectivité publique. Mais on voit bien qu'en généralisant le procédé, la législation cantonale contredirait le code des obligations et l'arrêté de 1972. Ce n'est que si elle l'applique à des zones limitées qu'elle peut coexister avec le droit fédéral (ATF 98 Ia 194, SI Alopex; 99 Ia 604, Righi).

29. L'aide financière publique à la construction de logements permet aussi d'imposer des charges. Elle est peut-être moins problématique, puisque le constructeur n'est pas

obligé d'y recourir. Mais elle a également ses limites : elle ne justifierait pas, par exemple, un contrôle permanent des loyers (arrêt Ferrazino, du 16 décembre 1986, non publié). Voir, sur les logements subventionnés, l'exposé de M. Ch.A. Junod.

30. L'aménagement du territoire et le subventionnement visent surtout les constructions futures. Mais les législateurs de certains cantons se sont aussi intéressés aux bâtiments existants. La pénurie de logements peut venir, en effet, non seulement de ce qu'on ne construit pas, mais encore de ce qu'on détruit. Voilà un quart de siècle que des lois ont été faites, notamment en Suisse occidentale, pour maintenir le volume habitable, plus précisément celui de certaines catégories d'appartements. Ces lois soumettent à une autorisation la démolition de logements, ainsi que les transformations, voire les rénovations qui pourraient les faire passer dans une classe plus coûteuse. Elles permettent aussi d'affecter l'autorisation de charges relatives aux logements reconstruits, transformés ou rénovés, de même qu'à leur loyer ou à leur prix de vente.
31. Cette législation a suscité de nombreux arrêts. Le Tribunal fédéral en a maintes fois accepté le principe, en répétant qu'elle avait pour objet direct la protection du logement, non celle du locataire; et en expliquant que les cantons, qui ne pourraient pas réglementer les rapports contractuels entre les bailleurs et les preneurs, pouvaient légiférer sur les choses et avaient, dans le cas de pénurie, des raisons d'intérêt public de le faire (ATF 89 I 178, Chambre vaudoise immobilière; 460, SI Rue du Puits Saint-Pierre 2; 91 I 17, Fondation Nordmann; 99 Ia 35, Hausbesitzer-Verein Basel; 101 Ia 502, Chambre vaudoise immobilière; 103 Ia 417, Schweizer; 111 Ia 23, Hôtel Astoria). Il était bien entendu que les locataires n'en pouvaient pas tirer de droit et qu'ils n'avaient pas

qualité pour recourir contre une autorisation accordée (ATF 89 I 178, 182-183, Chambre vaudoise immobilière; 106 Ia 409, Guglielmazzi; ZBl 1982, p. 466, Knecht). Quant au contrôle des loyers et des prix qui résultait du système, il était admis, à cause de son caractère spécial, d'une manière analogue à ce qui a été vu pour les "déclassements" (ci-dessus, no 28; ATF 101 Ia 502, 509-510, Chambre vaudoise immobilière).

32. Les législateurs de quelques cantons sont allés plus loin. Ils ont observé que l'aliénation d'un appartement loué pouvait avoir des conséquences pénibles pour le locataire, qui se voyait placé devant l'alternative d'acheter ou de partir, ou tout au moins devant la menace d'un prochain congé. Ils en ont conclu qu'une telle aliénation (qu'elle porte sur un droit de copropriété ou sur des actions d'une société anonyme) devait être soumise à une autorisation administrative, qui serait refusée quand l'intérêt public l'exigerait, c'est-à-dire quand le souci de conserver sur le marché certains types de logement l'emporterait sur l'intérêt privé du propriétaire. Cette réglementation a naturellement subi l'épreuve du recours de droit public et le Tribunal fédéral a jugé qu'elle était bien, pour l'essentiel, dans la compétence des cantons (ATF 113 Ia 126, Armengol).
33. Quoi qu'on en puisse penser d'un point de vue politique, la décision du tribunal n'est, ici, pas évidente du tout. Que le droit cantonal puisse avoir un effet sur le contenu d'un contrat, la chose est admise depuis longtemps (règles sur les tarifs, par exemple; ancienne législation sur les vacances payées). Qu'il puisse avoir un effet indirect sur la conclusion d'un contrat n'est pas douteux non plus (règles sur les certificats de capacité). Mais nous sommes, cette fois-ci, en présence d'une loi cantonale qui entend exercer un effet direct sur la conclusion d'un contrat d'aliénation. Il importe peu que la sanction ne soit

que pénale et n'aïlle pas jusqu'à la nullité du contrat (comp. ATF 84 II 424, 427, Martinez) : la figure est nouvelle et ne trouve guère d'appui dans l'art. 6 II du code civil, qui semble avoir été, du moins jusqu'à maintenant, interprété strictement (ATF 63 I 167, 176-177, Solothurnischer Schuldner- und Bürgenverband). Voilà pourquoi, malgré ses vingt pages, l'arrêt Armengol nous paraît un peu court. C'était une chose de dire que le droit cantonal était justifié par l'intérêt public (p. 134). C'en était une autre, et qui n'a pas été faite, de montrer que ce droit cantonal pouvait s'harmoniser avec les règles du code civil et du code des obligations relatives aux aliénations.

34. En revanche, le Tribunal fédéral est plus plausible lorsqu'il reconnaît au législateur cantonal la compétence d'édicter des règles sur les garanties en matière de baux à loyer. Dans les deux arrêts qu'il a consacrés à la question, il a examiné soigneusement le rapport entre la législation cantonale et le code des obligations et a conclu que cette législation n'apportait qu'une "restriction minimale" à la liberté des contrats (ATF 98 Ia 491, 497-498, SI Chailly-Vallon; 102 Ia 372, 378-379, Chambre genevoise immobilière). D'ailleurs, lorsqu'il a édicté l'arrêté de 1972, le législateur fédéral, qui connaissait la jurisprudence Chailly-Vallon, l'a en quelque sorte confirmée en ajoutant un alinéa au projet du Conseil fédéral (B.O. 1972 C.E. 328-329, 466; voir l'art. 6 II; ce texte est maintenu dans le projet de 1985, art. 6 IV, et dans la décision du Conseil des Etats du 7 juin 1988).
35. Et c'est aussi par l'effet d'une interprétation, subtile mais convaincante, d'une loi fédérale (les art. 412 à 418 du code des obligations) que le Tribunal fédéral a pu admettre la compétence cantonale d'établir un tarif pour les commissions des courtiers en logements (ATF 110 Ia 111, 113-115, X.).

36. Nous indiquons maintenant les points où la compétence cantonale a été niée. C'est d'abord, sauf ce qui vient d'être dit des garanties (no 34), le rapport contractuel entre le bailleur et le preneur (voir déjà le no 31). Le canton ne peut pas, même par des règles de droit public, légiférer sur la résiliation du bail. Il ne peut pas, notamment, limiter la faculté du propriétaire; ici, la protection du locataire relève entièrement du droit fédéral, jadis le système des additifs constitutionnels (AFT 88 I 168, 171-172, Chambre genevoise immobilière; 89 I 178, 181-182, Chambre vaudoise immobilière), maintenant le code des obligations et l'arrêté de 1972 (Semaine judiciaire, 1986, p. 1, 5-7, Marini; ATF 113 Ia 126, 143-144, Armengol).
37. Pour la même raison, il ne peut pas, sauf exceptions, fixer ni surveiller le montant des loyers (ATF 89 I 178, 181-182, Chambre vaudoise immobilière; 99 Ia 604, 623, Righi; 101 Ia 502, 508, Chambre vaudoise immobilière; 113 Ia 126, 143, Armengol). Les exceptions concernent, on l'a vu, les logements bâtis sur un terrain "déclassé" (no 28), ceux qui ont été subventionnés (no 29), ceux dont la construction est consécutive à une autorisation de démolir, de transformer ou de rénover (no 31).
38. Le canton ne peut pas non plus fixer le prix des terrains. Il s'agit là, en effet, d'une "restriction majeure à la liberté contractuelle, sans aucune contrepartie", qui, à cause justement de sa généralité, est contraire au droit fédéral (ATF 112 Ia 382, 386-388, FAQH).
39. Enfin, le canton ne peut pas obliger généralement les propriétaires à louer leurs appartements. "Une telle mesure indifférenciée viderait le droit de propriété (art. 641 CC) ainsi que le principe de la liberté contractuelle de leur substance essentielle" (AFT 112 Ia 382, 388, FAQH). La "location forcée" ne pourrait se faire qu'aux conditions de l'expropriation (ibid.).

3. La question des droits fondamentaux

40. Il suffit de jeter un coup d'oeil sur les arrêts précédemment cités pour se persuader que plusieurs d'entre eux pouvaient aussi être rendus en application des droits fondamentaux (ci-dessus, no 13). Comme la plupart des lois cantonales contestées limitaient les facultés des propriétaires de logements, c'est surtout la garantie de la propriété qui a été invoquée (ci-dessus, no 10). Depuis le début des années 1970, les recourants ont eu parfois l'idée de se prévaloir de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais il faut bien reconnaître que, pour les législateurs des cantons, le code civil, en réglant l'institution de la propriété (art. 641 et ss), et le code des obligations, en consacrant le principe de la liberté des contrats (art. 19), forment généralement une barrière suffisante. En d'autres termes, la garantie de la propriété et la liberté du commerce et de l'industrie sont déjà, du moins pour les problèmes que peuvent poser les lois cantonales sur le logement, dans la force dérogatoire du droit fédéral. C'est à l'égard du législateur fédéral que les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale prendraient toute leur signification. Mais on peut aussi comprendre qu'un recourant, qui pourrait, à son choix, argumenter par une loi fédérale ou par la Constitution, préfère souvent le second moyen. D'ailleurs, des habitudes se sont prises. Si la question de l'intérêt public est indifféremment traitée dans l'examen de la compétence (cf. plus haut, ATF 91 I 17, 21, Fondation Nordmann; 98 Ia 491, 497-498, SI Chailly-Vallon; 101 Ia 502, 510, Chambre vaudoise immobilière; 102 Ia 372, 376, Chambre genevoise immobilière) ou dans celui du respect des droits fondamentaux (cf. ci-après, no 42), la question de la base légale (que nous ne suivrons pas davantage ici, cf. no 11) et celle de la proportionnalité le sont plutôt au regard de ceux-ci. Il en va de même, assez naturellement, de la question de l'égalité.

a) La garantie de la propriété

41. La propriété peut être limitée par la loi, si cette loi est suffisamment justifiée par l'intérêt public et si la limitation qu'elle prévoit n'est pas disproportionnée. La loi peut être une loi cantonale, quand le canton est compétent pour légiférer; c'est un point que nous avons cherché à éclaircir dans les paragraphes antérieurs (nos 22 à 39).
42. Nous ne commenterons pas ici la longue série d'arrêts où le Tribunal fédéral a jugé que le "problème du logement", en temps de pénurie, "est un problème d'intérêt public", et justifie, par conséquent, des restrictions à la propriété (ATF 88 I 168, 170, Chambre genevoise immobilière; 248, 252-254, Dafflon; 89 I 460, 461, SI Rue du Puits Saint-Pierre 2; 98 Ia 194, 201, SI Alopex; 99 Ia 35, 38-41, Hausbesitzer-Verein Basel; 604, 614-615, Righi; 100 Ia 334, 336, Louis Bouvard; 103 Ia 417, 419-421, Schweizer; ZBl 1980, p. 229, 231, Thommen; ATF 111 Ia 23, 26, Hôtel Astoria; 113 Ia 126, 134, Armengol). Tout au plus convient-il d'observer que l'arrêt Dafflon (comp. ci-dessus, no 23) a insisté, le premier, sur la contribution que pouvait apporter à la "paix sociale" une politique de lutte contre la pénurie de logements à loyer modéré.
43. Encore faut-il que les restrictions soient conformes au principe de la proportionnalité.
- Il faut, en particulier, que là où il y a lieu à autorisation, les décisions d'espèce ne soient prises qu'après une juste pesée des intérêts (ATF 99 Ia 35, 41-42, Hausbesitzer-Verein Basel; ZBl 1983, p. 375, 376, Somarco AG). Il faut donc que la loi elle-même permette une application différenciée et qu'elle n'impose pas une réglementation schématique, en énumérant par exemple des circonstances où l'autorité administrative doit, sans examen, écarter les requêtes (ATF 113 Ia 126, 134-137, Armengol). Il faut enfin que le

législateur n'inclue pas indistinctement dans un même statut tous les logements d'une région, sans se demander s'ils méritent tous d'être protégés (ATF 103 Ia 417, 422-423, Schweizer).

44. Le Tribunal fédéral a aussi dû se prononcer sur la durée d'une législation restrictive. Il a jugé que la pénurie de logements était, du moins dans certains cantons, un phénomène assez endémique pour justifier une législation permanente (ATF 99 Ia 35, 38-41, Hausbesitzer-Verein Basel; voir d'ailleurs la revision de l'art. 34 septies I Cst.féd., de 1986). Mais il a laissé ouverte la question si une telle législation n'équivaudrait pas, à la longue, à une expropriation matérielle et ne donnerait pas au propriétaire un droit à une juste indemnité (ATF 89 I 460, 463, SI Rue du Puits Saint Pierre 2). Comme cette législation est maintenant vieille de plus de vingt-cinq ans, et que les propriétaires n'ont pas réclamé de compensation, on peut admettre qu'ils ne se tiennent pas vraiment pour expropriés.

b) La liberté du commerce et de l'industrie

45. La location d'appartements est sans nul doute une activité économique. Celui qui les construit agit comme un industriel; celui qui les loue agit comme un commerçant. Il était donc heureux que le Tribunal fédéral, abandonnant pour une fois l'exigence stéréotypée du "professionnalisme", mît les propriétaires au bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie.
46. Comme la propriété, la liberté du commerce et de l'industrie peut être limitée pour des motifs d'intérêt public. Les raisons de politique sociale sont généralement reconnues comme suffisantes. Nous retrouvons donc ici les mêmes considérations qui ont pu justifier des restrictions à la propriété (ci-dessus, no 42 in fine) ou même, plus simplement, la compétence des législateurs cantonaux (no 40 in fine).

47. Mais la liberté du commerce et de l'industrie se distingue de la garantie de la propriété en ce qu'elle s'oppose au dirigisme économique, c'est-à-dire à une politique interventionniste, qui prétendrait conduire l'économie selon un plan. C'est ce qui a donné l'idée aux recourants, dans l'affaire Righi, de plaider l'inconstitutionnalité du système des "zones de développement" (no 28; ATF 99 Ia 604, 614-621). Le Tribunal fédéral, inaugurant une série d'arrêts relatifs aux rapports entre les art. 22ter et 31 Cst.féd., a répondu qu'assurément "toutes les mesures de planification territoriale emportaient une restriction de la liberté économique du propriétaire" (p. 617), mais qu'aussi longtemps qu'elles répondaient aux exigences de l'aménagement du territoire, la restriction économique qui en résultait devait être tenue pour constitutionnelle; que si, au contraire, sous couleur d'aménagement du territoire ces mesures cherchaient vraiment à diriger l'économie, elles violeraient aussi bien la garantie de la propriété que la liberté du commerce et de l'industrie (p. 618; cf. encore, dans cette lignée, ATF 102 Ia 104, Globus; 109 Ia 264, Gitag; 110 Ia 167, Migros, sur les centres commerciaux, etc.). En l'espèce, le tribunal a estimé que la législation sur les zones de développement permettait une utilisation judicieuse du sol et qu'elle était conforme, par conséquent, aux deux règles constitutionnelles.
48. Le même grief a été soulevé, avec le même insuccès, dans les affaires Astoria (ATF 111 Ia 23) et Crédit Suisse (ATF 111 Ia 93). A propos de l'affaire Astoria, il nous semble qu'elle était particulièrement limpide, le législateur cantonal n'ayant visé, en termes exprès, que les hôtels "qui répondaient aux besoins prépondérants de la population", à l'exclusion des hôtels de tourisme et de villégiature. S'il avait prêté une attention suffisante au texte qui lui était soumis, le Tribunal fédéral aurait pu s'épargner quatre pages, intéressantes mais superflues, sur l'interprétation des lois.

49. Il y avait, en revanche, incompatibilité avec la liberté du commerce et de l'industrie dans une disposition qui interdisait l'aliénation d'appartements loués lorsqu'il existait, sur le marché, un nombre suffisant d'appartements (non loués) à vendre dans la même catégorie (ATF 113 Ia 126, 140, Armengol). Et c'est encore dans cet arrêt Armengol que le Tribunal fédéral a dit, dans le langage le plus clair, qu'un contrôle général des prix de vente et des loyers était contraire à l'art. 31, de même d'ailleurs qu'à l'art. 22ter (ATF 113 Ia 126, 140-141; mais voir déjà le no 37).
50. Et il faut bien dire que le contrôle des prix, éminemment suspect dans un régime d'économie libérale, n'est acceptable que si des raisons très particulières, de police ou de politique sociale entendue dans un sens étroit, le justifient. Situation que le Tribunal fédéral a reconnue en ce qui concerne le courtage de logements, non sans s'appuyer aussi sur le code des obligations (ATF 110 Ia 111, 115-116, X.; voir déjà le no 35).

c) L'égalité

51. Dans quelques-unes des affaires citées, les recourants ont aussi, on pouvait s'y attendre, invoqué le principe de l'égalité, à l'encontre de la loi ou de son application. Ce grief nous a valu les solutions suivantes.
52. Les différences de traitement entre la propriété bâtie et la propriété non bâtie (ATF 101 Ia 502, 515-516, Chambre vaudoise immobilière), entre les maisons d'habitation et les locaux commerciaux (ATF 113 Ia 126, 145, Armengol), plus généralement entre les intérêts des locataires et ceux des propriétaires (ibid.), ont été jugées raisonnables. Mais la soumission à une même réglementation de toutes les maisons d'habitation, y compris celles qui, du fait de leur état ou de leur situation, ne répondaient

à aucun besoin de logement, a été considérée comme une assimilation insoutenable (en même temps qu'une mesure disproportionnée, ci-dessus, no 43; ATF 103 Ia 417, 422-423, Schweizer).

53. En matière de plans, le Tribunal fédéral a rappelé ce qu'il avait dit souvent, que l'aménagement du territoire, qui permet ou commande de faire sur une certaine parcelle ce qu'il interdit sur la parcelle voisine, ne s'accommode que d'une conception atténuée du principe d'égalité (ATF 101 Ia 502, 516, Chambre vaudoise immobilière; 111 Ia 93, 100, Crédit suisse).

54. Enfin, il est bien évident que, lorsque la loi donne à l'autorité chargée de l'appliquer un pouvoir d'appréciation, ce pouvoir doit être exercé sans arbitraire (ATF 89 I 460, 463-464, SI Rue du Puits Saint-Pierre 2). On a vu que le même problème a aussi été envisagé du point de vue du principe de la proportionnalité (ATF 99 Ia 35, 41-42, Hausbesitzer-Verein Basel; ci-dessus, no 43).

d) Le droit au logement

55. Nous avons dit, au début de notre exposé, que les Constitutions peuvent, à côté de la garantie des droits fondamentaux, contenir d'autres règles matérielles, telles que des mandats donnés au législateur. Nous avons fait de brèves allusions à ceux qui figurent dans la Constitution fédérale (ci-dessus, nos 6 et 22 b). Les constituants des cantons, conscients de leurs moyens limités, se sont montrés prudents sur ce chapitre. Les Constitutions les plus récentes n'exigent pas grand-chose : cf., par exemple, l'art. 25 II c de la Constitution d'Argovie; l'art. 106 de la Constitution de Bâle-Campagne; l'art. 22e de la Constitution de Soleure: le canton "fait en sorte...". Seul le constituant jurassien a pensé qu'il devait "reconnaître" un "droit au logement" (art. 22).

56. Nous ne savons pas ce que signifierait un "droit au logement" garanti par la Constitution fédérale. Le peuple et les cantons ont rejeté, en 1970, une formule de ce genre. Dans la Constitution d'un canton, un tel droit, dûment interprété, ne confère pas de créance aux particuliers. La terminologie, pour cette raison, n'est pas très satisfaisante. Le "droit au logement" n'en a pas moins une valeur juridique. C'est le mandat, adressé aux autorités du canton et des communes, mais principalement au législateur cantonal, de prendre des mesures pour répondre au besoin raisonnable de logement de la population.
57. Ce mandat est évidemment limité par le droit fédéral, en particulier par les règles sur le partage des compétences et par la garantie des droits fondamentaux. Il s'ensuit que, si les cantons et les communes sont assez libres de construire des logements à leurs frais, il leur est plus difficile, ainsi qu'on a pu le voir, d'édicter une législation contraignante. Les limites une fois marquées, l'inscription d'un "droit au logement" indique que les autorités doivent user des moyens d'action dont elles disposent.
58. Dans cet enchaînement tortueux, il y a toutefois un dernier "mais". Le devoir des autorités n'est muni, pratiquement, d'aucune sanction juridique. On ne pourrait rien faire contre un corps électoral qui rejeterait un crédit ou une loi. On ne pourrait, probablement, rien faire non plus contre un Grand Conseil inactif - sauf une initiative populaire, qui échouerait peut-être devant les citoyens. Un tel devoir rappelle donc aux publicistes l'"obligation imparfaite" dont parlent les civilistes. Et c'est sans doute cette faiblesse essentielle du "droit au logement", plutôt que les limites dans lesquelles il est enfermé, qui a fait que le Tribunal fédéral ne lui a concédé naguère qu'une "portée mineure" (ATF 112 Ia 382, FAQH, dans le résumé liminaire).