

La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

1.

Les remarques suivantes ont pour objet le rapport entre les droits fondamentaux et la législation. La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux s'imposant à toutes les autorités constituées de l'Etat, elle s'adresse donc aussi au législateur. Ce que nous aimerions examiner ici, c'est le contenu et c'est surtout la nature de cette injonction.

2.

Pendant longtemps, on en a plutôt vu le côté négatif: le législateur devait s'abstenir de toucher aux droits fondamentaux; ou alors, il n'y pouvait toucher que s'il avait de justes raisons de le faire, et en respectant certains principes.

Depuis une vingtaine d'années, l'habitude s'est prise de donner à la garantie aussi un sens positif: le législateur, loin de se cantonner dans un rôle passif, doit fortifier les droits fondamentaux, en en facilitant l'exercice et en les protégeant contre les atteintes qui leur viennent de tiers.

3.

L'histoire de la liberté de la presse nous offre un bon exemple de cette évolution. Autrefois, la liberté de la presse signifiait essentiellement l'abolition de la censure préalable de l'Etat. Mais il est évident qu'aujourd'hui ce n'est pas cette censure-là qui menace le plus directement la presse. Ce que l'avenir nous réserve, nous ne le savons pas. En tout cas, les problèmes actuels sont ailleurs: c'est le journaliste congédié parce que son article a déplu; c'est l'éditeur concurrencé par la télévision ou boycotté par des annonceurs en colère; c'est le quotidien qui détient, dans une région, le monopole de l'information écrite; ce sont les petits journaux d'opinion qui disparaissent faute d'argent. Assurément, on peut bien dire que ces dangers-là ne sont pas nouveaux non plus. Mais l'idée moderne, c'est que la garantie constitutionnelle de la liberté de la presse commande au législateur d'y parer: en complétant le code civil et le code des

obligations par des dispositions détaillées sur la protection de la personnalité et sur la dénonciation du contrat de travail; en adoptant une loi de subvention, une autre qui limite la publicité télévisée, une autre encore qui ouvre aux particuliers les colonnes d'un journal exclusif.

4.

Notre thèse, c'est qu'à vouloir parler de «droits» fondamentaux dans le sens moderne qui vient d'être indiqué, à vouloir donner à un même substantif deux acceptions aussi différentes, dans le seul but de rappeler que la politique d'un Etat doit être cohérente et que la garantie constitutionnelle des libertés doit être accompagnée, autant qu'il est possible, de mesures législatives qui leur soient favorables, on n'éclaircit pas la matière. On risque plutôt de l'obscurcir, en présentant comme semblables des situations qu'il vaudrait mieux distinguer.

D'un côté, nous avons un droit individuel, un vrai droit, dont le propre est de pouvoir être déféré à l'arbitrage d'un juge. De l'autre, nous avons une maxime politique, dont l'observation relève de l'autorité seule à laquelle elle s'adresse. Dans le premier cas, le législateur, qui doit respecter le droit, est ou peut être soumis à la juridiction d'un tribunal. Dans le second cas, le même législateur, qui doit s'inspirer de la maxime, dispose souverainement de la suite qu'il lui donnera. On peut bien, si l'on veut, parler ici d'un mandat; mais c'est un mandat dont le contenu est défini par le mandataire lui-même. On peut bien prétendre que le constituant impose une obligation au législateur; mais c'est une obligation imparfaite.

Cette question de «justiciabilité» est essentielle. Ce n'est pas un simple point de procédure, comme on l'entend dire parfois d'un ton condescendant. C'est un élément déterminant du régime politique. Il y va de la répartition du pouvoir entre les autorités de l'Etat. Pour reprendre l'exemple de la presse: si c'est le Parlement, si ce sont les citoyens qui ajustent les intérêts, parfois contraires, des rédacteurs, des éditeurs, des annonceurs; si ce sont bien eux qui décident quand la dénonciation d'un contrat peut être tenue pour injustifiée, nous sommes en démocratie. Si ce sont des juges, statuant sans loi ou contre la loi, nous sommes en aristocratie.

5.

Le constituant suisse, on le sait, a marqué encore davantage sa préférence pour le régime démocratique en affranchissant le législateur fédéral de tout contrôle judiciaire. Ce qui signifie que le législateur fédéral échapperait à la censure du tribunal même s'il s'avisait de toucher indument à un véritable droit constitutionnel; aucun juge ne pourrait annuler ou corriger la loi. Mais ceci est une solution suisse. Heureuse, nous

semble-t-il, mais accidentelle: elle n'est pas nécessaire et il n'en sera pas tenu compte ici. Nous pourrions, en effet, avoir une protection judiciaire des droits fondamentaux même contre le législateur fédéral sans cesser d'être en démocratie. Cela, répétons-le, ne nous paraît pas souhaitable; mais ce serait possible. En revanche, si nous donnions aux juges, de surcroît, la compétence de mesurer eux-mêmes la portée de ce qui n'est qu'une maxime politique, nous changerions de régime.

6.

La difficulté consiste maintenant à trouver le critère de distinction entre ce qui est un droit et ce qui est une maxime. Faut-il le chercher simplement dans l'opposition entre le négatif et le positif? Les particuliers pourraient exiger que le législateur s'abstienne de porter atteinte à leurs libertés; ils ne pourraient pas exiger qu'il légifère pour les rendre plus fortes. Ils pourraient se plaindre au juge quand il leur paraîtrait que le législateur en a trop fait; ils ne le pourraient pas quand ils estimerait qu'il en a fait trop peu. Ils pourraient attaquer la loi qui établirait la censure; mais pas celle qui leur alloue des subventions, en prétendant qu'elles sont insuffisantes; ni celle qui règle les rapports civils, en alléguant qu'elle les protège mal. Ils pourraient s'en prendre au code de procédure pénale qui permettrait une arrestation arbitraire, mais pas au code pénal qui punirait l'enlèvement, la séquestration ou la prise d'otages de peines trop légères. Ils pourraient recourir contre l'institution d'un monopole d'Etat, mais pas contre une législation qu'ils jugeraient trop favorable aux cartels privés; etc. Autant d'exemples qui nous paraissent corrects. Mais l'opposition entre le trop, qui peut être porté devant le tribunal, et le trop peu, qui ne pourrait pas l'être, n'explique pas toutes les situations: notre Constitution garantit aussi des droits à des prestations positives.

7.

Il y a d'abord plusieurs droits tirés du principe d'égalité: droit à ce que la justice soit rendue, droit d'être entendu, droit à l'assistance judiciaire, etc. Et ce sont des droits qui ne sont pas opposables seulement aux autorités qui appliquent les lois. On en peut très bien déduire des injonctions pour le législateur. Si celui-ci, par exemple, n'accorde pas aux justiciables un minimum d'organisation judiciaire, s'il ne leur offre pas des règles de procédure raisonnables, ses lois sont exposées à des réclamations. On conçoit parfaitement qu'une disposition qui prévoirait un délai trop court, des formalités tracassières, une administration des preuves qui ne serait pas impartiale, soit annulée pour cause d'inconstitutionnalité.

Il y a ensuite le droit à l'indemnisation, tiré de la garantie de la propriété. Ici encore,

on conçoit qu'une loi qui n'allouerait pas une pleine indemnité pour le cas d'expropriation puisse être attaquée en justice.

Enfin, il est facile de trouver d'autres illustrations dans la gestion des établissements publics ou dans celle du domaine public. Naturellement, on ne demandera pas à un juge qu'il définisse ce que doit être une instruction primaire «suffisante» ni qu'il arrête lui-même un programme scolaire. Mais on peut imaginer qu'il annule une loi qui ne dispenserait pas l'enseignement dans la langue de la population, de même que celle qui n'assurerait pas une promenade quotidienne à des prisonniers, ou qui interdirait généralement d'user du domaine public à des fins de propagande politique. Dans tous ces cas, les particuliers pourraient se plaindre au juge que le législateur n'en a pas fait assez.

8.

C'est donc en d'autres termes qu'il faut exprimer ce qui distingue le droit qui peut être invoqué en justice de la maxime qui ne peut pas l'être. Le critère nous semble résider plutôt dans l'opposition entre l'*individuel* et le *collectif*. Il y a, d'une part, des intérêts que la Constitution a suffisamment singularisés pour en faire de véritables droits. Il y a, d'autre part, des intérêts qui sont restés trop généraux, trop diffus, trop vagues et qui peuvent être compris de façons trop diverses pour être davantage qu'une stimulation adressée aux autorités publiques; ou, si l'on préfère, des fragments de l'*intérêt public*. Encore faut-il pouvoir tracer, concrètement, la ligne de démarcation entre ce qui est devenu individuel et ce qui est resté collectif. Nous croyons qu'ici deux indices peuvent nous guider. L'intérêt n'est que collectif lorsqu'il tend à obtenir du législateur qu'il impose certains comportements à des particuliers; ou lorsqu'il ne peut être satisfait qu'au prix d'une grande dépense de l'Etat. Dans ces deux hypothèses, en effet, il est extrêmement rare que la Constitution soit précise au point de tenir lieu de loi. On ne rencontre ce phénomène, depuis quelque temps, que pour l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes (avec cette conséquence remarquable qu'ici le droit garanti par la Constitution relève des tribunaux civils). Et il n'y a rien de pareil en matière d'investissements, de subventions ou de prestations sociales; rien, notamment, qui ressemble aux promesses chiffrées que le constituant a faites à certains cantons.

9.

Le premier indice se rapporte donc aux règles de comportement, telles qu'on les trouve dans le code civil, le code pénal, les lois de police, de politique économique ou sociale. Nous convenons que ces lois doivent contribuer à fortifier ou, comme on dit parfois, à «réaliser» les droits fondamentaux; mais nous répétons que la Constitution, lorsqu'elle

garantit un droit fondamental, ne donne au législateur aucune directive précise sur la manière dont il le fortifiera ou le réalisera.

Soit la garantie de la liberté personnelle, qui inclut la garantie du droit à la vie et à l'intégrité physique et psychique. On attend évidemment du législateur qu'il déclare punissables les homicides et les lésions corporelles. Mais c'est son affaire de qualifier ces crimes et ces délits et de déterminer les peines qui leur sont attachées. Seule l'absence totale de loi pourrait faire problème; mais l'exemple est académique. C'est aussi son affaire de décider si et à quelles conditions l'interruption de grossesse est illicite – contrairement à ce qu'a soutenu naguère le Tribunal constitutionnel fédéral de Karlsruhe. On attend également du législateur qu'il empêche le commerce d'aliments avariés. Mais c'est à lui de dire si une règle répressive suffit, si un contrôle préalable ne serait pas plus efficace et comment ce contrôle devrait être organisé. De plus en plus, on attend du législateur qu'il protège l'environnement et qu'il s'efforce, en particulier, de réduire ces bruits qui rendent les gens malades. Mais une loi sur la protection de l'environnement suppose que soient pesés toute sorte d'intérêts contraires. Opération difficile, dont on ne peut jamais dire si elle a été bien menée, mais qui doit au moins revenir à l'autorité dans laquelle ces intérêts contraires sont le mieux représentés, c'est-à-dire au Parlement et, en dernier ressort, au corps électoral lui-même.

10.

Il est dès lors possible de circonscrire l'office du juge.

Les lois que nous avons mentionnées, code civil, code pénal, lois de police, etc., ont toutes pour effet de limiter la liberté d'agir des particuliers. Dans un bon nombre de cas, elles touchent même à des droits fondamentaux qui leur sont indubitablement garantis par la Constitution. Les particuliers ont donc la faculté d'attaquer ces lois en justice (nous ne tenons pas compte, ici, de l'immunité qui couvre, en Suisse, les lois fédérales). Pour décider du sort de leur recours, le tribunal devra vérifier si la loi attaquée est soutenue par un intérêt public suffisant. L'intérêt public, ce sera justement, en l'espèce, l'intérêt collectif dont nous avons parlé plus haut. Le tribunal devra l'évaluer, non pas pour dire s'il a été suffisamment considéré, mais s'il n'a pas été surestimé; en d'autres termes, pour dire si le législateur a péché par excès de sollicitude envers cet intérêt collectif, non pas s'il a péché par défaut. Nous retrouvons, ici, la différence entre le négatif et le positif, dont nous avons noté qu'elle permettait d'éclaircir mainte situation (no 6).

Le système, à première vue, paraîtra peu «social». Ainsi, une loi de protection des travailleurs pourrait être attaquée par les employeurs qui se plaindraient de sa rigueur, pas par les travailleurs qui la jugeraient trop molle. Une loi de protection des consommateurs pourrait l'être par les producteurs et les distributeurs, pas par ceux-là

même qui en sont les bénéficiaires directs. Une loi sur l'énergie pourrait l'être par les fournisseurs d'électricité, pas par ceux qui s'inquiètent du gaspillage qui en est fait.

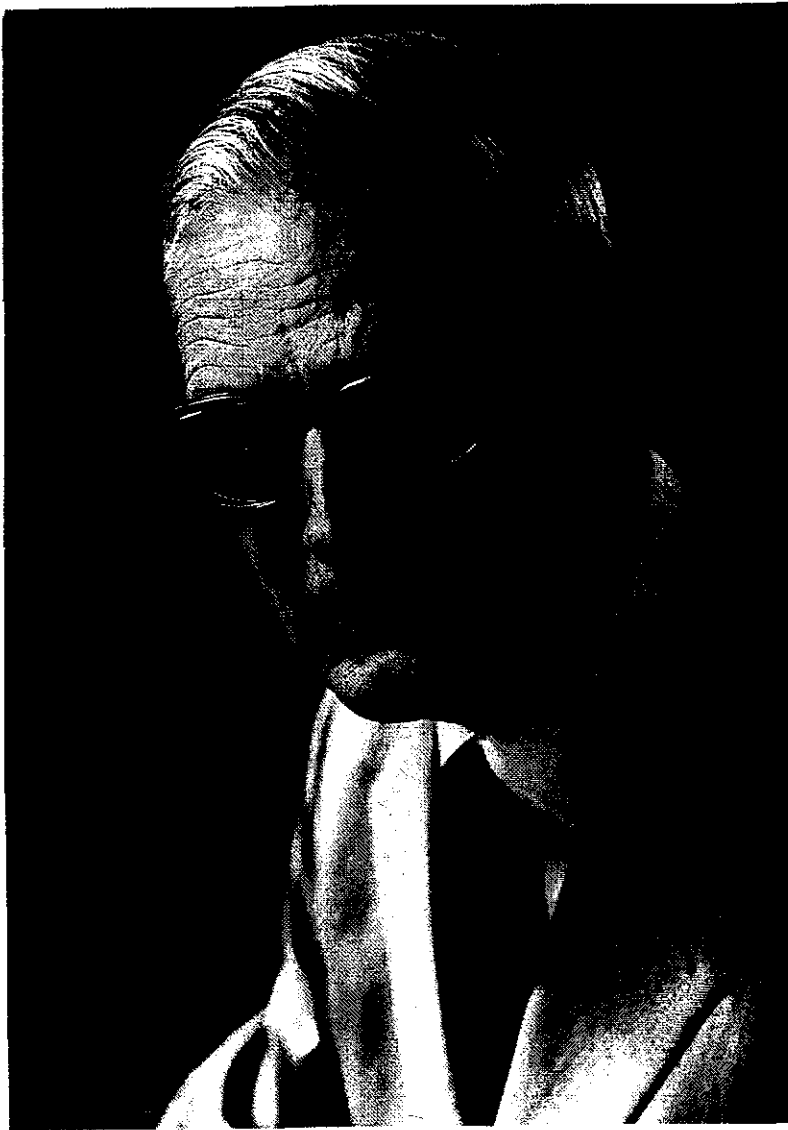
A cela, nous pourrions nous contenter de répondre que tel est le prix de la démocratie: la prise en charge des intérêts des travailleurs, ou des consommateurs, ou des personnes soucieuses d'une bonne gestion des sources d'énergie incombe au législateur; la juridiction constitutionnelle fonctionne comme un butoir, elle ne doit pas devenir le moteur de la politique. Mais nous ajouterons qu'une extension du pouvoir des juges ne rendrait probablement pas le système plus social. Car de deux choses l'une: ou bien ces juges ont une haute opinion de la propriété privée et de la libre entreprise, et alors il est douteux qu'ils usent de leur compétence accrue pour venir en aide aux travailleurs, aux consommateurs, à tous ceux qui leur demanderaient de promouvoir l'intérêt public. Ou bien ces juges ont des idées avancées, et alors ils laisseront au législateur, sans avoir à le stimuler, la liberté de faire sa propre législation sociale. La seule hypothèse où une juridiction élargie aurait un effet mesurable, c'est celle où des juges résolument «progressistes» prétendraient imposer leurs vues à un Parlement et à un peuple qui n'en veulent pas. De ce conflit, on peut penser que ce ne sont pas les juges qui sortiraient vainqueurs.

11.

Le second indice, on s'en souvient peut-être, se rapporte aux finances publiques. Si la réalisation d'un droit fondamental entraîne une grande dépense pour l'Etat, c'est le signe qu'il n'y a pas de véritable droit individuel à cette réalisation, mais seulement un intérêt collectif. Ici, le développement peut être court. Tout le monde comprend que la construction d'écoles ou d'hôpitaux, le subventionnement de journaux ou de logements, l'institution d'assurances sociales, toutes tâches coûteuses, relèvent de la libre appréciation des autorités qui votent les impôts et les cotisations. Pour ceux qu'un raisonnement aussi simple ne convaincrerait pas, la menace du référendum financier, plus immédiate encore que le refus de l'impôt, devrait leur dessiller les yeux. Car à quoi servirait-il qu'un tribunal condamne un canton à agrandir son Université, en invoquant le libre choix d'une profession, si les citoyens repoussaient ensuite le crédit nécessaire à l'exécution du jugement? A ce conflit non plus, les magistrats n'auraient rien à gagner. Leur intervention ne se conçoit donc que pour des dépenses spéciales ou modiques, telles qu'elles résultent du droit des propriétaires à la compensation d'une mesure expropriatoire, de celui des indigents à l'assistance judiciaire ou de celui des prisonniers à une promenade quotidienne. Et nous retrouvons, cette fois-ci, la catégorie de situations où l'on a pu légitimement admettre que la Constitution garantissait aux particuliers un droit à une prestation positive de l'Etat (no 7).

12.

Est-il besoin de préciser, pour conclure, que les mêmes raisons qui nous font voir de simples intérêts collectifs dans les conséquences politiques de la garantie des droits fondamentaux nous conduisent à qualifier semblablement la plupart des postulats qu'on désigne du nom de «droits sociaux»? En effet, plusieurs de ces postulats ne peuvent être satisfaits que par des particuliers, propriétaires, employeurs, auxquels le législateur prescrirait un certain comportement. D'autres tendent à une redistribution des revenus par le moyen des finances publiques. Le plus souvent, d'ailleurs, ils contribuent aussi à fortifier les droits fondamentaux. Ils forment donc bien un élément de l'intérêt public.



K. Eichenberger.

Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel

Festschrift für Kurt Eichenberger
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von
Georg Müller, René A. Rhinow,
Gerhard Schmid und Luzius Wildhaber

Verlag Helbing & Lichtenhahn
Basel/Frankfurt am Main

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
KURT FUGLER Dr. iur., Bundesrat, Vorsteher des EJPD Der Dienst am Staat als nobile officium	15

I. Grundfragen moderner Staatlichkeit

JOSEF ISENSEE Dr. iur., Professor an der Universität Bonn Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates . Zur Legitimationskrise des modernen Staates	23
ALOIS RIKLIN Dr. iur., Professor an der Hochschule St. Gallen Milizdemokratie.	41
HANS RYFFEL Dr. phil., em. Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer Pluralismus und Staat	59
DIETRICH SCHINDLER Dr. iur., Professor an der Universität Zürich Wechselwirkungen zwischen der inneren Struktur der Staaten und der internationalen Ordnung.	71
GÜNTER STRATENWERTH Dr. iur., Professor an der Universität Basel Zum Prinzip des Sozialstaats	81
PAUL TRAPPE Dr. phil., Professor an der Universität Basel Macht und Recht	93
HANS PETER TSCHUDI Dr. iur., a. Bundesrat, Professor an der Universität Basel Der Sozialstaat im gesellschaftlichen Wandel	107
JOSEPH VOYAME Directeur de l'Office fédéral de la justice, Professeur à l'Université de Lausanne Le principe de la subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons.	121
LUZIUS WILDHABER Dr. iur., Professor an der Universität Basel Entstehung und Aktualität der Souveränität	131
REINHOLD ZIPPELIUS Dr. iur., Professor an der Universität Erlangen Machtkontrolle durch strukturelle Vielfalt und Funktionenteilung . .	147

ISBN 3 7190 0815 0

Bestellnummer 21 00815

© 1982 by Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel:

Festschr. für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag/
hrsg. von Georg Müller... - Basel; Frankfurt am Main:
Helbing und Lichtenhahn, 1982.

ISBN 3-7190-0815-0

NE: Müller, Georg [Hrsg.]; Eichenberger, Kurt: Festschrift

II. Grundrechte und Verfassung

- JEAN-FRANÇOIS AUBERT Dr. iur., Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève
La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur 161
- JÖRG PAUL MÜLLER Dr. iur., Professor an der Universität Bern
Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen 169
Eine Skizze
- FRITZ OSSENBÜHL Dr. iur., Professor an der Universität Bonn
Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht 183
- KLAUS STERN Dr. iur., Professor an der Universität Köln
Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur
modernen Verfassung 197

III. Staat und Wirtschaft

- VERENA BÜCHLER-TSCHUDIN Dr. iur., Rechtsanwältin
Rechtsprobleme bei der Beschränkung der Einfuhr von
Futtermitteln und Fleisch 211
- RENÉ L. FREY Dr. rer. pol., Professor an der Universität Basel
Gerechtigkeit, soziale Grundrechte und Ökonomie 225
- FRITZ GYGI Dr. iur., Professor an der Universität Bern
Zum Polizeibegriff 235
- WILHELM HILL Dr. oec., Professor an der Universität Basel
Marketing im öffentlichen Sektor 249
- GERHARD SCHMID Dr. iur., Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Sandoz AG,
Privatdozent an der Universität Basel
Bemerkungen zum Verhältnis von Leistungsstaat und Wirtschaft. . . 263
- LEO SCHÜRMAN Dr. iur., Dr. rer. publ. h. c., Generaldirektor der Schweizerischen
Radio- und Fernsehgesellschaft, Professor an der Universität Freiburg i. Ue.
Staat und Wirtschaft im Lichte der neueren Verfassungsrevisionen. . 273
- FRANK VISCHER Dr. iur., Professor an der Universität Basel
Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohn-
vereinbarung 283

IV. Entscheidungsprozesse in der Demokratie

- ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE Dr. iur., Dr. phil., Professor an der Universität
Freiburg i. Br.
Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der
Demokratie 301
Bemerkungen zu Begriff und Verwirklichungsproblemen der Demokratie
als Staats- und Regierungsform
- ETIENNE GRISEL Dr. iur., Professeur à l'Université de Lausanne
La validité partielle des initiatives populaires 329
Un curieux revirement de jurisprudence
- HANS HUBER Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Bern
Über den Initiativenbetrieb und über Ausführungsgesetze zu Volks-
initiativen 341
Zugleich eine Auseinandersetzung mit einer Richtung der Politikwissenschaft
- RICCARDO L. JAGMETTI Dr. iur., Professor an der ETH Zürich
Der Bürger im Entscheidungsprozeß 363
- MAX KUMMER Dr. iur., Professor an der Universität Bern
Allgemein gültige Führungsregeln? 375
- ALEXANDRE MÉTRAUX Dr. phil., Dozent an der Universität Heidelberg
Condorcets Entscheidungstheorie und das Problem der Legitimation
des Mehrheitsentscheids 395
Ein historisch-rechtstheoretischer Essay
- PIERRE MOOR Dr. iur., Professeur à l'Université de Lausanne
Abstentionnisme et groupes de pression: réflexion sur la structure du
pouvoir étatique 413
- CHARLES-ALBERT MORAND Dr. iur., Professeur à l'Université de Genève
La crise du droit vue à travers la participation aux décisions concrètes 423
- LEONHARD NEIDHART Dr. rer. pol., Professor an der Universität Konstanz
Notizen über die öffentliche Meinung im Kleinstaat 443
- PETER SALADIN Dr. iur., Professor an der Universität Bern
Die Beteiligung der Kirchen an politischen Entscheidungsprozessen 461