

ANDREAS AUER

Les droits fondamentaux et leur protection

INTRODUCTION

Par « droits fondamentaux » (*Grundrechte*), on désigne un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques. Ils sont « fondamentaux » d'une part, parce qu'ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tout droit et, d'autre part, parce que les conséquences de leur reconnaissance traversent ou devraient traverser tout l'ordre juridique. Les droits fondamentaux englobent à la fois les libertés constitutionnelles ou publiques y compris les droits dits sociaux et les différentes composantes du principe d'égalité.

Le présent aperçu se propose de répondre à cinq questions que l'observateur étranger peut se poser à propos des droits fondamentaux en Suisse : Où est-ce qu'on les trouve ? ; Comment sont-ils protégés ? ; Quels sont-ils ? ; Quels sont leurs effets sur l'Etat ? ; Quelle place occupent-ils dans la société ? Ce sont là, on l'aura deviné, des questions à la fois vastes et générales. Or, et c'est un avertissement, en matière de libertés, si le général est important, seul le détail est décisif. Et ce détail, à savoir la réalité vécue de chacun des droits et des libertés que reconnaît l'ordre constitutionnel suisse, n'est assurément pas dans le petit résumé qui suit.

I. — LES SOURCES

La Constitution fédérale du 29 mai 1874 ne contient pas et n'a jamais contenu de catalogue exhaustif des droits fondamentaux. Au moment de la création de l'Etat fédéral, elle ne garantissait que les libertés que l'on jugeait insuffisamment protégées par les constitutions des cantons. Cette subsidiarité n'a jamais été vraiment mise en cause, même si au fil des décennies, la liste des droits inscrits dans la constitution s'est quelque peu allongée. Aujourd'hui, la Constitution garantit expressément une bonne dizaine de droits et de libertés dont notamment le principe d'égalité (art. 4), la liberté religieuse (art. 49 et 50), la liberté économique (art. 31), la liberté de presse (art. 55), la liberté d'association (art. 56), la propriété (art. 22 *ter*), etc. Le caractère lacunaire et incomplet de l'énumération constitutionnelle des droits fondamentaux constitue l'un des motifs qui ont amené le Parlement fédéral à déclencher formellement, le 4 juin 1987, après vingt ans d'études et de discussions, la procédure de révision totale de la constitution fédérale.

Ces mêmes lacunes, et l'absence de toute systématique, ont amené le *Tribunal fédéral* au début des années 60 à reconnaître un certain nombre de *libertés non écrites*. La liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté de la langue ont ainsi été considérées comme étant garanties *implicitement* par la constitution fédérale. Implicitement, parce que selon le critère retenu par les juges fédéraux ces libertés sont soit une condition de l'exercice d'autres libertés — que serait la liberté religieuse sans la liberté personnelle ? — soit un élément essentiel de l'ordre démocratique — comment la démocratie directe peut-elle fonctionner sans la liberté d'expression et de réunion ? Cette jurisprudence courageuse a trouvé un accueil favorable au-delà du monde des juristes dans les milieux politiques (Rossinelli, 1987).

Depuis que la Suisse a ratifié en novembre 1974, la *Convention européenne des droits de l'homme*, celle-ci est devenue une source directe des droits fondamentaux en Suisse. Elle a non seulement confirmé certains droits, qui avaient obtenu auparavant le statut de « droits constitutionnels non écrits », mais elle continue d'exercer une profonde influence sur la garantie des libertés en Suisse : les particuliers l'invoquent fréquemment et obligent ainsi les autorités à tenir compte régulièrement de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme. A tel point que ce qui paraissait *acquis* il y a treize ans, à savoir que la Suisse — qui

se prend volontiers pour un pionnier en matière de démocratie et un champion dans le domaine des libertés — respecte le standard minimum des droits fondamentaux que la CEDH impose aux pays membres, doit désormais être *conquis*, au prix — parfois — de quelque vache sacrée (Hottelier, 1985).

Toutes les constitutions cantonales contiennent un catalogue des droits fondamentaux. L'importance de cette énumération est ambiguë. D'un côté, aucun canton ne voudrait ni ne pourrait y renoncer. Même les constitutions récentes des années 80 (Argovie, Bâle-campagne, Uri et Soleure) y consacrent une place importante. De l'autre côté, la pratique constitutionnelle se réfère presque exclusivement aux droits garantis par la constitution fédérale et la CEDH. Il est vrai que les cantons peuvent aller plus loin dans la reconnaissance des droits fondamentaux. Ils pourraient aussi leur conférer un sens propre, faisant pénétrer ainsi le fédéralisme dans la garantie des libertés. Mais en droit actuel, il faut bien reconnaître que rares sont les cantons qui ont fait usage de la première faculté, tandis que la seconde n'est pour le moment guère plus qu'une vue doctrinale minoritaire (Auer, 1983).

II. — LA PROTECTION

Le degré et les moyens de protection que l'ordre constitutionnel helvétique réserve à ceux qui estiment que leurs droits fondamentaux ont été violés par une autorité étatique varient en fonction de l'acte qui renferme cette violation.

On sait que *les lois* adoptées et *les traités* approuvés par l'Assemblée fédérale échappent à tout contrôle de constitutionnalité par le tribunal fédéral en vertu de l'article 113, alinéa 3 Cst. Contrairement à une opinion répandue, cette disposition clé ne permet nullement au législateur fédéral de violer la constitution et les droits qu'elle consacre. Elle l'érige au contraire en gardien de la constitution et le soumet en particulier au strict respect des droits fondamentaux. S'il entend les restreindre, il doit respecter les conditions posées par le juge constitutionnel, et en particulier celles de l'intérêt public et de la proportionnalité. Cette obligation n'est pas en revanche suivie de sanction en cas de non-respect. Le constituant de 1874 n'a pas voulu qu'une poignée de juges puisse défaire ce que les députés ont voulu faire avec l'accord du moins implicite du peuple (référendum législatif).

Lorsque la violation d'une liberté réside originairement dans une

ordonnance du Gouvernement ou de son administration, elle peut être éliminée à l'occasion de chaque cas d'application de cette ordonnance par toute autorité chargée de cette application. C'est ce que l'on désigne par *contrôle préjudiciel* des normes, lequel en Suisse n'incombe pas seulement au juge mais aussi à l'administration et à l'exécutif. Il arrive ainsi relativement fréquemment que le tribunal fédéral en tant que juge suprême ordinaire refuse d'appliquer une ordonnance du Conseil fédéral pour le motif qu'elle ne respecte pas le principe d'égalité, ou une liberté fondamentale. Ce faisant, on l'aura compris, il n'annule pas l'ordonnance mais la décision prise en son application soit par une autorité fédérale, soit, plus fréquemment, par une autorité cantonale. Il peut même arriver qu'un juge cantonal refuse d'appliquer une ordonnance du Conseil fédéral tant il est vrai que le tribunal fédéral n'a pas le monopole du contrôle préjudiciel de ces actes (Auer, 1983).

La protection des droits fondamentaux est plus complète à l'égard *des actes cantonaux*. La constitution fédérale confère en effet au tribunal fédéral la compétence de statuer sur des recours dans lesquels un particulier se plaint de la violation de l'un ou l'autre de ses « droits constitutionnels » (art. 113, al. 1, chap. 3 Cst). Le législateur a ouvert cette voie de droit extraordinaire, appelée *recours de droit public*, à l'égard des « arrêtés » et « décisions » cantonaux (art. 84 de la loi fédérale d'organisation judiciaire de 1943). Il a ainsi institué, d'une part, le contrôle abstrait des lois, ordonnances et règlements cantonaux : dans un délai de trente jours dès son adoption, chaque loi cantonale peut faire l'objet d'un recours de droit public formé par un particulier qui estime qu'elle est contraire à un droit constitutionnel. Le tribunal fédéral examine abstraitement cette question de la constitutionnalité. Lorsqu'il ne peut pas conférer à la norme un sens qui la met en harmonie avec la constitution — c'est ce que l'on désigne par le « principe de l'interprétation conforme à la constitution » —, il l'annule purement et simplement. D'autre part, la loi cantonale peut faire l'objet d'un contrôle concret, ou préjudiciel, à l'occasion de chaque cas d'application et ceci même si elle a auparavant été soumise à un contrôle abstrait. Le recours de droit public permet ainsi au particulier, touché par un acte cantonal dans l'exercice des droits fondamentaux dont il est titulaire, de saisir le juge constitutionnel fédéral. C'est une espèce de droit de résistance institutionnalisé contre le pouvoir étatique cantonal. Par conséquent, il n'appartient pas aux collectivités publiques, sauf selon la jurisprudence aux communes qui défendent, contre le canton, leur existence, leur territoire ou leur autonomie.

Le recours de droit public confère ainsi au tribunal fédéral, en plus de son rôle de juge civil, pénal et administratif suprême, chargé de veiller à la bonne application des lois fédérales par les autorités cantonales, la fonction spécifique de juge constitutionnel suprême, protecteur des droits fondamentaux. Relevant à la fois de l'organisation des pouvoirs publics donc de l'Etat et de la société civile dont il protège certaines aspirations, il constitue un instrument privilégié d'articulation du premier sur la seconde et assume au surplus une importante fonction idéologique : opprimé par le pouvoir cantonal, le particulier sait ou croit savoir qu'il peut obtenir justice auprès du tribunal fédéral (Kálin, 1987 ; Auer, 1983).

III. — LE CONTENU

Pour résumer le contenu des droits fondamentaux en Suisse, il sied de distinguer le principe d'égalité et ses nombreux dérivés d'une part et les libertés constitutionnelles, du moins les plus importantes, de l'autre.

A / *Le principe d'égalité*

« Tous les Suisses sont égaux devant la loi » — de cette petite phrase de l'article 4 Cst le tribunal fédéral a tiré toute une série de droits et de principes constitutionnels qui affectent profondément le droit matériel aussi bien que formel. L'énumération qui suit n'est pas exhaustive (Häfliger, 1985).

1 – *L'égalité dans la loi*

La jurisprudence admet depuis plus d'un siècle que le principe d'égalité s'adresse non seulement à ceux qui appliquent mais aussi à ceux qui font la loi, à savoir aux législateurs. Une loi viole l'article 4 Cst. lorsqu'elle « ne repose pas sur des motifs sérieux, n'a ni sens ni but, opère des distinctions qui ne trouvent pas de justification dans les faits à réglementer ou n'opère pas celles qui s'imposent en raison de ces faits » (ATF 112/1986 I a 34 *Union technique suisse*). L'auteur de la loi doit donc éviter de procéder à des distinctions respectivement à des assimilations insoutenables. En ce sens, la constitution restreint la large liberté de choix dont il jouit en légiférant.

2 – *L'égalité de traitement ou l'égalité devant la loi*

L'exigence du caractère général et abstrait de la loi, et sa soumission au principe d'égalité, font du principe de la légalité un premier

garant de l'égalité de traitement. Mais en raison notamment du caractère vague et indéterminé de la loi et de la liberté d'appréciation qu'elle réserve souvent au juge ou à l'administration, le principe de la légalité doit être complété — et parfois même corrigé, par l'interdiction constitutionnelle de l'inégalité de traitement. L'autorité qui applique la loi viole l'article 4 Cst lorsqu'elle « traite de façon différente deux situations qui sont tellement semblables qu'elles requièrent un traitement identique ou lorsqu'elle traite d'une façon identique deux situations qui sont tellement différentes qu'elles requièrent un traitement différent ». La formule est évidemment tautologique. Il appartient au juge de déterminer, de cas en cas, si une inégalité de traitement couverte par la loi et émanant de la même autorité se justifie sur la base des circonstances. C'est dans ce contexte que l'art du *distingo* dont les juristes font une profession prend toute son importance.

3 – *L'interdiction de l'arbitraire*

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire « lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique et indiscuté ou lorsqu'elle contredit de manière choquante le sentiment de justice de l'équité » (ATF 111/1985 I a 89 *Masse en faillite W.*). D'origine jusnaturaliste, l'interdiction de l'arbitraire se situe depuis l'extension du principe de la légalité à l'ensemble de l'activité étatique, essentiellement dans le rapport entre la loi et la décision. Lorsque ce rapport est faussé à tel point que la décision est insoutenable, manifestement erronée ou grossièrement injuste, il y a indirectement violation de la constitution. C'est un droit constitutionnel subsidiaire, élémentaire, qui risque d'être violé dans n'importe quel domaine juridique et à tous les stades de concrétisation de la loi. Mais il n'offre qu'une protection minimale car le juge constitutionnel refusera d'annuler une mesure, pour arbitraire, aussi longtemps qu'il peut lui trouver une justification raisonnable (Rouiller, 1987).

4 – *L'égalité des sexes*

Depuis 1981, la Constitution fédérale garantit l'égalité juridique entre les hommes et les femmes (art. 4, al. 2 Cst). Cette disposition signifie d'une part que « l'homme et la femme doivent être traités de manière égale dans tous les domaines juridiques et sociaux, ainsi qu'à tous les niveaux étatiques » (ATF 108/1982 I a 22 *Fischer*). La différence de sexe ne justifie plus une différence de traitement, sauf pour des raisons biologiques ou fonctionnelles. La constitution confère d'autre part aux législateurs fédéral et cantonal le mandat de concrétiser

tiser le principe de l'égalité des sexes en faisant disparaître dans tout l'ordre juridique les discriminations fondées sur ce critère. C'est un mandat impératif, mais à l'égard du législateur fédéral, son respect n'est pas suivi de sanction. La question de savoir si des mesures positives peuvent ou doivent être prises sur cette base pour compenser les inégalités séculaires dont les femmes ont été et sont encore les victimes reste ouverte en droit suisse. La dernière phrase de l'article, al. 2 Cst enfin dispose que « les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale ». Cette disposition, unique dans son genre, s'applique non seulement entre l'Etat et les particuliers mais aussi dans le secteur privé, à savoir entre employés et employeurs.

5 – L'interdiction du déni de justice formel

L'article 4 n'oblige pas seulement les autorités à respecter le principe d'égalité et à ne pas commettre d'arbitraire lorsqu'elles légifèrent ou appliquent la loi. Il leur impose aussi le respect de certaines *règles essentielles de procédure* : l'obligation de statuer, l'interdiction du retard injustifié et du formalisme excessif, l'obligation de motiver les décisions, le droit d'être entendu, le droit de pouvoir consulter les dossiers, et même le droit à l'assistance judiciaire gratuite, à un défenseur d'office pour les personnes indigentes lorsque leur cause n'est pas dépourvue de chances de succès, etc.

B / Les libertés constitutionnelles

1 – La liberté personnelle

Garantie directement par la CEDH, la liberté personnelle protège en premier lieu la liberté physique, soit notamment le droit à la vie, l'intégrité corporelle et la faculté de se déplacer librement. Depuis 1964, la jurisprudence étend son champ d'application à l'intégrité psychique et admet désormais que la liberté personnelle couvre « toutes les manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personnalité humaine » (ATF 97/1971 I a 49 X.). C'est donc une liberté à la fois centrale et subsidiaire qui est invoquée le plus souvent dans le contrôle de l'exécution des peines privatives de liberté.

2 – La liberté d'expression

Egalement garantie par la CEDH (art. 10), la liberté d'expression protège le droit de se former librement une opinion, à savoir de porter un jugement sur un objet, ou une personne, et le droit de faire connaître cette opinion, c'est-à-dire de l'exprimer par tous les moyens

de communication : parole, écrit, image, cinéma, bande magnétique, sous réserve de ceux que l'Etat a monopolisés (radio, tv). La liberté de presse en est donc un aspect particulier.

3 – *La liberté de réunion*

Protégée par l'article CEDH, cette liberté confère aux personnes physiques le droit de se réunir, pour un temps déterminé, en un lieu privé ou public, à l'intérieur de locaux ou à l'air libre. Dès qu'elles impliquent un usage accru du domaine public, les réunions peuvent être soumises à autorisation mais cette autorisation ne peut pas être refusée d'emblée, sans que l'instance compétente apprécie l'ensemble des circonstances et tienne compte des libertés en jeu.

4 – *La liberté d'association*

C'est le droit, garanti par l'article 56 Cst, pour les personnes physiques de créer des associations, d'y entrer, d'en sortir ou de ne pas y adhérer. Ce droit est concrétisé notamment par le code civil qui permet aux associations à but idéal d'acquérir la personnalité juridique sans aucune inscription dans un registre étatique. Selon la doctrine, la liberté d'association garantit aussi la liberté de coalition (art. 11 CEDH), à savoir le droit de former librement des associations patronales et ouvrières, de même que les activités principales de ces associations, à savoir le lock-out, la grève, le boycottage, etc.

5 – *La liberté religieuse*

Elle se compose d'une part, de la liberté de conscience et de croyance (art. 49 Cst) laquelle protège la formation et l'expression des opinions et convictions religieuses et signifie que nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse ni être empêché d'en sortir. En fait également partie la liberté des cultes qui protège le libre exercice des actes cultuels : processions, messes, prières, etc.

6 – *La liberté d'établissement*

Garantie par l'article 45 Cst, elle permet à tout citoyen suisse de s'établir en un lieu quelconque du territoire helvétique. Essentielle dans un Etat fédéral, il a fallu attendre pourtant 1975 pour supprimer les restrictions spécifiques dues à la confession ou à l'indigence. Les cas d'application les plus fréquents à l'époque contemporaine concernent l'obligation de résidence que les cantons imposent à leurs fonctionnaires.

7 – *La liberté de la langue*

Consacrée en 1965 par le tribunal fédéral comme une « liberté non écrite » (ATF 91 I 480 *Ecole française de Zurich*), la liberté de la

langue protège le droit d'utiliser sa langue maternelle. Mais la jurisprudence lui apporte une limite de taille en admettant que l'article 116 Cst, qui déclare que l'allemand, le français, l'italien et le romanche sont des langues nationales, comporte un principe de territorialité qui permet aux autorités cantonales de maintenir les régions linguistiques traditionnelles (Rossinelli, 1987 135 s.).

8 – *La liberté du commerce et de l'industrie*

Garantie par l'article 31 Cst, la liberté économique protège le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative privée. Elle couvre toutes les activités qui tendent à la production d'un gain et garantit aussi, à travers la sauvegarde individuelle de l'activité économique lucrative, un système économique de type libéral, fondé notamment sur la libre concurrence et l'autonomie de la volonté. La Constitution fédérale contient maintes dispositions autorisant la Confédération ou, plus rarement les cantons, d'y déroger : politique conjoncturelle, agricole, etc. La jurisprudence, qui ne porte que sur les restrictions cantonales, distingue les « mesures de police » et les « mesures de politique sociale » représentant des restrictions admissibles à la liberté économique et les « mesures de politique économique », à savoir « celles qui interviennent dans la libre concurrence pour favoriser certaines branches de l'activité lucrative », qui y sont en principe contraires.

9 – *La garantie de la propriété*

Avant d'avoir été consacrée, en 1969, par la Constitution (art. 22 *ter*), la garantie de la propriété a été reconnue comme liberté non écrite. Etroitement liée à la liberté économique avec laquelle elle partage certaines restrictions qu'elle doit subir pour des motifs d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement, etc., elle protège la propriété privée foncière aussi bien que mobilière de même que l'institution de la propriété privée en tant que telle. Les violations de cette liberté qui prennent la forme d'une expropriation formelle ou matérielle confèrent à son titulaire le droit d'obtenir une juste indemnité.

IV. — EFFETS A L'ÉGARD DE L'ÉTAT

Garanties par la Constitution de l'Etat, les libertés sont dirigées contre l'Etat. Ainsi l'Etat, géniteur et garant de libertés, apparaît en même temps comme l'ennemi potentiel de celles-ci. C'est lui qui

est tenté de prendre des mesures limitant voire supprimant la liberté des particuliers. Dès lors la garantie constitutionnelle des libertés revêt pour l'Etat trois significations qui se complètent : l'obligation de les promouvoir, la possibilité de les restreindre et l'interdiction de les violer.

A / L'obligation de les promouvoir

Contrairement à une idée répandue, l'Etat ne peut pas se contenter de garantir négativement les libertés en s'abstenant d'y porter atteinte. Il ne suffit pas de les inscrire dans la constitution, puis de ne plus y toucher. L'Etat doit au contraire les prendre en main, notamment en instituant les autorités et en définissant les procédures qui permettent aux particuliers de se plaindre d'une atteinte à ses droits. Il faut créer une juridiction constitutionnelle, indemniser le propriétaire exproprié, protéger les particuliers contre les atteintes que les tiers risquent de porter à leur liberté, entendre les intéressés — bref fournir des prestations positives adaptées aux caractéristiques de chaque droit fondamental touché et proportionnelles à leur violation.

B / Les restrictions aux libertés

Si l'Etat garantit les libertés, c'est aussi, et parfois même surtout, pour en restreindre l'exercice.

Un exemple : c'est au moment où l'aménagement du territoire s'impose comme une tâche prioritaire que la garantie de la propriété est élevée au rang d'une liberté constitutionnelle écrite. Il y a donc entre la garantie de la liberté et sa restriction une dialectique dont se dégage précisément le contenu de la liberté. Cependant, pour que les restrictions aux libertés soient admissibles au regard de la Constitution, il faut qu'elles remplissent un certain nombre de conditions qui ont elles-mêmes valeur constitutionnelle. En Suisse, ces conditions résultent, pour chaque liberté, des clauses spécifiques de la constitution. Mais le tribunal fédéral a dégagé un certain nombre de règles qui subsidiairement définissent ces conditions. Ces règles, qui se cumulent, sont au nombre de trois : la base légale, l'intérêt public et la proportionnalité.

1 – La base légale

Les restrictions aux libertés ne sont admissibles que si elles découlent de la loi. L'exigence de la base légale découle du principe de la séparation des pouvoirs et de la sécurité du droit. Elle poursuit

par ailleurs une finalité démocratique qui, en raison du référendum législatif, est en Suisse peut-être plus prononcée qu'ailleurs. Seul en principe le législateur démocratique est en droit de restreindre les libertés. Quant au Gouvernement, il ne peut le faire que si son ordonnance est elle-même conforme à la constitution à savoir notamment sur la base d'une délégation législative dont il n'est pas en droit de dépasser les limites. L'administration et le juge enfin ne peuvent restreindre la liberté que sur la base d'une loi.

L'exigence de la base légale qui, soit dit en passant, vaut depuis un important arrêt de 1977 (ATF 103/1977 I a 369 *Wäffler*) pour l'ensemble de l'activité étatique, subit d'une part un certain nombre d'exceptions et d'autre part, ne s'impose pas avec la même rigueur dans tous les domaines et pour toutes les restrictions aux libertés.

2 – L'intérêt public

Nécessaire, la condition de la base légale n'est pas suffisante. S'il en était ainsi, les libertés seraient à la merci du législateur. Il faut donc que la restriction se justifie par un but d'ordre public ou alors, pour certaines libertés, d'intérêt public. L'ordre public, à savoir la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques de même que la bonne foi dans les affaires, peut justifier des restrictions à toutes les libertés : la lutte contre la pollution peut avoir pour effet de restreindre la liberté économique, la protection de la santé peut rendre nécessaires des restrictions à la liberté personnelle, la protection de la moralité publique limite valablement la liberté d'expression, etc.

L'intérêt public lui, est une motion plus large qui inclut toutes sortes de préoccupations politiques jugées importantes : aménagement du territoire, protection des sites, lutte contre la pénurie de logements, protection de l'environnement, etc.

3 – La proportionnalité

Ce principe important signifie que pour atteindre le but d'intérêt public visé, l'Etat doit se servir des moyens qui portent le moins d'atteinte possible aux libertés. Il y a donc lieu de procéder dans chaque cas à une pesée des intérêts entre le but visé, le moyen choisi et la gravité de l'atteinte aux libertés.

C / L'interdiction de la violation des libertés

Lorsqu'une autorité étatique prend une mesure qui restreint une liberté et que cette mesure ne respecte pas les conditions précitées,

elle viole la liberté et ce faisant se met en contradiction avec la constitution. Il appartient au juge constitutionnel d'éliminer cette violation de la constitution en annulant l'acte ou la décision qui y porte atteinte, ou en prenant le cas échéant d'autres mesures, positives, pour rétablir une situation conforme à la constitution.

V. — LES LIBERTÉS VIVENT DANS ET DE LA SOCIÉTÉ

Il est erroné de concevoir les libertés comme un lien exclusif entre l'Etat et l'individu. Car entre les deux s'étend le vaste champ de la société civile, cette multiplicité complexe d'organisations sociales non directement étatiques : entreprises et associations, famille et Eglises, syndicats et amicales, etc. L'existence de cet espace social est une condition sinon d'existence du moins de subsistance des libertés. Celles-ci sont garanties par l'Etat, mais elles ne peuvent vivre que de et dans la société civile, à savoir dans les relations sociales que les hommes nouent et organisent entre eux. Pour s'en convaincre, il suffit de s'imaginer un instant l'individu, titulaire de toutes les libertés, mais privé de toute relation sociale : c'est un être misérable. A quoi lui sert la liberté d'expression si personne n'est là pour l'écouter ? Quel sens y a-t-il de lui reconnaître la liberté de commerce et de l'industrie s'il n'est pas en mesure d'échanger avec autrui, de vendre ses produits, d'en acheter d'autres ? La liberté de se réunir tout seul ? Être propriétaire d'une parcelle au milieu du désert ? Avoir la liberté d'épanouir sa personnalité dans l'isolement et la solitude ? On voit que le social, avant d'être une limite à la liberté, est une condition de son existence même.

La conception traditionnelle des libertés prend implicitement pour modèle la figure du propriétaire de droit civil qui a le droit de jouir, d'user et d'abuser de son bien comme bon lui semble. Dans cette perspective, la liberté est un droit négatif, à savoir le droit de chaque individu à ce que sa sphère soit reconnue et respectée par l'Etat et aussi par les autres. C'est un peu comme si chacun se promenait dans la vie, entouré et protégé par une bulle qui écarte le pouvoir en même temps que les autres : la liberté serait cet espace personnel entre l'individu et sa bulle protectrice. L'autre, le concitoyen, le voisin, le tiers et l'Etat apparaissent donc d'emblée comme des perturbateurs potentiels, comme les ennemis de la liberté. La liberté serait une liberté à l'égard de l'autre.

Il est vrai que certaines libertés sont en apparence purement « individuelles », en ce sens qu'elles garantissent des facultés humaines

qui semblent être propres à chaque individu et à lui seul. Que l'on pense par exemple à la liberté de conscience, au droit à l'intimité, à certains aspects de la liberté personnelle, etc. Mais même ces libertés ne se conçoivent pas sans l'autre et en dehors de la société : la conscience n'est pas innée et la solitude n'a de sens que par opposition à sa négation, à savoir la promiscuité. La liberté d'expression et d'information, la liberté de culte, la liberté économique et la liberté de la langue — toutes n'ont de sens qu'en présence et à travers l'autre. Celui-ci n'est pas un ennemi, mais une condition, un instrument, un catalyseur de ma liberté laquelle augmente au fur et à mesure que je parviens à intensifier et diversifier mes rapports avec lui. Et ces rapports ne sont possibles qu'au sein de la société qui précisément les structure et les organise : société anonyme et chorale, partis politiques et relations familiales, école et personne morale, parenté et amitié peuvent être considérées comme des formes d'organisation et d'instrumentalisation des libertés. La liberté est une liberté *à travers* et non pas à l'égard de l'autre. Elle n'est individuelle que parce qu'elle est sociale.

En conclusion, dire que les libertés sont des droits que le particulier peut opposer à l'Etat signifie qu'elles contribuent à maintenir tout en la relativisant la séparation entre l'Etat et la société civile.

BIBLIOGRAPHIE

- Aubert (Jean-François), *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral suisse. Essai de synthèse*, Mélanges Werner Kägi, Zurich, 1979, p. 1-31.
- Auer (Andreas), *Les libertés face à l'Etat et dans la société*, Repertorio di giurisprudenza patria 1986 1-22.
- Auer (Andreas), *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle, 1983.
- Haefliger (Arthur), *Alle Schweizer sind von dem Gesetze gleich*, Berne, 1985.
- Hangartner (Yvo), *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts Vo. II Grundrechte*, Zurich, 1982.
- Hottelier (Michel), *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du tribunal fédéral*, Lausanne, 1985.
- Kälin (Walter), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, Berne, 1987.
- Müller (Jörg-Paul), *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, 1983.
- Müller (Jörg-Paul), Müller (Stefan), *Grundrechte Besonderer Teil*, Berne, 1985.

- Rossinelli (Michel), *Les libertés non écrites*, Lausanne, 1987.
Rouiller (Claude), Le droit d'être protégé contre l'arbitraire de l'Etat,
Revue de droit suisse, 1987 (à paraître).
Saladin (Peter), *Grundrechte im Wandel*, 3^e éd., Berne, 1982.
Suhr (Dieter), *Freiheit durch Geselligkeit*, EuGRZ, 1984, 529.

RÉSUMÉ. — *Le respect des droits fondamentaux s'impose en Suisse à toutes les autorités étatiques, fédérales aussi bien que cantonales, exécutives aussi bien que législatives. Ainsi, les droits fondamentaux trouvent leur limite dans la démocratie qu'elles limitent à leur tour. En protégeant des intérêts individuels contre l'emprise étatique, ils contribuent à maintenir, tout en la relativisant, la nécessaire séparation entre l'Etat et la société civile.*