

l'obligation de prendre un échantillon dans le cas prévu sous litt. *b*, mais l'autorise simplement à ne pas *envoyer* l'échantillon au laboratoire. De même l'art. 13 de la loi fédérale, qui prescrit l'envoi des échantillons au laboratoire, se borne à réserver les exceptions à cette règle, sans dire que le prélèvement même de l'échantillon est superflu.

L'Inspecteur cantonal aurait donc dû ou bien sequestrer tout le vinaigre altéré, ou bien prendre un échantillon en observant les prescriptions réglementaires. Il n'a fait ni l'un, ni l'autre. Dès lors on ne saurait reprocher au tribunal d'avoir violé la loi en déclarant que, l'identité du vinaigre n'étant pas établie, la preuve de l'altération ne pouvait plus être faite.

C'est en vain, d'autre part, que le recourant invoque le fait que Monnier a formé opposition sans réclamer une surexpertise. La loi ne dit pas que l'opposition, pour être valable, doit comprendre une demande de surexpertise. Du moment que l'échantillon n'avait pas été prélevé régulièrement, Monnier pouvait considérer une surexpertise comme dénuée d'objet et partant y renoncer, sans pour cela renoncer à faire opposition, en se basant sur la manière dont l'inspecteur avait pratiqué le prélèvement de l'échantillon (art. 6 al. 1 du règlement fédéral). L'inculpé a fait valoir ce moyen, sinon dans sa lettre du 25 juillet 1923, du moins devant le juge. Il a déclaré que, vu la façon de procéder de l'inspecteur, il n'avait pas la certitude qu'il s'agissait du vinaigre prélevé chez lui le 18 juillet. Le tribunal a pu, sans violer une disposition du droit fédéral, considérer cette opposition comme valable et le moyen invoqué à l'appui comme fondé. Etant donné que l'identité de la marchandise n'était établie ni par un échantillon pris régulièrement, ni d'aucune autre façon que le juge pût regarder comme convaincante, la libération se justifiait.

*La Cour de cassation pénale prononce :*

Le recours est rejeté.

## A. STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

### I. GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ (RECHTSVERWEIGERUNG)

#### ÉGALITÉ DEVANT LA LOI (DÉNI DE JUSTICE)

15. Arrêt du 21 mars 1924

dans la cause **Instituteurs primaires et Maîtres au Collège de Genève contre Canton de Genève.**

*Statut des fonctionnaires.* Loi cantonale instituant une limite d'âge pour certains fonctionnaires et l'appliquant aussi à ceux nommés antérieurement. Prétendue inconstitutionnalité de cette loi. Violation du principe de la non-rétroactivité des lois, de la garantie de la propriété et de l'égalité devant la loi ? Rejet du recours.

A. — La loi genevoise sur l'instruction publique, codifiée en application de la loi du 5 novembre 1919, porte à son art. 16 que les fonctionnaires de l'instruction publique sont nommés par le Conseil d'Etat et ne contient au sujet de la fin des fonctions aucune autre disposition que celle de l'art. 18 ci-après : « Le Conseil d'Etat peut :

a) Mettre à la retraite les fonctionnaires auxquels l'âge ou les infirmités ne permettent plus de donner convenablement leur enseignement.

b) Suspendre ou révoquer les fonctionnaires qui manquent gravement à leurs devoirs pédagogiques ou dont la conduite est incompatible avec leurs fonctions.

c) Suspendre les augmentations annuelles prévues.

Les motifs de la mise à la retraite ou de la révocation sont communiqués par écrit au fonctionnaire intéressé.

Celui-ci peut demander à être entendu par une délégation du Conseil d'Etat.

Dans le cas où un fonctionnaire est mis à la retraite, et, suivant les circonstances, le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil qu'il lui soit accordé une indemnité.

Sont exceptés de cette dernière disposition, les fonctionnaires qui sont appelés à bénéficier d'une pension de la Caisse de prévoyance.»

Le 6 octobre 1923 le Grand Conseil a voté la loi suivante « relative à une limite d'âge dans l'enseignement primaire et secondaire » qui, après expiration du délai référendaire, est entrée en vigueur le 21 novembre 1923 : « Article unique. Il est ajouté à la loi sur l'instruction publique, codifiée en application de la loi du 5 novembre 1919, un nouvel article ainsi conçu :

Article 18 *bis*. La limite d'âge est fixée à 60 ans révolus pour l'enseignement primaire et 65 ans pour l'enseignement secondaire ainsi que pour les inspecteurs et directeurs.

Les membres du corps enseignant qui ont atteint l'âge fixé à l'alinéa précédent peuvent rester en fonctions jusqu'à la fin de l'année scolaire.

#### Disposition transitoire :

Un délai de 2 ans, dès la promulgation de la présente loi, est accordé aux fonctionnaires pour se conformer à ces dispositions.

Les fonctionnaires ayant droit au maximum de la pension prévue pour leur fonction ne pourront toutefois pas se prévaloir de cette disposition transitoire.»

B. — La loi du 6 octobre 1923 a fait, en temps utile, l'objet de deux recours de droit public formés l'un par l'Union des Instituteurs primaires genevois et par trois fonctionnaires de l'enseignement primaire en leur nom personnel, l'autre par l'Association des maîtres au Collège de Genève.

L'Association des maîtres au Collège de Genève a pris les conclusions suivantes :

« Plaise au Tribunal fédéral :

« prononcer que la loi... n'est pas applicable aux fonctionnaires de l'enseignement secondaire, notamment aux maîtres au Collège de Genève, nommés antérieurement sans aucune réserve, quant à la durée de leurs fonctions, autre que les dispositions de l'art. 18 de la loi sur l'instruction publique. »

L'Union des Instituteurs primaires a pris les conclusions suivantes :

« Plaise au Tribunal fédéral :

« annuler la loi dont est recours du 6 octobre 1923,

« dire et prononcer en tout état de cause que la loi ne sera pas applicable aux fonctionnaires actuellement nommés et occupant leurs postes avant la promulgation, dont les arrêtés de nomination ne contiennent aucune réserve ;

« dire et prononcer en particulier et en tant que de besoin qu'elle ne sera pas applicable aux membres de l'Union recourante et aux recourants dont les arrêtés de nomination ne contiennent aucune réserve. »

L'Association des Maîtres au Collège invoque l'art. 4 Const. féd. (art. 2 Const. cant.). L'Union des Instituteurs primaires invoque en outre l'art. 6 Const. cant. garantissant l'inviolabilité de la propriété. Elle réserve expressément la faculté des intéressés d'intenter à l'Etat des actions en indemnité pour rupture de contrat au cas où, à la suite du présent recours, la loi ne serait pas déclarée inconstitutionnelle.

Les motifs à l'appui des recours seront résumés dans les considérants de droit du présent arrêt.

L'Etat de Genève a conclu au rejet des recours.

#### Considérant en droit :

1. — La légitimation active des recourants — que l'Etat ne conteste pas formellement, mais qu'il met en doute — doit être admise sans hésitation. Le Tribunal fédéral a toujours reconnu aux associations professionnelles le droit d'attaquer par la voie du recours de droit

public les mesures qui portent atteinte aux intérêts communs de leurs membres (RO 28 I p. 242 ; 33 I p. 16 ; 34 I p. 473 ; 46 I p. 99-100). Or les deux associations recourantes invoquent la violation des droits constitutionnels des membres du corps enseignant primaire et secondaire dont elles sont chargées, d'après leurs statuts, de défendre les intérêts généraux. Quant aux 3 instituteurs primaires qui se sont joints au recours de l'Union, ils avaient également qualité pour recourir en leur nom personnel.

2. — L'objet de la loi genevoise du 6 octobre 1923 est de fixer, pour les membres du corps enseignant primaire et secondaire, une limite d'âge qui jusqu'alors n'existait pas. Tandis que l'Association des Maîtres au Collège de Genève ne l'attaque qu'en tant qu'elle s'applique aux maîtres nommés antérieurement à sa promulgation, l'Union des Instituteurs, par sa première conclusion, en conteste la constitutionnalité aussi d'une façon générale. Il y a donc lieu de rechercher tout d'abord si l'introduction d'une limite d'âge mérite le reproche d'inconstitutionnalité, abstraction faite de l'atteinte qu'elle peut porter aux intérêts des fonctionnaires nommés avant l'institution de cette limite d'âge.

Or il va sans dire que tel n'est pas le cas. La Constitution genevoise ne pose nullement le principe que les fonctionnaires dont il s'agit doivent être nommés à vie et le législateur (sous réserve de là question des droits acquis qui sera examinée ci-après) avait donc la pleine liberté d'adopter le système de la limite d'âge qui est consacré par la plupart des législations modernes et dont les avantages, en ce qui concerne le rajeunissement des cadres, ne sont pas contestables.

La recourante ajoute, il est vrai, que l'adoption de ce système apporte aux statuts de sa caisse de prévoyance une modification qui ne pouvait avoir lieu que par la voie prescrite à l'art. 27 des dits statuts (vote de l'Assemblée générale par une majorité des  $\frac{3}{4}$ , approbation du Grand Conseil). Mais c'est là une erreur :

les statuts ne précisent pas les causes de la retraite donnant lieu au paiement d'une pension et aucune revision n'est donc nécessaire pour qu'ils s'appliquent à la nouvelle cause de retraite instituée par la loi. Tout au plus peut-on dire que celle-ci aura pour effet d'aggraver les charges financières de la Caisse en augmentant le nombre des pensions à servir ; mais comme l'Etat est garant du paiement des pensions (art. 14) et qu'il aurait donc à couvrir un déficit éventuel, cette aggravation des charges ne lèse pas la Caisse (dont au surplus on peut se demander si la recourante aurait qualité pour défendre les intérêts).

Enfin, en ce qui concerne l'inégalité de traitement consistant en ce que la limite d'âge est fixée à 60 ans pour l'enseignement primaire et à 65 ans pour l'enseignement secondaire, elle se justifie par le fait que les études des maîtres secondaires sont en général plus longues que celles des instituteurs primaires et qu'ils entrent donc plus tard dans la carrière.

3. — L'institution de la limite d'âge n'étant ainsi pas inconstitutionnelle en elle-même, il reste à rechercher — et c'est là l'essentiel des recours — si elle a ce caractère en tant que la limite d'âge s'applique non seulement aux fonctionnaires qui seront nommés à l'avenir, mais aussi aux fonctionnaires en activité de service qui ont été nommés sans limitation de la durée de leurs fonctions. Au lieu de pouvoir demeurer en fonctions aussi longtemps que ne sera pas réalisée en leur personne une des causes de mise à la retraite prévues par la loi sous l'empire de laquelle ils ont été nommés (art. 18), ils seront soumis à la limite d'âge introduite par la nouvelle loi — ce qui aura pour effet de les priver prématurément des avantages pécuniaires (traitement) attachés à l'exercice de leurs fonctions et, comme la loi ne compense pas cette privation par l'allocation d'une indemnité, la question se pose de savoir si le dommage qu'elle entraîne pour les intéressés implique la violation de leurs droits constitutionnels. La question de la con-

stitutionnalité de la loi et celle du droit à une indemnité ne peuvent donc pas être dissociées, comme paraît vouloir le faire l'Union des Instituteurs primaires qui réserve la voie de l'action civile pour la réclamation d'indemnités. La loi suppose qu'aucune indemnité ne sera versée aux fonctionnaires atteints par la limite d'âge ; elle n'a été votée qu'à cet effet, puisqu'elle est destinée à procurer une économie à l'Etat et que cette économie serait annihilée si les fonctionnaires mis à la retraite devaient être indemnisés. Le Tribunal fédéral appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi doit par conséquent envisager cette loi telle qu'elle existe, c'est-à-dire comme excluant toute indemnité en faveur des fonctionnaires atteints par la limite d'âge — d'où il suit que s'il décide qu'elle est constitutionnelle il ne restera plus de place pour des actions en indemnité, la loi (par hypothèse, constitutionnelle) s'opposant à leur admission.

4. — Les recourants invoquent les art. 4 Const. féd. et 2 Const. cantonale — qui garantissent l'égalité devant la loi — et l'art. 6 Const. cantonale — qui garantit l'inviolabilité de la propriété — et ils prétendent que la nouvelle loi viole ces garanties constitutionnelles en ce que a) elle méconnaît le principe de la non-rétroactivité des lois, b) elle porte atteinte aux droits acquis des fonctionnaires.

En ce qui concerne tout d'abord la non-rétroactivité des lois, on doit observer que ce principe n'est consacré ni par la Constitution fédérale ni par la Constitution genevoise, que c'est avant tout une règle d'interprétation qui s'impose *au juge* (d'ailleurs sous de multiples réserves), mais que, même en matière de droit privé et *a fortiori* en matière de droit public (v. FLEINER, Institutionen p. 88/89), le *législateur* peut y déroger en étendant aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi l'effet des règles qu'il édicte, pourvu qu'en ce faisant il ne viole pas des droits garantis par la Constitution. Ainsi que l'a

jugé récemment le Tribunal fédéral (RO 47 I p. 16), il s'agit tout au plus d'un postulat dont l'inobservation par le législateur ne donne lieu au recours de droit public que si elle implique la violation d'une autre norme constitutionnelle positive. Au surplus, en l'espèce, ce moyen se confond avec celui qui est tiré de la violation des droits acquis. Si les recourants prétendent que la loi ne doit pas avoir d'effets rétroactifs, c'est à raison des droits auxquels elle porterait atteinte et qu'ils estiment intangibles. Tout le débat se résume donc à savoir si l'atteinte portée à ces « droits » est contraire à une disposition constitutionnelle.

5. — A cet égard, le principe de l'inviolabilité de la propriété est sans application possible. Quelque extension en effet qu'on veuille lui donner et embrassât-il, outre la propriété, les autres droits patrimoniaux, dans tous les cas il ne vise que les droits privés, ainsi que le Tribunal fédéral l'a admis dans sa jurisprudence constante à laquelle il suffit de se référer (RO 16 p. 717 ; 24 I p. 467 ; 28 I p. 181 ; 33 I p. 161 ; 35 I p. 571). Or le statut des fonctionnaires ne rentre pas dans le domaine du droit privé. Le Tribunal fédéral, il est vrai, a encore laissé ouverte (RO 46 I p. 149 et suiv.) la question de savoir si la nomination des fonctionnaires constitue un acte unilatéral du pouvoir administratif nécessitant simplement l'assentiment de l'intéressé (dans ce sens, la majorité des auteurs : FLEINER, Institutionen p. 182 ; OTTO MAYER, Verwaltungsrecht II p. 262 et suiv. ; HAURIU, Droit administratif, 10<sup>e</sup> éd., p. 573 et suiv.) ou si les relations entre Etat et fonctionnaire ont à leur base un contrat (LABAND, Staatsrecht, I 4<sup>e</sup> éd. p. 405-406 ; JELLINEK, System der subjektiven Rechte, 2<sup>e</sup> éd. p. 210). Mais, soit les auteurs, soit les arrêts qui se rallient au système du contrat sont unanimes à reconnaître que c'est un contrat *de droit public* (v. outre l'arrêt du Tribunal fédéral cité, RO 24 II p. 941 ; 41 II p. 181) ; cela est évident puisque l'un des sujets est l'Etat agissant dans

l'exercice de sa souveraineté et aussi bien, en droit positif suisse, l'art. 362 CO ne laisse place à aucun doute et soustrait catégoriquement au domaine du droit privé les relations entre Etat et fonctionnaires.

6. — C'est dès lors exclusivement au point de vue de l'art. 4 Const. féd. (art. 2 Const. cantonale) qu'on doit se placer pour apprécier la prétendue violation des droits des fonctionnaires atteints par la nouvelle loi.

A ce point de vue, il y a lieu d'observer que la législation genevoise ne pose pas le principe de la nomination à vie et qu'en fait les actes de nominations des fonctionnaires ne renferment pas de clause dans ce sens. Sans doute les recourants invoquent certains passages des discours prononcés au Grand Conseil lors de la discussion de la loi de 1848 sur l'instruction publique, lors de la fondation d'une caisse de retraite pour l'enseignement supérieur (1899) et lors de la création d'un poste de second secrétaire au Département de l'Instruction publique (1907) d'où ils tirent la conclusion que les fonctionnaires ont été engagés à vie. Mais, outre que les arguments tirés des opinions émises dans les discussions parlementaires, lorsqu'elles ne se sont pas reflétées dans le texte de la loi, n'ont qu'une valeur très relative (cf. RO 22 p. 927; 25 II p. 845; 27 I p. 530; 31 I p. 618), dans sa réponse le Conseil d'Etat cite des opinions opposées d'orateurs également qualifiés entendus au cours des mêmes débats et lors de l'élaboration de la loi de 1872 sur l'instruction publique — de telle sorte qu'il ne peut être question d'une conception universellement admise. Comme, d'autre part, l'engagement à vie ne peut pas être présumé (RO 24 I p. 45), on doit admettre qu'à Genève les fonctionnaires étaient nommés, non pas proprement « à vie » — c'est-à-dire avec une garantie formelle de maintien en fonctions pendant toute la durée de la vie du fonctionnaire — mais simplement pour un temps indéterminé. Pratiquement, il est vrai, la différence était insensible, puisque les causes

de révocation ou de mise à la retraite sont énumérées limitativement (Art. 18), mais elle n'est pas négligeable quand il s'agit d'apprécier le droit du législateur d'instituer une limite d'âge. En effet, dans le premier cas (engagement à vie) cette innovation substituerait à un terme fixé (décès du fonctionnaire) un terme plus rapproché et impliquerait donc une contradiction marquée avec le statut précédemment arrêté; dans le second cas (engagement pour un temps indéterminé), elle entraîne une modification moins profonde, puisqu'elle apporte simplement à la durée des fonctions une limitation qui n'avait pas encore été prévue, sans d'ailleurs abroger aucune disposition légale ou sans déroger à une clause contractuelle. Il reste uniquement ceci, que, nommé sous un régime qui ne connaissait pas la limitation de la durée des fonctions, le fonctionnaire se trouve soumis à un nouveau régime légal qui comporte cette limitation. Mais on ne saurait reconnaître au fonctionnaire le droit d'exiger que le régime légal sous lequel il a été nommé demeure sans changement pendant la durée de ses fonctions. Il résulte de la nature même des choses que son statut peut et doit être adapté aux circonstances générales du moment et que, lorsque celles-ci se modifient, le législateur peut donc lui faire subir des modifications correspondantes, sans que l'Etat soit tenu de compenser par le paiement d'une indemnité tout sacrifice qui, dans l'intérêt public, peut lui être imposé. Ce que l'art. 4 Const. féd. exige c'est seulement que, d'une part, les changements apportés se justifient réellement par des considérations d'intérêt public et, d'autre part, qu'ils ne lésent pas outre mesure les intérêts légitimes des fonctionnaires. Or, en l'espèce, il est superflu d'insister sur la situation financière critique à laquelle l'Etat de Genève a été obligé de faire face et qui a provoqué l'ensemble des mesures dont fait partie celle qui est l'objet des présents recours; les recourants prétendent, il est vrai, que l'institution de la limite d'âge ne pro-

curera pas d'économies appréciables, mais sur ce point le Tribunal fédéral ne peut que s'en rapporter aux indications fournies dans la réponse du Conseil d'Etat qui affirme sa volonté de diminuer les dépenses actuelles en supprimant plusieurs des places dont les titulaires seront mis à la retraite par le jeu de la nouvelle loi. Quant à l'étendue des sacrifices imposés aux recourants, il est hors de doute que l'Etat doit avoir égard aux intérêts matériels des fonctionnaires qui sont entrés à son service notamment en raison des avantages de la sécurité qu'ils y trouvaient. Mais les fonctionnaires qui sont atteints par la nouvelle loi ne sont évidemment pas fondés à prétendre qu'ils sont congédiés brutalement et sans que l'Etat ait pourvu à leur avenir. La loi tout d'abord leur laisse un délai de deux ans pour se conformer à ses dispositions et surtout, grâce aux caisses de retraite (alimentées pour partie par l'Etat), ils sont assurés de toucher des retraites (dont le maximum est de 60 % du traitement pour les maîtres au Collège et de 70 % pour les instituteurs primaires). C'est là un tempérament essentiel qui, dans la généralité des cas, enlève à la loi tout caractère d'excessive rigueur. Si toutefois il arrivait que, dans des cas exceptionnels, il se révélât inopérant ou manifestement insuffisant à raison de circonstances particulières (fonctionnaires atteints par la limite d'âge avant d'avoir droit à une retraite convenable), il appartiendrait à l'Etat de corriger par des mesures individuelles ce que l'introduction du nouveau système pourrait avoir de trop dur pour tels fonctionnaires déterminés. Sous cette réserve — qui ne concerne pas le fond de la loi, mais les modalités de son application — le grief d'inconstitutionnalité doit être déclaré mal fondé.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Les recours sont rejetés.

## II. AUSÜBUNG DER WISSENSCHAFTLICHEN BERUFSARTEN

### EXERCICE DES PROFESSIONS LIBÉRALES

Vgl. Nr. 17. — Voir N° 17.

## III. HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

### LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

16. Urteil vom 16. Juli 1924

i. S. Bohny gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Baselland.

Ist es Willkür, die Behandlung von Personen mit Massage als patentpflichtige Ausübung der Heilkunde zu betrachten ?

A. — Gegen Oskar Bohny-Iuhof in Binningen sind im Juli und August 1923 zwei Anzeigen wegen Übertretung des § 25 des Sanitätsgesetzes von Baselland, vom 20. Februar 1865 (Verbot der Ausübung der Heilkunde ohne Patent), erstattet worden, die eine von der Polizei, die sich darauf stützte, dass Bohny trotz früherer Verzeigung sich in der Wirtschaft zur Schützenburg in Binningen mit der Ausübung der Heilkunde befasse, die andere von Dr. Baud in Binningen, nach der Bohny eine Patientin in Binningen mit Magnetismus behandelte. Bohny wendete ein, es habe sich nur um erlaubte Massage gehandelt, die nicht unter das Gesetz falle, in Baselstadt sei ihm die Ausübung dieser Tätigkeit auf eine bestandene Prüfung hin durch Entscheid vom 25. September 1923 erlaubt und auch in Baselland sei ihm